

高德明著

新刑法之理論與實用

總則編

上海中華書局印行

國民政府內政部註冊二十六年七月廿三日執照警字第九〇七九號
民國廿六年六月發行
民國三十年一月三版

新刑法之理論與實用 總編 (全一册)

實價 國幣 一元

(郵運匯費另加)



著者 高德明

發行者 中華書局有限公司
代表人 路錫三

印刷者 美商永寧有限公司
上海澳門路

總發行處 昆明 中華書局發行所

分發行處 各埠 中華書局

王序

人羣進化，事態日繁；生存競爭，相凌相賊；禮教不足以維繫，而刑法於是乎生。吾國刑法，以空聞言，社會秩序之護持，相需甚殷。以時聞言，五刑六經之遞嬗，發達最早，降及近代，世界經濟，畸形發展；法學潮流，日新月異，適應需要，端在探討，故理論爲先。一國之內，邊疆與腹地之俗殊，都市與鄉村之習異；權衡運用，期於平亭，故實用尤切。理論與實用，相倚相因，無可軒輊。

高君德明，歷載窮研，盡窺堂奧，乃成新刑法理論與實用總則編一書。其間循章編制，論列首端。旁徵博引，抉擇精微，淵源神髓，闡發無遺。論文詮釋，如龍門列傳，詳略互見，是誠法壇之巨製也。

夫禮教防於未然，刑罰施於已然。道德齊禮，有恥且格；道政齊刑，民免無恥。近來刑法趨勢，由客觀而進主觀，舍鎮壓而言感化；所以啓示明恥格非之心，冀收刑期無刑之效；意甚盛也。

嘗觀近世法治國家，其國民幾無人不具法律之觀念，故效用益宏，返視吾國，於一法之行也，頗尠有相當之認識。因之茫然罔覺，身罹刑網，識者憂之。今斯編之出，不第便於治刑法學者之研求，進而可以使社會一般，於刑法共獲深切之了解，惕然懷刑，而自納於軌物。則高君之命筆，厥功詎不偉哉？余實有厚望焉！

司法部部長王用賓撰

焦序

吾國刑律草案，昉自清季，論訟方滋，時代已嬗。民國肇興，暫行刑律，承用未替。國府定鼎首都，典章漸備；上年公佈之新刑法，屢經研討，審慎周詳；庶幾適合於現代之法洽精神也已。

夫法軌之制，沿革複雜；非條貫體用，末由昭允無遺。是書原本憲章，爲之羽翼，旨趣賅澈，厥有三長：理論實用，向成著述分野；匯爲一編，平其軒輊，此其一。法理法例，逐加演釋，旁稽博引，反覆著明，此其二。論文詮釋，詳略相因，攬卷研觀，互臻朗闢，此其三。

高君德明，學本淵博，見尤獨到；歷年殫勤，成斯鉅篇，其有裨於讞斷與辯護者，不亦多乎？因嘉其志，書此以歸之。

最高法院院長焦易堂撰

自序

刑法研究之方法，可大別爲二：一爲抽象研究，卽側重理論，就刑法之原理原則，窮源竟委，以抉精闡微。一爲具體研究，卽側重實際，就刑法之條文規定；辨毫析芒，務求切合實用。二者研究之方法不同，對象歧異；故近世咸爲劃區分域。研究實用者不尙理論，研究理論者不及實用；畸形舒展，一若各具有獨立性，此於坊間所出之刑法書籍中，可以徵驗也。

然理論與實用，相須相關，「理」恃「用」立，「用」以「理」生；不可偏廢。若舍理論而言實用，是猶醫者不習病理而爲治療，其未能運用自如，切中疾情，固不待言也。反之，棄實用而尙理論，是猶盲人說象，侏儒觀場；其懸擬臆測，蹈虛離實之弊，亦無可諱矣！

總之，理論爲實用之精神，實用爲理論之軀幹。譬之於樹，樹拔則青青去木；方之於燭，燭糜則炎炎不居。可知二者宜兼修並重，亦當然事也。第時下刑法著作，都係分

別成書；融冶理論實用於一爐者，尙付闕如，斯未始非憾事也。不佞性嗜申韓，書有可疑，問諸實用；事有相乖，析其原則；學術無分中外，唯真理爲依歸。治之累年，頗饒旨趣。於本年仲春，不揣謏陋，貫通理論與實用，先著成本書（刑法分則，容暇時續作），仍依刑法總則編制，分十二章。每章首端，均置論文一篇，援引現行法律各國立法例，及名家學說，並參以己意，或評其得失，或闡其精微；務使表現立法真髓，俾讀者得以澈底瞭解我國刑法之精神。至諸條文之詮釋，純係根據司法院及最高法院之判解，或具體事實上之啓示；而講解力求明確，俾不失正義，切合實用也。惟論文與詮釋，須齊觀並閱，庶幾啣接如環，清澈似水；理論實用，兩無疑義。蓋本書爲節辭刪衍起見，論文詳者，詮釋略焉！詮釋有者，論文闕焉！必合併觀之，始可洞明無遺。否則，有殘缺疏略之嫌矣。

廿五年冬高德明識於白下同德小廬

新刑法之理論與實用總則編目次

王序

焦序

自序

第一章 法例第一條至第十一條.....一

第二章 刑事責任第十二條至第二十四條.....三

第三章 未遂犯第二十五條至第二十七條.....六

第四章 共犯第二十八條至第三十一條.....七

第五章 刑第三十二條至第四十六條.....九

第六章 累犯第四十七條至第四十九條.....一九

第七章 數罪併罰第五十條至第五十六條.....三五

目次

第八章 刑之酌科及加減第五十七條至第七十三條……………一五三

第九章 緩刑第七十四條至第七十六條……………一九〇

第十章 假釋第七十七條至第七十九條……………二〇〇

第十一章 時效第八十條至第八十五條……………二〇八

第十二章 保安處分第八十六條至第八十九條……………二三三

新刑法之理論與實用

總則編

第一章 法例

法例者，法律之凡例。用以規定本法之效力，及其適用之範圍也。法例二字，由來彌久，古稱具法，魏稱刑名，晉分刑名法例爲二，北齊始合而爲一，稱之名例；厥後歷隋唐宋元明清，沿而不改，然名雖相似而義實不同也。

本章內容計有關於刑法制度，時之效力，人之效力，地之效力，國際司法互助，刑法用語解釋等之規定。茲先就理論分別述其概要，迨後逐條詮釋，銅山洛鐘，互資響應；於實用上自無鑿柄之憾矣！

第一節 刑法制度

刑法制度者，卽定罪科刑之標準也。自刑法進化史上觀察，知由來有擅斷主義，法

定主義之異，分述如次：

(1) 擅斷主義——即罪之有無，刑之輕重，不預以法律明確規定，而一任審判官率意擅斷或比附援引，以定罪科刑之制度也。此制純係偏重人治，若審判官得人，則綜合社會環境及犯人情性，或能為適當公衡之裁判。反之，如不得其人，則孤意橫行，或曲庇罪人，或陷害無辜；流弊之巨，何堪設想？非僅惟是，且諸審判官之嚴酷慈祥，賢明愚魯，各隨稟賦而殊。因法無明定，遂比附援引，其處罰輕重之懸絕，乃必然之事。當此之時，在較善者對於刑罰，固有「幸與不幸」之缺憾。而鬪茸之徒，狡黠之輩，反啓其徼倖嘗試之心，大肆活動；是罪刑非特不足消滅犯罪，防衛社會，且有造成犯罪，擾亂社會之嫌矣！嘗憶唐時趙冬曦之奏議中，有「死生罔由法律，輕重必因愛憎；受罰者不知其然，舉事者不知其法」之語，可為擅斷主義痛下一鍼也。

(2) 法定主義——即犯罪與刑罰，概須法律明定。法律無明文者，任何行為不得處罰之制度也。此制純屬傾向法治。就中又可分絕對的法定主義，與相對的法定主義。所謂絕對的法定主義者，即犯罪與刑罰，均為單一之規定，審判官毫無自由裁量之餘地。所

謂相對的法定主義者，即犯罪採概括之規定，刑罰採選擇之規定；審判官於概括及選擇之法定範圍內，可以隨時酌情量定。評價二主義，前者於刑罰方面，失之拘滯；不足應瞬息萬變之環境。後者於犯罪方面，失之籠統；不能使裁判之罪名統一。故本法於犯罪採絕對法定主義，而刑罰則採相對法定主義（如分則各條中，規定處若干年以上若干年以下有期徒刑，或處若干元以下罰金者均是），蓋所以調濟法治與人治之平也。

第二節 時之效力

時之效力云者，乃刑法之效力，於何時而發生，於何時而消滅之問題也。無論何種法律，其有效期間，當自施行時起，至廢止時止；此固不獨刑法爲然也。

刑法之廢止，有明示廢止與默示廢止之分。明示廢止云者，乃政府以明令廢止某種刑法，其期限既屆，即失其效力之謂也。默示廢止云者，當新法施行，不問其規定與舊法相同或牴牾，本「新法優於舊法」之原則，舊法之效力，不待明令廢止，即告消滅之謂也。但須注意，默示廢止，祇能適用於同類之法。如新普通法對舊普通法，新特別法

對舊特別法則可。若普通法對特別法，不問新舊如何，苟非明示廢止，不能使特別法消滅效力，此蓋特別法優於普通法也。

· 刑法既以施行後，發生效力，人民應遵守新法，國家應適用新法。且舊法本「新法優於舊法」之原則，已經失效，尤無援用之餘地，此為刑法不溯既往之原則也。然此係就行為在其當時應否處罰而言。設行為之法律已屬處罰者，迨後法律變更，致與裁判時法律相齟齬者；則將適用行為時之法律耶？抑裁判時之法律耶？學者意見不一，計有三派：

(1) 從舊主義——主張適用行為時之法律。其理由為法律與犯罪行為為相對，法律之效力，即由犯罪行為而發生，故犯人於行為時，即已有受法律制裁之權利。況「不溯既往」，既垂為原則，尤無適用新法之餘地。其實人民對於國家，何來受刑之權利？新法既已施行，應收新法之利。若概從舊法，寧不駢枝？故此主義，在今日已成陳說，殊無採用之價值也。

(2) 從新主義——主張適用裁判時之法律。其理由有三：(A) 效力說，謂新法既經頒

行，舊法即屬失效；斷無捨棄有效之新法，而襲用已廢止之舊法之理。(B)目的說，新法既應時代環境之需求而施行，若仍襲用舊法，殊失更新之目的。(C)完備說，謂新法之頒行，因較舊法爲完備，若仍襲用舊法，是猶抱殘守缺，於理殊未協也。然絕對從新主義之結果，使在施行前犯輕微罪者，將因新法施行而成重罪；在施行前不爲罪者，將因新法施行而成犯罪。此與罪刑法法定主義及「不溯既往」之原則相背，亦未足取也。

(3)從輕主義——主張適用較輕之法律。其理由爲新舊法律之刑有輕重時，將因法律變更而生同罪異罰之弊。苟行爲時之法律較輕，自有受輕刑之權利。況論罪科刑，應持哀矜寬厚之旨，與其殺無辜，寧失不經也。然刑罰本爲預防犯罪而設，並非市恩沾惠之具，要當輕重適度，以達防衛社會之旨。

綜觀三說之立論，雖均不無相當理由，而失之極端，是其通弊。故本法折衷其說，略予變通，以從新主義爲原則，從輕主義爲例外。蓋新法既頒，自應收新法之效；但舊法較新法輕者從輕，以濟情法之平，此折衷主義也。

惟應注意，所謂「舊法較新法輕者」，此舊法包括中間法而言。中間法云者，即介

乎行爲法律及裁判法律間之他種法律也。如犯罪成立於民國十七年六月，至二十四年八月拘提到案，其中刑法凡二變，行爲時爲暫行刑律，經過時爲舊刑法；裁判時爲本法。則此舊刑法，即中間法也。曰較輕者，亦非僅以刑爲標準，即刑以外之事項，如告訴乃論否？時效完成否？均應比較而適用最輕者，蓋非如此，不足貫徹從輕主義之精神也。

第三節 人之效力

人之效力云者，即刑法之效力及於如何之人是也。就原則上言，一國之刑法，其效力應普及於一國領域以內之人，即僑居國內之外國人，亦須服從該國之法律，固不得以身分之不同，而有所歧視也。但近世各國立法例，亦有爲刑法效力所不能及者，此例外也。茲列舉於后：

(1) 因國內法之關係而爲例外者——各國爲保持國家元首之尊嚴，於憲法中，有規定免除其全部或一部之刑事責任者。亦有尊重民意機關，規定議員在議院內之言論及表決，對外不負責任者。例如刑法上之侮辱罪及誹謗罪，若在議院內發言，不能構成各該

條之犯罪，而科以刑罰也。中華民國憲法草案修正案（二十五年五月五日宣布），亦有是項之規定。如第五十四條規定「總統除犯內亂或外患罪外，非經罷免或解職，不受刑事上之訴究」。第三十三條，第七十二條，第九十四條規定國民代表或立法委員或監察委員，在會議時或院內之言論及表決，對外不負責任。第三十四條規定「國民代表除現行犯外，在會期中，非經國民大會許可，不得逮捕或拘禁」。第七十三條，第九十五條規定立法委員或監察委員除現行犯外，非經立法院或監察院許可，不得逮捕或拘禁。

(2) 因國際慣例關係而爲例外者——國際上爲顧全邦交，維持和平；設有治外法權，俾特定人員不受駐在國之刑法制裁者，計有四種：a. 外國元首及其同伴家屬，與非本國籍之從者。b. 外國之使節隨員及其同伴家屬，與非本國籍之從者。c. 經停泊國承認之外國軍艦及其因公登陸之外國軍隊。d. 因特約享有治外法權之外國領事。

(3) 因國際條約關係而爲例外者——外國人在國境內，不受駐在國之刑法所支配，仍受其本國領事之裁判者，此卽締結有領事裁判權條約之外國人民也。其行使界域，隨所訂之約而異。夫各國刑法，均有制裁僑居國內外國人之效力，而我國對於外國人之非法

行爲，竟無權干涉。此實不平等條約所束縛，殊引爲遺憾也。

第四節 地之效力

地之效力云者，卽刑法效力之及於土地範圍如何也。自來學說，有以犯人所在地爲準者，有以犯人之國籍爲準者，有以逮捕地爲準者，有以被害國家爲準者，茲分述之如下：

(1) 屬地主義 刑法之效力，僅及於本國之領域。故凡在領域內犯罪者，不問其國籍如何，均適用本國刑法。至在國外犯罪者，卽屬本國人，亦不受本國刑法之支配也。

(2) 屬人主義 謂人民有服從其本國法律之義務，縱有犯罪，亦應受其本國刑法之支配，固不問其犯罪地，在本國抑在外國也。

(3) 保護主義 謂刑法之規定，乃爲保護本國或本國人民法益而設；凡有侵害其權利者，悉處罰之。固不問犯罪人國籍如何，犯罪地主權誰屬也。

(4) 世界主義 謂現代文明國家，均爲國際法上之團體代表。故不問在何國犯罪，亦

不問何國人犯罪，凡遇有犯罪，無論何國，皆得對行爲者適用其本國之刑法處罰也。

(5) 折衷主義 卽應實際之需求，折衷上述各主義之精神，而以屬地主義爲基礎者也。如對國內犯罪者，不問犯人國籍何如，採屬地主義，皆適用本國刑法。對於本國人在國外犯重大罪者，採屬人主義，亦適用本國刑法。對於外國人在外國犯重大之罪，而有妨害本國存立及本國人民之法益者，限於維持國內秩序必要範圍內，採保護主義，得適用本國刑法。關於世界共同利益，如國際商業，貨幣流通，海盜等罪，採世界主義，本國刑法之效力，亦可及之也。

綜觀上述五主義，屬地主義，失之狹隘，不足確立本國之秩序安全。屬人主義，不能處罰在本國犯罪之外國人，殊與領土主權完整之觀念相刺謬。保護主義，在理論建設言，較稱完善，惟實用上有窒礙難行之虞。世界主義，陳義過高，距實際彌遠，採行殆不可能。折衷主義，以國家主權之行使，原以領土爲其確定之範圍，乃採屬地主義爲原則，參入他主義之精神爲例外，擷長補短，允稱至當。故爲德意志，蘇俄，暹羅等國所採，本法亦從之焉！

關於地之效力的立法主義既明，則可進而言本法之有效領域。此領域與地理圖書所示之中華民國領域不同。蓋此可包括實質上之領域與想像上之領域。實質上之領域者，指領土（即中華民國版圖內之土地。惟蒙藏地方有特別法者，適用特別法，此是例外），領水（包括江河內湖海洋，以及江河湖介兩國之間者，通例以中線爲界；海洋在國際法規定，以潮退時距海岸六海里之處，爲領水），領空（以圍繞領土領水之界線，與天空之垂直線者是）而言。想像上之領域者，即本非中華民國領域，特想像上得爲本法之有效領域。如在駕駛國外之本國航空機或船艦內犯罪者，已非本國領域，然仍得適用本法。又如在本國駐外使館之區域內，或軍艦內犯罪者，已非本國領域，然享有治外法權，仍得適用本法。又如在無主區域及戰時由本國軍隊占領之區域內犯罪者，亦得適用本法也。

此外尙有一問題，亟須解決者，即行爲與結果，均爲犯罪之成立要件。倘有人犯罪，其行爲在本國，而結果在外國；或其行爲在外國，而結果在本國。則將適用何國刑法耶？學說有四：(1)行爲地說，謂犯罪必有一定行爲，行爲實爲犯罪之原因，故應適用

行爲地之刑法爲當。(2)結果地說，謂犯罪之行爲，必有特定之結果，結果發生之地，足使該地受有損害，故應適用結果地之刑法爲是。(3)中間效力說，謂行爲與結果兩說，均失諸極端，應以介乎行爲與結果之中間效力爲準，例如殺人必先有傷害之中間效力也。(4)折衷說，謂行爲與結果，不宜偏重，凡有其一在本國者，則適用本國刑法。

以上四說，理論建設以(3)說爲最劣，蓋若傷害，則將以何者爲中間效力耶？(1)(2)兩說雖各具相當理由，然失偏趨極，是其通病。比較而言，自以折衷說爲優，本法採之。但對於無結果之未遂犯，亦屬無法處置。例如在鄰國領域開槍，殺害本國領域內之人未遂，且無傷害。則豈因其行爲與結果均不在本國，而不得適用本法歟？是亦與處罰未遂之法意相牴牾矣！

第五節 國際司法互助

國際司法互助云者，卽國與國之間，爲便利司法起見，互相幫助之制度也。其方式有二：(1)請託調查，(2)引渡犯人。請託調查者，卽請託外國法院調查證據之謂也。例如

在國外犯罪後，逃回本國時，因犯罪真相未明，得請託調查者是。引渡犯人者，即國內犯罪，而犯人遁往外國；或外國犯罪，犯人滯居外國時，得請求外國，代為逮捕犯人，引渡交付於本國之謂也。

然何種犯罪，始得引渡，各國皆無一定準則，要須以締結之犯人引渡專約而定。我國與外國，夙無引渡專約之締訂。有之，亦僅於商約中散見一二。至其他各國則多有是項規定，但不外下列之要件：(1)所犯之罪必與條約規定相符，始得引渡。(2)處罰須依照條約規定，不得於引渡後，擅用他法治罪。(3)政治犯不得請求引渡，良以政治犯係以改革政治為目的，其心術非如普通犯之卑劣，況其思想政見，雖不容於該國；但未必為他國所擯棄，深恐引渡後，未能獲公平之裁判也。(4)犯人須非本國人，方得引渡，但有互相規定者例外。(5)奴隸不得請求引渡。(6)須為請求國所管轄之犯罪，方得引渡。此一般之通例也。

第六節 刑法用語解釋

刑法上之用語，其意義若何？苟不預爲確定解釋，則於實用時，殊多模稜之憾。故各國刑法，往往舉出若干專門用語，訂定條文而爲立法上之解釋。其最著者，莫如一九〇八年暹羅刑法，爲數達二十四款。一九二七年德國刑法草案，爲數亦達十款之多。我國舊刑法則仿暫行新刑律，於第十條規定「以上」「以下」「以內」之意義。第十一條至第十六條規定親屬之範圍，及親等之計算方法。第十七條至第十九條規定公務員，公署，公文書之意義。第二十條規定重傷之意義。本法以親屬範圍及親等計算法，於民法親屬編已有規定。至親屬間犯罪，如何加重減免，亦規定於本法分則之條文中，故「併刪除」，僅於本法第十條規定四項。茲爲釋明如次：

(1) 以上以下以內之意義——凡本法稱以上以下以內者，皆連本數計算。例如第七條：「……最輕本刑爲三年以上有期徒刑者適用之……」，此「三年以上」包括三年在內而言。其他如第四十一條稱「一元以上」者，亦包括一元在內而言。又如第三十三條第三款，稱「十五年以下」者，亦係包括十五年在內而言。又如第四十七條所云：「……五年以內再犯……」，此「五年以內」，當然亦包括五年在內而言也。

(2) 公務員之意義——舉凡依法令從事於公務者，均爲公務員。至其任官程序爲特任，簡任，薦任，委任，聘任，選任，皆非所問也。但須注意，若其從事於公務，係僅基於國民義務者，則不得爲公務員，如兵士團丁等，此不可不知也。

(3) 公文書之意義——舉凡公務員職務上制作之文書，即爲公文書。至於內容關於私法或公法，均非所問也。

(4) 重傷之意義——稱重傷者，本法規定下列六款：(一)毀敗一目或二目之視能。(二)毀敗一耳或二耳之聽能。(三)毀敗語味能或嗅能，(四)毀敗一肢以上之機能。(五)毀敗生殖之機能。(六)其他於身體或健康有重大不治，或難治之傷害。

除上列各款外，其餘皆爲輕傷。毀敗云者，指喪失全部機能而言。例如目能視，耳能聽，口能言，舌能味，鼻能嗅，手能握，足能步。所謂視，聽，言，味，嗅，握，步者，即機能也。與其對待者，爲器質；即目，耳，口，舌，鼻，手，足是也。條文曰「毀敗一耳或二耳之機能」者，必須喪失全部聽之機能。若係割去兩耳，無妨於聽能，或僅使減衰聽能；則自不得謂毀敗耳之機能，更不得認爲重傷也。(其餘類推之)

至(六)款云云，當從其結果定之。曰「重大不治」，指終身無法療治恢復之重大傷害言。曰「身體或健康之傷害」，不必以肉體及機能爲限，即精神狀態，亦包括在內。不可膠柱鼓瑟，以詞害意耳！

惟(六)款謂「難治」，殊無標準。蓋傷害之難治與否？須視醫師之技術如何，及傷者之體格如何，原無確定界限。設醫治不得其宜，即普通傷害，亦不免輾轉難治。且醫療之能否速效，與傷者之體格，互爲因果。如體格壯健者，即傷害較重，亦不難早瘳。反之，羸弱之人，縱偶受輕微傷害，亦覺沉重難治。苟實用時，依此作準，不免同罪異罰，轉失其平；此未始非立法上之缺陷也。

此外刑法上之字義，尙有須釋明者：(1)稱「得」者，審判官可酌量適用，有自由裁量之餘地。如第二十條：「瘡啞人行爲，得減輕其刑」。究竟應否減輕，可由審判官酌情適用，減輕固可，不減亦未始不可也。但須注意，若無「得」字者，即含有「應」字之義，如第二條第三項稱「免其刑之執行」，則審判官必須援用，毫無斟酌餘地。若不預免除刑之執行，即屬違法，至有「應」字者，更不待言矣！(2)稱「或」者，審判官可

自由選擇，惟必須取用其一。如第二十七條稱「減輕或免除其刑」，審判官可斟酌情形，二者取一，減輕固可，免刑亦可也。(3)稱「但」字者，即表示原則設有例外，法律謂之「但書」，如第二條「……但裁判前之法律，有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律」者是。(4)稱「滿」者，應連本數計算，如第十八條第二項「滿八十歲人之行爲」者是。稱「未滿」者，應不連本數計算，如第十八條「未滿十四歲人之行爲」者是。其他用語，不勝列舉，此不過概略也。

第一條 行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。

本條爲確立罪刑法定主義，及法律不溯既往二大原則之規定。(參見本章第一節及第二節)

條文曰：「行爲」，乃人類基於內心之發動，而形諸外部之動態也。至其作用爲積極或消極，均非所問。

又曰：「明文規定」，乃行爲之處罰，必須有明確之條文規定也。易言之，即不許比附援引，類推解釋，致失罪刑法定主義之真髓也。

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

保安處分，適用裁判時之法律。

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

本條規定行爲時之法律，與裁判時之法律；因變更而相齟齬之處置方法也。

刑法固以「不溯既往」爲原則，已如前條所述。然此僅爲解決行爲在其當時應否處罰則然。倘行爲時本屬處罰之列，而行爲後法律又有變更者，且變更後之法律，對行爲人並無不利，或有利時；未始不可溯及既往也。良以國家頒行新法，大抵因舊法欠善，難以適應於新時代與新社會。茲新法既改正舊法不妥之處，自應收變更之利，而適用裁判時之法律。但須注意，若裁判前之法律，有利於行爲人，則不問其法律爲行爲時之法律，抑爲中間法律（見本章第二節）；均應重視其既生之效力，而適用之。此本條第一項所以設也。

第一項曰：「行爲」，當然指「犯罪行爲」言。然犯罪行爲之種類彌多，包括即成犯，連續犯，常業犯，結合犯等等。若爲行爲即時終了之即成犯，則其與法律變更，孰前孰後，灼然易辨，固不成問題。倘爲結合各行爲之結合犯，或連續數行爲之連續犯（參見第七章）時，設其行爲之一部分，實行於舊法時；而其行爲結果，則成立於新法時。當依何法爲斷耶？學者間主張不一，愚意以爲無論單純之一罪，或數行爲之一罪；其爲一罪固相同也。法律對於一罪之適用，僅限一次，自不得支離割裂行之。況犯罪之終了行爲，已在新法施行之時，猶得謂行爲後法律有變更耶？

又曰：「適用裁判時之法律」，此「裁判」，非僅指第一審之裁判而言，即在第二審判決以後，法律有變更其規定者，仍得依刑事訴訟法第三百七十三條爲上訴之理由，原判有無其他違法，可以不問。惟於裁判確定後（確定云者，即科刑之判決，不能依通常上訴之方法推翻之謂也），法律始行變更者，則不在此列。惟若有其他法定原因提起再審之訴，或非常上訴者，自應撤銷原判，依新法改判，此又例外者也。

又曰：「有利於行爲者」，此「有利」，指行爲人因該法律受利益而言。關於有利

與否之比較，範圍至廣，如處罰與否？刑重與否？時效完成與否？告訴乃論與否？均屬之。但適用時，如係適用此法，則全然適用此法。反之，適用彼法則全然適用彼法。不得綜合選擇彼此兩法之有利部分，而混合適用也。

第二項規定：「保安處分，適用裁判時之法律。」良以保安處分（第十二章），專為補刑罰不及而設。如對未滿十四歲及未滿十八歲人，施以感化教育；對吸食鴉片者，施以禁戒處分；俾成有為之人。其與懲戒性之刑罰，完全不同也。但應注意，所謂「適用」者，必須有付保安處分之必要，否則，毋庸擅為援用也。

舊法處罰之行爲，遇新法變更不處罰者，若猶在偵查中，則可依刑事訴訟法第三百三十一條，應為不起诉之處分。若在審判中，則依同法第二百九十三條或第二百九十四條，應諭知無罪或免訴之判決，均不成問題。倘於處罰之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更不處罰其行爲者，則將何如？本條第三項規定「免其刑之執行」，蓋亦貫徹改善之觀念也。

惟「免其刑之執行」，與「免除其刑」迥異。免除其刑者，即不予科刑。而免其刑

之執行者，無非免執行而已，固仍須科刑也。

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

本條之規定採屬地主義（詳本章第四節）。

條文曰：「領域」者，係國界以內受本國主權支配之地域言，可包括領土領海及領空。其曰：「領域外」，凡不屬本國領域者均是。不問其是否屬於外國領域也。（以後各條解釋同）

所謂「中華民國船艦或航空機」者，祇須為本國之船艦或航空機即是。至其用途如何，是否國有，均非所問也。

又曰：「以在中華民國領域內犯罪論」者，足徵非謂本國船艦或航空機，以中華民國領域論。不過該犯罪者，亦視同在中華民國領域內犯罪一般，應適用本法而已。

再前已言之，本條之規定，係採屬地主義。故凡在本國領域內或本國船艦及航空機內犯罪者，皆應適用本法，至犯罪者之為本國人，抑為外國人，非所問也。

第四條 犯罪之行爲或結果，有一在中華民國領域內者，爲在中華民國領域內犯罪。

本條所規定，學者稱之隔地犯，即犯罪行爲與犯罪結果之所在地不同也。其論犯罪地之學說有四：(1)行爲地說，(2)結果地說，(3)中間效力說，(4)折衷說(詳本章第四節)。本條係從折衷說，凡犯罪之行爲或結果；祇須有一者實施或發生於本國領域內，即爲在本國領域內犯罪。質言之，應適用本法也。

第五條 本法於凡在中華民國領域外，犯左列各罪者適用之。

一 內亂罪

二 外患罪

三 偽造貨幣罪

四 第二百零一條，及第二百零二條之偽造有價證券罪。

五 第二百一十一條，第二百一十四條，第二百一十六條，及第二百一十八條之偽造文書

印文罪。

六 第二百九十六條之妨害自由罪。

七 第三百三十三條，及第三百三十四條之海盜罪。

本條右列七款所舉各罪，無論其爲本國人或外國人，凡在國外犯之者，如受本國裁判時，皆應適用本法。第一款至第五款所規定之各罪，因與本國之存在，信用，財政，經濟等，均有莫大之侵害，故採保護主義（本章第四節）之精神，用以自衛也。第六款及第七款所規定之妨害自由罪及海盜罪，依國際法之原則，稱爲國際犯罪（Crime），視爲世界之公敵，任何國家，皆得處罰。故特爲規定，以符世界主義之立法精神。

第六條 本法於中華民國公務員，在中華民國領域外犯左列各罪者適用之。

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

罪。

二 第一百六十三條之脫逃罪。

三 第二百十三條之偽造文書罪。

四 第三百三十六條第一項之侵占罪。

本條所列各罪，無論其爲本國人或外國人，凡爲本國公務員，而在國外犯之者，如受本國裁判時，均應適用本法。良以所列之罪，皆足妨害本國公務，故亦採保護主義以自衛也。

第七條 本法於中華民國人民，在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑爲三年以上有期徒刑者適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。

本條所定適用本法者，以本國人民爲限，蓋亦屬人主義之立法也（詳本章第四節）。條件有三：(1)所犯者，須非第五條第六條列舉之罪。(2)所犯之罪，其最輕法定刑須爲三年以上有期徒刑者。(3)須犯罪地之法律並非不罰者。必三者俱備，於受裁判時，始可依本法處斷。否則，所犯者既非第五條第六條列舉之罪，而犯罪之地，究在本國領域以外，如罪質輕微，且爲犯罪地之法律所不罰者（犯罪地本無法律，自不在此列）。則惡性甚淺，行其所得行；原無干涉之必要，若又以本法繩之，殊失苛酷矣！

第八條 前條之規定，於在中華民國領域外，對於中華民國人民犯罪之外國人準用

之。

本條準用第七條之規定，適用於外國人之犯罪者。是亦為充分保障國民之法益，而有此保護主義之立法也。

條文曰：「外國人」，乃指本國國籍以外之人而言，至其隸屬於何國國籍，或有無國籍，皆非所問也。

第九條 同一行為，雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷，但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免除其刑之全部或一部之執行。

同一犯罪行為，有時觸犯二國之法律，例如第五條至第八條在本國領域外犯罪者是。設此種犯罪行為，容有先已受外國之確定裁判者，能否再依本法處罰，各國立法例有二：(1)承認外國之裁判力。(2)否認外國之裁判力。本法則以為外國之裁判，不過為一種事實上之參考，決不能與本國裁判同視，而自損國權。故採用後例，主張仍予處斷。有謂此與「一事不再理」之原則相刺謬。殊不知所謂「一事不再理」者，係指基於同一刑罰權，不能就同一事實，再度行使而言。若外國之裁判，當然非基於同一之刑罰權，不

待言也。

惟刑罰之效力，無分中外。若在外國已受刑之執行完畢，或執行一部者；則不無悔之念。得由審判官斟酌犯罪前後之情形，免其刑全部或一部之執行，蓋用以調濟情法也。

實用時應注意者，如認為該犯者，有免其刑全部或一部之執行必要時，可依減輕或免除其刑之例，酌予減輕或諭知免除其刑。蓋非如此，勢必於同一裁判之中，一面諭知刑罰，一面諭知免除其全部或一部之執行；寧不失裁判之尊嚴耶？

第十條 稱以上以下以內者，俱連本數或本刑計算。

稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。

稱公文書者，謂公務員職務上制作之文書。

稱重傷者，謂左列傷害：

- 一 毀敗一目或二目之視能。
- 二 毀敗一耳或二耳之聽能。

三 毀敗語能味能或嗅能。

四 毀敗一肢以上之機能。

五 毀敗生殖之機能。

六 其他於身體或健康有重大不治或難治之傷害。

本條揭櫫本法若干用語之意義，俾實用時有所依準。

第一項稱「以上」「以下」「以內」，俱連本數包括在內計算。此已詳於本章第六節，不重贅。

第二項稱「公務員」者，凡依法令而從事於公務者均是。至名稱如何，性質如何，均所不拘。

惟其所從事者，雖為公務，而純係基於國民義務者，則又不得為公務員。例如兵士團丁者是。至於營個人利益事業之律師會計師，非為公務員，尤不待言矣！

此外如行政機關之諮議參議等，雖經任官程序，然因僅備諮詢，實際上無固定職務，祇可認為行政法上之官吏，而不得視同刑法上之公務員也。

第三項稱「公文書」者，須具備二要件：(1)制作者須爲公務員。(2)須基於職務上之制作。二者缺一，卽不得謂係公文書，例如公務員之函札，雖制作者確爲公務員，然所制作者，並非基於其職務所發動，自不得謂係公文書。又如律師會計師所作之文書，雖亦有公務性質，然制作者非公務員，尤不得爲公文書也。

至於制作之方法，非僅限於實質上制作，卽形式上制作，亦包括在內。例如私人所立之文契，若經該管公務員粘連契尾，蓋用官印，卽爲公文書。又如各種私文書，經該管公務員編入卷宗，亦成公文書，良以編纂，粘連，蓋印等等，皆不失爲公務員之形式上制作也。

第四項所謂「重傷」者，已詳本章第六節。其曰：「毀敗」，係全部喪失之謂。若僅喪一部則爲減衰，不得謂之毀敗。曰：「機能」，卽器質之效用。例如足（卽一肢）爲器質，足之效用爲行步，則行步卽爲足之機能。故稱「毀敗足之機能」者，必須喪失全部之行步效用。若被擊傷足筋，僅屈伸不能自如，而猶能勉強行步者，自未到毀敗程度，不得遽謂重傷也。

第四項第六款曰：「健康」者，非僅指肉體言，即精神狀態亦包括在內。曰：「重大不治」，係指終身無法療治之重大傷害言。若所傷害者，雖確係終身無法療治，但並不重大者，即非重傷。如傷人小指，使其終身屈而不伸者是。

又曰：「難治」，即一時無痊癒之希望。在理論上言，殊無確定之標準（見本章第六節）。惟於實用之時，能否認為已達難治程度，自非經專門學識之人，詳予鑑定，不足以資核斷也。

第十一條 本法總則於其他法令，有刑罰之規定者，亦適用之。但其他法令有特別規定者，不在此限。

本法為刑事法令中，關於實體之普通法。其總則之效力，非但及於分則，且適用於其他特別刑法。惟特別刑法有特別規定者，則不能適用，蓋特別法優於普通法也。

「法令」，原係法律及命令之簡稱。惟本條曰：「法令」，殆專指法律而言。凡有法之效力者，皆不失為法律，至名稱為「法律」，「法規」，「條例」，均所不問也。

曰：「刑罰」，見第三十三條第三十四條。其種類：主刑分為死刑，無期徒刑，有

期徒刑，拘役，罰金。從刑分爲褫奪公權，沒收。必須其他法令亦有刑罰規定，且與本法所定種類相當者，始可適用本法總則也。

所謂「特別規定」，其情形有三：(1)自定總則者——例如陸海空軍刑法，自定有總則。其與本法規定相齟齬者，當然不適用本法總則。但其未規定者，固仍應適用也。(2)明定不適用本法總則者——例如出版法第四十二條：「本法所定各罪，不適用刑法累犯及併合論罪（即數罪併罰）之規定」。則除明文排斥部分，不適用外，其他部分，仍應適用本法總則也。(3)雖無不適用本法總則之規定，揆其旨趣不能適用者——例如出版法第四十三條，「本法所定各罪之起訴權，逾一年而不行使者，因時效而消滅。」則彼既有規定，自不適用本法總則第八十條。至未規定部分，仍應適用也。

此外所應注意者，即須詳辨刑罰之性質，蓋其他法令中，有實際上本非特別刑法或實質刑法，而亦襲用本法刑罰之名稱者，例如因違反硝磺管理規定而處罰者，爲行政罰。然硝磺管理規則第十一條，定有罰金字樣。又如違反禁止未成年吸紙烟飲酒規則而處罰者，爲強制罰。然其於第二條亦定有沒收一類。雖屬同名而非刑罰，實用時固不得

膠柱鼓瑟，泥其名而遺其實，以爲亦應適用本法總則也。

第二章 刑事責任

國家之法律，人民有遵守服從之義務。若違反法律，即應負擔一定之責任。曰刑事責任，即違反刑事法規，所應負之一種責任也。

關於「責任」二字之意義，學者見解不同。有釋為義務者，如父母對於子女，應負保育之責任是。有釋為道德上制裁者，如出言不誠、處事不公，應負相當之責任是。有釋為法律上制裁者，如損害他人財物，應負賠償責任是。而刑法上所謂「責任」，乃犯罪者可負刑罰制裁之一定意思和行為也。因其與意思行為有關，於是別為責任意思和責任行為。同時又從責任意思和責任行為中，聯想及為責任意思和責任行為基礎之責任能力。故刑事責任須具備（一）責任能力，（二）責任意思，（三）責任行為為原則。茲分論如后：

第一節 責任能力

責任能力者，卽有健全體魄，堪辨別是非善惡；足使其負擔刑罰制裁之能力者也。蓋必有此能力而後犯罪者，國家始可施以刑罰。否則，彼無此能力，本不知意思之是非，行爲之善惡；縱刑罰疊加重施，亦不能矯正其犯罪行爲。此非刑罰之感應性薄弱，蓋犯罪者根本無負擔刑罰制裁之能力也。是猶瘋漢殺人，孩提劫物；在客觀視之，均不失爲犯罪態樣。然而一則基於心神喪失之病理作用，一則由乎年穉識昧之無知行爲；二者皆無惡性，非惟無施刑罰之必要，抑屬無施刑罰之可能。故責任能力之有無，實爲應否處罰之前提也。

然則如何足以辨徵責任能力之有無？此又不得不於年齡及精神狀態上作一綜括之標準矣！本法關於責任能力，係由消極方面別爲絕無責任與減輕責任兩種；絕無責任者，如未滿十四歲人，心神喪失人；均可不受處罰。減輕責任者，如未滿十八歲人，滿八十歲人，精神耗弱人，瘖啞人，均得減輕處罰。爲分述如次：

(一) 絕無責任

(1) 未滿十四歲人之行爲——未滿十四歲人之行爲，所以不罰者，無非以幼年者精神智識，均未發育健全，尙不理解犯罪爲何事，故不使負刑事上之責任。且此種人可教而不可罰，各國立法例多以感化教育替代刑罰。本法從之，亦添設保安處分一章（卽第十二章），以資救濟焉！

(2) 心神喪失人之行爲——心神喪失人之行爲，所以不處罰者，以其犯罪行爲，係基於病理之作用。根本喪失是非辨別力，及意思自由之決定力，故不爲罪。如瘋癲白癡等等均是。然爲防衛社會起見，仍得施以保安處分也。

(二) 減輕責任

(1) 十四歲以上未滿十八歲人之行爲——此種人之精神智識，雖較未滿十四歲人，漸次發育，然亦有未達健全時期者，則得審酌情形，予以減輕，是亦用以調濟也。

(2) 滿八十歲人之行爲——本來滿八十歲人，涉世湛深，是非良莠，宜自知抉擇。然年逾耄耋，耳目不聰，精神狀態已由健全而趨衰頹之境。且老人餘日無多，危害社會之

時較少。而歷史上亦有不少憫恕老人之立法例，師古衡今，自以得減輕處罰爲宜也。

(3)精神耗弱人之行爲——精神耗弱與心神喪失相較，在程度上，自以精神耗弱爲輕，蓋精神耗弱，係用腦過度，或刺激太深；致思想力，感覺力，記憶力均趨滯鈍。此與犯罪行爲，未始無相須之關係也。本法規定此種人於得減輕之列，良有以耳。

(4)瘖啞人之行爲——瘖啞人，指啞而兼聾者言。其所以得減輕處罰者，因瘖啞人之承受教育能力較遜。易言之，即其理智培養較常人爲缺乏也。惟瘖啞有受之先天者，有成之後天者；本法所謂瘖啞人者，限於先天歟？抑兼包後天歟？各國立法例不同：(A)以出生瘖啞爲限者，如蘇俄舊刑法是。(B)以兼包幼年瘖啞者，如墨西哥刑法是。(C)以年齡爲限制，在法定年齡內瘖啞，且無辨別事理之能力者，如意大利刑法是。夫瘖啞人之所以減輕刑責，係注重智能，以欠缺承受教育爲前提，則自以兼包幼年瘖啞說，較爲適當。然本法既採得減主義，固不必鯁鯁慮及於此；蓋減輕與否，全由審判官斟酌實際情形以定。若窶人子，自幼未受教育，而成年忽病瘖啞。則雖屬成年，猶有減輕之必要。反之，如富室兒，先天瘖啞，自幼即受聾啞教育，則雖屬出生瘖啞，亦無減輕必要。總

之，應用法律，必須貫徹立法精神。苟舍本揣末，徒斤斤於瘖啞時期之先後，則失之彌遠矣！本法所以不明定先天瘖啞，或幼年瘖啞；而泛稱瘖啞人者，殆以斯歟？

第二節 責任意思

責任意思者，乃行爲人之意思決定與惡性表徵，足以負擔刑罰制裁之心理狀態。質言之，即須受刑罰制裁之犯罪意思也。可分爲故意與過失二種。而本法以處罰故意爲原則，處罰過失爲例外；至非故意之行爲不罰，自不待言也。

(一) 故意

故意者，認識或預見犯罪之事實，而使其發生或任其發生之意思決定也。在學說上分爲兩派：(A) 認識主義，亦稱觀念主義，謂構成犯罪之事實，爲行爲人所認識者，即爲故意，此爲李斯德，牧野英一主之。(B) 希望主義，亦稱意欲主義，謂除構成犯罪之事實爲行爲人所認識外，並須希望犯罪結果之發生者，始爲故意。此爲比爾馬克耶，大場茂

馬等主之。然近世立法例，如意大利，暹羅，瑞士，德意志等國，均採希望主義，故本法亦從之。

關於故意之態樣，種類繁多，揆其要者，有直接故意與間接故意，確定故意與不確定故意；積極故意與消極故意之分，茲條述於次：

(1) 直接故意——即行爲人認識構成犯罪之事實，并希望直接實現其結果者。例如甲欲殺乙，且明知刀能殺人，乃持刀向乙剝砍，直接致乙於死地者是。

(2) 間接故意——即行爲人預見構成犯罪之事實，而任其結果實現，然亦所意欲者。如甲屋內電線，經久未換，現有損裂多處，明知有釀成火災之可能性，繼思此屋業已保有火險，縱然燒燬，亦有巨額保險金可得。於是決意不加防止，竟致走電，延燒鄰右。是火災之實現，並不違背其意欲，則甲自不能不負放火罪間接故意之責任也。

(3) 確定故意——即行爲人決意使犯罪事實之實現，且對於客體及結果，有確定之認識或預見者。如意欲殺甲乙二人，遂開槍將甲乙擊斃者是。蓋客體爲甲乙二人，結果係甲乙死亡；此皆爲行爲人所認識預見，而可確定者也。

(4)不確定故意——即行爲人惟希望犯罪事實之實現，而對於客體之認識，結果之預見；均不能確定之謂也。又可分爲三種：曰概括，曰擇一，曰未必。前二者屬於客體之不確定故意。後者屬於結果之不確定故意。所謂「概括故意」者，例如意圖詐財，設肆於市，祇希望交易者蒙其損害，而不問受害者爲何人或若干人也。所謂「擇一故意」者，例如向甲乙二人開槍，但望能擊斃一人，不問擊斃爲甲抑爲乙也。所謂「未必故意」者，例如疾馳自行車，及至轉灣處，預見有撞傷行人之虞，然仍疾馳；以爲雖撞傷行人，亦在所不顧，而結果竟撞傷行人，此不能謂非故意，第其結果如何？於馳車時未可必也。

(5)積極故意——即明知某一行爲，必實現某一結果；而仍積極進行其犯罪意思者，如舉槍擊人，持刀劫物等均是。

(6)消極故意——即預見某項結果，有實現之可能，乃決意置之，任其發生者。例如有執行刑罰職務之公務員，違法不執行刑罰者，又如對於無自救能力之尊親屬，不供給衣食住等消極行爲，均分別構成第一百二十七條之瀆職罪，及第二百九十五條之遺棄

罪。

此外尚有特別動機之故意，凡分別各條中，有明定「意圖」或「圖」之字樣者均屬之。如第二百三十一條：「意圖營利引誘或容留良家婦女，與他人姦淫者。」第二百九十八條：「意圖使婦女與自己或他人結婚而略誘之者。」此「意圖營利」「意圖結婚」，均為各該罪之特別動機也。

(二) 過失

過失者，對於犯罪事實，應注意並能注意而不注意；致欠缺認識，發生犯罪事實之謂也。其構成要素，即「應注意並能注意而不注意」，然何者為「應注意」？何者「能注意」？標準奚若？此在學說上，分為(A)客觀說，亦稱抽象說，以普通人之知能為注意標準；若欠缺普通人知能所及之注意者，即為過失。(B)主觀說，亦稱具體說，以行為人之知能為注意標準；若欠缺行為人知能所及之注意者，即為過失。(C)折衷說，係調和(A)(B)兩說，謂內部注意能力，以主觀之知能為準；而外部注意情況，以客觀之事實為斷。

評價上述三說，客觀說失之苛酷，蓋注意能力，因人而異。若注意力薄弱者，亦責以普通人之注意，則強人以不能，未免過苛。主觀說失之偏畸，蓋同一事實，注意力強者，將負普通人所不必注意之責任；而輕率者，反可趨避責任。則似失持平之道矣！折衷說無兩者之短，備兩者之長；不偏不苛，允稱洽當，故本法採之。規定「應注意並能注意而不注意者爲過失」，曰「應注意」者，以行爲人之知能爲準，曰「能注意」者，以普通人之知能爲斷也。

關於過失之態樣，分類亦繁。其顯著者，有疏虞過失與懈怠過失，積極過失與消極過失，一般過失與業務過失之分，茲條述於後：

(1) **疏虞過失**——即無認識之過失。乃行爲人對於犯罪事實，苟加相當注意，即能認識而避免。然竟疏於注意，致發生結果者。例如駕駛汽車，應注意迎面行人，而竟疏於注意，致輾死行人者是。

(2) **懈怠過失**——即有認識之過失。乃行爲人對於犯罪事實，原有預見，惟自信其不致發生，遂怠於注意，而竟發生結果者。例如以槍擊鳥，預見棲鳥之樹旁有人，但自信

技術嫻熟，決不致傷人，乃怠於注意，而竟傷人者是。

(3) 積極過失——即以積極行為，致發生犯罪事實，而由於過失者。例如傾倒灶灰，因未注意餘燼，致延燒房屋者是。

(4) 消極過失——即因消極行為，不防止犯罪事實發生，而由於過失者。例如掌管浴室汽鍋，因不注意，忘於加水，致汽鍋爆裂，炸燬房屋者是。

(5) 業務過失——即從事於一定業務之人，因疏忽於必要之注意，不為相當處置，致發生犯罪結果者。例如醫師或藥師，於處方或配藥時，因未注意，誤書或誤配毒藥，致病家服之斃命者是。

(6) 一般過失——即一切非業務人，因疏忽於必要之注意，致犯罪事實發生者均是。此外尚須附述者，即懈怠過失與未必故意之區別。因二者均有犯罪事實之預見，極易混淆。其所不同者，前者係自恃技術嫻熟，而確信不致發生結果；縱發生結果，亦出行為人意欲之外。後者對於結果發生與否，雖未可必，然並無不發生之確信；且其發生亦在行為人意欲之中。此為二者之界域，實用上關係至鉅，不可不知也。

(三) 錯誤

錯誤者，即主觀之認識，與客觀之事實互相牴牾之謂也。夫構成犯罪，既以故意或過失爲前提。則行爲人之故意，與現存之客觀事實，不相一致（即錯誤）時，其責任意思，即生影響。故刑法學者，咸附列錯誤問題，於故意或過失之後說明之。

錯誤依通說，分有事實錯誤與法律錯誤。而事實錯誤又可別爲客體錯誤，與行爲錯誤，茲分述如次：

客體錯誤 亦稱目的錯誤，即行爲人之認識，與客體之性質，不相一致之謂。其與責任意思發生出入關係者有三：(1)其錯誤於犯罪之成立與否有影響者。即以客體存在，而誤爲不存在。例如誤人爲獸而槍殺之。則行爲人本無殺人之意欲，故可阻却故意之成立，其行爲即不爲罪。惟有過失場合者，自應成立過失致人於死之罪，此係另一問題。(2)其錯誤於犯罪之成立與否無影響者。即誤此客體爲彼客體。例如甲乙爲孿生姊妹，面貌酷似。丙欲強姦甲女，乃誤認乙爲甲而強姦之。雖與行爲人意欲中之客體（即目的）

相左，然以彼客體誤爲此客體，要與犯罪故意並無障礙。且乙女既被強姦，自屬強姦既遂。蓋法律上但問其是否預見爲婦女而實施強姦之行爲，至該女爲甲爲乙，原無妨於犯罪之成立也。(3)其錯誤於犯罪之成立與否，雖無影響；然於刑之重輕有出入者，分別說明之：(甲)所犯之客體，重於行爲人所知者。例如傷害直系血親尊親屬，而於傷害時未及細辨，誤以爲普通人。則對於傷害他人部份雖有認識；對於傷害尊親屬部分，並無認識。此部應阻却故意，從傷害普通人處斷。(乙)所犯之客體，輕於行爲人所知者。例如傷害直系血親尊親屬之意思，而誤傷普通人。則對於較重(即尊親屬)部分，成爲幻想，仍依普通傷害罪處斷。此亦前暫行刑律所謂：「所犯重於犯人所知或相等者，從其所知。所犯輕於犯人所知，從其所犯。」之意也。

行爲錯誤 亦稱打擊錯誤。即行爲人所希望之行爲，不得遂欲，而發生他種結果之謂也。易言之，即手段錯誤。對於其意欲之客體，因行爲(即手段)錯誤，不發生結果；而其結果發生於所意欲以外之客體是也。例如丙見甲乙並立樹下，意欲槍殺右側之甲，因技術未嫻，打擊錯誤，反致乙於死。此時應分別情形處斷，若對乙爲「未必故意」

，則關於乙部分應成立殺人既遂罪，而不論對甲之殺人未遂罪。反之，若對乙爲「懈怠過失」，則關於甲部分爲殺人未遂，對乙爲過失致人死罪。此爲通說也。

次言法律錯誤，所云法律錯誤卽行爲人之認識，與法律之規定相牴牾。易言之，乃不知或誤解法律之謂也。其態樣有二：(1)出自錯覺者，卽錯有爲無。例如某甲以爲兼祧娶兩妻，當爲法律所許可。乃除原有妻乙外，復娶丙女爲妻。殊不知本法固有第二百三十七條之規定，仍應成立重婚罪也。(2)出自幻覺者，卽幻無爲有。例如以供人暫時娛樂之物爲賭博者，法律無處罰規定，而誤信爲有刑事責任，此當然不爲罪也。

關於法律錯誤（單指出自錯覺者言，幻覺當然無刑事責任之可言。）之刑事責任，學說上有積極與消極之分。積極說主張法律錯誤者，不應處罰。大意謂行爲人須有違法之認識，而後可斷其犯罪之意思。否則，不問其認識與否；一併處罰，殊失情法之平。蓋若自然犯（若強盜，殺人等犯）者，其本質有反社會性，猶可無待於違法之認識。至若禁制犯之處罰，悉出於法律之規定，非有違法認識，斷不能謂有犯罪意思，而使其負刑事責任也。消極說主張法律錯誤者，亦須處罰。大意謂法律，既經公布施行，人民有

知悉之可能，服從之義務；斷不能因不知法律而阻却其刑事責任。況是否不知法律，純以行爲人當時主觀之意思爲準；事實上無從徵驗。苟嗣後人人藉口不知法律，即可避免刑事責任，則非特不能維持法律之效力，甚且有失防衛社會之本旨矣！

以上二說，前者重人情而輕法律，失之寬縱；後者尊法律而蔑人情，病諸苛刻；顧此失彼，互有偏弊。本法原則上從消極說，而取積極說爲例外；加以折衷，可謂得情法之平矣！

第三節 責任行爲

行爲者，卽基於人類之意思活動，致身體動止，而引起外界變化者也。易言之，凡基於意思之身體活動或靜止，足使外界變化者均是。固不限於手足動作，卽眼動眉斂，或言語聲音（可以教唆人）；甚且身體靜止（卽消極行爲），均不失爲行爲。其與動作不同者，卽行爲可包括靜止，且範圍較廣，有時聯絡若干動作，祇成一個行爲。例如殺人爲一行爲，其間舉刀，追趕，抓人，按住，揮手等等皆係動作。又如強姦爲一行爲，

其間抱住，塞口，褫衣，解帶，剝褲，姦淫等皆爲動作。但須注意，有時一動作，固亦可完成一行爲也。

行爲之意義既明，則所謂責任行爲者，卽足以負擔刑罰制裁之違法行爲也。本節所論，並不積極規定何者爲責任行爲，須受刑罰制裁。而純從消極方面規定何者爲阻却違法之行爲（卽無責任行爲），然結果則可就此消極規定，作反對之解釋，以明責任行爲矣！

關於阻却違法之行爲，本法所規定者，有正當防衛行爲，緊急避難行爲，業務上之正當行爲，依法令之行爲，依上級命令之職務上行爲。茲分論之：

（一）正當防衛行爲

正當防衛行爲者，卽爲防衛自己或他人權利，對於現在不法之侵害，加以反擊之謂也。究其所以不罰之根據，學說不一，有謂正當防衛行爲亦爲緊急行爲之一，卽此法益與彼法益不能對峙時，情勢急迫，不及求公力之援助，故一任當事者之抵禦，此放任說

也。有謂不法侵害之來勢疾迫，行為人之防衛行為，係由於心理刺激而失意志自由所致，故不負刑事責任，此意志喪失說也。有謂侵害既屬不法，防衛即為權利；當然不能處罰，此權利說也。評價上列三說，自以權利說最迎合於現代之立法趨向，及刑事政策也。

關於正當防衛行為之要件，可分為四：(1)須對於現在之侵害，(2)須對於不法之侵害，(3)須出於防衛自己或他人權利之行為，(4)須行為不過當。四要件具備，始可阻却違法性，不予處罰。例如某甲侵入住宅，強姦乙妻，正在行姦時，乙以利器將甲擊斃者是。蓋甲之「強姦乙妻」，係不法之侵害。「正行姦時」，係現在之侵害。「乙以利器擊甲」，係防衛權利之行為。雖「將甲擊斃」，亦因被害法益重大，不得認為過當。故乙之殺人行為，係出於正當防衛，不構成犯罪也。

但須注意，若甲行姦完畢，已離姦所，則侵害已屬過去，自無正當防衛之可言。又如甲對乙妻僅為調戲，即不得將甲擊斃，否則防衛過當，又須成立殺人罪矣！

(二) 緊急避難行爲

緊急避難行爲云者，卽爲避免自己或他人之緊急危難，而犧牲第三者權利之行爲也，其所以不罰之根據，論者不一，有謂當緊急危難之際，受外力之驚擾，已喪失意志之自由，其所爲之行爲，非基於意思之活動，故不能負刑事責任，此意志主義也。有謂緊急危難，人人有避難之權，此與不法侵害有防衛之權，正復相同，此權利主義也。有謂緊急避難行爲，實施於二以上之權利不能相容時，處此急迫之情態下，爲保全自己或親愛者之權利，而犧牲第三者之權利；實屬人情之常。於此而科以刑罰，未免苛刻，故斟酌恆情，毋寧予以放任，此公平主義也。綜觀三說，自以後說爲確當。

關於緊急避難之要件，有(1)須有緊急之危難。(2)須避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難。(3)須出於不得已。(4)行爲須不過當。此四要件具備，始可放任之，不予論罪。例如船遇海難，甲乙互奪救生器，正在危急之際，甲竟將乙毆斃，而奪得救生器，此緊急行爲也。蓋「海難」係緊急危難。「甲奪救生器」，係欲避免自己生命危難

之行爲，「甲毆乙」，係出於不得已之行爲。雖「將乙毆斃」，亦係爲救護自己生命，不得謂行爲過當。故甲之行爲，純出於緊急避難，自不負刑事上之責任也。

但須注意，如甲爲該船船長，卽不能阻却違法性，對乙仍須負刑事責任。良以船長係依契約從事於業務之人，自己本身應有冒險涉危之義務，當不能不顧乘客船貨，藉口避難行爲，而卸其義務也（其他依法令從事公務之軍人官吏警察等亦同）。此外尙須附及者，卽正當防衛行爲與緊急避難行爲之區別，茲列表於下，以供參考：

| 正當防衛行爲 | | 緊急避難行爲 | |
|--------|-------------------|--------------------|--|
| 原因 | 現在不法之侵害(指人爲言) | 遭遇緊急之危難(包括人爲及自然) | |
| 性質 | 防衛之權利行爲 | 侵害之放任行爲 | |
| 目的 | 防衛自己或他人之一切權利 | 保全自己或他人生命身體自由及財產 | |
| 對象 | 不法侵害人 | 無過失之第三者 | |
| 情勢 | 須出於必要 | 須出於不得已 | |
| 限制 | 對於正當防衛行爲者則無正當防衛之權 | 對於緊急避難行爲者更得爲緊急避難行爲 | |
| 適用範圍 | 任何人均可適用 | 有特別義務者不適用 | |

(三) 依法令之行爲

依法令之行爲云者，即根據法令所爲之行爲也。究其所以不罰者，因該項行爲，既爲法律所容許，或爲命令所允准；自不得再予以制裁也。

曰「法令」者，不問其實質上爲公法私法，或形式上爲成文法不成文法；凡具有法規性質者均屬之，範圍極爲廣泛。故依法令之行爲，亦因而繁多，欲爲臚舉無遺，殊不可能，茲略舉其顯著者如次：

- (1) 因行使懲戒權之行爲 如父母懲戒子女（民法第一千零八十五條）。
- (2) 法益保有者之自棄行爲 如拋棄自己財產之行爲是。
- (3) 法益保有者之同意行爲 如贈與財產物於人之行爲是。
- (4) 自力救助之行爲 如欠債不還債權人，搬取債務人傢具之行爲是（民法第一百五十一條）。
- (5) 因實行國民權而爲之行爲 如逮捕現行犯者是（刑事訴訟法第八十八條）。

(6) 因行使監護權之監禁行爲 如監禁精神病者是（民法第一千一百二十二條。）

(7) 職務上之行爲 如檢察官依法偵查犯罪而羈押犯人，司法警察依法逮捕犯人等等均是。

(四) 依上級命令之職務上行爲

依上級命令之職務上行爲云者，即依據有隸屬關係之上級公務員之命令，而爲職務範圍內之行爲也。究其所以不罰者，以其既屬職務上之行爲，又係所屬上級公務員之命令；而服從義務復爲法令所命，則其應阻却違法，亦理所當然也。

但須注意，上級公務員之命令，原係合法者，固無問題。若屬違法者，則有無審查之義務，學者間不一其說。有謂如命令之形式完備，縱令內容違法，亦須本服從長官命令之義務，仍應遵照執行，此形式主義也。有謂屬員對於長官之命令，固有服從之義務。若內容違法，則不應盲從。故屬員對於命令之形式內容，均須審查，否則，明知違法而仍遵之，又何異乎依他人教唆而實施犯罪。此種同惡相濟之行爲，當然不能爲違法

阻却之原因，此實質主義也。有謂上級長官之命令，屬員有服從之義務，無論其形式不備，或內容違法；應由長官負責，屬員殊無審查之餘地，此服從主義也。此三說中，理論以實質主義爲最當。本法從之，第二十一條第二項但書曰：「但明知命令違法者不在此限。」故凡屬員奉到長官命令後，首須審查形式是否違法，繼則審查內容是否違法，苟有意見，可依官吏服務規程第四條，向長官陳述意見，倘不蒙採納，則屬員之責任已盡，卽有違法性，亦應由長官負責。至於審查結果，自始卽不知其違法，則其爲服從命令之職務行爲，猶可卸却刑事責任也。

(五) 業務上之正當行爲

業務上之正當行爲云者，卽依法令上或習慣上對於一定營業，所容許之行爲也。其顯著者，例如從事醫業之醫師，因治療上之必要，割斷病人之肢體，雖其行爲與傷害無異。然此爲醫術上之正當手段，自不能構成重傷罪也。

於此應附言者，若病人在治療上本無截斷肢體之必要，而竟予截斷者，則其行爲之

本質已超越業務之範圍，易言之，其行爲已非正當，自不能爲違法阻却之原因。如有故意，成立故意重傷罪；如係過失，成立過失重傷罪，不可不注意也。

第十二條 行爲非出於故意或過失者不罰。

過失行爲之處罰，以有特別規定者爲限。

通常犯罪應處罰者，必須具備責任能力，責任意思，責任行爲，三者缺一，即不處罰。本條規定，係限於責任能力人，固不待言。即第一項曰：「行爲」，亦指責任行爲言。其曰：「故意或過失」，亦即責任意思也（見本章第二節）。

但過失之行爲，雖可處罰。然究非出於行爲人之本意，自不能與故意相提並論。故其處罰，必以有特別規定者爲限。所謂「特別規定」，即分則各條中有處罰過失之規定。是亦本於「無犯意即非犯行」之原則，此第二項所以設也。

第十三條 行爲人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者爲故意。

行爲人對於構成犯罪之事實，預見其發生；而其發生並不違背本意者，以故意論。

本條第一項爲直接故意，第二項爲間接故意之規定。

條文曰：「行爲人」，係指有責任能力而爲責任行爲者言。曰「構成犯罪事實」，通常指所爲之事實，已具備本法分則各條中特別構成要件而言。

直接故意與間接故意所不同者，祇態樣而已。至在法律上責任，固無以異也。所應注意，如分則條文中有標明「明知」或「知」字樣者，如第二百五十四條妨害商標罪等，則非出自直接故意，不能構成也。

故意既以構成犯罪事實之發生爲其對象，設發生之對象，與其所明知或預見者相牴牾時，是爲錯誤。則將如何處置？本章第二節已有述及，恕不重贅。

第十四條 行爲人雖非故意，但按其情節，應注意並能注意而不注意者，爲過失，行爲人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生者，以過失論。

本條第一項規定爲疏虞過失，亦稱不認識過失。第二項規定爲懈怠過失，亦稱認識過失（詳見本章第三節）。二者之名稱與情節雖異，而其行爲同爲過失，同受處罰，固不應有所歧視也。

條文曰：「應注意」，係指內部注意能力，以行爲人知能所及之注意言。所謂「能

注意」，係指外部注意情況，以普通人知能所及之注意言，蓋必如此，而猶不注意者，則其爲過失，宜也。

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

因自己行爲致有發生一定結果之危險者，負防止其發生之義務。

行爲可分積極與消極，積極行爲者，即基於行爲人之意思活動，致身體動作，而引起外界變化者也。消極行爲者，即可以引起一定影響於外界之某原因進行時，而不防止其進行之謂也。本條即規定消極犯之因果關係及其責任。

所謂因果關係者，行爲與結果之間有一定聯絡關係也。任何事物有因必有果，犯罪亦然。以行爲爲原因，以實害爲結果。但於如何情形，始爲有因果聯絡關係，學者間不一其說。大別爲(1)條件說，(2)原因說。條件說謂舉凡一切行爲，均爲發生結果之原因。例如甲被乙傷害，在醫院療治，因醫院失火，受驚而亡之事，若依條件說言，則乙之行爲，即爲甲死亡結果之原因；乙應負傷害致死之責任。其理由不外乎無乙傷害之行爲，

甲卽不致入院療治，不入院療治卽不生受驚死亡之結果。此蓋由最初之行爲，推演至最後之結果也。

在條件說中，尙有因果關係中斷論，蓋用以緩和條件說之苛刻。中斷云者，卽行爲實施後，結果發生前；介入他項行爲，致原有之前因後果成中斷狀態也。例如甲以毒藥令乙吞服，在毒死結果尙未發生以前，丙忽開槍將乙擊斃。則甲之因果關係，因丙之行爲介入而中斷，遂不負殺人之既遂責任。惟介入者爲非有責行爲，或自然力者；則不生中斷問題也。

其次言原因說，原因說又有若干不同：(1)直接原因說，以距結果所生之遠近，以定標準。間接的介入，不爲結果原因。此說失之寬縱，蓋利用間接關係而犯罪者，反可逍遙法外。(2)必生原因說，以必能發生結果者爲原因，然僅恃某個單獨行爲之自力，而欲生一定結果者，事實上極鮮觀。其因多數條件之競合，或因連續作用而生之結果，則將如何解決？(3)最重原因說，以最有力之行爲，爲發生結果之原因；而不認低度行爲爲原因。然則從犯之幫助，永無因果關係之可言，於法殊有未合。(4)最終原因說，以最後之

行爲爲原因。然當前行爲爲主因，後行爲僅足助成結果時，竟使後行爲獨負全責，寧非失平？(5) 離規原因說，以是否違背生活常軌爲準。但違背與否，僅可解決其行爲是否犯罪，殊不足爲因果關係之標準也。(6) 優勝原因說，以起果條件所戰勝者爲原因。然於數個妨果條件之中，孰爲起果條件所戰勝，亦屬難以決定，若以最後之妨果條件爲原因，則又與最終原因說同弊矣！(7) 相當因果關係說，以結果發生之可能性，爲區別之標準。凡行爲所發生之結果，在客觀的一般的均認爲有發生之可能者，卽爲發生結果之原因。易言之，卽以發生結果相當之事實爲其原因，而以相當與否，付諸客觀之觀察。此說立論較上述六說爲允當，且於實用上亦無窒礙或不公之弊，故本法從之。

因果之關係既明，則可從而解釋條文。第一項所謂「法律」，無論公法私法均包括在內。曰：「法律上有防止之義務」，應依各該法律中關於命令規定以求之。如醫師負有業務上治療之義務，警察負有維持公安之義務，船長負有救護搭客及保全貨物之義務等等。又曰：「法律上有防止之義務，能防止而不防止」者，例如防水人員，預見隄防有潰決結果之發生，在事實上或能力上可以防止，而竟不加修治，任其潰決者，雖非積

水之行爲，然防水人員在法律上負有防止之義務，於能力上又屬可防止，而竟不防止，則其有助於結果之發生，與以積極行爲致結果之發生者，殆無以異。故條文曰：「與因積極行爲發生結果者同。」質言之，仍應構成本法第一百三十條廢弛職務，釀成災害之罪也。

第二項規定，係謂因自己之行爲，足使發生一定結果者，雖法律上並無負防止義務之規定，然仍須負防止發生結果之義務。蓋此結果之發生，爲彼之行爲所招致也。例如甲遺火於積薪之上，足使發生火災之結果，此時甲須負防止起火之責任；若不加防止，則應成立放火罪矣！

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

本條規定，在學說上謂之法律錯誤，有消極積極之分（詳見本章第二節）。消極說失之苛刻，主張必須處罰；積極說失之寬縱，主張不應處罰。本條規定，係折衷二說而成。所謂「按其情節」及「有正當理由」者，例如鄉農某甲，勤儉成家，年邁無子。因

鄉間習於傳統觀念，自以爲可以納妾，遂納某婦，冀生一子，卒被老妻所控者是。雖其行爲，核與本法第二百三十九條相當。然按其情節，爲年老無子，暮景堪憐，縱其思想陳腐，第在舊社會中，固猶得認爲正當之理由，若必嚴格論罪科刑，不減不免，失之苛矣！

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

犯罪行爲中，有以發生結果，爲成立要件者；有以發生一定結果，爲加重條件者。本條係規定加重結果犯從重處罰之條件。其曰：「發生一定結果而有加重其刑之規定」者，即結果之發生須加重其刑，爲分則條文中所明定之謂也。例如強姦婦女因而致被害人於死者，爲結果犯，本法第二百二十六條固有加重其刑之規定。又如傷害致人於死者，亦結果犯；本法第二百七十七條第二項固有加重其刑之規定也。

又所謂：「不能預見」者，乃行爲人之知能所不能預見者，非指「並未預見」言；故該結果之發生，雖行爲人並未預見，然若爲行爲人所能預見者，則仍須適用加重其刑

之規定也。

至於該一定結果之發生，必與犯罪行為有因果關係，固不待言也。

第十八條 未滿十四歲人之行為不罰。

十四歲以上未滿十八歲人之行為，得減輕其刑。

滿八十歲人之行為，得減輕其刑。

本條第一項規定絕無責任能力人。第二項及第三項規定得減輕責任能力人。其所以不罰或得減輕之理由，已詳本章第一節，不重贅。

條文稱「未滿」者，應不連本數計算。稱「滿」者，應連本數計算。

惟此項年齡之計算，有曆年計算法與週年計算法之分，民間習俗尚用曆年法，係以出生之年計算，故每有十二月終誕生，越一日至翌年元旦，即成兩歲。此種計算年齡方法，雖屬便利，然以一日為一年，未免不稱。第一項既曰：「未滿十四歲人，」則應從周年法計算，自出生之日起算，扣至滿十四歲之先一日為止。例如民國十一年五月十日出生，至民國二十五年五月九日，猶為未滿十四歲人，若此時犯罪，仍不負刑事上之責

任也。

又稱「未滿十四歲」，「十四歲以上未滿十八歲」，「滿八十歲」者，皆指行為時年齡言。至裁判時是否該年齡，可以不問也。

第二項及第三項所謂「得減輕其刑」者，可由審判官酌情適用，減輕固可，不減輕亦未始不可也。以下諸條均做此。

第十九條 心神喪失人之行為不罰。

精神耗弱人之行為，得減輕其刑。

本條亦為責任能力之規定。心神喪失人之行為所以不罰，以及精神耗弱人之行為所以得減輕者；其理由均詳本章第一節，不再贅述。

條文曰：「心神喪失」，「精神耗弱」者，係指行為時之病理狀態言。至行為之前或後，是否有此種病態？可不問也。反之，行為之前或後，雖具有此種疾患，而行為時固健康如常人，則不得適用本條也。

第二十條 瘖啞人之行為，得減輕其刑。

本條亦爲關於責任能力之規定。稱「瘖啞」者，指聾而兼啞者言。若僅聾而不啞，或啞而不聾；即不得適用本條也。

至所謂「瘖啞」，係指出生時已然者？抑係包括出生後始然者？關於此問題，本章第一節已有述及，可參閱。

第二十一條 依法令之行爲不罰。

依所屬上級公務員命令之職務上行爲不罰，但明知命令違法者，不在此限。

本條爲無責任行爲之規定。

第一項曰：「法令」者，即法律與命令之簡稱也。其所以不罰者，以該項行爲，係爲法律所容許或命令所允准者。例如娼妓經官署准許營業者是（餘例詳本章第三節）。

第二項曰：「命令」，較前項稱「法令」中之「令」之範圍爲狹，蓋此係指具體之命令言，如指揮令委任令之類。曰：「所屬」，即有隸屬關係之謂也。其所以「不罰」以及「明知命令違法者，不在此限」之立法意旨；均詳本章第三節。

第二十二條 業務上之正當行爲不罰。

本條亦爲無責任行爲之規定。曰：「業務上之正當行爲」者，除業務正當外，尙須行爲正當；否則，卽不能援用本條。

至於行爲正當與否？須就客觀上作合理之推求，例如醫師爲病者截足，本爲業務上之行爲。若該病者在治療上實無截足之必要（經客觀推求所得），則醫師之行爲係不當，仍須負刑事責任也。

第二十三條 對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲，不罰。但防衛行爲過當者，得減輕或免除其刑。

本條所定亦爲無責任行爲，學說上稱之爲正當防衛行爲。其要件有四：(1)現在之侵害，(2)不法之侵害，(3)防衛自己或他人權利，(4)防衛行爲不過當。四者缺一，卽不能爲阻却違法之原因。

條文稱「現在」，卽用以別乎未來及過去言。稱「現在侵害」者，係指目前可以直接發生權利被侵害之狀態也。例如殺人者持利器追趕時；強姦者強暴脅迫，或褫褲，或正行姦時，均可認爲現在。

稱「不法」者，非僅實質上爲法令所禁制，即形式上有所欠缺者，亦屬不法。

稱「權利」者，凡生命，身體，自由，名譽，財產等等均屬之。且此項權利，不以屬於自己爲限，即屬於他人之權利，亦得爲防衛行爲。蓋權利既爲法律所保護，則不法之侵害，即爲法律所不容，故任何人皆得爲防衛行爲，例如旅行深山，聞行劫聲往救，結果將強盜殺死者是。

又但書曰：「過當」即防衛行爲超過適當程度之謂。例如見人侵入竊盜，加以驅逐已可，若必將其毆斃，則又超過適當程度矣！

至「過當」與否？究以何者爲標準？此須就整個具體情事，加以客觀之合理推求。

(1)就力量言，對於輕微之侵害，而予以重大之反擊；此爲過當。(2)就方法言，對於徒手之侵害，而予以利器之反擊；此爲過當。(3)就人數言，對於少數人之侵害，而予以多數人之反擊；此爲過當。(4)就法益言，對於財產之侵害，而予以死傷之反擊；此爲過當。

然此不過就普通情形而論，至特殊者，又不能拘於一隅。例如侵害者兇悍力強，則雖予以多數人之反擊，亦不得認爲過當也。

第二十四條 因避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難，而出於不得已之行為不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。

前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。

本條所定亦為無責任行為，學說上稱之為緊急避難行為。其要件有四：(1)緊急之危難。(2)避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難。(3)出於不得已。(4)行為不過當。四者俱備，始足為阻却違法之原因。

第一項稱「危難」者，指危險災難言。不問其原因係由於人為或自然者，均包括在內。故如殺人傷害，猛獸洪水火災地震之類均是。

稱「緊急」者，較泛稱現在者，尤為迫切。易言之，即目前急迫之狀態。

稱「生命身體自由財產」者，此係列舉之規定（參照前條正當防衛之規定，即可瞭然），名譽除外。蓋依立法沿革言，名譽之被侵害，祇可對加害者行使正當防衛，不得對第三者為避難行為也。

稱「不得已」者，即除加害第三人外，別無何種方法，可以避免危難也。例如強盜

入室，持槍迫令交出店中財物，此時若不交出，自己卽有生命之危難。不得已，乃將店主所有財物交出，此雖對店主爲一種加害之犯罪行爲，然爲防護自己之生命法益，而犧牲第三者之財產法益，固爲法律所放任也。

又但書稱「過當」者，卽避難行爲超過適當程度之謂也。但何者爲過當與否之標準；學者間不一其說，有以危難狀態所生之損害，及因救護所生之損害比較者。有以危難急迫情形，與救護情形比較者。本法主後說，良以法益之輕重，雖可就本質而區分，然在同一法益之中，需要緩急，各以身分而異。且處於緊急危難之狀態下，欲爲精密權衡，事實上殆不可能也。

第二項規定「負有特別義務者」，如消防警察之於火災，醫師之於傳染病，船長之於船難等皆是。至所以不適用之理由，已詳本章第三節，可參閱。

此外須附言者，第二十三條及本條第一項所謂：「得減輕或免除其刑。」係指正當防衛行爲或緊急避難行爲過當時，得減輕其所犯之罪之法定刑，亦得免除其所犯之罪之法定刑；然究竟應否減輕？應否免除其刑？則須審判官斟酌犯罪之實際情形，而爲適當

之運用。如認為無減輕或免除其刑之必要，則不為減輕或不為免除其刑，於法亦無不可也。

第三章 未遂犯

未遂犯者，已着手於犯罪之實行而未發生構成犯罪所必要之結果者也。但須注意，所謂着手與實行，解釋極不一致，有謂着手乃預備與實行間必要之獨立過程。有謂着手乃實行之開始。本法則以着手與實行，終始啣接；着手爲實行之始，實行爲着手之終；殊未可以獨立過程目之也。

至於未遂之界說，從來分爲法德兩派，前者從狹義解釋；謂因意外障礙而不遂者，始爲未遂犯，如暹羅等是。後者從廣義解釋；凡係着手犯罪實行不遂者，無論其不遂之原因，由於意外障礙，或由於事實所不能；或由於內心悔悟而中止，均不失爲未遂犯，如日本等是。本法亦從後說，而區分爲三：曰未遂犯（狹義的），曰不能犯，曰中止犯，茲爲明瞭起見，分論如后：

第一節 狹義未遂犯

狹義未遂犯者，凡因意外障礙，而使已着手於犯罪行為之實行不遂者，均屬之。惟依實行之程度，又可分爲未了未遂，與既了未遂兩種；未了未遂者，亦稱中絕未遂；謂雖已開始實行，而其犯罪之整個行為，尙未終了。例如持刀殺人，刀將欲舉，而被警察窺見拘獲者是。既了未遂者，亦稱缺效未遂；謂實行犯罪之行為，既已終了，而所希望之結果，猶未發生。例如開槍殺人，彈已發出，而未擊中，或擊中而僅負傷者是。然於本法，無論其未了未遂，抑爲既了未遂；在原則上，均應負未遂之刑事責任。惟就其情形，作減輕與否之標準，固無不可也。

至狹義未遂犯之處罰，理論上有誅心誅害二說：前者側重行為人之惡性，謂其犯罪程度，雖未達既遂，而其心術之惡固與既遂無異，實未容宥恕。後者側重犯後之實害，謂犯罪之處罰，應以實害之輕重爲準；今未遂雖有行為之表現，而無實害之結果發生，烏可以既遂論刑。二者矯枉過正，均非公允。本法從而折衷，採得減主義，一任審判官之酌情量定，庶無畸重畸輕之虞也。

第二節 不能犯

不能犯者，即犯罪之行為實施完畢後，不能發生犯人所預期之結果者也。惟其原因顯夥，一曰目的之絕對不能，謂目的物，並不存在；其行為決不致發生犯罪之結果。例如誤以走獸爲人，而舉槍擊斃者是。一曰目的之相對不能，謂目的物，不在該處；但有時亦有發生犯罪結果之可能性。例如探知他人藏銀處所而行竊，不意他人已將銀物移藏別處者是。一曰手段之絕對不能，即犯罪之方法，絕對不能發生效果。例如以未裝子彈之手槍，向人射擊者是。一曰手段之相對不能，即犯罪之方法，用不得宜，而未發生結果。例如以毒藥毒人，因藥量太少，不能中毒斃命者是。

吾人試就上述四種不能犯之危險性而言，似覺手段不能較目的不能爲重，而相對不能又較絕對不能爲重；本法則以犯罪行為之有無反社會性（即危險性）爲斷。至目的或手段，相對或絕對，均非所問也。

關於不能犯之處罰，衆說紛紜，有客觀，主觀，折衷三主義。而客觀中又分相對不

能，法定要件不備，事實不備，具體危險，絕對危險諸說，揆其要旨，無非側重犯罪構成事實，謂絕對不能犯因欠缺犯罪構成事實中之行爲要素，自無處罰之理。主觀主義則以行爲人之意思，爲決定危險之標準，即誤信自己之物爲他人之物而竊取之，亦不失爲不能犯，應依未遂犯處罰。折衷主義以客觀主義爲基礎，而輔以主觀主義，認爲相對不能犯之所以不能完成者，不過由於行爲之錯誤，其必要之手段及事實，並無欠缺，論以未遂犯之處罰宜也。惟絕對不能犯，雖未可完全不罰，即罰之亦應與「相對不能」有殊，以「絕對不能」之手段或事實，並無存在之可能性也。

本法亦從折衷主義，惟小有不同。本法以主觀之犯人惡性爲基礎，客觀之危險情形爲附件；二者必須俱備，方能減輕或免除其刑。其與狹義未遂犯所不同者，彼爲得減主義，可減可不減。此爲必減或免主義，非減即免，非免即減；蓋亦以不能犯之情節，較狹義未遂犯爲輕也。

第三節 中止犯

中止犯者，已着手於犯罪之實行，而以自己之意思，不終了其實行。或雖已實行，而防止其結果之發生者也。前者爲未了中止，蓋雖已開始實行，而中止時，其犯罪之整個行爲，尙未終了。例如持刀殺人，將舉刀欲砍時，忽天良發現，或畏懼刑罰而不殺者是。後者爲既了中止，以實行之犯罪行爲，既已終了；而猶竭力防止其結果之發生，例如用藥毒人，於他人服毒後，頓覺良心不安，或畏懼刑罰；急爲延醫診療，藉防止其死亡結果之發生者是。

但須注意，中止之動機，固可不問其爲善意或惡意（如悔悟而中止，或嫌利少而中止）。而中止之行爲，則必須完全基於自己內部之意思。若行爲人之中止，雖由於自己之意思；而其遠因，實發生於外部者，例如行竊者方入室時，忽聞庭前落葉聲，誤爲人至，乃反身遁歸。又如殺人者遭人反擊，自顧不敵，卽行逃走。均屬狹義未遂犯，不得以中止犯論。蓋其意思係受外部影響，並非完全發由自己也。

關於中止犯之處罰，學說上分有不罰主義，得減或免主義，必減或免主義三派。前者主張不罰，謂中止犯既已悔悟，自應明示獎勵，何必施刑於無辜，反使其沾染獄中惡

習也。次者主張得減輕或免除其刑，謂中止之行爲，雖基於其自己之意思；而中止之動機不一；有因悔悟者，有因畏懼刑罰者，有因贓少利微者，有因無機可乘者，是烏可一律免刑？或一律減輕乎？必須授權於審判官，酌情量刑，庶幾公允。後者主張必減或必免，謂中止犯究係自己意思，防止實害發生，縱含誅心而言誅害，亦足原宥，況有悔悟之心理歟？苟囿於中止之動機繁雜，而規定得減輕或免除其刑，則非惟不足獎勵犯人之改過自新，且與立法原旨，失之遠矣！

評價上述三主義，不罰者失之寬，得減免者病諸苛；欲寬嚴並顧，恩威兼施；自以必減或免主義爲當。故本法從之。

第二十五條 已着手於犯罪行爲之實行而不遂者，爲未遂犯。

未遂犯之處罰，以有特別規定爲限。

未遂犯分爲狹義未遂犯，不能犯，中止犯三種。前已言之。本條第一項係規定狹義未遂犯（不能犯，中止犯規定於後二條）之意義。凡犯罪行爲已開始實行，因意外障礙而未發生構成犯罪所必要之結果者，無論其犯罪之整個行爲，終了與否？均不失爲狹義

未遂犯。

第二項曰：「未遂犯之處罰，以有特別規定者爲限，」其所謂特別規定，係指本法分則各條言，倘分則各條中，並無「未遂犯罰之」之規定時，雖具備第一項之要件，仍不得處罰。

尤應注意，本項稱「未遂」與前項之「未遂」不同。此係包括狹義未遂犯，不能犯，中止犯而言，須作廣義解釋。

第二十六條 未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之。但其行爲不能發生犯罪之結果，又無危險者；減輕或免除其刑。

本條規定狹義未遂犯之處罰，及不能犯之意義與處罰。

其曰：「既遂犯」者，指實行犯罪行爲，而已發生犯罪結果，完成犯罪要素者言。

所謂：「得按既遂犯之刑減輕」者，即可以根據本法分則各條所規定之法定刑，而減輕之（減輕方法見第六十六條以下）。例如第三百二十條竊盜罪之法定刑爲五年以下有期徒刑拘役，或五百元以下之罰金。如屬竊盜未遂犯，原則上當依該條法定刑處罰；但

認爲有減輕之必要，則亦可依該條之法定刑減輕量定。惟處罰未遂，以有特別規定爲限（即前條第二項），實用時不可不知也。

又所謂：「行爲不能發生犯罪之結果者，」係指不能犯言。不能犯之意義，原因，及處罰之理由，均詳本章第二節。

不能犯之處罰，係採必減或免主義，非減輕即免刑，非免刑即減輕；二者必居其一。與狹義未遂犯採得減主義，可減可不減，顯有輕重軒輊也。

所應注意，本條所定之處罰，係限於特種不能犯。除不能發生犯罪之結果外，猶須無客觀之危險性，始可予以減輕或免除其刑。反之，若含有危險性，則仍應依狹義未遂犯處罰。

第二十七條 已着手於犯罪行爲之實行，而因己意中止，或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。

本條規定中止犯之意義與處罰（詳本章第三節）。

條文曰：「因己意中止」者，必須中止之動機，純由於行爲人內心所發生，毫無外

界之情勢，攙雜其間。否則即爲未遂犯。

又曰：「防止其結果之發生」，必須果被防止，始得適用本條。若雖盡力防止，仍不免發生結果者，則應以既遂論。至爲防止行爲者，並不限於本人，其令他人行之者亦同。例如以藥毒人後，天良發現，急延醫師治療，俾其無恙。則行防止行爲者，雖屬醫師；而其爲中止，固無以異也。

與中止犯似是實非，似非實是者，約有四端：（一）爲反覆犯罪之中止。即第一次之實行已歸失敗，因欲使其發生結果，復爲第二次之實行，旋即中止是也。例如初次殺人未遂，於再次殺人時，忽以己意中止。然初次殺人之狹義未遂犯，早已構成，自不能因此次之中止，而將初次之未遂推翻，故仍應以狹義未遂犯論也。（二）爲以犯罪繼續之意思，暫時中止其實行。例如賊入寶庫，因贓物過多，欲結夥搬運，乃空手而返之類，爲狹義未遂犯，均不成立中止犯。（三）結合數個獨立可以致罪之行爲，而成一個犯罪之中止犯，對於既成之行爲，不能單獨論罪。例如本法第三百二十一條之侵入住宅竊盜罪，係結合第三百二十條竊盜罪，及第三百零六條侵入住宅罪而成。於侵入住宅後，既以己

意而中止竊盜行爲，當然成立侵入住宅竊盜之中止犯。自不能將已結合者再割裂之，分別論爲侵入住宅之既遂犯，及竊盜之中止犯也。(四)牽連犯之中止犯。牽連犯者，犯一罪而其方法或結果之行爲，犯他罪名之謂，法律定爲從一重處斷（詳見第七章數罪併罰）。若中止之行爲爲罪名較輕；則應從較重之既遂處斷。反之，中止行爲之罪名較重；則應成立該罪之中止犯。前者例如偽造公文書後，詐欺取財，乃實例上所認之牽連犯。比較兩罪，以偽造公文書爲重。假設偽造公文書既遂後，中止其詐欺行爲，則仍應論以偽造公文書既遂之罪。後者例如侵入他人住宅殺人，亦牽連犯也。比較兩罪，以殺人爲重。假設侵入住宅既遂後，忽中止其殺人之行爲。則應論以殺人之中止犯，自不得依侵入住宅既遂之罪處罰，是亦從一重處斷之當然結果也。

此外尚須附言者，即處於共犯情態下之中止犯，在實用時，將如何處置？此不可不略述也。

(一)共同正犯之中止犯——共同正犯中之一人，爲中止行爲時，其效力不及於其他未中止之正犯。而他正犯未中止之效力，亦不及於中止者，此固理所當然也。但共同正

犯究屬有聯絡關係，若其中一人中止，除其本人消極不進行，或使以前之行為全然失效外，並能積極防止他正犯之進行或結果之發生，始爲中止犯。

(二)教唆犯之中止犯——教唆犯本法採獨立主義（詳第四章共犯），教唆犯之中止效力，不及於因相勸而中止之被教唆者；反之，被教唆者之中止效力，亦不及於教唆者。蓋教唆者之行為爲教唆，除表意向未明瞭前，固可消極不進行其行為，卽爲中止外。若一經明白表示教唆犯罪行爲卽已終了。故欲爲中止，勢非確能防止被教唆者犯罪行爲之開始，或終了，或結果之發生不可。苟如是，則教唆者爲中止犯，而被教唆者仍爲狹義未遂犯也。

(三)從犯之中止犯——從犯與正犯，雖有主從關係。然正犯中止之效力，不及於從犯。反之，從犯中止之效力，亦不及於正犯。蓋中止犯之構成要件，必須純基於自己之意思，自不能因他人之中止，而爲自己之中止也。惟從犯欲爲有效之中止行爲，非使以前之幫助行爲，喪失其助成犯罪之因素；或爲防止犯罪完成之積極行爲爲不可。例如於他人殺人之際，助以利器，欲爲中止，非將利器取回，或防止殺人之結果發生不可也。

條文曰：「減輕或免除其刑。」亦係採必減或免主義，即謂凡爲本條之中止犯者，其處罰時，非減輕其所犯之罪之法定刑，即應免除其所犯之罪之法定刑；二者必取其

一・審判官自可酌情擇用，減輕固可，免除其刑亦可也。

第四章 共犯

共犯者，係二人以上共同犯罪，成立同一罪名之謂也。在學說上，分有主觀的意思共同，及客觀的行爲共同二說。前者以爲共犯者，二人以上共同成立同一之犯罪者也。雖各人犯罪之態樣，有輕重緩急之殊，而各人犯罪之意思，則皆在犯共同之一罪耳！後者以爲共犯者，二人以上因共同之行爲，而各自完成其犯罪者也。主張僅須行爲之共同，不必意思之共同；故一方共犯，亦可成立。又以各自完成其犯罪，而不必各自犯罪之同時成立，於是教唆犯，從犯，亦爲具有獨立之犯罪，而不承認其從屬性矣！

評價上述二說，互有偏勝。蓋一般犯罪之構成要件，首列意思，次爲行爲；足徵二者均爲不可或闕之條件，而共犯又何能例外？至多僅可權衡其輕重，固不能對於任何一面，加以極端之否認也。本法以意思共同爲原則，以行爲共同爲例外；是亦取長舍短，互濟其窮也。

共犯因態樣，方式，性質，時間之不同，在觀念上遂有種種之區別：

(一)獨立共犯與從屬共犯——前者可以獨立成罪，如共同正犯，教唆犯是。後者必隨從正犯成立犯罪，如從犯是。

(二)必要共犯與任意共犯——前者指犯罪以數人共同實施為必要者言，如內亂罪，妨害秩序罪者是。後者反之。

(三)對立共犯與集合共犯——此二者均屬必要共犯，惟方式不同：前者係各以對方為對象而一致行動者，如賄賂罪，通姦罪。後者係集合多人而對外界取一致行動者，如內亂罪，妨害秩序罪是。

(四)有形共犯與無形共犯——前者指以有形的行為，參與共同犯罪者言。如共同正犯，及以人力或物力助人之從犯是。後者指以無形之意思，參與共同犯罪言。如教唆犯及以精神助人之從犯是。

(五)事前共犯事中犯與事後共犯——前者係於實施犯罪以前，有教唆或任何幫助行為者是。次者係於實施犯罪時，共同實施，或予以幫助者是。後者係於實施犯罪後予以助力者是。然本法則認後者為獨立犯罪，不以共犯論。均另設專條處罰，如第一百七

十四條之藏匿犯人罪，第三百四十九條贓物罪等。

(六)縱式共犯與橫式共犯——前者爲因果關係延長之共犯，如教唆犯，及事前幫助正犯之從犯是。後者爲因果關係幅員擴大之共犯，如共同正犯，及事中幫助正犯之從犯是。

本法以右列之區別，殊嫌繁賾，且牴牾雷同，亦復不少。故歸納共犯之種類爲三：曰共同正犯，曰教唆犯，曰從犯，茲爲明晰起見，分論如下：

第一節 共同正犯

共同正犯者，二人以上共同實施犯罪之行爲也。在學說上，亦有主觀客觀兩說：主觀說偏重犯意，謂犯人之間，既有意思之聯絡，復以他人實施之行爲，視爲自己實施之行爲。而他人實施犯罪之結果，因先有意思聯絡，又爲其所希望者，則使負共同正犯之刑事責任，允稱正當。客觀說則偏重犯行，謂僅有犯意之聯絡，究無實施之行爲。既無實施之行爲，即無普通構成犯罪之要件，自不得目爲共同正犯也。

以上二說，各有是處。蓋共同正犯，固以參與共同實施行爲爲要件；而共同之行爲必基於共同之意思而後可。若僅同行爲而無意思之聯絡，或雖相謀而各犯其罪；均不足語此，因前者爲同時犯，後者爲陰謀犯，皆非共同正犯也。

惟須注意，所謂共同行爲者，祇須行爲共同可已，不必同行爲之全部。易言之，卽分擔實施其行爲之一部，亦不失爲共同行爲者，仍應負行爲全部之責任。例如強盜分別擔任行強，搜索，取物之行爲者，皆爲強盜之共同正犯。良以若輩行爲之態樣，雖各不同；然彼此皆有相須相用之關係，謂其共同，固相宜也。

若於共同實施犯罪行爲時，有超出共同意思之外，別以獨立之意思，獨立爲其犯罪行爲。則該行爲，當由行爲者獨負責任。其他未爲者，自可不問。例如甲乙丙共同強盜於丁家，而丙因見丁婦年輕貌美，遂臨時起意，將丁婦強姦，則於強姦部分，應由丙自負責任，與甲乙二人無關也。

又若共同實施犯罪時，因某種關係，其行爲之結果，有反輕於共同意思所預期者。如上例甲乙丙同謀強盜，甲乙入室，丙在外望風，時因室內無人，甲乙不爲強盜，而爲

竊盜，則甲乙丙三人僅應成立竊盜之共犯，不得以強盜共犯論，此不可不知也。

此外尚須附言者，即與共同正犯形相似而實不同之間接正犯。所謂間接正犯者，乃係利用無責任人（指無責任能力者，或責任要件不備者，或其他對於自己行爲不負責任者而言）。而實施犯罪者也。所利用者，既爲無責任人，則其所實施之犯罪行爲，亦何異利用者自施之。其不能成爲共犯，義極明顯。蓋無責任人，本絕無犯罪之故意，而實施之原動力，亦純操乎利用者，是不啻單獨犯之利用機械而犯罪，烏可作共犯論耶？名之間接正犯，宜也。

至利用之方式，非僅限乎教唆，即無責任人，已着手於犯罪之實施，利用之而予以援助，至於既遂，仍不失爲間接正犯。前者例如唆使心神喪失人放火，或上級公務員利用不知情之下級公務員，命令其實施犯罪等是。後者例如未滿十四歲之甲，行竊於鄰家時，適被乙所覩，因乙與鄰家，夙有嫌怨，乃利用以爲洩恨。並指導甲藏貴重物品之處所，及行竊之方法，而竟遂其所教。則甲因刑法上無刑事責任（參照第十八條），應由乙負竊盜罪間接正犯之責任。易言之，即甲之竊盜行爲，由乙擔當罪刑也。

第二節 教唆犯

教唆犯者，教唆他人犯罪者也。其行為係對於並無犯罪意思，或雖有意思而尚未決定之人，教唆犯罪之行為者也。在學說上，有獨立主義與從屬主義之分。前者側重教唆者之教唆，謂教唆犯有獨立教唆之犯意，及獨立教唆之犯行；無論被教唆人是否從而實施犯罪，於教唆犯之成立，並無影響。後者側重被教唆人之實施，謂教唆犯應以被教唆人實施犯罪而成立，因教唆雖係獨立行為，然究非構成分則各條所定之特別要件也。

然查各國立法例，除日本仍採用從屬主義外，他若法國，俄國，暹羅等均採獨立主義。而本法亦以教唆犯係利用他人之犯罪行為，以遂行其自己之犯意，而達自己犯罪之目的，其惡性之深，為害之烈；揆諸誅心主義，殊未可輕恕。於是一變疇昔暫行新刑律及舊刑法之從屬主義，而為獨立主義，此未始非立法上之進步也。

至於教唆之行為，非僅限於言語。舉凡足以使人發生或決定犯意之文字，以及一切舉動，均不失為教唆行為。而其方法，亦漫無限制，無論請託，利誘，侮辱，勸告，挑

撥，嘲笑，恐嚇，威脅等等，皆非所問。但須注意者，若被教唆人因威脅而失却意思自由時，則教唆者應成立前節之間接正犯，而非教唆犯矣！

第三節 從犯

從犯者，於他人實施犯罪前，或犯罪中；予以便利或援助其為犯罪行為者也。其與正犯之區別，論者紛紜，莫衷一是。約而言之，可分主觀主義與客觀主義，而主觀主義中，又有意思及利益兩說；前者謂犯人之意思，若係共同實施犯罪，則為共同正犯。反之，犯人之意思，僅為幫助他人犯罪，則為從犯。後者謂犯罪有獨立利益者，為共同正犯。其利益僅為附屬者，則為從犯。客觀主義中亦分時間，實質，原因三說，前者謂參與犯罪實施時之行為，為共同正犯。參與犯罪實施前或後之行為，為從犯。次者謂行為之有重要性者，為共同正犯。其行為輕微者，為從犯。後者謂其行為為犯罪結果發生之原因者，為共同正犯。其行為為犯罪結果發生之條件者，為從犯。

吾人苟稍加思索，即知二主義，互有偏弊，主觀者側重犯意，客觀者側重犯行；若

囿於一說，實用上窒礙轉多。本法爲適應於社會，兼採兩說，取長舍短，以折其衷。並經最高法院適用刑事新法規會議，議決其標準如左：

- (1) 以自己犯罪之意思，而參與犯罪構成要件之行爲者爲正犯。
- (2) 以幫助他人之意思，而參與犯罪構成要件之行爲者爲正犯。
- (3) 以幫助他人犯罪之意思，而參與其所參與之行爲，係犯罪構成要件以外之行爲者爲從犯。

(4) 以自己犯罪之意思，而參與其所參與之行爲，爲犯罪構成要件以外之行爲者爲正犯。

綜上以觀，可知所謂從犯者，必須以幫助之意思，參與犯罪構成要件以外之行爲者始可。否則，若以自己犯罪之意思，或參與犯罪構成要件之行爲者，卽爲共同正犯，而非從犯矣！

至從犯之幫助行爲，並無限制，無論與以物質上之助力（如供給兇器等），或精神上之助力（如獎勵犯意，及指導方法等）；或出諸積極之幫助（如以棒擊被害人），或

出乎消極之幫助（如不開門以令被害人之逃逸）；均不失爲從犯之幫助行爲，惟他人本無犯意，因給與器械，激以言詞，而後他人始萌犯意者，應屬於教唆犯，固不得認爲從犯。反之，若本人原無幫助之意思，其行爲係出於過失者，則應獨立構成過失罪（以條文有特別規定而言），自不能以從犯論，是又不可不知也。

第二十八條 二人以上共同實施犯罪之行爲者，皆爲正犯。

本條規定共同正犯之意義。

所謂：「二人以上」，依據第十條計算，至少須有二人，最多則並無限制。

又所謂：「共同實施犯罪之行爲」，係包括共同之犯意及共同之犯罪行爲而言。若僅有共同之犯意，則爲陰謀犯；僅有共同之犯行，則爲同時犯；均不足構成本條之共同正犯。但應注意，稱「共同行爲」，祇須有行爲上聯絡作用即可，不必各個犯人之態樣步驟，一律相同。若有行爲超越共同意思之外者，應由行爲人獨負該部分之責任，其他未爲者，自可不問。

又所謂：「皆爲正犯」，係指共犯中均負正犯之刑事責任者言。例如甲乙二人共同

殺人，則各應負第二百七十一條殺人罪之責任。至若甲乙中有一人爲無責任能力人（如未滿十四歲人，心神喪失人），則他方應構成間接正犯，而非共犯，自不待言矣（詳本章第一節）。

第二十九條 教唆他人犯罪者，爲教唆犯。

教唆犯依其所教唆之罪處罰之。

被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。但以所教唆之罪，有處罰未遂犯之規定者爲限。

本條規定教唆犯之意義，及其處罰之標準。

第一項曰：「教唆」者，即「授人以意」之謂。其行爲與方法均無限制。無論爲語言，文字，動作，或勸告，利誘，挑撥，嘲笑，恐嚇，威脅等等，皆不失爲「教唆」。但被教唆人因恐嚇而喪失意思自由，或因強制不能抗禦；則程度超越，轉失「教唆」本義。

又曰：「教唆他人」，即「授意與他人」之謂。此「他人」，乃指自己以外之第三

人，本無限制。惟必須爲責任能力人。否則，又屬間接正犯，而非教唆犯矣！

又曰：「教唆他人犯罪」，即「授犯罪意思與他人」之謂。既曰：「授犯罪意思與他人」，則他人本無犯罪意思可知。縱他人已有犯罪意思，亦必尙未確定。否則，他人本有犯罪之決意，而復助成之。此不過爲幫助性之從犯行爲，又烏得認爲授與性之教唆行爲耶？

本法既採獨立主義（詳本章第二節），自應依教唆犯之教唆他人，爲犯罪行爲。例如甲教唆乙殺丙，乙果從而殺之。則除乙應成立殺人罪外，甲亦須受殺人罪之處罰，此第二項所規定也。

至若被教唆人之犯罪實施，加重於所教唆者；且非爲教唆人所能預料。例如甲教唆乙竊盜，而乙竟爲搶奪；除乙應成立搶奪罪外，甲祇須以竊盜罪處罰。是亦本於教唆犯依其所教唆之罪處罰「之原意也。

第三項係規定被教唆人未至犯罪之教唆犯處罰標準。依獨立主義之原則，凡教唆行爲終了之時，即爲教唆犯成立之時，固不待言。惟被教唆人未至犯罪，而教唆行爲已屬

終了，若遽以既遂論科，寧不太酷？於是特定：「被教唆人未至犯罪，教唆犯以未遂犯論」，用以補充前項，良有以也。

本項但書之注文，與第二十五條第二項規定曰：「未遂犯之處罰，以有特別規定者爲限」。已屬先後相同，疊屋架床，是贅疣也。

此外尙須附言者，卽間接教唆犯，或再間接教唆犯，應否仍以教唆犯處罰？查舊刑法第四十三條規定：「教唆教唆犯者亦同」，而日本刑法學者泉二新熊亦曰：「在多數之教唆犯中，因果關係並未中斷，不過教唆犯人數增多而已。」本法雖未言明，然既採獨立主義，以教唆爲教唆犯之行爲，凡有教唆行爲者，卽構成教唆犯。無論其爲間接教唆犯，或再間接教唆犯，甚至再再間接教唆犯，均不失爲教唆犯，良以教唆之順序，雖有先後遲早；而其惡性之深，固無有軒輊也。

第三十條 幫助他人犯罪者爲從犯，雖他人不知幫助之情者亦同。

從犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。

本條第一項規定從犯之意義。

條文曰：「幫助」，指「予以便利或援助之行爲」言，其行爲並無限制，無論予以物質之助力，或精神之助力；積極之助力，或消極之助力（詳本章第三節），均不失爲幫助之行爲。

又曰：「幫助他人」，指「予他人以便利或援助之行爲」言。其所謂「他人」，本無若何限制。惟亦須爲有責任能力人，否則，非爲從犯，乃間接正犯矣！

又曰：「幫助他人犯罪」，指「予他人犯罪以便利或援助之行爲」言。但須注意，所謂「幫助犯罪」者，不過幫助其犯罪實現而已，並非替代他人實施犯罪。故其參與程度，以構成犯罪要件以外之行爲爲限。若進而爲構成犯罪要件之行爲，則非從犯，亦共同正犯矣。

又查從犯之成立，以有便利或援助他人犯罪之行爲爲要件，至他人是否知爲幫助？可以不問。例如甲預謀殺乙，爲丙所知，深慮甲力不敵乙，乃先灌乙以酒，使之昏醉，俾甲易於下手。是丙之行爲，非甲所知。然不問甲是否知有此事？而丙之出此，要不能不認爲幫助甲之行爲，其應以從犯論，亦當然之事，此第一項後段所以特別規定也。

第二項規定從犯之處罰。各國立法例中，有採必減主義者，如日本是。有採得減主義者，如德國是。本法以從犯予正犯之助力，輕重緩急，各有不同。若均予必減，於理殊覺未安。乃採得減主義，俾審判官衡情量定，較為公允耳！

第三十一條 因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。

因身分或其他特定關係，致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人，科以通常之刑。

本條所謂：「身分」者，乃特定關係之一種，係專指屬犯人身所具之資格，及人之關係而言。如公務員，從事各業務之特定人，及親屬，男女等均屬之。

又所謂：「其他特定關係」者，係指「身分」以外一切足以構成特定犯罪，或致刑有重輕及免除之情形而言。如懷胎婦女（第二百八十八條），將受強制執行之債務人（第三百五十六條），累犯（第四十七條），自首（第六十二條），瘖啞人（第二十二條），未滿十八歲人（第十八條第二項），及偽證誣告之自白者（第一百七十二條）均

屬之。

第一項曰：「因身分或其他特定關係成立之罪。」如公務員之收受賄賂，卑幼人之殺尊親屬，懷胎婦女之墮胎等罪均屬之。

其曰：「共同實施」者，例如甲乙共同謀殺甲之尊親屬，甲爲有「身分」者，其應成立該罪，固不待言。即乙雖無親屬關係，但既與有「身分」者共同實施，當不能置諸不問，仍應以共同正犯論。

又曰：「教唆幫助」者，例如非業務人教唆或幫助業務人侵占所持有之物。則非業務人雖無業務上之關係，但既教唆或幫助有「身分」者，自亦不能置諸不罰，仍應以教唆或幫助犯（即從犯）論。

第二項規定，係解決共犯中，因特定關係，致刑有重輕或免除之科刑問題。

所謂：「因身分或其他特定關係，致刑有加重」者，例如公務員與非公務員，共同縱放依法逮捕拘禁之人，則公務員以職務上之關係，應依加重法條（第一百六十三條）處罰。而非公務員爲無特定關係之人，則依通常法條（第一百六十二條）科刑。

又所謂：「因身分或其他特定關係，致刑減輕」者，例如未滿十八歲人與成年人，共同搶奪他人財物，則均犯第三百二十五條第一項之罪，但未滿十八歲人以有特定關係，得適用第十八條第二項減輕其刑外，成年人則仍依其所犯本條，科以通常之刑。

又所謂：「因身分或其他特定關係，致刑免除」者，例如某婦與鄰人竊取其夫所有動產，則均屬犯第三百二十條之罪。但某婦以有身分關係，應依第三百二十四條免除其刑，而鄰人則仍依所犯本條，科以通常之刑。

第五章 刑

刑者，國家對於犯罪人所加之制裁，而剝奪其私人之法益也。至其作用（有稱目的殊誤），學者間不一其說，有謂刑罰爲對於惡性之應報，其分量適應於實害之程度，蓋欲使犯人感受與被害人同樣之痛苦，此應報主義也。有謂刑罰爲防止犯罪之工具，在社會方面，所以警惕人民，納諸軌物。在犯人方面，所以懲其既往，促其自新；俾改善心理狀態，不致再犯，此防止主義也。軌近法律思想發達，應報主義已無採用價值；惟防止主義則幾爲多數學者所公認矣！

關於刑之分類，極爲繁複，縱既不同於古今，橫亦有殊乎中外。以縱言，我國於唐虞三代，有墨，劓，剕，刑，宮，大辟五刑。道漢廢肉刑，隋乃改以笞，杖，徒，流，死爲五刑。歷唐以至明，鮮有更易。清末變法，廢止體刑，改以罰金，徒，流，遣，死爲五刑，此大概也。以橫言，羅馬古有火印刑，法古有斬手刑，英古有割耳刑。迨至近代，意大利分爲死刑，無期徒刑，懲役，罰金 (Multa)，拘役，罰金 (Ammonda)。日本分

爲死刑，懲役，禁錮，罰金，拘留，科料（卽罰鍰）爲主刑，沒收爲附加刑。餘如荷蘭，挪威，葡萄牙，均已廢止死刑，此亦大概也。本法則分主刑及從刑，主刑包括死刑，無期徒刑，有期徒刑，拘役，罰金。從刑包括沒收，及褫奪公權。茲分論之：

第一節 主刑

主刑者，謂可以獨立科處之刑罰也。有死刑，無期徒刑，有期徒刑，拘役，罰金之別，茲分述如后：

（一）死刑（生命刑）

死刑者，卽剝奪犯罪人之生命，使永遠與社會隔離，爲刑罰中極度之刑罰也。近世文化日進，思想大變，對於死刑之存廢，立法例及學說，均不一致。主死刑廢止說者，謂刑罰原爲防止犯罪傾向而設，使犯人悔過自新，不致再犯。若以死刑剝奪人之生命，非特失之慘酷，有背人道；且受死刑宣告者，縱欲懊悔，亦屬自新無路。況人死已矣！

不能復生，苟有科罰失當，則將如何救濟？主死刑留存說者，謂大凡處死刑者，必罪情重大，惡性彌深；非可望其改悔，故予以根本淘汰，俾絕滅其危害社會之機能；此原係必要之圖，烏可責諸人道而使法律權力喪失？況死刑之執行，特別慎重，裁判確定後，尙須經司法行政最高官署核准，自無失當枉誣之虞也。二說各具相當理由，然死刑之存廢，要當因時因地，視社會秩序文化之程度以定。而我國襲用死刑，歷時彌久，一旦廢止，恐影響社會心理，使巨慝元惡，益無忌憚。故本法仍行採用，以防萬一，實時勢所必然也。惟適用死刑之範圍，已較舊刑法縮小，其爲絕對死刑之罪，僅第二百二十三條，第三百三十三條第三項，第三百三十四條，第三百四十八條第一項四種而已，殆以此爲過渡辦法，而爲他日廢止死刑準備歟？

關於執行死刑方法，各國不同，德法比丹用斬首，南美諸國用槍斃，日本埃及加拿大英奧用絞刑，美國各邦如紐約用電氣處死。而我國已決定用絞（見司法行政部二十四年六月十八日第三〇九一號訓令），並就可能範圍內，先用麻醉方法，蓋亦減少受刑者痛苦，及完其軀體之意也。

至執行死刑之程序，應於諭知死刑之判決確定後，由檢察官速將該案卷宗，送交司法行政最高官署，經核准，於令到三日內在監獄內執行之。執行時，應由檢察官蒞視，並命書記官在場制作筆錄，此項筆錄，須經檢察官及監獄長官簽名（見刑事訴訟法第四百六十四條至第四百六十八條）。

但須注意，受死刑之諭知者，如在心神喪失中，或係婦女懷胎；則於其痊癒或生產前，由司法行政最高官署命令停止執行。停止執行者，於其痊癒或生產後，非有司法行政最高官署命令不得執行，此刑事訴訟法第四百六十九條所規定，不可不知也。

(二) 無期徒刑(自由刑之一)

無期徒刑者，乃剝奪犯人終身自由之刑罰也。易言之，即將犯人永遠拘禁於監獄中之謂。其存廢問題，學者間爭論甚烈。主廢止無期徒刑者，其理由有四：(1)無期徒刑一經判決執行，即與社會永隔，終身不得自由，較死刑感痛苦於一時者，殘酷尤甚。(2)因犯人年齡壽命有殊，而生不平之結果。如幼年者，須受長期之羈禁，老年人則否；殊失

法律平等之義。(3)終身囹圄，易陷於自暴自棄之途。(4)無期徒刑劃一而無等差，不能視罪情輕重，以爲適當之運用，尤失相對法定主義（見第一章第一節）之真諦。主存留無期徒刑者，則謂刑罰因犯人年齡壽命，而執行長短有所等差，是不僅無期徒刑爲然，卽在有期徒刑亦同此缺陷。例如處十五年有期徒刑，使年老人受之，固亦有不待執行完畢而死亡者，此不足爲無期徒刑之詬病也。且無期徒刑，並非以絕對永久拘禁爲必要，若行狀善良，或已知悛悔，則有赦免假釋（參見第七十七條）之法，不患無自新之途，又何致自甘暴棄？至無期徒刑劃一而無等差，此係刑之本質使然，尤不足爲非難之論據也。故本法仍存留無期徒刑，惟適用範圍，力求縮小，並限制未滿十八歲及滿八十歲人，不得科無期徒刑（第六十三條第一項），是亦補偏救弊也。

關於執行無期徒刑之程序，除法律別有規定外，於監獄內拘禁之，令服勞役，但得因情節，免服勞役（刑事訴訟法第四百七十條）。其應免服勞役者，由執行之檢察官命令之（同法第四百八十二條）。

但應注意，若受無期徒刑之諭知者，而有心神喪失，或懷胎七月以上，或生產未滿

一月，或現罹疾病恐因執行而不能保其生命之情形，依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前，停止執行。並得將受刑人送入醫院，或其他適當之處所（刑事訴訟法第四百七十條，第四百七十二條）。

(三) 有期徒刑(自由刑之一)

有期徒刑者，即犯人所受之拘禁，有一定期限；並非如無期徒刑之永遠拘禁於監獄中也。此在刑罰中，適用範圍較廣，居最重要之一席。惟有期徒刑之最長期，各國立法例不同。其最長者定為三十年，如巴西，烏拉圭之刑法是。較長者定為二十四年，如意大利刑法是。其最短期定為七年，如加拿大之刑法是。較短者定為十年，如洪都拉斯之刑法是。此外如日本波蘭等之刑法，大多以十五年為準，本法亦定最長期為十五年，最短期為二月，但遇加減時，得減至二月未滿，或加至二十年，蓋從多數之立法例也。

有期徒刑雖規定自二月以至十五年，但分則上所定者，以短期自由刑較長期自由刑為多。故學者間亦有持廢止短期自由刑之論，其理由有四：(一)刑期過短，不足收懲戒

感化之效。(二)罪情雖輕，刑期雖短；一受執行，每爲人所不齒，易啓其自暴自棄之心。(三)日與惡性較深之犯人雜處監獄，濡染惡習，更植再犯之危機。(四)有害無益，徒增國庫負擔。然主張存留者，亦大有人在，謂監獄未採獨居制前，沾染惡習，或所不免，但此固不僅短期自由刑爲然。卽長期自由刑亦復同弊也。況本法對短期自由刑，已設有緩刑制度(第七十四條)，及易刑處分(第四十一條)，足資救濟，自毋庸過慮。至分則上有與罰金並定者，尤可審酌情形，選科罰金。苟必須廢止，則遇罪情輕微，而非罰金所能收效者，將如何處置？抑科以長期自由刑耶？是亦於理未安，此短期自由刑之不能廢止也。

關於執行有期徒刑之程序，與無期徒刑同，不贅言。

(四) 拘役(自由刑之一)

拘役者，卽犯人所受之拘禁，爲一日以上，二月未滿之謂也。其與有期徒刑性質相同，蓋二者皆爲自由刑，分別拘禁於監獄，令服勞役。且均得因其情節免服勞役也(刑

事訴訟法第四百七十條)。其所殊異者，爲期間之長短，因有期徒刑，前已言之，最長期爲十五年，加重時得加至二十年。拘役則僅一日以上，二月未滿；縱遇有加重必要，亦祇得加至四個月。此不同之顯著者也。其他相異者有三：(1)受拘役之宣告，得易以訓誡(第四十三條)，徒刑則否。(2)受徒刑執行後，五年以內，再犯徒刑以上之罪，爲累犯，加重本刑至二分之一(第四十七條)，而拘役則不足爲累犯之基礎。(3)緩刑期內或假釋中，受有期徒刑之宣告，應撤銷其緩刑(第七十五條)或假釋(第七十八條)，拘役則否也。

至拘役之執行程序，與徒刑相同，因皆爲自由刑也。

(五) 罰金(財產刑)

尙書舜典曰：「金作贖刑。」卽爲今時罰金之濫觴也。各國立法例，亦復不同；(1)以罰金爲主刑者，如德英意俄奧土等是。(2)主刑從刑兼採罰金者，如法比等是。(3)以罰金爲從刑者，如洪都拉斯尼加拉圭等是。(4)罰金有專科，併科，易科者，如暹羅是。本

法從(1)例，以罰金爲主刑之一。於總則中規定罰金之最少額爲一元以上，而最多額則規定於分則各條，有一萬元，七千元，五千元，三千元，二千元，一千元，五百元，三百元，一百元九種，要皆視犯罪之輕重，一任審判官於法定範圍內自由量定也。

罰金之科處方式，依本法規定分有四種：(一)專科罰金——卽分則各條規定以罰金爲唯一之主刑者，如第二百六十六條賭博罪，僅處一千元以下罰金者是。(二)選科罰金——卽分則各條規定處徒刑拘役，或罰金數者之中，得以選科其一者，如第三百零九條第一項公然侮辱罪，得選科三百元以下罰金者是。(三)併科罰金——卽分則各條規定徒刑拘役外，列有罰金，可同時併科者。如第三百三十五條侵占罪，處五年以下有期徒刑拘役，或併科一千元以下罰金者是。(四)易科罰金——卽因自由刑之執行，顯有困難，而易科罰金(第四十一條)之謂也。

關於罰金之執行方法，各國制度不同，有採「分期繳納」制，有採「以工易罰」制，而本法確立「定期繳納」制爲原則外，並兼取「以工易罰」制，補救其窮；規定罰金應於裁判確定後兩個月內完納。如期滿而不完納者，強制執行；其無力完納者，易服勞役

(第四十二條第一項)。蓋亦就犯人經濟上着想，寬緩兩月，俾其從容籌措也。

第二節 從刑

從刑者，附隨於主刑科處之刑罰也。除有得專科從刑之特別規定外，非科主刑，即不得科以從刑耳！計分兩種：(一)褫奪公權，(二)沒收，茲分述如次：

(一) 褫奪公權(能力刑)

褫奪公權者，乃國家剝奪犯人在公法上的權利能力之謂也。易言之，即剝奪其一定之資格耳！故亦有稱資格刑者。其褫奪之內容有三：(一)為公務員之資格。(二)公職候選人之資格。(三)行使選舉，罷免，創制，複決四權之資格。良以公務員須以身作則，首重品格；今本身既不能奉公守法，則他時為公務員，又安知不違悖倫常，貪贓瀆職？為防微杜漸計，故褫奪其資格，宜也。公職候選人，將來有執行國家公務之機會，所繫彌重。故候選人非惟須才識卓越，即德性品行，亦應淳美，始能秉公行事，毫無偏倚。

茲既犯罪，則品性惡劣，自屬無可諱言，其須褫奪及之，亦理所當然也。至行使之四權（即人民之四種政權），乃用以管理政府之治權。夫本人既已自罹法網，自無行使政權，以管理政府治權之可言。否則，同惡共濟，弊不堪言，故亦併予褫奪爲宜，此本法之立法原旨也。

宣告褫奪公權，可分爲二種：（一）終身褫奪——即終身剝奪犯人所應享第三十六條所列之三種資格也。此種終身褫奪，係附隨於宣告死刑或無期徒刑時宣告之。有謂宣告死刑與無期徒刑，一爲生命既絕，一爲終身囹圄；二者於事實上本無公權可享，自無褫奪必要。殊不知國家有赦免特典，本法有假釋規定；倘死刑或無期徒刑，竟被赦免或假釋，而又未便令享法定之三種公權，則所褫奪之預先宣告，即爲有實益焉！（二）定期限之褫奪——凡宣告六月以上有期徒刑，依犯罪之性質，認爲必要時，得附隨宣告褫奪公權一年以上十年以下。然何者始爲必要？可參閱後列第三十七條第二項之詮釋。

關於褫奪公權之執行，除宣告終身褫奪者，自裁判確定時發生效力外，其餘一定期限之褫奪者，均自主刑執行完畢或赦免之日起算。蓋必如此，始能表現其效力，否則，

若與徒刑之執行，同時開始，則必有一部或甚至全部之褫奪公權期，消除於執行徒刑之期內；而執行徒刑期內本無公權可享，又何須作此有名無實之褫奪也。

(二) 沒收(財產刑)

沒收者，謂將屬於犯罪人之財產悉行剝奪，歸於國庫之謂也。各國立法例不同，可分爲二派：(一)義務沒收制，即毫無斟酌餘地，必予沒收也。(二)職權沒收制，即沒收與否？裁判上可審酌情形，自由量定也。本法爲混合制，規定沒收之物：(一)違禁物。(二)供犯罪所用或犯罪預備之物。(三)因犯罪所得之物。對(一)物採義務沒收制，對(二)(三)之物，採職權沒收制。良以違禁物(如偽造之貨幣，私藏爆裂物軍用槍械是)，從根本上即在應取締之列，故不問屬於犯人與否？必予沒收，是亦保安之意也。至供犯罪所用或犯罪預備之物，及因犯罪所得之物，以屬於犯人者，得沒收之。因沒收之規定，原係基於財產刑之觀念；而「刑止一身」，又爲近代刑法之通義。若沒收之物本不屬於犯人，則與其財產何涉？而結果使犯人所受者，爲不關痛癢之宣告；他人所遭

者，爲意外不測之科刑。例如強盜劫得之物，本不屬於犯人，若亦予沒收，在物主豈非受意外之損失。故本法規定以屬於犯人爲限，蓋亦「刑止一身」之意也。但須注意，若分則各條有特別規定者，如第二百零二條，第二百零五條，第二百零九條，第二百九條，第二百六十五條，及第二百六十六條第二項等所列之物，則不問屬犯人與否？均沒收。是又以各物之危險性較大，故有此例外之規定也。

沒收既爲從刑，在原則言，若無主刑宣告，本不得專科沒收，然有因正當防衛，緊急避難，不能犯，或犯第六十一條所列之罪，而免除其刑者。則其與犯罪有直接關係之物，仍得專科沒收之，此例外也。

又沒收之物，應於裁判時併宣告之。惟遇違禁物品，則雖案經不起訴，或宣告後發見者，均應由檢察官聲請法院，以裁定單獨宣告沒收，此又屬例外之規定也。

此外尙有關於沒收之數問題，必須解決者：

(一)沒收之物，是否以已經扣押者爲限？學說上有積極消極之分，主積極說者，以未經扣押之物，本屬無權處分，且該物是否合於第三十八條所列舉之情形，亦無從加

以審察，自不得遽科沒收。主消極說者，謂除違禁物，及爲免刑之判決時，得專科沒收外。餘如供犯罪所用或預備之物，及因犯罪所得之物，均須於裁判時一併宣告。如以未經扣押不予沒收，倘事後發現有沒收必要時，則將如何救濟？然刑事訴訟法第一百三十三條曰：「可爲證據，或得沒收之物，得扣押之。」則於得沒收之物，固未嘗限以必扣押。既無限以必扣押，是不扣押者，仍不失爲得沒收之物也。故本法係採消極說，不待言也。

(二)從物應否沒收？學說不一，然從物既附隨於主物，當然得併及之。例如沒收殺人之刀，其刀之鞘，當然可併沒收。

(三)加工物應否沒收？加工物者，即將犯罪所用或預備之物，以及犯罪所得之物加以改造或變換之謂也，例如所竊之布，已製成衣服，或變換銀錢者是。學說判例皆謂已非犯罪直接所得之原物，不得沒收。但須注意，若違禁物經改造後，猶爲違禁物；如以炸藥，製成炸彈，則仍應沒收。

(四)牽連犯中犯輕罪所用之物應否沒收？查牽連犯雖從一重處斷，而其牽連之各

行爲，皆不失爲犯罪行爲，故供輕罪所用之物，即爲供犯罪所用之物，當然得沒收之。至沒收之執行程序，可參閱刑事訴訟法第四百七十四條至四百七十八條。

第三節 刑之易科

刑之易科，謂對犯罪人宣告刑罰後，執行有困難情形，或顯可宥恕時，准予受刑人易科他種刑罰，或處分以代之也。本法特設三種：（一）易科罰金，（二）易服勞役，（三）易以訓誡，茲分別說明如左：

（一） 易科罰金

易科罰金者，因短期自由刑（包括有期徒刑及拘役）之執行，顯有困難，而易以財產刑（罰金）者也。蓋短期自由刑之流弊，要者有四，前已言之（見本章第一節）。自應設法救濟，而易科罰金，實爲對症之藥。然條件不宜過寬，否則反使富者自恃多金，敢於徼倖嘗試，故本法規定要件有三：（一）犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之

罪。(二)受六月以下有期拘役之宣告。(三)因身體教育職業或家庭之關係，執行顯有困難。三要件具備，始得由審判官准予易科，蓋非慎處如是，實不足與利杜弊也。

易科罰金之設，純以避免執行困難，及救濟短期自由刑之弊為前提。至於犯罪情節可否憫恕？犯人之惡性是否偶發？皆可不問。蓋前者為減輕或免刑之問題（見第五十九條及第六十一條），後者乃緩刑之問題；封畛劃然，不容混淆。故雖有屢犯情節重大之罪，而具備易科罰金之三要件者，固仍得予以易科也。

至易科罰金之折算標準，詳後列第四十一條之詮釋，此處從略。

(二) 易服勞役

易服勞役者，即受罰金之宣告，無力完納時，易服勞役，以代罰金之執行也。其與徒刑拘役性質不同。作用有二：一則以勞役所得，可以代償罰金。二則貪惰之流，可以養成勤習。法良意美，足資採擇。惟勞役期間，各國立法例不同，最長者限以一年，如德國，日本，暹羅等是。最短期限以六十日，如瑞典者是。其他如荷蘭為八月，比利時

印度爲六月，挪威爲四月半，英國爲三月，芬蘭爲九十日，參差不等。本法從比利時，規定不得逾六個月，所以加此制限者，係因宣告者究爲罰金，因無力完納，不得已始易服勞役，以救事實之窮。若期限過長，非惟藐視勞動神聖，且有失補救之本意也。

惟此六個月限制，在犯一罪，而宣告一個罰金時，固無疑問。設數罪併罰，分別宣告數個罰金後，另定執行之金額時，則每一罪之罰金易服勞役，不得逾六個月歟？抑定執行之總期，不得逾六個月歟？學者於此，見解兩歧，有謂六個月之限制，應以一罪爲限，如犯兩罪，則各服勞役六個月。否則，有兩罪之事實，僅論以一罪之刑罰，非惟不足收刑罰之效，且易萌不平之感焉！有謂此六個月之限制，兼包括數罪而言。因易服勞役，本爲不得已之辦法，然已使不應喪失自由者，不獲自由。設更疊積累計，勢必令科多數罰金者，將喪失長期之自由。易刑之本意果如是耶？比較兩說，自以後者爲當也。

（易服勞役之折算標準，見第四十二條詮釋。）

（三） 易以訓誡

易以訓誡者，即受拘役或罰金之宣告，而犯罪動機在公益上或道義上顯可憫恕者，易以訓誡，以代拘役或罰金執行之謂也。良以刑罰之設，無非為制止犯罪，防衛社會而已。設有人焉，犯罪情節輕微，動機可恕；若因勢利導，予以訓誡，即可收矯正之效，則自毋庸科以刑罰，轉無實益，此本法所以特設「易以訓誡」之制也。

然何者為「動機顯可宥恕」？例如竊盜他人之食糧，賑濟災民者是。蓋此種行為，固為犯罪。然揆其動機，係為賑濟災民，並無重大惡性，似可易以訓誡。然究竟應否宥恕？仍須由審判官審酌具體事實，予以裁斷耳！

第三十二條 刑分主刑及從刑。

本條規定刑之種類，曰「主刑」者，即獨立可科之刑罰也。曰「從刑」者，即附加於主刑之刑罰也。然亦有從刑得離主刑而專科之者，此係例外之特別規定也。

第三十三條 主刑之種類如左：

一 死刑

二 無期徒刑

三 有期徒刑 二月以上，十五年以下。但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年。

四 拘役 一日以上，二月未滿，但遇有加重時，得加至四個月。

五 罰金 一元以上。

本條規定主刑之種類，及其最高度與最低度。

死刑，無期徒刑，有期徒刑，拘役，罰金之意義，學說，及執行程序，均詳本章第一節，恕不重贅。

條文稱「以上」，「以下」者，皆依第十條規定，連本數計算。稱「未滿」者，應本數除外計算。

第五款罰金，僅規定最低度一元，而未及最高度；蓋其最高度已別規定於本法分則各本條中矣！

第三十四條 從刑之種類如左：

一 褫奪公權

二 沒收

本條規定從刑之種類，其意義詳本章第二節，此處從闕。

第三十五條 主刑之重輕，依第三十三條規定之次序定之。

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

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

本條規定刑之重輕標準。

第一項曰：「依第三十三條規定之次序定之。」即死刑重於無期徒刑，無期徒刑重於有期徒刑，有期徒刑重於拘役，拘役重於罰金之謂也。

第二項係就同種之刑之最高度及最低度，定其重輕之標準。其曰：「以最高度之較長或較多爲重者」。即先依最高度之刑期或最高度之金額；其比較長或比較多者爲重。例如第二百十七條偽造印章印文罪，處三年以下有期徒刑。第二百十八條偽造公印或公

印文罪，處五年以下有期徒刑。則第二百十八條之刑，較第二百十七條之刑爲重。罰金亦同。

其曰：「最高度相等，以最低度之較長或較多者爲重」。卽同種刑之最高度刑期或金額相等，無法比較時，則就最低度之刑期或金額，其比較長或比較多者爲重。例如第二百零七十三條激憤殺人，處七年以下有期徒刑。第二百零二十二條竊盜常業，處一年以上七年以下有期徒刑。則第三百二十二條之刑，較第二百零七十三條之刑爲重。蓋第二百零七十三條之最低度刑期爲二年以上也（見第三十三條第三款規定）。

惟分則各條規定處罰之方式，參差不一，有專科者，有選科者，有併科者，甚有法定刑全相同者。則欲比較重輕，實非前二項所能鑑別，於是更進一步，有第三項之補充規定。其曰：「參酌前二項標準定之」。例如此罪法定刑爲死刑，彼罪爲死刑或無期徒刑；則此重於彼。又如此罪法定刑爲一千元以下罰金，彼罪爲拘役或一百元以下罰金；則彼重於此。又如此罪法定刑爲三年以下有期徒刑拘役或三百元以下罰金，彼罪爲二年以下有期徒刑；則又此重於彼。以上不過例示，舉一反三，是望讀者。

其曰：「不能依前二項標準定之者，依犯罪情節定之。」即彼此法定各刑，完全相同，非前二項方法，所能比較重輕時，依犯罪之情節定之。（注意：此與稱犯人情狀或情節者不同。）例如第二百二十七條：「姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子者，處一年以上七年以下有期徒刑。」第三百二十二條：「以犯竊盜罪爲常業者，處一年以上七年以下有期徒刑。」二者法定刑之種類，以及其最高度與最低度，均屬相同。然比較其犯罪情節，自以第二百二十七條較第三百二十二條爲重。蓋所侵害者，前者爲社會法益，後者爲個人之財產法益也。

第三十六條 褫奪公權者，褫奪左列資格：

- 一 爲公務員之資格。
- 二 公職候選人之資格。
- 三 行使選舉罷免創制複決四權之資格。

本條爲褫奪公權之內容。其所以規定此三款之立法意旨，已詳本章二節，不再贅。

第一款所謂「公務員之資格」，其意義已闡釋於第十條中，可參閱之。

第二款所謂「公職候選人之資格」，即凡政府機關或自治團體之公職人員，由法律定其候選資格者屬之。

第三款所規定者，為人民管理政府，所行使之四種政權之資格。曰「選舉」，即選舉官吏。曰「罷免」，即罷免官吏。曰「創制」，即創制法律。曰「複決」，即複決法律之謂也。

第三十七條 宣告死刑或無期徒刑者，宣告褫奪公權終身。

宣告六月以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，宣告褫奪公權一年以上十年以下。

褫奪公權於裁判時併宣告之。

依第一項宣告褫奪公權者，自裁判確定時發生效力，依第二項宣告褫奪公權者，自主刑執行完畢或赦免之日起算。

本條規定褫奪公權之期間，及期間之計算。

第一項為「終身褫奪」，凡宣告死刑或無期徒刑者，必須褫奪公權終身。（宣告刑

之意義，詳後列第五十一條）

第二項爲「一定期限之褫奪」，其條件有二：（一）必須宣告六月以上有期徒刑。若宣告者爲六月未滿有期徒刑，拘役或罰金時，即不得適用。（二）必須犯罪之性質，認爲有褫奪必要者。若無必要，亦不得褫奪之。

然何種犯罪之性質，始有褫奪必要。通常係據犯罪之動機及被害法益之種類，以視其是否自破廉恥，逆悖倫常，貪污瀆職等性質而已。蓋恐其有此種惡性之人，一旦行使第三十六條所列之公權，則貽害社會，誠靡有涯矣！

第四項規定宣告褫奪公權之計算。「終身褫奪」在裁判確定之日起算，此與其他刑罰相同毫無疑問。惟對於「一定期限之褫奪」，規定自主刑執行完畢或赦免之日起算，則與其他刑罰迥然不同矣！其所以不同之理由，已詳本章第二節，可參閱。

第三十八條 左列之物沒收之。

一 違禁物。

二 供犯罪所用或供犯罪預備之物。

三 因犯罪所得之物。

前項第一款之物，不問屬於犯人與否沒收之。

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

本條規定沒收之種類。其主義，理由，問題，程序均詳本章第二節，此處從略。

第一項第一款曰「違禁物」，指一切法令禁止私人自由製造或持有之物言，如偽造之貨幣，私藏之軍械或炸藥等均是。

第一項第二款曰：「供犯罪所用或供犯罪預備之物」，前者指實施犯罪所使用之物言，如竊物所用之鑽鋸，殺人所用之刀斧。後者指準備實施犯罪之物，如準備捆人之繩索或傷人之棍棒皆是。其與前者所不同者，祇應用程度上之差異而已。

第一項第三款「因犯罪所得之物」，指因犯罪行爲直接所取得之有體物言，如竊盜所得之物品，賄賂所受之財物皆是。

第二項規定：「前項第一款之物，不問屬於犯人與否沒收之。」易言之，卽凡違禁

物，不問爲犯人所有，或犯人與他人共有，甚至純屬他人所有，均應沒收之。良以違禁物，根本上即在取締之列，故不問何人所有，必予沒收，是亦保安之意也。

第三項規定：「第一項第二款第三款之物，以屬於犯人者爲限，得沒收之。」易言之，即凡供犯罪所用或供犯罪預備之物，以及因犯罪所得之物；必須屬於犯人所有者，始得沒收之。所謂「屬於犯人所有者」，指犯人以外無權利人而言。故他人與犯人共有之物，或他人在犯人所有物上，有物權之物，皆不得沒收矣！

但須注意，設上述兩款之物，雖非爲犯人所有，但分則各條中已特別規定沒收者，如第二百零條，第二百零五條，第二百零九條等等，則可不問爲何人所有，均應沒收之，此即特別法優於普通法也。

第三十九條 免除其刑者，仍得專科沒收。

本條爲沒收之例外規定。蓋沒收爲從刑，在原則上非附隨於主刑，不得獨立宣告。然亦有因正當防衛，緊急避難，不能犯，中止犯，以及犯第六十一條所列之罪，而免除其刑者。其與犯罪有關之物，如認爲有沒收之必要，仍可專科之。蓋所以消滅犯罪之憑

藉，而符「除害務盡」之深旨，不惜有此例外之規定也。

第四十條 沒收於裁判時併宣告之，但違禁物得單獨宣告沒收。

沒收爲從刑，在原則言，應附隨主刑，於裁判時併宣告之，事後不得補充判決。惟違禁物，從根本上即在應取締之列，故無論案經不起訴，或裁判已經宣告，均應由檢察官聲請法院，以裁定單獨宣告沒收。

第四十一條 犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體教育職業或家庭之關係執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。

本條爲短期自由刑易科罰金，及折算標準之規定。其立法意旨與要件，均詳本章第三節，不再贅述。

條文曰：「身體教育職業或家庭之關係，執行顯有困難。」例如疾勢危篤或精神不良，若予執行，必速其亡，此基於身體關係之困難也。如學校行將畢業，若予執行，必令輟學，此基於教育關係之困難也。如犯人爲船長，若予執行，船將不能開駛，勢必妨

害行旅，此基於職業關係之困難也。如全家老幼，皆賴犯人維持生活，若予執行，勢必絕闔家之生計，此基於家庭關係之困難也。以上僅爲例示，究竟有無易刑必要，猶待審判官之自由裁斷也。

至折算標準，謂「以一元以上三元以下折算一日」，即言凡有期徒刑或拘役一日，得易科罰金一元，亦得易科罰金二元；又得易科罰金三元。然究竟易科一元，二元，或三元，則須由審判官審酌犯人之經濟狀況，及其生產能力以定之。

此種折算標準，應記載於判決主文（刑事訴訟法第三百零一條第二款）。

第四十二條 罰金應於裁判確定後兩個月內完納，期滿而不完納者，強制執行，其無力完納者，易服勞役。

易服勞役，以一元以上三元以下折算一日。但勞役期限不得逾六個月。

罰金總額折算，逾六個月之日數者，以罰金總額與六個月之日數比例折算。

科罰金之裁判，應依前二項之規定，載明折算一日之額數。

易服勞役不滿一日之零數不算。

易服勞役期內，納罰金者，以所納之數，依裁判所定之標準折算，扣除勞役之日期。

本條爲罰金易服勞役之規定，其立法本旨，已詳本章第三節，此處從略。

第一項曰：「罰金應於裁判確定後兩個月完納」。則此兩個月實爲法定之完納期。其期限應自裁判確定後起算。至檢察官之命令（刑事訴訟法第四百七十四條），遲延與否？概不生影響。必滿兩個月，而仍不完納，始強制執行。強制執行應依刑事訴訟法第四百七十五條所定。設經強制執行而無力完納者，始易服勞役，此一定之程序也。

惟須注意，條文曰「不完納」或「無力完納」。實即不肯完全繳納或無力完全繳納之謂。故凡有一部分金額不繳納，或無力繳納者，即可強制執行或易服勞役也。

第二項曰：「以一元以上三元以下折算一日」。係言宣告之罰金，得以一元易服勞役一日。亦得以二元或三元，易服勞役一日。然究竟應以若干元易服勞役一日，則須由審判官審酌犯人之生產能力以定之。

又但書曰：「但勞役期限不得逾六個月」。即謂無論宣告之罰金，爲數千元。但所

易之勞役期限，總不得逾六個月。換言之，即不得超過一百八十日也。

勞役期限，既規定不得逾六個月，而折算標準，僅許以「一元以上三元以下」，易服勞役一日。倘罰金總額之折算，逾六個月之日數時。例如罰金總額為九百元，無論以一元，二元，三元折算之，均須超過一百八十日，則將如何？此不可不予解決。於是本條第三項特設例外之折算方法，規定「以罰金總額與六個月之日數比例折算」，是謂罰金總額九百元，以一百八十日除之；則商數為五，即每五元折算一日也。此種折算一日之額數（包括第二項言），均須載明裁判主文，此第四項之規定也。

第五項所謂：「易服勞役，不滿一日之零數不算。」即如罰金十元，易服勞役，若以三元折算一日，則除折算三日外，尚餘一元。此一元為不滿一日之零數，應不算之。蓋過於瑣碎，執行不便也。

第六項云云，例如某甲處罰金六十元，無力完納乃易服勞役。設以二元折算一日，應服勞役三十日，倘甲服勞役至十五日，其家屬已為籌得罰金繳納，則自無不許之理。惟計算方法，仍以二元折算一日，扣除已服勞役十五日，即尚須繳納罰金三十元也。

又易服勞役者，應與處徒刑或拘役之人，分別執行（參見刑事訴訟法第四百八十四條），以示區別。

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

本條爲宣告拘役或罰金，得易以訓誡之規定。其要件有二：（一）所宣告者，必爲拘役或罰金，若係徒刑，卽不得適用。（二）犯罪動機在公益或道義上，必須顯可宥恕。否則，亦不得易以訓誡。然何者爲顯可宥恕？此已詳於本章第三節，可參閱。

又易以訓誡，依刑事訴訟法第三百零一條第四款規定，應於裁判時諭知之。而執行者爲檢察官（刑事訴訟法第四百八十六條）。執行方式，本法不予規定，傳喚受刑人到庭，以言詞行之固可；卽不經傳喚，用書面訓誡之，亦無不可。至訓誡言詞如何？並不限制，對症下藥，要在切中其病耳！

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

本條規定易科罰金，易服勞役，易以訓誡之效力。

夫刑之易科，不過因執行上困難，以此刑易彼刑之救濟方法耳！至其所受宣告之刑之本質，並不因此消失。蓋「易刑」者，無非易其刑之方式耳。故如受宣告有期徒刑二月，而經易科罰金執行完畢，卽以已受有期徒刑之執行完畢論。苟五年以內，再犯有期徒刑以上之罪時，固仍應成立累犯也。

其他如易服勞役，或易以訓誡執行完畢者，皆以所受宣告之刑已執行論，亦不待言矣！

第四十五條 刑期自裁判確定之日起算。

裁判雖經確定，其尚未受拘禁之日數，不算入刑期內。

裁判非經確定，不得執行，此爲訴訟法上之原則（刑事訴訟法第四百六十條）。然裁判確定，以至執行，尙須經種種程序（參見刑事訴訟法第四百六十一條、第四百六十二條）。倘刑期自開始執行之日起算，則因程序之滯延，於受刑人不利殊甚。蓋受刑人於裁判確定之日，原係受拘禁也。故本條第一項明定「自裁判確定之日起算」，良有以

耳！

刑期之所以自裁判確定之日起算者，前已言之，無非注意受刑人之利益。倘裁判雖經確定，而受刑人並未受拘禁，則未受拘禁之日數，概不得算入刑期之內，此亦理所當然也。

至所謂「尙未受拘禁」，無論爲自始未受拘禁，或中經責付保釋等等，均包括之。

第四十六條 裁判確定前，羈押之日數，以一日抵有期徒刑或拘役一日，或第四十二條第四項裁判所定之罰金額數。

本條規定羈押日數折抵刑罰之標準。

所謂「羈押」者，卽裁判確定前，對於未決之嫌疑人，拘束其身體自由之謂也。惟其拘束身體之自由，所以有羈押折抵有期徒刑拘役或罰金之必要，是亦爲受刑人之利益計也。否則，在科處徒刑或拘役者，何異自由刑延長？而科處罰金者，又何異自由刑與財產刑併科？公允之法律，果如是耶？此本條之所由設也。

至折抵標準，因刑而異。苟科處者爲有期徒刑或拘役時，則以一日折抵一日。苟科

處者爲罰金時，則以羈押一日，抵第四十二條第四項裁判所定之罰金額數。易言之，卽以易服勞役之標準，等於以羈押日數，折抵罰金之標準。蓋勞役爲拘束自由者也，羈押亦拘束自由者也。二者性質相同，故可通用耳！

第六章 累犯

累犯之意義，在實質言，乃一人先後犯二次以上罪之總稱。在形式言，係犯人曾受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內，再犯有期徒刑以上之罪也。

本來國家之有刑罰，無非欲使一般犯人，於一定期間內，受刑之制裁，而有所悔悟自新。乃竟再行犯罪，顯係以前所施刑罰之反應性薄弱。故非加重其刑，實不足排除犯人之惡性，及收防衛社會之效果；此本章之所由設也。

累犯加重，其制非肇自現代刑事之特別預防政策。唐律曰：「諸犯罪已發及已配更爲罪者，各重其事，即重者依留住法決杖於配所，役三年。」明律亦曰：「凡犯罪已發又犯罪者，從重科斷，已徒已流而又犯罪者，依律再律。」可知累犯之宜加重，古今一轍也。

然環顧各國，關於加重之立法例，計有三種：一爲特別累犯制，以罪爲標準。即屢

犯同款或同性質之罪者，始行加重。如德國，丹麥，葡萄牙是已。一爲普通累犯制，以刑爲標準。不問前後所犯之罪，是否同一性質；凡屢犯徒刑以上之罪者，一律加重。如日本，比利時是已。一爲混合加重制，乃混合特別與普通兩制而成，以罪及刑爲標準。凡屢犯徒刑以上之罪者，固須加重；若屢犯同款或同一性質之罪者，尤應特別加重。如法國，土耳其，意大利是已。而本法則以刑之杜惡，本非用於一途；人之爲非亦未必盡出諸慣技。惡性重大之人，見有機可乘，卽無惡不作，本不限乎何罪。則屢犯同款或同性質之罪，實未足爲犯人惡性重大之表徵也。故本法改舊刑法（見舊刑法第六十六條）之混合制，而採普通加重制焉！

至累犯之成立要件，各國亦復不同：（一）以有罪裁判確定後再犯罪者爲累犯，如法國是。（二）以徒刑之開始執行後再犯罪者爲累犯，如意大利是。（三）以徒刑執行完畢或執行一部而赦免後，再犯罪者爲累犯，如暹羅是。然吾人對於累犯所以必須加重其刑，唯一作用，亦無非因犯人惡性重大，前科刑罰之反應性薄弱，不足使其改過遷善。予以加重，固理所當然！設前次僅有確定之有罪裁判，並未受刑之執行，則其根本未受相當

制裁之痛苦，又安知通常刑罰不能收效；既無從證明其確不能收效，即對於後犯無加重其刑之必要。此理甚明，不待贅言，故本法亦採第三說焉！

此外所應注意者，各種犯罪中有所謂常業犯者，如第二百六十七條以賭博爲常業，第三百二十二條以竊盜爲常業等皆是。若先之犯行，既經處罰，而於徒刑執行完畢或執行一部而赦免後，又賡續其以爲常業之意思，復有犯行時，此種情形，亦成累犯與否；學者分消極積極兩說，消極主張不能適用累犯加重之規定，以爲常業犯既於分則各章中設有加重專條，自無再行加重之理。積極說主張仍應適用累犯加重之規定，以爲總則之規定，適用於分則之全部各條，苟無明文排斥，斷不能拒絕適用。茲累犯既規定於總則，而常業犯條下，又無排斥累犯之明文，自應適用累犯規定，加重其刑也。評價上述兩說，自以積極說爲優，本法從之。蓋常業犯與累犯之加重，性質迥異，未可混淆，吾人固不能惑於已適用常業犯之特別加重，而置累犯之一般加重於不顧也。

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

本條規定累犯之意義及處罰。

條文所謂：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後。」是凡累犯，必須以曾受徒刑之執行爲基礎。他若拘役，或罰金易服勞役，雖亦拘束自由，然均不生累犯問題。其曰：「一部之執行」，係指刑期已在執行，而尙未執行完畢者而言。至已執行之刑期若干？殘餘之刑期若干？均所不問。其曰：「赦免」，當指特赦及免刑而言。若經過「大赦」者，罪亦一併消滅，與初未犯罪者相同，自不得爲累犯之基礎也。

又所謂：「五年以內」，應自徒刑執行完畢或赦免後起算，至屆滿五年爲止。若在此法定期內，復犯罪者爲累犯；若逾此期限復犯，卽不成立累犯。蓋其人既於五年以內未曾犯罪，雖以後犯罪，亦不得謂以前所受刑罰反應性薄弱，在刑事政策上，但科以通常之刑，毋庸加重也。

又所謂：「再犯有期徒刑以上之罪」。此「再犯」係指重行犯罪言，不問爲二犯三犯，甚至七八犯，亦不失爲「再犯」。其曰：「有期徒刑以上之罪」。係指法定刑言，

凡法定最高度刑爲有期徒刑以上之刑者皆是。例如再犯竊盜罪（第三百二十條），不問其情節重大與否，及宣告之刑爲拘役或罰金，仍不失爲累犯，蓋竊盜罪之法定最高度刑，固爲有期徒刑也。

又所謂：「加重本刑至二分之一」，此「本刑」亦係指法定刑言。其曰：「加重至二分之一」，即加重法定刑至二分之一爲限度，若不滿二分之一亦可，蓋以便審判官斟酌累犯之惡性，爲適當之運用也。其加重係最高度刑與最低度刑，同時增加，可參閱第六十七條。

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

本條係規定裁判確定後發覺累犯之處置方法。

蓋累犯巧於趨避，往往變更姓名，諱言往事；若已查明，自應加重處罰。然發覺於裁判後，確定前；猶可用上訴方法，予以救濟。苟發覺在裁判確定後，則將因累犯而更定其刑耶？抑將其確定而不予變更耶？殊屬疑問？此本條所以有「更定其刑」之規定也。

所謂「更定其刑」，即由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，依刑事訴訟法第四百八十一條聲請該法院，以裁定更定其應執行之刑期也。

若發覺於執行完畢或赦免之後，則其人已合法恢復自由，應尊重裁判之確定力與執行力，毋庸更定其刑，此本條但書之規定也。

第四十九條 累犯之規定，於前所犯罪，依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。

本條規定累犯之消極條件。

所謂「軍法」者，指陸海空軍刑罰法令而言。違反軍法之罪，與普通犯罪性質不同。故依軍法會受裁判者，不適用累犯之規定。

至外國法院受裁判者，尤不能適用。良以各國國體不一，非惟立法旨趣迥然有殊；即政教風俗，亦屬不同。外國認此為犯罪，而本國則未必如是。況本法第九條規定：「同一行為，雖經外國確定裁判；仍得依本法處斷。」足見外國之裁判，並無確定力。則其所定之有罪裁判，不能為累犯基礎，固昭然若揭矣！

第七章 數罪併罰

數罪併罰者，乃同一犯人於裁判確定前，犯二以上之罪，併合而處罰之謂也。其曰「二以上之罪」，即所以別於一罪言。至一罪與數罪之區分標準，論者不一。約有四種：（一）意思說，又稱主觀說，謂犯罪者，意思之表現。犯罪行爲，乃表現意思之手段；犯罪結果，亦無非證明犯意之條件而已。故欲區分犯罪之個數，應以意思之個數為準。（二）行爲說，即客觀說之一，謂犯罪之實質爲行爲，僅有意思而無行爲，不成立犯罪；法益之侵害，亦由行爲而發生。故一罪數罪，應依行爲之單複數而決定。（三）法益說，即客觀說之二，謂刑罰所以保護法益，法益之侵害，實係形成犯罪之基本要素。故依被侵害法益之個數爲單爲複，即可決定犯罪之個數若干。（四）規範說，即客觀說之三，謂罪之構成實由法律制定而生，故依所觸犯法條之數，以定犯罪之數，較爲明確。然犯罪個數之區分，實非單採一主義，所能圓滿解決。故我國實例上，係以行爲說爲基礎，而折衷於意思說法益說之間。

至數罪併罰之範圍，各國所採主義凡三：（一）以裁判宣告前所犯數罪爲限者，如德國，我國舊刑法是。（二）以裁判確定前所犯數罪爲限者，如日本，葡萄牙，匈牙利，暹羅及我國暫行刑律是。（三）以刑罰未曾執行完畢前所犯數罪爲限者，如荷蘭，意大利，瑞典是。吾人試就上所述三主義之得失言之，自以第三主義最劣，蓋其於執行中所犯之罪，即可推翻以前之確定裁判，而使犯人得享合併處罰之利益，是何異獎勵犯罪？故爲多數學者所非議。第一主義僅限定裁判宣告前之犯罪，範圍過狹；對於裁判後，確定前之犯罪，未能同視，勢非一一執行不可。此於犯人極不利益，亦不足取。惟第二主義寬嚴適度，折衷至當，故本法從之。

關於數罪併罰之處置，各國立法例，亦復不同。最著者分爲（一）吸收主義，即於數罪中，僅科以最重之刑，其餘各罪較輕之刑，皆被此最重之刑所吸收而不論也。然有獎勵複數犯罪之嫌。（二）併科主義，即以數罪之刑，一併科處是也。此雖合於有罪必罰之旨，然未免失之繁苛。且有時亦爲事實上所不可能。如同一犯人，不能執行多數死刑之類。（三）制限加重主義，即於法定範圍內，就其數罪中最重之刑加重之，以爲合併之刑

是也。然在數個法定刑爲死刑或無期徒刑時，亦屬不能適用。(四)綜括主義，卽就各法定刑之最高度，及最低度；而定其綜括之刑是也。然亦有嫌輕之弊。

總之，學說之採用，不可囿於一偏；否則，削足適履，窒礙轉多，故實用上爲應社會需求，在可能範圍內，截長補短，分濟其窮，於理亦非不許也。故本法第五十一條第一款至第四款及第八款，係採吸收主義。第五款至第七款，係採制限加重主義中，就宣告刑加重一派。第九款第十款，係採併科主義，是亦窮其變而盡其用之意也。

此外尙須附述者，卽併合處罰之實質競合犯，從一重處斷之想像競合犯與牽連犯；以及以一罪論之連續犯。茲爲明澈起見，分述如後：

(一)實質上之競合犯 卽同一犯人於裁判確定前，以數行爲而犯數罪，次第或同時發覺之謂。例如同一人，始犯強姦罪，繼犯傷害罪；其後又犯強盜罪，此三罪，應依第五十條規定，併合處罰之。

(二)想像上之競合犯 卽一個行爲，而發生數個犯罪構成事實之結果是也。若此數個犯罪結果，觸犯同一罪名時，例如一槍擊斃二人，係一行爲構成兩個殺人罪，學者稱

爲同種之想像競合犯。若此數個犯罪結果，觸犯不同罪名時，例如擲一炸彈，死一人，傷一人，並燬壞住宅。係一個行爲，構成殺人罪，傷害罪，損壞他人建築物罪，學者稱爲異種之想像競合犯。惟我國實例則不問其罪名爲同種，爲異種；均以第五十五條所謂「一行爲而觸犯數罪名」之想像競合犯目之。

所應注意者，卽與想像競合相似而實非之法律競合也。法律競合者，單一之犯罪行爲，發生單一之結果；而有數種法律競合適用。此與想像競合，以一行爲成立數罪，觸犯數個法條之點相異也。總之，法律競合純係法律適用問題，本與想像競合無涉，恐易混淆，故附及之：

(A) 特別法與普通法競合 例如軍人犯強姦罪，雖同爲陸海空軍刑法及本法所處罰。然依特別法優於普通法之原則，卽應排斥本法第二百二十一條之適用，而依陸海空軍刑法第八十七條處斷。

(B) 基本法與補充法競合 補充法，無非補充基本法之不備。如有基本法，當然排斥補充法之適用。例如公務員縱放職務上依法逮捕拘禁之人，或便利脫逃者，已有第一百

六十三條之基本法，自無適用第一百三十四條補充法之理也。

(C) 複雜法與單純法競合 例如殺直系血親尊親屬者，則應逕適用第二百七十二條，而排斥二百七十一條普通殺人罪之適用，此複雜法優於單純法也。

(D) 實害法與危險法競合 例如以加害生命之事恐嚇，竟至實施殺人。雖同時觸犯第一百五十一條之危險法，及第二百七十一條之實害法；然依實害法優於危險法之原則，應用第二百七十一條，而排斥第一百五十一條。

(E) 全部法與一部法競合 全部法者，即將二以上可以獨立致罪之行爲，使之結合成爲一個犯罪（即結合犯）之法律規定也。例如發掘墳墓而遺棄屍體，分之則爲發掘墳墓與遺棄屍體；然既經結合成一罪，應逕適用第二百四十九條之全部法，而第二百四十八條及第二百四十七條之一部法，均無適用之餘地，此全部法優於一部法也。

(F) 重罰法與輕罰法競合 重罰法，即高度行爲之法律規定也。輕罰法，即低度行爲之法律規定也。例如由收受偽造郵票器械原料，而偽造郵票；則收受偽造郵票器械原料之低度行爲，爲偽造郵票之高度行爲所吸收。應逕適用第二百零一條之重罰法，而排斥

第二百零四條之輕罰法，此重罰法優於輕罰法也。

(三)牽連犯 凡犯人意念中，僅欲犯某罪，而其實施犯罪之方法，或其實施犯罪之結果；牽連觸犯他項罪名者，即牽連犯也。實施之方法，觸犯他項罪名者，例如侵入他人住宅強姦，則因強姦之方法行爲，觸犯侵入住宅之罪名是。實施之結果，觸犯他項罪名者，例如殺人而遺棄屍體，則因殺人之結果行爲，觸犯遺棄屍體之罪名是。但應注意，若犯罪之結果，觸犯他項罪名；法律已結合爲一罪者，或就犯人所欲犯之罪，特別加重處斷者；均非牽連犯也。蓋前者爲結合犯，如第三百三十二條之強盜殺人罪。後者爲加重結果犯，如第二百二十三條之強姦致死罪。此不可不知也。

(四)連續犯 凡基於同一之意思，反覆爲數個獨立行爲，而犯同一之罪名者，即連續犯也。在學說上原分四派：(a)意思共同說，謂須基於同一之意思，而有數個行爲者，爲連續犯。(b)行爲共同說，謂須反覆爲同一之行爲，始爲連續犯。(c)法益共同說，謂須侵害同一法益之數個犯罪行爲，爲連續犯。(d)折衷說，係結合上述三說而成，謂須基於同一之意思，反覆爲同一之行爲，而侵害同一之法益者，爲連續犯。本法則偏於意思共

同說，而略予限制，規定如前。至時間距離之久暫，被害法益之異同，均非所問。例如以同一姦淫之意思，始與甲婦通姦，繼與甲婦之鄰居乙婦通姦，越數日，復與甲婦之妹丙婦通姦。雖其犯罪之時間有殊，被侵害之法益非一；然其係基於同一意思，而觸犯同一罪名；故仍不失爲通姦罪之連續犯也。

此外應附述者，卽與連續犯相似而實不同之永續犯。蓋永續犯係以一個行爲持久繼續，而侵害一法益者。自其行爲延長之點觀之，雖與連續犯類似。然連續犯係反覆數個性質相同之獨立行爲。而永續犯之特性，則僅係一個行爲，不過其不法狀態，在持久繼續中。例如第二百九十六條之使人爲奴隸罪是，無論其行爲時期之延長若何？僅構成一罪，此與連續犯本非一罪，以一罪論者，相異處也。

第五十條 裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。

本條規定併合處罰之條件。

所謂「數罪」，指二個以上之犯罪，所以別於一罪也。區別一罪數罪之標準，已詳本章前論，不重贅。

又所謂：「裁判確定前」，即判決尚未確定以前，凡偵查，審判，以及判決送達期間，均包括在內。所應注意，其曰：「裁判確定前犯數罪者」，不僅數罪之行爲，須在裁判確定前實施完畢，且須於裁判確定前發覺。否則，其未發覺之餘罪，應依下述第五十二條之規定處斷之。

又所謂：「併合處罰」。不過數罪併合定一執行刑期而已。至各罪之罪刑，並不因併合執行刑期而消滅，此宜察及。

第五十一條 數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依左列各款定其應執行者。

- 一 宣告多數死刑者，執行其一。
- 二 宣告之最重刑爲死刑者，不執行他刑，但從刑不在此限。
- 三 宣告多數無期徒刑者，執行其一。
- 四 宣告之最重刑爲無期徒刑者，不執行他刑，但罰金及從刑不在此限。
- 五 宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下；定其刑期。但不得逾二十年。

六 宣告多數拘役者，比照前款定其刑期，但不得逾四個月。

七 宣告多數罰金者，於各刑中之最多額以上，各刑合併之金額以下，定其金額。

八 宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之。

九 宣告多數沒收者，併執行之。

十 依第五款至第九款所定之刑，併執行之。

本條規定併合處罰之標準。

刑有法定刑，宣告刑，執行刑之分。法定刑者，本法分則各條所規定之刑罰及刑度也。宣告刑者，即審判官於裁判時就法定刑之範圍中，所量定宣示之刑罰也。執行刑者，乃再就各罪已經依法量定宣示之範圍中，合併定一應執行之刑也。本條所謂「宣告」，即宣告刑；所謂「執行」，即執行刑也。

本條第一款規定，係採吸收主義，良以犯人之生命法益僅一，執行一死刑已足。其他死刑，非惟無執行之必要，亦屬事實上所不可能也。

第二款規定，亦採吸收主義，凡科死刑者，不再執行其他主刑，蓋事實上有不能也。但有宣告褫奪公權或沒收者（即從刑），仍可併執行之。

第三款規定，亦採吸收主義。良以無期徒刑須受終身監禁；縱執行多數無期徒刑，亦無非終身監禁而已。故以執行其一爲是。

第四款規定，其理由與第二款相同。惟執行無期徒刑者，生命尙存，若有罰金之宣告，仍得就犯人財產而爲執行，此與執行死刑者稍異也。

第五款規定，係採制限加重主義，良以多數之有期徒刑，若從併科主義，則未免繁苛；若從吸收主義，則又近乎輕縱。自以制限加重主義中，就宣告加重一說，較爲允當。例如犯人犯二罪，其一宣告三年有期徒刑，其一宣告七年有期徒刑，應就最長期七年以上，各刑合併刑期十年以下之範圍內，由審判官酌情量定，寧非較當？至「不得逾二十年」，蓋參酌第三十三條第三款之法意，恐失有期徒刑之性質也。

第六款規定，其立法意旨與第五款同。至「不得逾四個月」，亦參酌第三十三條第四款之法意也。

第七款規定，立法意旨與第五第六兩款相同。其稍異者，即本款未嘗有「但不得逾若干金額」之但書規定。此不僅因第三十三條第五款並無最多金額之限制，亦以罰金之金額，任其如何加多，決不致失其本來性質。非若拘役之刑期過長，則與有期徒刑無異，有期徒刑之刑期過長，則與無期徒刑相類也。

第八款規定，係採吸收主義。蓋褫奪公權期間，自出獄之日起算。更益以在獄期間，為時非暫，實無一一執行之必要，但須注意，所謂「宣告多數褫奪公權」者，褫奪公權終身，亦包括在內。

第九款規定，係採併科主義，因沒收所以消滅犯人再犯之憑藉，與其他刑罰性質迥異，故不妨併執行之。

第十款規定，亦採併科主義。曰：「第五款至第九款所決之刑，併執行之。」即多數之有期徒刑，或拘役，或罰金，或褫奪公權，或沒收，各以其制限加重或吸收或併科方法，定其應執行之刑期後，設有犯人於數個應執行之刑中，兼有有期徒刑，拘役，或罰金，或褫奪公權，或沒收者，均可一併執行，於法律上，事實上，並無若何窒礙？蓋

除死刑事實上不能併執行有期徒刑拘役罰金，及無期徒刑不必併執行有期徒刑拘役外，其他之刑，依上列第二款第四款之規定，固仍可併執行也。總之，本法對於各應執行之刑，以併執行爲原則，不能併執行爲例外也。

第五十二條 數罪併罰，於裁判確定後，發覺未經裁判之餘罪者，就餘罪處斷。

數罪併罰，以裁判確定前發覺爲原則，然既涉及數罪，容有一部在裁判確定後發覺，則將如何？此本條之所由設也。

本條所謂：「未經裁判之餘罪者」，指應予併合處罰之數罪中，除一部分已經裁判確定外，尚有未經裁判者言。至未經裁判之餘罪，發覺時間之先後，罪數之多寡，均非所問。

其曰：「就餘罪處斷」，即就未經裁判之餘罪，單獨論罪科刑可也。但須注意，若未經裁判之餘罪，僅餘一罪，固無疑問。倘餘有二罪以上，則於分別宣告各罪之刑外，猶須依數罪併罰之準則，定其應執行之刑。例如犯有竊盜，詐欺，侵占三罪者。當竊盜罪已經裁判確定後，又發覺詐欺，侵占二罪，則除分別宣告二罪之刑外，再依第五十一

條規定，定其應執行之刑。

惟此犯人，前後已有兩個確定裁判。則其將從前者而舍後者歟？抑或取後者而棄前者歟？又或前後二者一併執行歟？欲解決此種之處置方法，可依第五十三條規定。

第五十三條 數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑。

本條所謂「裁判」，指確定裁判而言。其曰：「二裁判以上」者，凡確定裁判爲二以上者卽是。至各個之裁判，宣告一罪或數罪，均所不問。

又所謂：「定其應執行之刑。」係依據第五十一條規定，將二以上裁判所分別宣告之刑，爲定其應執行刑之基礎。而前裁判所確定之執行部分，則因本條「定其應執行之刑」而失效。蓋本條係基於特別規定，法律上之特別規定，原有消滅確定裁判力之效力，吾人固不必因是而致疑也。

至此種「定其應執行之刑」之程序，應依刑事訴訟法第四百八十一條之規定，由該案犯罪事實最後判決之法院檢察官，聲請該法院裁定之。

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

數罪併罰，所定應執行之刑，本以各罪分別宣告之刑為基礎。如於確定後，各罪中適有受赦免者，則原據以定執行刑之基礎，已屬動搖，勢非特定救濟不可，此本條之所由設也。

本條所謂：「已經處斷」，係指已依第五十一條之規定處斷，並且確定者言。

又所謂「赦免」，係包括大赦與特赦。

其曰「餘罪」者，當然指各罪中除去受有赦免者外之罪言。若各罪中，除赦免外，尚餘有二以上之罪者，則仍依第五十一條之規定，以餘罪分別宣告之刑為基礎，更定其應執行之刑（此種程序，應依刑事訴訟法第四百八十一條之規定）。而原處斷時所定之執行刑，則因此次「定應執行之刑」而失效矣！

又曰：「僅餘一罪，依其宣告之刑執行。」此亦理所當然；蓋併合處罰，原為定數罪應執行之刑而設。若經赦免後，所餘者僅為一罪，則併合處罰之基礎已屬崩潰殆盡，

自無再「依第五十一條之規定，定其應執行之刑」之可言。故本法規定僅就該罪（即所餘之一罪）原裁判所宣告之刑執行之可也。

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

本條爲數罪併罰之變例。

條文前段所謂：「一行爲而觸犯數罪名」者，即想像之競合犯也。曰「一行爲」，必須基於犯人一個意思，所實施之一個行爲。至其一個意思係基於單一者，或概括者；以及其一個行爲係出於單獨實施者，或共同實施者，均非所問。

其曰：「數罪名」，即同一行爲觸犯二以上之罪名者是。至數罪之罪名是否相同？在所不問（例詳本章前論）。

條文次段所謂：「犯一罪而其方法或結果之行爲，犯他罪名。」者，即牽連犯也。曰：「犯一罪」，指犯人意念中僅欲犯某一罪也。曰：「犯他罪名」，指觸犯犯人意念以外之其他罪名而言；至觸犯者爲一罪，爲數罪，皆可不問。

其曰：「方法或結果行爲」，即指犯一罪普通所採之方法行爲，或普通所生之結果行爲。蓋必具有如此之客觀條件，始足證明其主觀之意思中，含有不可分割之牽連關係。否則，即爲實質之數罪，而非牽連犯矣（例詳本章前論）！

條文後段所謂：「從一重處斷」者，即就想像競合犯所觸犯之數罪，或牽連犯所犯一罪及他罪之中；按照各罪之法定本刑，依第三十五條規定，擇其較重者處斷。至較重者爲何如罪？可以不問也。

第五十六條 連續數行爲而犯同一之罪名者，以一罪論。但得加重其刑至二分之

一。

本條亦爲數罪併罰之變例。

條文所謂：「連續數行爲而犯同一之罪名者」，即連續犯也。曰：「連續數行爲」者，須基於同一意思之數個獨立行爲連續行之。易言之，乃犯人自始即爲一個預定之犯罪計畫，而連續以數行爲實施之；且中途並無新犯意發生者，爲連續犯。然行爲連續之標準若何？各國立法例及學說，極不一致。惟實例上則往往取決於客觀事實之類似關

係。例如在同一場所，或接近場所，同一方法，或類似方法；又如接近時間，又如同一被害者等等，皆不失爲行爲連續之表徵也。

其曰：「同一之罪名」，祇須同一罪質已足，不限於同一法條，故如竊盜與常業竊盜；普通侵占或業務上侵占，普通傷害與使人受重傷等等，皆屬同一之罪名。例如以同一意思，始則對甲公然侮辱（第三百零九條），繼以散布文字毀損甲妻之名譽（第三百十條）；雖被侵害者有二，觸犯之法條亦二；然究其罪質，却屬相同，如果該犯確基於同一之意思，而又連續行之者，卽爲連續犯也。

又所謂：「以一罪論」。足徵其原非一罪，祇因其係連續行之，且罪質相同，姑論以一罪。然究屬有數個獨立之犯罪行爲，惡性自較一行爲者爲重，故條文之末，復有但書之規定。其曰：「但得加重其刑至二分之一」。卽必要時得依照該罪之法定刑，加重至二分之一爲限度。若不予加重或加重不滿二分之一，在法均無不可。究其所以如是規定，無非便於審判官斟酌犯罪行爲之個數，實害之大小，惡性之深淺，而爲適當公允之處斷也。

至所犯同一性質之罪中，設有較重者，自以較重之一罪論，固不待言也。

第八章 刑之酌科及加減

罪刑法定主義，前已言之，分爲兩派：一爲絕對法定主義，即犯罪與刑罰，均預以法律爲單一之規定，審判官毫無自由裁量之權能。一爲相對法定主義，即犯罪採概定的規定，刑罰採選擇的規定；審判官於法定範圍內，可以隨時斟酌情形，量定宣告刑之重輕。以理論言，前者立法要旨，在防止專斷濫用，似未可厚非。然犯罪之情狀，千差萬別，若皆科以單純劃一之法定刑，是猶削足以求履適，其不能實現刑事司法之公平與正義，固可必也。此本法所以於刑罰採相對法定主義，擴張法定刑之範圍，俾各種情狀包納於中；並與審判官以廣大裁量權，酌情處斷，以期科刑之適當也。第法定之刑度有長短，金額有多寡；如何能避免濫用枉斷？如何能保持輕重適當？各國立法例，均有酌科之規定。意大利刑法第一百三十三條，德國刑法草案第六十九條，日本刑法改正案第五十七條，奧大利刑法草案第九十九條，無不規定科刑時應注意之事項，俾資準則，而示限制。故本法從之，且有加減之設，蓋非寬其範圍，限之準繩，一弛一張，不足歸於至

當耳！茲分（一）刑之酌科，（二）刑之加重，（三）刑之減輕，（四）刑之免除，（五）刑之加減例，述之如次：

第一節 刑之酌科

刑之酌科者，即審酌犯罪與犯人之情狀，而求科刑適當之謂也。本法仿各國立法例規定科刑時應審酌之重要事項十款，為科刑輕重之標準：

（一）犯罪之動機 即發動犯罪意思之原因，例如因復仇而殺人，自較因嫉恨而殺人者為輕。

（二）犯罪之目的 例如欲事親而竊盜，自較圖貪利而竊盜者為輕。

（三）犯罪時所受之刺激 例如因受辱而毆人，自較無端而毆人者為輕。

（四）犯罪之手段 例如以槍殺人，自較支解折割殺人者為輕。

（五）犯人之生活狀況 例如因生活窮窘而侵占，自較生活富裕而侵占者為輕。

（六）犯人之品行 例如好奇偶犯，自較慣行犯為輕。

(七)犯人之智識程度 例如未受教育之鄉愚犯罪，自較知法或執法而犯罪者爲輕。

(八)犯人與被害人平日之關係 例如平日積有深仇，殺之以圖報復，自較平日受有恩惠，殺之圖得財產者爲輕。其他如分屬師生，誼關親友等皆同。

(九)犯人所生之危險或損害 例如發生個人危險，自較發生公共危險爲輕。又如損害財產法益，自較損害身體法益者爲輕。其他尚有同一法益之比較重輕，亦屬之。

(十)犯罪後之態度 例如已知悔悟，自較怙惡不悛者爲輕。

以上不過示例，至其他事項，何能枚舉無遺，實用時全仗審判官斟酌善用，不可膠柱鼓瑟，死於句下也。

第二節 刑之加重

刑罰之加重，因其方法，而有法律與裁判之分；因其效力，復有一般與特別之殊，所謂法律上之加重者，即加重其刑之原因，係依據法律上之具體規定。所謂裁判上之加重者，即加重其刑之原因，係基於審判官之權限，自由裁量而定。所謂一般的加重者，

即本法總則中，關於法定刑之加重規定，其效力足及於一般之犯罪也。所謂特別的加重者，即加重法定刑之效力，僅及於分則明定之特種犯罪也（注意：一般加重與特別加重同屬於法律加重）。茲分述於后：

（一）法律上之加重 即加重法定刑之原因，係依據法律上之具體規定。為明晰起見，列表如次：

| 法律上之加重表 | | | | | |
|--------------|---------|------|------|------|--|
| 加重原因 | 加重依據 | 加重效力 | 加重限度 | 加重適用 | |
| 累犯 | 第四十七條 | 一般 | 二分之一 | 必加重 | |
| 連續犯 | 第五十六條 | 一般 | 二分之一 | 得加重 | |
| 公務員犯瀆職一章以外之罪 | 第一百三十四條 | 特別 | 二分之一 | 必加重 | |
| 誣告直系血親尊親屬 | 第一百七十條 | 特別 | 二分之一 | 必加重 | |
| 公務員包庇他人犯鴉片罪 | 第二百六十四條 | 特別 | 二分之一 | 必加重 | |
| 公務員包庇他人犯賭博罪 | 第二百七十條 | 特別 | 二分之一 | 必加重 | |
| 傷害或重傷直系血親尊親屬 | 第二百八十條 | 特別 | 二分之一 | 必加重 | |

| | | | | |
|----------------|---------|----|------|-----|
| 對於直系血親尊親屬犯遺棄罪 | 第二百九十五條 | 特別 | 二分之一 | 必加重 |
| 對於直系血親尊親犯私行拘禁罪 | 第三百零三條 | 特別 | 二分之一 | 必加重 |

(二)裁判上之加重 卽審判官依其權限，審酌犯人情狀，認爲科以最高度之法定刑猶嫌過輕時，得超越法定範圍，酌量加重其刑之謂也。亦稱酌量加重制。惟本法僅於罰金，設有此制。第五十八條下文規定：「如因犯罪所得之利益，超過罰金最多額時，得於所得利益範圍內，酌量加重。」良以法定之最多額有定，所得之利益無定；苟以有定額之罰金刑，科處無定數之得益者，往往得失之間，盈餘尙多。例如犯人侵占數達十萬元，而第三百三十五條之罰金最多額僅一千元，兩相比較，超越何啻倍蓰？使犯人一面雖受刑罰之制裁，一面仍可坐享不法之利益，悠然法外，自鳴得意，非惟不足以儆貪婪之徒，且有獎勵利慾之嫌；故本法爲求科刑之適當，不惜擴大司法職權，超越法定刑度；而設此第五十八條之加重特例，蓋深知流弊所及，非淺鮮也。

第三節 刑之減輕

刑罰之減輕，因其方法，而有法律與裁判之分；因其效力，復有一般與特別之殊，所謂法律上之減輕者，即減輕其刑之原因，係依據法律上之具體規定。所謂裁判上之減輕者，即減輕其刑之原因，係基於審判官之權限，自由裁量而定。所謂一般的減輕者，即本法總則中，關於法定刑之減輕規定，其效力足及於一般之犯罪也。所謂特別的減輕者，即加重法定刑之效力，僅及於分則明定之特種犯罪也（注意：一般減輕與特別減輕同屬於法律加重）。茲分述於后：

（一）法律上之減輕 即法定刑之減輕，係依據法律上之具體規定，為明晰起見，列表如次：

| 法律上之減輕表 | | | | |
|----------------|---------|------|------|------|
| 減輕原因 | 減輕依據 | 減輕效力 | 減輕限度 | 減輕適用 |
| 不知法律 | 第十六條 | 一般 | 二分之一 | 得減輕 |
| 十四歲以上未滿十八歲人之行為 | 第十八條第二項 | 一般 | 二分之一 | 得減輕 |
| 滿八十歲人之行為 | 第十八條第三項 | 一般 | 二分之一 | 得減輕 |

| | | | | |
|-------------------------|----------------|----|------|----------|
| 精神耗弱人之行爲 | 第十九條第二項 | 一般 | 二分之一 | 得減輕 |
| 瘖啞人之行爲 | 第二十條 | 一般 | 二分之一 | 得減輕 |
| 正當防衛過當 | 第二十三條 | 一般 | 三分之二 | 得減輕(或免除) |
| 緊急避難過當 | 第二十四條 | 一般 | 三分之二 | 得減輕(或免除) |
| 未遂犯 | 第二十六條 | 一般 | 二分之一 | 必減輕 |
| 不能犯 | 第二十六條 | 一般 | 三分之二 | 必減輕(或免除) |
| 中止犯 | 第二十七條 | 一般 | 三分之二 | 必減輕(或免除) |
| 從犯 | 第三十條第二項 | 一般 | 二分之一 | 得減輕 |
| 自首 | 第六十二條 | 一般 | 二分之一 | 必減輕 |
| 未滿十八歲或滿八十歲人犯罪本刑爲死刑或無期徒刑 | 第六十三條 | 一般 | 二分之一 | 必減輕 |
| 犯預備或陰謀內亂之罪而自首 | 第一百〇二條 | 特別 | 三分之二 | 必減輕(或免除) |
| 犯行賄罪而自首 | 第一百二十二條 第三項 | 特別 | 三分之二 | 必減輕(或免除) |
| 犯行賄罪而自首 | 第一百二十二條 第三項 | 特別 | 二分之一 | 得減輕 |
| 參與犯罪結社而自首 | 第一百五十四條 第二項 | 特別 | 三分之二 | 必減輕(或免除) |
| 親屬便利脫逃 | 第一百六十二條 第五項 | 特別 | 二分之一 | 得減輕 |

| | | | | |
|-------------------|----------------|----|------|----------|
| 犯湮滅證據罪於裁判確定前自白 | 第一百六十六條 | 特別 | 三分之二 | 必減輕(或免除) |
| 親屬或匿犯人或湮滅證據 | 第一百六十七條 | 特別 | 三分之二 | 必減輕(或免除) |
| 犯偽證或誣告罪於案件確定前自白 | 第一百七十二條 | 特別 | 三分之二 | 必減輕(或免除) |
| 犯妨害家庭罪於裁判宣告前送回被誘人 | 第二百四十四條 | 特別 | 二分之一 | 得減輕 |
| 犯略誘婦人罪於裁判宣告前送回被誘人 | 第三百零一條 | 特別 | 二分之一 | 得減輕 |
| 犯擄人勒贖罪未經取贖而釋放被擄人 | 第三百四十七條 第五項 | 特別 | 二分之一 | 得減輕 |

(二)裁判上之減輕 乃審判官依其權限，審酌犯罪情狀可以憫恕，認為科以最低度之法定刑，猶嫌過重時，得軼出法定範圍外，減輕科刑之謂也。亦稱酌量減輕制，此種緩和法定刑限制之立法例，以一八六三年法國刑法第四百六十三條之修正為嚆矢。最近各國亦有酌量減輕之規定，如德國刑法草案第七十四條，瑞士刑法草案第六十一條，奧大利刑法草案第一百零三條，蘇俄刑法第五十一條，日本刑法第六十六條。究其所以設此規定者，無非以犯罪之情狀，千差萬別；而分則各條之法定刑，其適用範圍又非盡廣，廣者亦未必至極。故為求科處適當之刑，仍有酌減之需要也。

第四節 刑之免除

刑罰之免除，因其方法而有法律與裁判之分；因其效力，復有一般與特別之殊。所謂法律上之免除者，即免除其刑之原因，係依據法律上之具體規定。所謂裁判上之免除者，即免除其刑之原因，係基於審判官之權限，自由裁量而定。所謂一般的免除者；即本法總則中，關於法定刑之免除規定，其效力足及於一般之犯罪也。所謂特別的免除者，即免除法定刑之效力，僅及於分則明定之特種犯罪也（注意：一般的免除與特別的免除，同屬於法律上之免除。）茲分述於后：

（一）法律上之免除 即免除法定刑之原因，係依據法律上之具體規定，為明晰起見，列表如次：

| 法律上之免除表 | | | |
|---------------|------|------|------|
| 免除原因 | 免除依據 | 免除效力 | 免除適用 |
| 不知法律自信其行為為法所許 | 第十六條 | 一般 | 得免除 |

| | | | |
|-----------------|----------------|----|----------|
| 正當防衛行為過當 | 第二十三條 | 一般 | 得免除(或減輕) |
| 緊急避難行為過當 | 第二十四條 | 一般 | 得免除(或減輕) |
| 行為不能發生結果又無危險 | 第二十六條 | 一般 | 得免除(或減輕) |
| 因己意中止犯罪 | 第二十七條 | 一般 | 得免除(或減輕) |
| 犯預備或陰謀內亂之罪而自首 | 第一百零二條 | 特別 | 得免除(或減輕) |
| 犯行賄罪而自首 | 第一百二十二條 第二項 | 特別 | 得免除(或減輕) |
| 參與犯罪結社而自首 | 第一百五十四條 | 特別 | 得免除(或減輕) |
| 犯湮滅證據罪於裁判確定前自首 | 第一百六十六條 | 特別 | 得免除(或減輕) |
| 親屬犯藏匿犯人湮滅證據罪 | 第一百六十七條 | 特別 | 得免除(或減輕) |
| 犯偽證或誣告罪於案件確定前自首 | 第一百七十二條 | 特別 | 得免除(或減輕) |
| 因疾病或保全生命而犯墮胎罪 | 第二百八十八條 第二項 | 特別 | 得免除 |
| 親屬間犯竊盜罪 | 第二百二十四條 | 特別 | 得免除 |
| 親屬間犯侵占罪 | 第三百三十八條 | 特別 | 得免除 |
| 親屬間犯詐欺背信及重利罪 | 第三百四十三條 | 特別 | 得免除 |
| 親屬間犯贓物罪 | 第三百五十一條 | 特別 | 得免除 |

(二)裁判上之免除 乃審判官依其權限，審酌犯罪情節輕微，顯可憫恕；認爲雖依「犯罪情狀可憫恕」(即第五十九條)減輕其刑，仍嫌過重時，得免除其刑之謂也。即本法第六十一條所規定，並限於犯最重本刑爲三年以下有期徒刑拘役或專科罰金之罪(但第一百三十二條第一項，第一百四十三條，第一百四十五條，第一百八十條，第一百七十二條第三項，及第二百七十六條第一項之罪，不在此限)，犯第三百二十條之竊盜罪，犯第三百三十五條之侵占罪，犯第三百三十九條之詐欺罪，犯第三百四十九條第二項之贓物罪。揣其立法意旨，無非以此條所列各罪，皆屬於簡易程序之案件，第一審法院依被告在偵查中之自白，或其他現存之證據，已足認定其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常之審判程序，逕以命令處刑(刑事訴訟法第四百四十二條第二項)。同時依刑事訴訟法第二百三十二條之規定，檢察官於此條所列各罪之條件，參酌第五十七條所列事項，認爲以不起訴爲適當者，得爲不起訴之處分。然被害人若不向檢察官告訴，而逕向法院自訴，經法院認爲情節輕微，顯可宥恕，如僅得依第五十九條酌減，而不許其免刑。則同此案件，檢察官得爲不起訴處分，而審判官反須依法科刑，殊非保護被告

利益之道，故本法特增設此條，用濟情法，以昭公衡；意至美也。

第五節 刑之加減例

刑之加減例云者，即刑罰加重減輕之方法順序及其限制之謂也。蓋本法既有法律上與裁判上各種加減規定，若加重減輕，漫無準繩。則加者直可加至死刑，減者直可減至免除，而分則各條之處罰規定，亦將等於虛設，此刑之加減例不可不規定也。茲分述如次：

(一) 刑之加重例

- (1) 死刑不得加重——因死刑為刑之極者，已無再重之刑，故不復加重。
- (2) 無期徒刑不得加重——無期徒刑之上，依序雖有死刑，然兩者性質懸絕，一為自由刑，一為生命刑；故規定不得加重，此與舊律「加重不至死」之意，相吻合也。
- (3) 有期徒刑應加重者，其最高度與最低度同加之——有期徒刑不得加至無期徒刑或

死刑，因性質重輕皆殊也。所謂「最高度與最低度同加」者，即加重時，應高低刑度同時加重也。但所加重之最高度，仍須受第三十三條第三項之規定，不得超越二十年也。

(4) 拘役應加重者，僅加其最高度——拘役加重，所以就最高度加之者，因拘役之最低度既不許減輕（見後），則亦應限制加重，以昭平允。故祇須就最高度加之，但以加至四個月為限，不得加至徒刑也。

(5) 罰金應加重者，僅加其最高度——罰金加重，所以就最高度加之者，其理由與前款所述之拘役相同。惟此則並無限制，得加至幾萬或幾十萬。但亦不能加為拘役或徒刑也。

(6) 有二種以上之主刑者，加重時併加之——凡分則各條有規定數種主刑為法定刑，而任審判官選科併科者，苟遇加重，應就所規定之數種主刑，一併加重之。俾審判官取擇之下，錙銖相當，無畸重畸輕之弊矣！

(7) 有二種以上刑之加重者，遞加之——即謂加重刑罰之原因，有二種以上時，應遞加之。遞加云者，乃別於併加言，即係就法定刑已加得之和數再行加重之謂。若比較併

加與遞加兩制，自以併加制爲有利於犯罪人。例如連續犯傷害直系血親尊親屬之罪，依第五十六條得加重其刑至二分之一，第二百八十條應加重其刑至二分之一；而第二百七十七條之法定刑，爲三年以下有期徒刑拘役或一千元以下之罰金。假定以各加重二分之一處斷，採遞加制計算，應先加重法定刑二分之一，爲三月以上四年六月以下有期徒刑三月未滿拘役，或一千五百元以下罰金。再就此加得之和數，加重二分之一，爲四月十五日以上六年九月以下有期徒刑四個月拘役，或二千二百五十元以下罰金，此遞加之結果也。倘依併加制計算，加重一個「二分之一」，應加重「一月以上一年六月以下有期徒刑一月未滿拘役，或五百元以下罰金」。若加重兩個「二分之一」，應加重兩個「一月以上一年六月以下有期徒刑一月未滿拘役，或五百元以下罰金」。則合併須加重第二百七十七條法定刑之一倍，爲四月以上六年以下有期徒刑四月未滿拘役，或二千元以下罰金，此併加之結果也。綜觀以上計算之結果，可知併加制有利益於犯人矣！然本法竟含棄有利犯人之併加制於不顧，而採遞加制，其故又何歟？著者嘗細揣其立法意旨，無非因「有二種以上刑之減輕者」，既採遞減制爲當（見後），則「有二種以上刑之加重

者」，亦應採遞加制，以符主張，而示一律。好在法律上一般之加重原因，僅有第四十七條之累犯，及第五十六條之連續犯；而連續犯又爲得加重。至裁判上之加重原因，僅第五十八條一種，且祇限乎罰金加重。同時第三十三條第三第四兩款，第六十四條，第六十五條，均有限制加重之規定，故本法之採遞加制，雖較不利於犯罪人，然亦不致相差過鉅也。

(二) 刑之減輕例

(1) 死刑減輕者，爲無期徒刑或爲十五年以下十二年以上有期徒刑——因死刑之減輕計算困難，特設此擬制規定，以資準繩。

(2) 無期徒刑減輕者，爲七年以上有期徒刑——此款義同前條。

(3) 有期徒刑拘役罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。但同時有免除規定者，其減輕得至三分之一——因減輕既與免除其刑同規定者（如第二十三條第二十四條等等均是），審判官自可擇取其一。若其減輕範圍，仍與僅有減輕規定者相同，而限以至多不得逾法

定刑二分之一，則與免除比較，取捨之間，相距懸絕。故不惜推廣限度，許其減輕法定刑至三分之二，良以此也。

(4) 有期徒刑應減輕者，其最高度及最低度同減之——有期徒刑不得減至拘役或罰金，因徒刑為自由刑，罰金為財產刑，性質迥殊，未可混通。至拘役與徒刑，雖同屬自由刑，然在法律之效果，大為懸殊，故亦不能同視也。所謂：「最高度與最低度同減」，即減輕時，應高低刑度同時減輕也。至所減之最低度，並不以二月為限，即減為二月未滿，甚至數日，皆無不可，此第三十三條第三款所規定也。

(5) 拘役減輕者，僅減其最高度——因拘役最低度僅為一日，若再許減輕，則為若干小時，與以日計之單位不符，故祇須就最高度減之，但不得減為罰金。例如第三百十五條妨害秘密罪之法定刑為拘役或三百元以下罰金，而犯此者為未滿十八歲人，依法得減輕其刑至二分之一。茲設減輕二分之一，則為一月未滿拘役或一百五十元以下罰金。亦即減輕後拘役之最高度為二十九日，然其最低度，固與未減輕前相同，仍為一日也。

(6) 罰金減輕者，僅減其最高度——因罰金之最低度金額僅為一元，苟再許減輕，則

爲若干角之零數，與以元計之單位不符，故祇須就最高度減之，但不得減爲從刑也。

(7)有二種以上之主刑減輕時，併減之——凡分則各條有規定數種主刑爲法定刑，而任審判官選科併科者，苟遇有應減輕時，須就所規定之數種主刑，一併減輕之。蓋必如是，而後審判官取擇之下，始錙銖相當，不致輕重懸絕矣！

(8)有二種以上刑之減輕者，遞減之——卽謂減輕刑罰之原因，有二種以上時，應遞減之。遞減云者，乃別於併減言，係就法定刑已減輕之餘數，再行減輕之謂。究本法所以舍併減制而取遞減制者，其立法要旨，無非以併減結果，每至免除其刑，甚則尙須負彼，於理殊有未協。例如未滿十八歲人因緊急避難行爲過當而傷害人之身體，依第十八條第二項得減輕其刑至二分之一，第二十四條得減輕其刑至三分之二；而第二百七十七條之法定刑爲三年以下有期徒刑，或一千元以下罰金。假設以各減輕其刑二分之一處斷，依遞減制計算，應先減輕法定刑二分之一，爲一月以上一年六月以下有期徒刑，一月未滿拘役，或五百元以下罰金。再就此減後之餘數，減輕二分之一，爲十五日以上九月以下有期徒刑，十五日未滿拘役，或二百五十元以下罰金，此遞減之結果也。倘依

併減制計算，減輕一個「二分之一」，應被減去「一月以上一年六月以下有期徒刑，一月未滿拘役，或五百元以下罰金」。若減輕兩個「二分之一」，應被減去兩個「一月以上一年六月以下有期徒刑，一月未滿拘役，或五百元以下罰金」，則合併須減去三年以下有期徒刑拘役，或一千元以下罰金，而第二百七十七條之法定刑悉數被其減盡矣！是與免刑有何異歟？且此僅為減輕兩個「二分之一」，若遇有減輕三個「二分之一」，或兩個「三分之二」，或一個「三分之二」及一個「二分之一」時，則豈非審判官反須負欠刑罰於犯人乎？此實本法所以舍併減制而採遞減制之唯一實用根據也。

(9) 有二種以上之減輕如分數不同者，先依較少之分數減輕之——此款專為犯死刑或無期徒刑者之利益而設，若行之於有期徒刑拘役或罰金，無論孰先孰後，結果均同，毫無實惠也。蓋死刑或無期徒刑之減輕，必依據第六十四條或第六十五條祇須一減即是，並不因減輕分數之多寡，而影響減輕結果。惟其如是，所以於犯人有利也。例如甲犯死刑之罪，而具有防衛過當與情狀可憫恕二種減輕原因，一為得減輕其刑至三分之一（第二十三條），一為得減輕其刑至二分之一（第五十九條）。假設於死刑先減輕二分之一

(較少之分數)，則爲無期徒刑或十五年以下十二年以上（見第六十四條第二項）。再就此數減輕三分之二，則爲七年以上有期徒刑（見第六十五條第二項），或五年以下四年以上有期徒刑；此爲先依較少之分數減輕之結果。反之，設於死刑先減輕三分之二（較多之分數），則亦爲無期徒刑或十五年以下十二年以上有期徒刑。再就此數減輕二分之一，則爲七年以上有期徒刑，或七年六月以下六年以上有期徒刑，此爲先依較多之分數減輕之結果。二者相較，自以前者計算爲有利於犯人也。無期徒刑亦同。

(10) 酌量減輕其刑者，準用減輕其刑之規定——酌量減輕與減輕其刑所不同者，一係因於情狀可憫恕，一係由於法律之規定；二者減輕之原因雖殊，而其減輕之標準順序，並無歧異。當然可以準用，本不待言。然其所以特予規定，深恐以詞害意，轉生紛歧之解釋也。

(三) 加減競合之例

刑有加重及減輕者，先加後減——此爲加減競合，即其犯罪本有加重原因存在，同

時又有減輕原因發生之謂。其所以規定先加後減者，非徒定有順序，不致紛歧，即於犯人亦屬有利也。例如犯最重主刑爲無期徒刑之罪，而加減競合時，設先加後減，則加時因受第六十五條第一項之制限，不得加重。既不得加重，自舍加而言減，則依第六十五條第二項減輕之，爲七年以上有期徒刑，此先加後減之結果也。反之，設先減後加，則減時仍依第六十五條第二項，爲七年以上有期徒刑。再就此數加之，無論所加重之分數爲若干，至少最低度必超越七年，此不待言。則二者結果，已顯爲前者有利於犯人，然亦僅以死刑無期徒刑爲如是耳！

第五十七條 科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，爲科刑輕重之標準。

一 犯罪之動機。

二 犯罪之目的。

三 犯罪時所受之激刺。

四 犯罪之手段。

五 犯人之生活狀況。

六 犯人之品行。

七 犯人之智識程度。

八 犯人與被害人平日之關係。

九 犯罪所生之危險或損害。

十 犯罪後之態度。

本條規定科刑時應注意之事項，其所列十款之解釋，已詳本章第一節，此處從略。

惟條文所謂：「爲科刑輕重之標準」，其情形有三：（一）選科——即在數種法定刑，選擇科處之際，應依所列十款，審酌其情狀爲最輕者，科以最輕之刑；反之，科以最重之刑。（二）併科——即在數種法定刑，得以併科之際，亦應審酌其情狀爲重者，應予併科，反之，即不宜併科。（三）量刑——即在法定刑之最低度與最高度之範圍內，欲爲適當之裁量時，應審酌其情狀爲最重者，科以最高度之刑；最輕者科以最低度之刑，不輕不重者，科以中度之刑，此其大概也。

第五十八條 科罰金時除依前條規定外，並應審酌犯人之資力，及因犯罪所得之利

益。如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內，酌量加重。

本條規定科罰金之特別標準。學者稱爲「裁判上之加重」，其立法意旨，已詳本章第二節，應參閱。

條文曰：「除依前條規定外」，即謂科罰金時，除依第五十七條所列十款，審酌犯人情狀外，尤應審酌本條之特別規定也。

又曰：「犯人資力」，係指犯人之生產能力，及經濟狀況而言。

又曰：「因犯罪所得之利益」，應與第三十八條第三款曰：「因犯罪所得之物」，分別觀之，不可混淆。蓋「利益」包括有形或無形利益而言，不以有體物爲限（其爲有體物時，與沒收兩不相妨）。且所得之利益，並不以直接爲限，即間接所得，亦不失爲因犯罪所得之利益也。惟第三十八條稱「所得之物」者，必須爲以犯罪直接所得之有體物，此二者之不同也。

又曰：「於所得利益之範圍內，酌量加重。」即謂審判官若鑒於犯罪所得之利益，超過罰金最多金額時，亦得越出法定刑之最多額，爲之酌量加重。惟此種酌量加重之範

圍，應以「因犯罪已得之利益」爲限度也。

第五十九條 犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑。

本條爲酌量減輕之規定。學者稱之爲「裁判上之減輕」，其立法意旨已詳本章第三節，不贅述。

條文曰：「情狀可憫恕者」，即除審酌第五十七條所列十款外，並從主觀或客觀，考量犯罪之環境，場合，以及對於刑罰之感應性與犯罪之具體事實等等，認爲情狀確可憫恕，即得由審判官酌量減輕其刑至二分之一（見第七十三條第六十六條）也。

第六十條 依法律加重或減輕者，仍得依前條之規定，酌量減輕其刑。

本條爲法律上加重或減輕；與裁判上減輕之適用規定。

夫法律上之加重或減輕，與裁判上之減輕，性質迥異，自不得因法律上之加重或減輕，而疑及第五十九條酌減之適用。故有時雖已依法律之規定減輕其刑以後，或加重其刑以後；倘猶認爲情狀可以憫恕，仍不妨並予酌減其刑，以求科處之適當。惟不可忽視第七十條第七十一條所規定之順序耳！

第六十一條 犯左列各罪之一，情節輕微，顯可憫恕，認為依第五十九條規定，減輕其刑仍嫌過重者，得免除其刑。

一 犯最重本刑為三年以下有期徒刑拘役或專科罰金之罪。但第一百三十二條第一項，第一百四十三條，第一百四十五條，第一百八十六條，第二百七十二條第三項，及第二百七十六條第一項之罪，不在此限。

二 犯第三百二十條之竊盜罪。

三 犯第三百三十五條之侵占罪。

四 犯第三百三十九條之詐欺罪。

五 犯第三百四十九條第二項之贓物罪。

本條規定，學者稱為「裁判上之免除」（立法意旨見本章第四節），其要件有三：（一）須犯本條列舉之罪。（二）須情節輕微，顯可憫恕。（三）須依第五十九條規定酌減尚嫌過重。

條文曰：「情節，」與前條曰：「情狀」之意義，略有不同。蓋「情節」係側重犯

犯情之內容或實質言。而「情狀」則側重犯情之外現或狀態言；此二者之相異處也。

又曰：「顯可憫恕」，即謂犯情之外現或狀態，非惟可以憫恕，且可憫恕之程度，又極爲顯著，一般人皆認爲當然者也。

綜合言之，曰：「情節輕微，顯可憫恕。」必須犯情之內容或實質，係屬輕微；而犯情之外現或狀態，又顯可憫恕；然後始足言此。若僅認爲情狀可憫恕，或顯可憫恕，則祇可適用第五十九條之酌減，而不足爲免除其刑之條件也。

第一款但書云云，因侵害國家社會及個人生命法益，關係重大。雖其最重本刑，均爲三年以下有期徒刑拘役，或罰金，亦不得享受免除其刑之利益也。

至第二款至第五款所列之罪，雖其最重本刑在三年以上，然均係侵害個人財產法益之罪，於國家社會，影響較淺，故亦許審酌情節，予以免刑也。

惟此種免除其刑，依刑事訴訟法第三百零二條第三款之規定，應附以相當之理由，蓋防審判官之濫於援用也。

第六十二條 對於未發覺之罪，自首而受裁判者，減輕其刑，但有特別規定者，依

其規定。

本條爲自首減輕之規定。

夫自首者，所以必須減輕其刑，其作用有二：（一）獎勵犯人自新。（二）俾罪有所歸，既不致累及無辜，又可免法院偵查之勞費。

條文曰：「未發覺」，即謂檢察官或司法警察官，及其他有搜查權之公務員等，根本上未知有犯罪之事實，或雖知有犯罪事實，而未知犯者爲何人等情形，均屬之。

又曰：「自首」，即自行出首陳明自己犯罪之謂。至自首之方法，漫無限制，或以口述，或以電知，或以書狀行之，或委人代首，均無不可。惟必須向有管轄權之公務員告知，始生自首之效力也。

又曰：「受裁判」，謂自首者除自行告知未發覺之罪外，并須親赴審判機關，聽候公務員之裁判，此爲法定要件。若僅自告其罪，而本人乃藏匿不出，或畏罪遠颺；則皆不得視爲自首也。

自首之減輕其刑，係採必減主義，審判官自無斟酌之自由。惟但書曰：「但有特別

規定者，依其規定。」蓋指分則各條中有特別規定而言，例如第一百零二條，第一百二十二條第三項，及第一百五十四條第二項之自首者，非僅減輕，並可免除其刑，是爲特別規定，應先此而適用也。

此外猶須附言者，如一人犯有數罪，因一罪發覺被獲，并自行告知其他未發覺之餘罪者，則其他餘罪，即與自首條件相符，應予減輕其刑。且所謂自行告知，祇須告知犯罪已足。至所告犯罪之原因及經過，雖有不實不盡，或僞飾狡辯之處，仍不影響自首之成立，此不可不知也。

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

未滿十八歲人犯第二百七十二條第一項之罪者，不適用前項之規定。

本條爲限制死刑或無期徒刑之適用，亦即宥減老幼之規定也。

良以未滿十八歲人正有可爲，縱犯罪惡，亦非絕對不可改善。況少年人係國家之基幹，若遽以死刑或無期徒刑絕之，損失太鉅，殊非得計。至滿八十歲人，力衰齒頹，餘

日無多；若必處以死刑或無期徒刑，不特有違矜恤之旨，亦失之慘酷。故第一項規定：「不得處以死刑或無期徒刑」，即無論減輕與否，絕對排斥死刑或無期徒刑之適用。若或法定刑僅有死刑或無期徒刑時，則限以必減輕其刑，蓋非如是，不足貫徹矜恤之深旨也。

第二項曰：「犯第二百七十二條第一項之罪」，即係殺直系血親尊親屬之罪。揣本項之立法意旨，純為採據固有國情，尊崇倫紀而設。以為血親關係，本於天性；罔極之恩，宜如何孝養，以圖報於萬一。乃竟加殺害，顯係惡性特深，無可改善。故雖處以死刑或無期徒刑，亦在所不惜。蓋恐姑息之仁，適足養奸耳！

至於滿八十歲人獨未及之者，非於此亦加矜恤。以其年齒已高，事實上直系血親尊親屬尚存者極鮮，且涉世湛深，當不致有此梟獍行也。

第六十四條 死刑不得加重。

死刑減輕者為無期徒刑，或為十五年以下十二年以上有期徒刑。

本條為關於死刑加減之規定。

死刑爲唯一之極度刑罰，無可再加，此本條第一項所以規定也。

第二項規定死刑之減輕範圍，曰：「爲無期徒刑，或爲十五年以下十二年以上有期徒刑。」即謂死刑減輕時，無論減輕至三分之二，或二分之一；均得減爲無期徒刑，亦得減爲十五年以下十二年以上有期徒刑也。

第六十五條 無期徒刑不得加重。

無期徒刑減輕者，爲七年以上有期徒刑。

本條爲關於無期徒刑加減之規定。

夫死刑爲剝奪生命之刑，無期徒刑爲剝奪自由之刑；性質迥殊。且死刑一經執行，再生無望；而無期徒刑尙有假釋或赦免之希望，二者輕重懸絕。苟無期徒刑而可加重爲死刑，則於情於理，皆有未合，故本條第一項規定：「無期徒刑不得加重」。

第二項規定無期徒刑之減輕範圍，曰：「爲七年以上有期徒刑」。即謂無期徒刑減輕時，無論減輕至三分之二，或二分之一，皆應爲十五年以下七年以上有期徒刑也。

第六十六條 有期徒刑拘役罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。但同時有免除其刑

之規定者，其減輕得減至三分之二。

本條爲有期徒刑拘役及罰金之最大限度規定，其所以未及加重者，因加重之限度，在加重之各本條已有規定也。

條文曰：「有期徒刑拘役罰金減輕者」，即謂主刑中，除死刑無期徒刑之減輕另有明定外，凡有期徒刑拘役罰金減輕，或得減輕，或酌量減輕（見第七十三條）者皆屬之。

又曰：「減輕其刑至二分之一」。即謂有期徒刑拘役罰金減輕時，至多不得超越法定刑二分之一，例如第二百七十七條傷害罪之法定刑爲三年以下有期徒刑拘役或一千元以下罰金。若遇有第三十條第三項之得減輕，或第五十九條之酌量減輕，或第六十二條之減輕時，至多祇能減至一年以上一年六月以下有期徒刑，一月未滿拘役，或五百元以下罰金爲止。至最少限度，並無限制，三分之一，四分之一，或五分之一，均無不可。

又但書曰：「但同時有免除其刑之規定者」，即凡同一事件，經本法規定，認爲減輕固可，免除其刑亦可者均屬之，如第二十三條，第二十四條，及第一百零二條之規定

皆是。

又曰：「其減輕得減至三分之二」。即謂減輕與免除其刑同規定者，其減輕時，最多不得軼出法定刑三分之二。易言之，即減至法定刑三分之二爲止也。至其最少分數，並無限制，二分之一，三分之一，甚至四分之一，均無不可，要在審判官之適當運用也。

所應注意，有期徒刑拘役減輕時，除應依本條規定外，且不得將有期徒刑減至拘役或罰金，而拘役亦不得減至罰金，蓋有期徒刑拘役爲自由刑，罰金爲財產刑，性質迥異，未可混淆。至有期徒刑與拘役，雖同爲自由刑，然二者在法律上之效果不同（如受拘役宣告者得易以訓誡。受徒刑以上刑之宣告，始撤銷緩刑或假釋。受徒刑之執行後，始爲累犯），故亦不可因加減而互爲出入也。他若罰金不得減爲從刑，尤不待言矣！

第六十七條 有期徒刑加減者，其最高度及最低度同加減之。
本條規定有期徒刑之加減例。

條文曰：「其最高度及最低度同加減之」。即謂有期徒刑加重時，應將其法定刑之

最長期與最短期一同加重也。若減輕時，應將其法定刑之最長期與最短期一同減輕也。例如第二百九十六條使人爲奴隸罪之法定刑爲一年以上七年以下有期徒刑。若遇加重時應將其最長期七年，最短期一年；一同加重。茲假設加重二分之一，則其結果爲一年六月以上十年六月以下有期徒刑（減輕亦同）。但須注意，加重之最長期，仍應受第十三條第三款加至二十年之限制也。

第六十八條 拘役或罰金加減者，僅加減其最高度。

本章規定拘役及罰金之加減例。

拘役之最低度僅有一日，罰金之最低度僅有一元；若再許其減輕，則爲若干小時，或若干角之零數，而與以日計以元計之單位不符矣！拘役或罰金之最低度既不許減輕，自未可獨許加重，否則，有失平衡耳！故本條規定：「僅加減其最高度」！即謂拘役或罰金，遇有加重或減輕時，可置最低度不顧，但就其法定刑之最高度加重或減輕之。惟拘役加重時，以加至四個月爲限（第三十三條第四款），不得加至徒刑也。至罰金則並無限制（指金額言，若加至拘役或徒刑，又爲法所不許矣），但就分則各本條之法定最

多金額加重或減輕可也。

第六十九條 有二種以上之主刑者，加減時併加減之。

本條爲數種主刑之加減規定。

條文曰：「有二種以上之主刑者」，係謂分則各條中，有規定二種以上之主刑，任審判官選科或併科者而言。如第二百九十三條之遺棄罪，處六月以下有期徒刑拘役或一百元以下罰金。則此有期徒刑，拘役，罰金卽爲三種主刑，而任審判官選科者也。又如第二百三十一條之妨害風化罪，處三年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。則此有期徒刑，罰金，卽爲二種主刑，而任審判官併科者也。

又曰：「加減時併加減之」。卽謂此二種以上之主刑，遇有加重或減輕時，應將各主刑一併加重或一併減輕之。例如犯第二百九十三條之遺棄罪，若係累犯而加重二分之一時，應將各主刑一併加重二分之一，爲四月以上一年以下有期徒刑，三月未滿拘役，或二百元以下罰金。然後再由審判官就此範圍內量定宣告刑也。

至主刑中有死刑，或無期徒刑，則遇有加減時，應參照第六十四條及第六十五條之

規定，不待言。

第七十條 有二種以上刑之加重或減輕者，遞加或遞減之。

本條規定多數加重或減輕其刑之計算方法。

條文曰：「有二種以上刑之加重或減輕者」。係指具有加重刑罰之原因二種以上，或減輕刑罰之原因二種以上者言。其曰：「遞加」，即就法定刑已加得之和數，再行加重之謂（但仍須受第六十四條，第六十五條，第三十三條第三款及第四款之制限）。例如累犯公務員包庇賭博者，依第四十七條，第二百七十條，各加重第二百六十六條法定刑至二分之一。而第二百六十六條之法定刑為一千元以下罰金，若加重二分之一，為一千五百元以下罰金；若再就此加得之和數加重二分之一，則為二千二百五十元以下罰金，此遞加之結果也。又曰：「遞減」，即就法定刑已減後之餘數，再行減輕之謂。例如癡啞人防衛過當使人受重傷，依第二十條得減輕其刑至二分之一，第二十三條得減輕其刑至三分之二；而第二百七十八條之法定刑為五年以上十二年以下有期徒刑。茲先依較少之數（第七十一條第二項），減輕其刑二分之一，為二年六月以上六年以下有期徒刑。再

就此減後之餘數，減輕三分之二，則爲十月以上二年以下有期徒刑，此遞減之結果也。

第七十一條 刑之加重及減輕者，先加後減，

有二種以上之減輕者，先依較少之數減輕之。

本條規定刑罰之加減順序，其立法意旨詳本章第五節，應參閱。

第一項曰：「刑之加重及減輕者」，即謂其犯罪本有加重刑罰之原因存在，而同時又有減輕刑罰之原因發生；如累犯竊盜而自首者是。蓋累犯依第四十七條應加重本刑至二分之一，自首依六十二條應減輕其刑也。

又曰：「先加後減」，即如累犯竊盜而自首，應先依累犯規定加重其法定刑，而後再依自首規定減輕其已加得之刑也。

惟須注意，如其法定刑爲死刑或無期徒刑，依第六十四條或六十五條不能加重者，自舍加而言減，此爲犯人利益而設，不可忽視也。

第二項曰：「二種以上之減輕者」，係指同一犯罪事實，而具有二種以上之刑罰減輕原因者言。

又曰：「先依較少之數減輕之」。即謂在二種以上之原因中，應擇其減輕分數較少者，先減輕之。然後再依減輕分數較多者減輕之。例如瘖啞人緊急避難過當而犯罪，依第二十條及第二十四條之規定，即具有二種之得減輕原因。假設緊急避難過當減輕三分之一，瘖啞人減輕二分之一；則「二分之一」為「三分之二」之較少數，應先「三分之一」而減輕之。其他分數，皆可依此類推也。

第七十二條 因刑之加重減輕，而有不滿一日之時間，或不滿一元之額數者不算。

本條規定刑之加減結果，有不滿一日，或不滿一元者不算。其所以不算者，因此種奇零數目之剩餘，合算之不特過於瑣碎，且與以「日」計或以「元」計之單位不符。例如百元以下罰金，減輕三分之二，則為三十三元三角三分有奇以下罰金。此三角三分有奇，即為不滿一元之零數，應不算，但在此三十三元以下一元以上之範圍內科處可也。

（有期徒刑拘役之例同此）

第七十三條 酌量減輕其刑者，準用減輕其刑之規定。

本條規定裁判上之減輕（即酌減）標準。

條文曰：「準用減輕其刑之規定」。乃謂適用第五十九條裁判上之減輕時，其減輕限度及方法，皆可依法律上之減輕（即減輕其刑）規定爲準。易言之，即第六十四條至第七十二條法律上之減輕規定，均可爲裁判上減輕之適用標準也。

第九章 緩刑

緩刑者，即對於具備法定要件之輕微犯罪人，宣告短期自由刑或財產刑；同時定一相當期間，宣告緩其刑之執行是已。蓋處罰犯人，非用以報復其過去之罪惡，實欲矯正其將來之品性；故對於初發偶犯，罪質輕微，刑罰感應性敏銳之犯人，姑緩其刑之執行以觀後效。既可補救短期自由刑之弊（短期自由刑之弊，見第五章第一節），又可為犯人啓一自新之途；並顧兼籌，此緩刑制度之所以尚也。

然緩刑制度亦有非難之者，揆其理由，不外四點：（一）謂與有罪必罰之旨未合。（二）謂與防止犯罪政策相悖。（三）易惹被害人不平之念。（四）謂受緩刑實益者，多屬權勢之人。其實上述四點，於理皆有未當。蓋緩刑者，不過緩其刑之執行而已。其行為之為罪無異，其刑罰之宣告亦無異；與不罰之義迥不相侔。且緩刑期內，更行犯罪，即應撤銷緩刑，初非置犯罪於不顧。況刑罰本為防止犯罪之工具，所謂「刑期無刑，辟以止辟」，非為被害人報復洩憤而設。至緩刑之適用，本法所定條件，對於貧富貴賤，一

律平等，並無歧視。如謂實際上不能雨露均沾，此爲執法者之運用不當，不足爲緩刑制度本質上之詬病也。

環顧各國之緩刑制度，約有三種：（一）宣告猶豫主義，對於應科短期自由刑以下之犯罪人，於一定期間內，猶豫其刑之宣告，若經過該期間而不再犯罪，則全然赦免。否則，乃始宣告其刑而執行之。此項主義爲英美所採用。（二）條件附赦主義，此項緩刑權操諸國家元首，與其他各國操諸法院者迥異。蓋此係以行政處分，於一定期間內，猶豫其刑之執行，迨期間屆滿，即予赦免，此爲德國所採用。（三）執行猶豫主義，係與處刑判決同時宣告，於一定期間內，猶豫其刑之執行。若期間內不再犯罪，即予免除刑之執行，此項主義爲比，法，日，意，奧諸國所採用。

綜觀上述三主義，予以比較，則各有是處。宣告猶豫主義，易使犯人遷善，頗能發揮緩刑之功用；蓋此種緩刑制度，絕無刑罰含意，自可使犯人不致因此羞惡而自暴自棄，此其優處也。但僅可適用於社會組織健全，司法設置完善之國家。否則，於犯人違背緩刑條件時，須撤銷緩刑，再行宣告其刑；則舊案重理，難免有事過境遷，證據散失

之弊矣！條件附赦主義，係利用國家元首特赦之權，以矯正短期自由刑之偏弊，其所以不付緩刑權與法院者，無非以求刑事政策與行政權之完整，使不妨害元首之特赦權爲理由。殊不知如是，適足違背司法之獨立精神，顧此失彼，不足尙也。執行猶豫主義，則較上二者爲優，以此於形式上似比宣告猶豫主義爲嚴，有刑之宣告，不易使犯人遷善；但其在效力上，係採用附條件刑之宣告主義（見第七十六條），足資補救。設犯人經過緩刑期間，並未犯罪，則刑之宣告，卽失其效力。實際上固與未受有罪判決者，並無歧異。所以現時各國，多採用此主義，而我國亦從之也。

緩刑之要件，各國亦復不同，有限制重罪不得享受緩刑之利益者，如法國比利時等。有不加限制，而僅以某罪爲例外，均准緩刑者，如英國美國等。又有規定犯二年以下有期徒刑宣告之罪，均可緩刑者，如日本意大利等。而本法則採後說，並加以限制，須未曾受有期徒刑以上刑之宣告，或未曾累犯者；始可由審判官斟酌情形，予以緩刑。蓋緩刑本旨，前已言明，無非爲獎勵偶犯輕微罪者之悔過遷善而設。今既曾受有期徒刑以上刑之宣告，則其非爲初犯，已屬顯然；而其無自新之意志，於此亦可窺見。自不得

適用緩刑之規定，反助長其惡性。至累犯者，尤不待言矣！

關於緩刑之期間，立法例有三：（一）法定主義，即由法律預定緩刑之期間，審判官毫無自由裁量之權，如法國丹麥定為五年。保加利亞挪威瑞典定為三年者是。（二）裁定主義，即法律不為期間之規定，一任審判官之自由裁量也，如美國是。（三）折衷主義，由法律規定其最高度年限，或並規定其最低度年限；而許審判官於此範圍內，加以裁量也。前者如比利時，英國是，後者如葡萄牙，瑞士，日本是。本法則採葡日之立法例，規定緩刑期間為二年以上，五年以下，在此範圍內，審判官得自由裁量也。

第七十四條 受二年以下有期徒刑，拘役，或罰金之宣告，而有左列情形之一，認為以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算。

一 未曾受有期徒刑以上刑之宣告。

二 前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內，未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。

本條規定緩刑之條件。

條文所謂：「受二年以下有期徒刑拘役，或罰金之宣告者。」純係指宣告刑而言，故法定之本刑或最重本刑雖或過之，而因選科或減輕，以致宣告二年以下有期徒刑拘役或罰金者均屬之。例如第一百七十四條第一項之放火罪，其法定之本刑爲三年至十年；若減輕科刑在二年以下時，即得爲緩刑之宣告。又如第三百三十五條之侵占罪，其最重本刑爲五年有期徒刑，若選科拘役或罰金時，亦得予以緩刑。至科處徒刑在二年以下者，其得適用緩刑規定，則尤無疑問耳！

又所謂：「受二年以下有期徒刑拘役，或罰金之宣告者。」係指各別宣告而言，但罰金有時與徒刑併科，其在併科時，如須宣告緩刑，則徒刑與罰金，應併予宣告。例如第三百三十五條之侵占罪，設處二年以下有期徒刑，併科罰金若干時；倘欲予緩刑，則須一併諭知，不得擇一宣告也。（拘役與罰金併科者亦同，不待言）

又如在數罪併罰而科多數有期徒刑之時，非惟各罪所科之刑，均須在二年以下；即應定之執行刑期，亦須在二年以下，方與本條所定之條件相符。蓋其曰：「受刑之宣告

者」，實包括應定之執行刑在內也。例如某人先後犯第三百二十條，第三百三十五條，第三百四十六條之竊盜，侵占，恐嚇各罪，經同時發覺，判處竊盜罪徒刑一年，侵占罪徒刑一年四月，恐嚇罪徒刑一年八月，合併定應執行刑期二年時，即得援用本條規定，予以緩刑。夫所謂：「二年以下」者，係連本數計算，第十條已有明定，應參閱之。

本條第一款以「未曾受有期徒刑以上刑之宣告者」為緩刑之條件，揆其要旨，係用以限制平日品行惡劣者而設。蓋犯人如平日品行良善，則必不至曾受徒刑以上刑之宣告。反之，則其惡性較深，自不能享受緩刑之利益矣。至若以前偶犯拘役或罰金之輕微罪者，固仍得緩刑，是從寬也。

本條第二款以「前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內，未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。」為緩刑條件，頗有是處。良以五年以內，若再受有期徒刑以上刑之宣告，已足構成第四十七條之累犯，依法應加重本刑至二分之一；則其不當享受緩刑利益，已屬無疑。惟舊刑法於此會定為「三年以內」，不特有悖緩刑本旨，且與累犯規定，亦相鑿枘，關於此點，實較舊法優勝多矣！

緩刑除具備上述二條件之一外，尚須經審判官認為以暫不執行為適當者，始得宣告緩刑。惟何者為「暫不執行為適當」？現時尚無明確之標準。然依愚見，應由審判官斟酌犯人之素行，體格，動機，目的，年齡，事後心意，家庭狀況，職業關係諸方面，而予以適當之認定也。

至於緩刑之期間，既採折衷制，定為二年以上五年以下，則在最短二年最長五年之期限中，可由審判官自由量定。然何時起算？亦應有以規定，條文曰：「自裁判確定之日起算」。即裁判一經確定，其所宣告之緩刑期間，即開始進行。當此期間內，審判官如認為有防範惡性復萌之必要，猶得付保護管束也。（見第九十三條）

又宣告緩刑，依第一項之規定，所緩者僅為主刑。但科主刑者有兼科從刑時，應否同緩，似屬疑問？然依規定，必須二年以下之有期徒刑，始可緩刑。則如或褫奪公權，亦應依第三十七條第二項：「其褫奪公權之期間，自主刑執行完畢或赦免之日起算。」茲主刑既在緩刑中，其期間自無從起算，雖未明言同緩，實已同緩無疑矣！至沒收之宣告，則又因第七十六條：「緩刑期滿未經撤銷者，刑之宣告失其效力」之故，除違禁物

猶得單獨宣告沒收外，餘均隨從主刑，同失效力。所以緩刑者，實主刑與從刑一併緩之也。

第七十五條 受緩刑之宣告，而有左列情形之一者，撤銷其宣告。

一 緩刑期內更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者。

二 緩刑前犯他罪，而在緩刑期內，受有期徒刑以上刑之宣告者。

因過失犯罪者，不適用前項規定。

本條規定撤銷緩刑之條件。

第一項曰：「撤銷其宣告」，乃使以前所宣告緩刑之效力消滅。易言之，即仍須執行其原宣告之刑罰也。其與廢止不同，蓋廢止僅能消滅效力於將來，而撤銷則可溯及既往，使以前之效力消滅也。

夫緩刑制度，無非用以獎勵犯人之自新，已如上述。若犯人於緩刑期內更行犯罪，且受有期徒刑以上刑之宣告，可知並無改善之意。則其須撤銷緩刑，固宜耳！此第一項第一款之所以設也。

至緩刑前曾犯他罪，於緩刑期內發覺，且受有期徒刑以上刑之宣告者。足證平日品性，顯非善良，自亦應銷撤緩刑。因其自始即不具備緩刑之要件，此第一項第二款之所以設也。

除右述二款，具備其一，即應撤銷其緩刑之宣告外。尚有緩刑期內，付保護管束，而違反保護管束規則情節重大者，亦得由審判官斟酌情形，撤銷緩刑。惟須注意，若上述之犯罪，係基於過失者，雖受有期徒刑以上刑之宣告，却不適用第一項之規定。蓋過失犯罪，或以疏虞，或以懈怠；皆未足驗其具有若何之惡性耳！此第二項之所以設也。

撤銷緩刑宣告之程序，可依刑事訴訟法第四百八十條之規定。

第七十六條 緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。

本條規定緩刑之效力。

緩刑之效力，各國立法例不同，可分三種：（一）附條件刑之宣告主義，即經過緩刑期間，並無過犯，則使刑之宣告，失其效力，與未受有罪判決者無異，實為罪與刑同時消滅之制度也，如比利時，英國等是。（二）附條件釋放主義，即緩刑期間，並無過犯，

遂免其刑之執行，作已執行論，此制德國採之。若比較優劣，似覺後者失之嚴酷，前者合乎獎勵；蓋緩刑目的既在改善，今受緩刑者，滌蕩舊惡，不再犯罪，可謂目的已達。自宜寬其既往，恢復未嘗犯罪之地位，使其勇於自新，而後可收緩刑之宏效。本條規定亦係採用前者，以符「刑期無刑」之深旨也。

第十章 假釋

假釋者，一名假出獄。係受徒刑之執行者，經過法定期間後，而有悛悔之實據，許其權爲出獄。出獄後如無過犯，卽免除其殘餘刑期之執行；否則，仍執行其殘餘刑期之一種行政處分也。查此項制度，初昉於英，在一八二二年試行於澳洲殖民地，效用頗佳。於是歐洲大陸諸國，相繼仿行。惟採用標準，則各自不同：有限制特種重刑始予假釋者，有限制特種犯人不能假釋者，有限制無期自由刑不得假釋者，有限制特種犯罪不許假釋者。我國概不取之，良以上章所述緩刑制度，係矯正短期自由刑之弊，並以勉勵犯人之自新。此章假釋制度，則純爲救濟長期自由刑之弊，并以獎掖受刑人之改善而設。二者猶雙輪兩翼，相輔以行，一爲執行前之試驗，一爲執行中之救濟；其目的效用，至爲明顯。迺各國竟一反其立法本意，置長期無期徒刑於不顧，則失之彌遠矣！

所以本法之規定，絕不問犯人之種類爲何？犯罪之種類爲何？徒刑之種類爲何？僅以解決有無悛悔實據，爲假釋之最要前提，可謂得假釋制度之直髓矣！蓋刑罰之目的，

無非欲矯正犯人之惡性；刑罰之效果，亦無非使受刑人能改過遷善。今受刑人既有懊悔之實據，則刑罰之目的已達，刑罰之效果亦收；自無繼續執行之必要。其得予以假釋，固至當也。但如何可知受刑人確已懊悔？則自非由於時相接近之監獄長官，經相當期間之窺察，不可知也。於是本法爲求懊悔之真確起見，除規定「受徒刑之執行而有懊悔實據者」，爲假釋之前提外。復以「無期徒刑逾十年後，有期徒刑逾二分之一後，由監獄長官呈司法行政最高官署，得許假釋出獄。但有期徒刑之執刑未滿一年者，不在此限。」爲假釋之附帶條件。因受無期徒刑之執行者，惡性甚重，非經十年之久，實不足矯正其惡性，亦不能辨察其懊悔之誠僞也。

雖然，假釋之條件，可謂周矣！備矣！惟人心不同，各如其面，彼監獄長官，又烏能盡得其實。設被假釋人，貌爲改善，或改善不終；在假釋中，復暴發舊有惡性，其將奈何？於是爲預防犯罪，又有撤銷假釋之規定。自可依法撤銷假釋，繼續執行其殘餘之刑期，此假釋之所以爲假也。

關於撤銷假釋之立法例，各國不同，有必撤銷主義，與得撤銷主義之別，我國舊刑

法採用前主義，本法則兼取之。其所謂必撤銷主義者，係言被假釋人於假釋中，更故意犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，此足為改善不終，或貌為改善之確證，必須撤銷其假釋也。（見第七十八條第一項）所謂得撤銷主義者，係言被假釋人，在假釋中，應付保護管束，蓋亦防其改善不終，或貌為改善之意，若該被假釋人竟不遵守而違反保護管束規則時，得考慮其情節是否重大而予以撤銷假釋也。（見第九十三條第二項）

第七十七條 受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾十年後，有期徒刑逾二分之二後；由監獄長官呈司法行政最高官署，得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿一年者，不在此限。

前項執行期間，遇有第四十六條情形者，以所餘之刑期計算。

本條規定假釋之條件。

第一項既曰：「受徒刑之執行」，則所受執行者為非徒刑，自不得算入執行期間。

例如死刑，拘役，罰金，或罰金易服之勞役等，均不適用假釋之規定。蓋死刑係剝奪犯人的生命，自無所謂假釋。拘役或勞役為期甚短，不能確知犯人是否悛悔，故亦不適用本

條。至罰金，無須入獄執行，則更無假釋之足言。

又所謂：「有懊悔實據者」，係指受刑人已有悔悟之誠意表示，出獄後可無再犯之虞者，或未曾因違反監獄紀律而受懲罰者，以及曾因行狀善良而受賞遇者而言，得由監獄長官依據事實認定之。

又所謂：「無期徒刑執行逾十年後，有期徒刑執行逾二分之一後，且已滿一年者。」係用以限制。蓋非經過相當期間，不特刑罰感應性之作用，尙未儘量發揮；即受刑人果不懊悔？亦屬不能認定。至其所以限制滿一年者，無非使監獄長官可以從容窺察其懊悔之誠僞，不致受蒙蔽於一時也。

關於許可假釋之機關，各國規定不同。有以元首特權行之者，如英國，瑞典，芬蘭等是。有以其權屬之內務部或行政官廳者，如法國，日本等是。有以其權屬之司法部者如德國，意大利，荷蘭等是。本法係採德意之例，其所謂：「司法行政最高官署」，實指現時之司法行政部也。

第二項規定：「前項執行期間，遇有第四十六條情形者，以所餘之刑期計算。」係

指第一項執行期間，若遇有裁判確定前羈押之日數，以一日抵有期徒刑一日時，應以折抵所餘之刑期計算而言。蓋假釋以受刑人在獄中有悛悔之實據爲前提，羈押日數雖可折抵徒刑相同之日數。但實際上，究未受獄中之教誨，自難期其悔悟。若准其算入前項執行期間，則有失假釋之本意，故必須以所餘之刑期計算。例如科有期徒刑五年，裁判確定前受羈押一年，折抵徒刑一年，尙餘四年；則應以四年之二分之一爲計算標準也。

第七十八條 假釋中更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，撤銷其假釋。

因過失犯罪者，不適用前項之規定。

假釋撤銷後，其出獄日數，不算入刑期內。

本條規定假釋撤銷之條件。

以情理言，既因犯人之悛悔，而得予以假釋；反之，亦得因犯人之不肯悛悔，而撤銷其假釋，此亦當然者也。本條第一項規定，以「假釋中更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者。」爲不肯悛悔之實據，應撤銷其假釋，允稱公衡。

惟因過失犯徒刑以上之罪，則係出於一時之疏虞或懈怠，並無若何之惡性。另科以

刑罰，已足資懲儆；若並撤銷其假釋，甯非過酷？故第二項設有例外之規定：「因過失犯罪者，不適用前項之規定。」易言之，即過失犯罪，不得為撤銷假釋之原因也。

至假釋撤銷後，則被假釋人仍應入獄，繼續受刑之執行，固不待言。其出獄日數亦不得算入刑期內，此第三項之規定也。換言之，即其假釋時尙未執行終了之殘餘刑期，仍須執行其全部也。例如受五年有期徒刑宣告之人，於執行三年後，假釋出獄。在假釋一年後更行犯罪，受有期徒刑之宣告，而撤銷假釋者，則仍應繼續執行其所殘餘之二年刑期。至出獄之一年期間，自不能算入二年之殘餘刑期內也。

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

假釋中，因他罪受刑之執行者，其執行之期間，不算入假釋期內。

本條規定假釋之期間及效力。

關於假釋期間之立法例，有即以殘餘刑期為假釋期者，有另定期間為假釋期者。本條第一項主前例，規定無期徒刑之假釋者，以十年為假釋期；而有期徒刑之假釋者，以

殘餘之刑期爲假釋期。若在假釋期中，未經撤銷假釋，則其未執行之刑，以已執行論也。

惟假釋未撤銷之「已執行論」，與緩刑未撤銷之「其刑之宣告失其效力」，迥然有殊。蓋緩刑則罪刑完全消滅，與初未犯罪者無異，不得爲累犯之基礎。而假釋適相反，因其所宣告之罪刑，依然存在，不過出獄日數，算入未執行之殘餘刑期，不再執行而已。

第二項係第一項之例外規定。所謂「他罪」者，指假釋所因之本罪外，一切犯罪而言。無論假釋前或假釋中，故意或過失；凡犯有期徒刑及拘役之罪者，均屬之。

又所謂「刑之執行」，指執行之關於自由刑並有期間者而言。如死刑，無期徒刑，罰金等，均不在內。蓋必如此，始有執行刑期應否算入假釋期之問題發生也。

按諸情理，假釋之作用，本所以驗被假釋人之是否改善不終？是否貌爲改善？故凡假釋之期，實無異受驗之期。且據第一項規定：「……未撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論。」則所謂假釋之期，又可視爲執行刑期論矣。

但應注意者，所謂「已執行論」，係指假釋所因之罪之刑期言。若因另犯他罪，所受刑之執行，則其執行之刑期，爲他罪之刑期，自不得算入假釋所因之罪之刑期，作爲已執行論也。蓋非如此，不特有失假釋本旨，卽揆情度理，亦欠平允。例如假定假釋期爲三年，而假釋中因他罪受執行之刑期爲四年。則受他罪之執行刑期，尙未屆滿時，假釋期已逾之。豈亦得援用第一項之規定：「其未執行之刑，以已執行論」歟？設如斯，是非假釋，直真釋耳！

又如假釋中，因他罪受拘役之執行者，雖不合於撤銷假釋之條件，然其行狀不善，已屬無可諱言。若猶許其將執行期間，算入假釋期內，使假釋效力，早日發生，寧有是理耶？第二項特設不算入假釋期內之規定，良有以也。

第十一章 時效

時效云者，即依法律之規定，因一定期間之經過，而使刑事追訴權或刑罰執行權，歸於消滅之謂也。此制濫觴於羅馬敍利亞之姦非罪條例，厥後大陸諸國相率仿行。惟刑法上認許時效制度之理由，頗為紛歧，揆其要者，約有四說：(1)社會遺忘說，謂犯罪事實，因經過一定期間，時過境遷，已成陳跡，為社會遺忘，無復追訴處罰之必要。(2)證據消滅說，謂經過一定期間，有罪證據與有利於行為人之證據，大半散佚，而刑事裁判最忌曖昧科罰，與其枉判濫斷，毋寧放縱之為善也。(3)刑罰代償說，謂犯罪事實構成後，在相當期間內，犯人畏罪懼罰，或逃避，或隱匿；精神上所受之痛苦，物質上遭遇之損失；已足償其刑罰，故毋庸再予制裁。(4)社會安定說，謂時效制度之設係為尊重社會實益起見。若積久相忘之犯罪，隨時得以追訴處罰，則非惟陷社會於不確定之狀態，即法律之秩序，亦不足以維持也。

評價上述四說，除刑罰代償說為最劣外，其餘三說各具相當理由，而尤以社會安定

說之立論，最爲正確也。

然亦有非難時效制度者，謂國家之所以不能行使追訴權及刑罰執行權，大多由乎犯人隱匿逃逸。若皆可縱其逍遙法外，則凡變更姓名，趨避他處者。迨經過一定期間，即可現身社會，而無由加以制裁。此非惟違背「有罪必罰」之旨，抑且不足消滅犯罪，防衛社會也。吾人對此主張，雖亦未可厚非，但揆情衡心而論，時效制度固利多而害少也。

關於刑事法中之時效規定，各國立法例不一，有謂執行刑罰，乃裁判之執行，執行裁判，係訴訟法上之關係。至提起公訴或自訴，尤爲訴訟法上之關係，故主張二者全部規定於刑事訴訟法，如法國，土耳其之立法例是也。有謂追訴時效，屬於訴訟法上之關係，應規定於刑事訴訟法；而行刑時效，實屬於刑法上之關係，則須歸之於刑法。如日本，比利時之立法例是也。有謂不提起公訴或自訴，則不能宣告刑罰，無刑罰之宣告，則不能執行刑罰。是行刑時效，追訴時效，皆爲刑法上一種科刑之限制也。故主張全部規定於刑法。如德國，瑞典，意大利，匈牙利，荷蘭，挪威等之立法例是也。本法從德

意例，亦以刑法雖為各種犯罪定其所科之刑而設，但因時效之完成，而追訴或執行之實體刑罰權，即隨之消滅，故時效亦不失為刑法上科刑之一種限制。則歸諸刑法中，於理自非無據也。

本法規定時效有二：(一)追訴權之時效，(二)行刑權之時效，茲先述其概要：

(一)追訴權之時效 即於一定期間內，不提起公訴或自訴，因而消滅其追訴犯罪之權利也。關於期間之規定各國頗不一致。其最長之期限，有定為三十年，有定為十年；而多數國則以二十年為準。至其最短期限，有定為五年，有定為二月；而多數國則以一年為準。本法因我國幅員較廣，偵緝組織尚未普及，期限不能過短。同時又為維持社會狀態確定與安全起見，亦不宜過長。故從多數國立法例，規定最長期為二十年，最短期為一年，並以法定刑之重輕，分為五個階段：凡為死刑無期徒刑，或十年以上有期徒刑者，屬第一階段，定時效期間二十年。凡為三年以上十年未滿有期徒刑者，屬第二階段，定時效期間十年。凡為一年以上三年未滿有期徒刑者，屬第三階段，定時效期間五年。凡為一年未滿有期徒刑者，屬第四階段，定時效期間三年。凡為拘役或罰金者，屬

第五階段，定時效期間一年。

設犯罪成立後，於各該時效期間內不提起公訴或自訴，即消滅其追訴犯罪之權利。易言之，即不得再行提起公訴或自訴也。

所應注意，謂不起訴者，即係不行使追訴權而已，並非不能行使追訴權。若因法律之規定，偵查起訴或審判之程序，不能開始或繼續時，則時效停止進行，乃當然之事。例如刑事訴訟法第二百四十條：「犯罪是否成立，或刑罰應否免除；以民事法律關係爲斷者，檢察官得於民事訴訟終結前，停止偵查。」則停止偵查時，追訴權之時效亦應停止進行，在停止中之時間，不能算入時效期內，使時效易於完成。蓋非如此，不足以防元惡大愆，而杜逃罪避刑之弊也。

雖然，時效停止之原因存在，時效期間固不能進行。第該停止原因，苟或長期存在，豈非時效永遠不能完成？則時效制度，不幾形同虛設乎？故本法又特予規定，謂停止原因繼續存在之期間，如已達於各該時效期間之四分之一者，視其原因爲消滅，時效期間即繼續進行。蓋所以便於時效之完成，而免懸案之永久擱置耳！

(二)行刑權之時效 卽犯人於裁判確定後逃亡未獲，無從執行其刑，迨法定期間經過，遂使國家對於該犯人刑罰執行權消滅之謂也。本法亦分五個階段（見第八十四條），惟時效期間，較追訴權爲長，最長期限三十年，最短期限三年。因此爲有罪之判決，業經確定，情節較爲重大，且證據亦無散佚之虞，故行刑權之時效期間，不妨較追訴權之時效期間爲長也。

行刑權之時效，與追訴權同，係屬有權而不行使，並非不能行使行刑權也。若因法律之規定，不能開始或繼續執行時，則時效停止進行，亦理所當然。例如刑事訴訟法第四百七十一條所規定：「受徒刑或拘役之諭知，而有心神喪失者，或懷胎七月以上者，或生產未滿一月者，或現罹疾病恐因執行而不能保其生命者，依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前，停止執行。」則停止執行時，行刑權之時效亦應停止進行。在停止中之時間，不能算入時效期內，使時效易於完成。否則，倘罹病者爲慢性疾患。雖逾三年，猶未痊癒，而行刑權時效業已完成（指宣告拘役罰金或專科沒收者言），豈竟縱之而不執行耶？於理殊未協也。

又附言者，行刑權時效，既因特定原因而停止其期間之進行。倘該原因長期存在，則其時效，寧非永無完成之日？其弊殆與追訴權無異，故亦應與追訴權時效同視。易言之，即停止原因繼續存在之期間，如已達於各該時效期間四分之一者，視其原因爲消滅，仍廢續進行其時效期間也。

第八十條 追訴權因左列期間內不行使而消滅。

- 一 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者，二十年。
 - 二 三年以上十年未滿有期徒刑者，十年。
 - 三 一年以上三年未滿有期徒刑者，五年。
 - 四 一年未滿有期徒刑者，三年。
 - 五 拘役或罰金者，一年。
- 前項期間，自犯罪成立之日起算，但犯罪行爲有連續或繼續之狀態者，自行爲終了之日起算。

本條規定追訴權時效期間及計算方法。

第一項曰：「追訴權」者，包括公訴及自訴之權利而言。若各經過第一項第一款至第五款所列之期間，追訴權即告消滅。檢察官固不得提起公訴，即被害人亦不得提起自訴也。惟有不可混淆者，即公訴及自訴案件中，均有告訴乃論之罪，而依刑事訴訟法第二百十六條第一項規定：「告訴乃論，其告訴應自得為告訴之人，知悉犯人之時起，於六個月內為之。」設告訴人知悉犯人已逾六個月後，則既不足為公訴之追訴條件，尤不足為自訴之追訴條件；此刑事訴訟法第二百三十一條第五款，第二百九十五條第三款，及第三百十四條所明定也。是追訴權時效期間，告訴期間，所受者已有兩重制限矣！實用時，遇告訴乃論之罪，應併注意之，如已逾告訴期間，則雖追訴權時效尚未消滅，亦不得起訴。反之，設追訴權時效已歸消滅，則雖未逾告訴期間，亦不得起訴。蓋二者固可相互適用，而毫不牴牾也。

第二項規定追訴期間之起算點，以犯罪成立之日起算為原則。例如傷害致死罪，不以傷害行為時起算，而自被傷害人死亡之日起算也。但有連續或繼續狀態者，應以行為終了之日起算。例如通姦（第二百三十九條），或使人為奴隸（第二百九十六條），其

犯罪之成立，固在初次之通姦或開始使人爲奴隸。苟此後仍連續與之通姦，或繼續使爲奴隸，則犯罪雖已成立，而犯罪行爲尙未終了，應以其行爲終了之日起算。否則竟有時效已完成，而犯罪人尙在續爲犯罪行爲也。

此外尙須附言者，卽追訴權之時效，在各個犯罪間，皆各自獨立而不相牽連。故裁判確定前犯數罪者，應併合處罰之，如輕罪追訴權時效已經消滅，重罪時效尙未消滅，固仍可就重罪起訴也。

第八十一條 追訴權之時效期間，依本刑之最高度計算。有二種以上之主刑者，依**最重主刑或最重主刑之最高度計算**。

本條規定計算追訴權時效期間之標準。

條文曰：「依本刑之最高度計算」。卽謂第八十條第一項第一款至第四款所列之刑度，皆依分則各條所規定之最高度法定刑計算。例如第二百九十六條之妨害自由罪，處一年以上七年以下有期徒刑。則應以本刑之最高度七年爲準，計算其追訴期間爲十年。又曰：「二種以上之主刑者，依最重主刑或最重主刑之最高度計算。」卽謂當法定

主刑有數種選科或併科時，應依最重之法定主刑為準。如其最重之法定主刑，有刑度可計者，則以該主刑之最高度為準。例如第二百七十一條之殺人罪，處死刑無期徒刑，或十年以上有期徒刑。則依最重主刑之死刑為準，計算其追訴期間為二十年。又如第一百二十一條之收受賄賂罪，處七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。應依最重主刑之最高度七年為準，計算其追訴期間為十年，不能更以併科罰金之一年追訴期間，合為十一年計算也。

第八十二條 本刑應加重或減輕者，追訴權之時效期間，仍依本刑計算。

本條為計算追訴權時效期間之補充規定。

條文曰：「仍依本刑計算」。即謂遇有加減者，仍依法定刑計算，不依加重或減輕後之刑罰計算也。例如累犯竊盜罪者，固應加重；正當防衛過當而殺人者，固得減輕。惟計算追訴權之時效期間，則仍依竊盜罪及殺人罪之最重法定刑為準也。良以刑之加重或減輕，乃科刑時始有之事，在未起訴前實無從預斷，追訴權之時效期間，仍依本刑計算，較為劃一合理也。

第八十三條 追訴權之時效，如依法律之規定偵查起訴或審判之程序，不能開始或繼續時，停止其進行。

前項時效停止，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算。

停止原因繼續存在之期間，如達於第八十條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因視為消滅。

本條規定追訴時效之停止。

第一項曰：「依法律之規定，偵查起訴或審判程序，不能開始或繼續」者，例如刑事訴訟法第二百四十條：「犯罪是否成立或刑罰應否免除，以民事法律關係為斷者，檢察官得於民事訴訟終結前，停止偵查。」又如同法第二百八十七條：「被告心神喪失者，應於其回復以前停止審判。……被告因疾病不能到庭者，應於其能到庭以前停止審判。……」等等，皆為偵查或審判不能開始或繼續之法定原因，亦即追訴時效停止之原因也。

第二項曰：「一併計算」，例如時效為三年，經過六個月，忽發生停止原因。又經

過四個月而停止原因消滅。則計算時，應自停止原因消滅之日起，與前經過之六個月；一併計算，至滿足三年，時效始行完成。易言之，即將停止中之期間扣除，不算入時效期間內也。

第三項曰：「四分之一」，即謂停止期間，如已達於各該時效期間（即第八十條第一項各款所列之期間）四分之一者，其停止原因視為消滅。例如第三百二十五條搶奪罪，其追訴時效為十年，而停止原因繼續存在之期間，已達二年六月，則該停止原因應視為消滅，不再停止其時效之進行。但須注意，所謂原因繼續之期間，必其原因存在，係繼續者，而後足言。設屢有其他停止原因，屢停止之，則不在此列也。

第八十四條 行刑權因左列期間內不行使而消滅。

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

五 拘役罰金或專科沒收者，三年。

前項期間自裁判確定之日起算。

⊙ 本條規定行刑權之期間及其計算方法。

第一項各款所列之死刑，無期徒刑，以及三年以上十年未滿有期徒刑……等，皆指宣告刑而言。此與追訴權之時效，指法定刑者不同耳！至第五款所以規定專科沒收，係因免除主刑而專科沒收，爲法所許。則其執行之時效期間，自應有以規定也。惟其除專科沒收外，僅規定主刑，而不及從刑者，以從刑係附隨於主刑，主刑之行刑權消滅，從刑之行刑權當然消滅也。

第二項規定行刑權時效期間之起算，以裁判確定之日爲準。蓋在未確定前，其所科之刑，或因上訴而變更。故必以裁判確定之日，始生執行力（見刑事訴訟法第四百六十條）。惟前受緩刑之宣告後經撤銷者，應自撤銷緩刑之裁判確定之日起算。又假釋經撤銷者，應就其尙未執行終了之殘餘刑期，計算其時效期間。並須自撤銷之日起算。蓋假釋爲法定出獄之原因，並非停止執行之原因，二者未可同語也。

第八十五條 行刑權之時效，如依法律之規定，不能開始或繼續執行時，停止其進行。

前項停止時效，自停止原因消滅之日起，與停止已經過之期間，一併計算。

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

本條規定行刑權時效之停止。

第一項曰：「依法律之規定，不能開始或繼續執行。」例如刑事訴訟法第四百六十九條：受「死刑之諭知者，如在心神喪失中，於其痊癒前由司法行政最高官署命令停止執行。受死刑諭知之婦女懷胎者，於其生產前由司法行政最高官署命令停止執行……」又如同法第四百七十一條：「受徒刑或拘役之諭知而有心神喪失者，或懷胎七月以上者，或生產未滿一月者，或現罹疾病恐因執行而不能保其生命者，依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前，停止執行」等，皆為不能開始或繼續執行之法定原因，亦即行刑時效停止之原因也。

至第二項及第三項，係與第八十三條第二項及第三項所規定者完全相同，其詮釋可參閱之。

第十二章 保安處分

保安處分者，以防止犯罪傾向之原因，而達社會安全之行政處分也。此項制度，於一八九二年加爾徐脫斯之瑞士第一刑法草案中，已粗備雛形。迨至二十世紀始期，則瑞士草案（一九〇八年），奧國刑法改正草案（一九〇九年），德國刑法改正草案（一九〇九年），均有正式之保安處分規定。三者大致相同，分有治療處分，隔離處分，感化處分，監督處分四種。厥後各國因空間時間上之需求，乃紛紛改訂刑法，列入保安處分。而我國比年，亦緣外患頻仍，內訌未弭；加之農村經濟崩潰，民力日頹。老弱填諸溝壑，少壯挺而走險；以致赭衣塞途，囹圄成市。處此時態之下，實非僅能制裁犯罪成立後之舊有刑罰，所能盡收防衛現社會安全之效果也。於是防範於前，杜患於後之保安處分，遂循時而興，亦占本法重要之一章矣！

惟新制採用，爲時不久；理論建設，猶未健全。國內外學者之見解，亦極紛歧。尤以論刑罰與保安處分之目的，鮮有是者。蓋彼等未嘗揣本熟思，卽遽爾發言，其不能中

肯，固不足怪也。本書既主理論與實用兼重，對此不能不有所論列，為明瞭起見，先列表於后：

| 分處安保 | 罰 刑 | |
|-----------|----------|------|
| | 會社衛防 | 會社足鑿 |
| 的極積 | 的極消 | 想思 |
| 性化感 | 性戒懲 | 質性 |
| 罪犯 | 人犯 | 象對 |
| 想思之罪犯化軟 | 質物之人犯制強 | 段手 |
| 因原之向傾罪犯止防 | 向傾之罪犯止防 | 用作 |
| 制限之人地時受不 | 制限之人地時受須 | 範圍適用 |
| 會社進改 | 會社衛防 | 果效 |

吾人參閱上表，即可知刑罰與保安處分，不特目的迥異，即思想，性質，對象，手段，作用，效果等等，實無一同也。

有謂：「刑罰之目的，人皆知為防衛社會，而君獨非之，何耶？」殊不知所謂「防衛」者，必須如保安處分，能自衛本體已足，不必苛求懲戒，若彼罰人之刑罰，又何嘗思及自衛？縱令因此而獲得消極之防衛社會，然亦僅可視為刑罰之效果，而不得遽認為目的也。良以刑罰之目的無非鑿足社會，如鑿足被害人，或被害人之家屬，同事，同胞，及全體人類而已。

又謂：「刑罰之對象為犯人，保安處分之對象為犯罪；亦有徵耶？」不觀乎刑罰，

能處犯人於死，不能如保安處分消滅「犯罪」之原因，刑罰能禁錮「犯人」之身體，而不能如保安處分，軟化「犯罪」之意志。刑罰能沒收「犯人」之財物，而不能如保安處分置於監護人之下，監督或教導之，使弭泯「犯罪」之思想，而不剝奪其財產也。

總之，刑罰僅能治犯人於當時，保安處分則不然，既可防範犯罪於前，又可消滅犯罪於後，且絕不受空間，時間，及人之限制。例如刑罰之執行，必須有一定不移之地域——監獄——，並常妨礙其社會生活。保安處分則否，無地域限制，隨處均可執行，並不剝奪其外表之自由。如保護管束之交由警察官署，或自治團體，或慈善團體，或本人之最近親屬，或其他適當之人，均無不可。此空間上之不受限制也。

刑罰必須為確定期之宣判，不得輕易延長或免除；而保安處分在形式上，雖亦有定期，然可以酌量延長或免除其已裁定之期間（見第九十七條），良以欲達保安處分之目的，須要為完全之處分。其標準，以受處分者合乎社會正常生活。質言之，保安處分在精神上，並無一定期間，其免除與延長，均可應需求而定，此時間上之不受限制也。

又如刑罰對於未滿十四歲人以及心神喪失人；無論其所犯何罪，均不能處罰執行，

保安處分則否，可施之於犯人或非犯人（注意：保安處分本爲防止犯罪傾向之原因而設。故凡有危及社會安全之虞者，無論其有無犯罪事實發生，皆得施以保安處分。惟本法於此，係規定必須有一定之行爲，且受刑之宣告或不罰之宣告者，始得付保安處分，範圍過狹，未能充分發揮保安之效用，殊足遺憾也），或未滿十四歲人，健康人或心神喪失人等，此人之不受限制也。

綜上以觀，可知保安處分不特足以補助刑罰之所不及；且竟有代替刑罰之可能性。蓋保安處分之實行其防衛目的，效用至爲鴻博，既可免罪之再犯，又能弭罪於無形。其效用有二：一在人，則阻止個人之犯罪；二在社會，則促進社會之安全。至其收穫之豐，見效之速；尤非懲戒性之刑罰，所能望其項背也。

或曰：「然則我國何不逕取而代之」？此未可也，一則保安處分制度，採行未久，倉卒變更，恐有窒礙之虞。二則保安處分之法律制定，猶欠詳密；而各種設備，又均未完善，實行時尚多困難也。然著者根據學理事實，深信將來必有以保安處分替代刑罰之一日耳。

第八十六條 因未滿十四歲而不罰者，得令入感化教育處所，施以感化教育。

因未滿十八歲而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入感化教育處所，施以感化教育。但宣告三年以下有期徒刑，拘役，或罰金者，得於執行前爲之。感化教育期間，爲三年以下。

第二項但書情形，依感化教育之執行，認爲無執行刑之必要者，得免其刑之執行。

本條第一項係規定對於幼者犯罪之保安處分也。蓋未滿十四歲之幼者，本無責任能力，其犯罪行爲之不罰（見第十八條第一項），固不待言。設尙有危及社會安寧之虞，自不可不預爲矯正，防其再犯。至所以「施以感化教育」者，因幼可教不可罰耳！此實保安處分足補刑罰之所不及也。

所謂：「感化教育」，係指改良惡癖爲宗旨之特種教育，有兵營式，家庭式，學校式之別。兵營式失之嚴，家庭式病諸寬；以學校式爲最宜。

第二項係規定對於少年人犯罪之保安處分也。蓋十四歲以上未滿十八歲之少年人，

大抵情性未定，理智薄弱；其所以犯罪亦多緣此。故於刑之執行完畢或赦免後，得施以感化教育，此亦改善心性，免罪再犯之意也。惟須注意，若犯罪者固爲未滿十八歲人，但並未因第十八條第二項而減輕其刑者，自不得援用此項規定施以感化教育。蓋刑罰既未減輕，足徵其犯罪之能力與惡性，均與常人無異，則通常刑罰已可收效，不必多此一舉也。

至謂：「但宣告三年以下有期徒刑拘役或罰金者，得於執行前爲之。」此係因其犯行輕微，不必先投之監獄，徒染獄中惡習。故特設此但書規定，可由審判官斟酌情形，決定感化教育究應施於刑之執行前或執行後。蓋此已含有欲保安處分替代刑罰之意耳！然保安處分，總以施於刑之執行後爲原則，施於刑之執行前爲例外也。

本項於實用上，最可令人滋疑者，即既依第十八條第二項規定，由於行爲時未滿十八歲，爲減輕其刑之原因，則對於所犯之罪，顯無限制。而本項僅曰：「因未滿十八歲而減輕其刑者」。並未言及免除其刑者何如？此實缺陷。蓋事實上，與其他減輕原因競合時，固可各情各減，而遞減之。倘需要施以感化教育，亦可適用，毫無問題。惟有時

與免刑原因競合時，其將誰適？例如未滿十八歲人犯第一百六十八條之誣告罪，在所誣告之案件裁判確定前自白，依第一百七十二條應免刑時，假定仍有保安之必要，則將因規定未符，竟免刑而不施以感化教育耶？抑將遷就感化教育，遂僅減刑而不免刑耶？此實立法上之疏虞也。

第三項曰：「感化教育期間爲三年以下」。係言感化教育之最長法定期間爲三年，最短期並無限制。審判官可在此限度內，審酌其危險性之大小，決定期間之長短；於裁判時，併宣告之（刑事訴訟法第三百零一條第六款）。至執行裁判，由爲裁判之法院之檢察官指揮之（刑事訴訟法第四百六十一條）。但須注意，如有必要情形，固仍可免除或延長其感化教育之期間也。（詳第九十七條）

第四項規定，係指宣告三年以下有期徒刑拘役或罰金者，因先施以感化教育處分，已合乎社會正常生活，而無執行之必要者言。蓋既執行保安處分後，已收有刑罰之效果，自可免除其刑之執行（免執行刑之程序，見刑事訴訟法第四百八十五條），毋庸重疊施之，轉無實益，此保安處分所以可代替刑罰也。

第八十七條 因心神喪失而不罰者，得令入相當處所，施以監護。

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

前二項處分期間，為三年以下。

本條第一項係規定對於心神喪失人犯罪之保安處分也。良以心神喪失人之犯罪，純係基於病理作用，並無若何惡性，亦斷非刑罰所能感應，故第十九條第一項已有不罰之規定。然竟縱之自由耶？則又慮其更犯他罪。唯一良法，將其送往相當處所，予以監督保護，庶幾兩全也。所謂「相當處所」者，如精神病院，犯罪癲狂院，瘋人院，療養院等，以及其他監督保護心神喪失人之處所皆是也。

第二項係規定對於精神耗弱人及瘖啞人犯罪之保安處分也。蓋因精神耗弱而犯罪，或因瘖啞而犯罪；均係受有病理之影響，故除減輕其刑外（如並未依第十九條第二項，或第二十條減輕其刑者，自不能援用此項規定，理由見第八十六條詮釋），於執行完畢或赦免後，如有保安之必要，應令精神耗弱人，入療養院醫院等處所；令瘖啞人入瘖啞

教育所，或聾啞學校等處所，分別施以監護，消滅其犯罪原因，此亦杜惠務盡之意也。

第三項規定處分期間，為三年以下，與前條同。

第八十八條 犯吸食鴉片或施打嗎啡，或使用高根海洛因，或其他化合質料之罪者，得令入相當處所，施以禁戒。

前項處分於刑之執行前為之，其期間為六個月以下。

依禁戒處分之執行，法院認為無執行刑之必要者，得免其刑之執行。

本條規定對於烟毒犯之保安處分。

夫犯烟毒之罪，與他罪不同，雖被害者為國家及社會法益，然無絕大之惡性。而科刑目的，無非欲其痛改惡癖。故亦得因有保安必要，令入戒烟所或戒烟醫院等處所，施以禁戒。禁戒者，禁制戒絕之意。蓋必如是，始可斷絕烟癮，肅清毒害，以達防衛社會之目的，此第一項之規定也。

第二項規定：「前項處分，於刑之執行前為之。」自屬合理！蓋既使禁戒，務求其速，否則癖深癮固，戒之難矣！又曰：「其期間為六月以下」，係言禁戒烟毒之最長法

定期爲六月，最短並無限制，審判官可於此期內酌定長短，但有必要情形，固仍可依第九十七條之規定，予以免除或延長也。

若施以禁戒後，已收效果，則自可斟酌情形，免其刑之執行（免執行刑之程序，見刑事訴訟法第四百八十五條）。因前已言之，此種犯罪雖損害國家社會彌鉅，然在犯人本身並無若何惡性，嗜癖一旦戒除，即不失爲良好之國民，此第三項之所由設也。

第八十九條 因酗酒而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以禁戒。

前項處分期間，爲三個月以下。

本條規定對於酗酒人犯罪之保安處分。

酗酒云者，即沉湎於酒之意，謂其醉而失常態也。若分析其犯罪者，計有二種：一爲染有酒癖而然，一爲偶飲過量所致；吾人於此，得斟酌情形，分別處置。對於前者，令入戒酒所，禁酒場或其他相當處所，施以禁戒。對於後者，得依第九十二條之規定，付保護管束，免再過飲肇禍。但上述處分與前條不同，須施於刑之執行完畢或赦免後。

因酗酒與烟毒之犯罪，雖皆得施以禁戒處分，然二者之輕重緩急，究相懸殊耳！此本條第一項所以規定也。

又因酗酒禁戒較易，故第二項規定處分之期間，最長為三個月，最短則並無限制。

第九十條 有犯罪之習慣，或以犯罪為常業，或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作。

前項處分期間，為三年以下。

本條規定對於習慣犯，常業犯，以及因遊蕩懶惰而犯罪者之保安處分。

第一項所謂：「有犯罪之習慣」，凡可因犯罪，足以證明其有犯罪習癖者即是。至其先後之犯罪，是否為同一之犯罪行為，或是否基於同一之犯罪意思，皆可不問。

又所謂：「以犯罪為常業」，凡以犯某罪為其生業者皆是。不問其果能藉此生活否？亦不以分則所規定之常業竊盜，常業誘姦，常業賭博，常業詐欺等等為限。

又所謂：「因遊蕩或懶惰成習而犯罪」，前者係指遊手好閒，不務正業，或不事生產而犯罪者言，如遊民流氓者是。後者係指本有勞動能力，又能獲得勞動機會，卒以好

逸惡勞，不願從事工作而犯罪者言，即德國所謂「嫌惡勞動人」(Arbeitsscheu)，如乞丐，賣淫婦人均是。

上述之犯人，惡習根深，出獄後，仍不免有再犯之虞，故條文規定：「得令入勞動場所，強制工作。」蓋利用勞動工作，以矯正其頹廢之舊習慣，養成勤勉之新生活也。

其曰：「勞動場所」，係指遊民習藝所，婦女習藝所，教養院等而言。至工作種類並無限制。凡適合犯人體力之勞動工作，皆可令爲也。

第二項規定強制工作之法定期間，爲三年以下，與第八十六條，第八十七條相同。

第九十一條 犯第二百八十五條之罪者，得令入相當處所，強制治療。

前項處分，於刑之執行前爲之，其期間至治療時爲止。

本條規定係對於患花柳病或癩瘋而犯罪者之保安處分。

第一項所謂：「犯第二百八十五條之罪」，即犯明知自己有花柳病或癩瘋，隱瞞而與他人爲猥褻之行爲或姦淫，致傳染於人之罪也。犯此者，其自己原有花柳病或癩瘋，此種疾患極易傳染，一旦蔓延，殊有礙民族健康。亟宜速爲治療，杜其根源。故第二項

曰：「前項處分」，於刑之執行前爲之，其期間至治療時爲止。」是亦除害務速務盡之意也。

又第一項曰：「相當處所」，係指花柳醫院，花柳治療所，痲瘋院，痲瘋療養院等等而言。

惟此種傳染性之花柳病或痲瘋疾患，爲害甚劇，常有不治者，苟經病院診斷，認爲確屬不治，當斯之時，其將奈何？治療乎？於病無補。行刑乎？於情何忍。（且該條有罰金之處罰）然則竟縱之乎？於人有害。而第九十二條規定，又無本條得代以保護管束之明文，是未始非立法上之缺陷耳！

此外尤令人滋疑者，卽本條之適用範圍過狹。蓋揣強制治療處分之立法意旨，無非欲防止惡疾傳染，保持民族健康，用意良佳！然因傳染性惡疾而構成傷害罪者，種類彌多，如肺病，白喉等等皆是，豈僅花柳，痲瘋二者而已。而本法竟以此二者爲限，實使吾人有顧此失彼之憾焉！

第九十二條 第八十六條至第九十條之處分，按其情形，得以保護管束代之。

前項保護管束期間，爲三年以下，其不能收效者，得隨時撤銷之，仍執行原處分。

保護管束，亦保安處分也。第較上述各處分爲寬，即危險性消滅力，亦較薄弱耳！至其詳盡內容，可參閱民國二十四年十一月九日內政司法行政兩部公布之保護管束規則，計有十五條。

本條第一項規定，即第八十六條之感化教育處分，第八十七條之監護處分，第八十八條及第八十九條之禁戒處分，第九十條之強制工作處分，按其情形，得以保護管束代之。惟所謂「按其情形」，有主觀客觀兩方面，主觀方面須審酌犯人之年齡，性格，精神狀態，教養問題以及社會危險性如何？客觀方面，又須審酌犯人家庭生活，職業關係，及當地有無關於保安之設置，而決定應否代以保護管束也。

茲既曰：「得以保護管束代之」。則僅以保護管束爲代替而已，並非改處保護管束也。故如發見危險性稍重，代以保護管束，而不能達防衛社會消滅犯罪之效果時，即可撤銷，執行其原處分，換言之，即保護管束不再繼續代替矣，此第二項所規定也。

至撤銷保護管束，執行原處分之程序，與撤銷緩刑相同，應由檢察官聲請法院裁定之，此於刑事訴訟法中，雖無是項之明文規定。然僅可認為立法上之闕漏，吾人於實用時，固不能因其立法上有所闕漏，而輕率付此權於檢察官也。蓋代以保護管束，既經載明裁判之主文，即發生執行力，檢察官除依裁判主旨執行外，實無自行撤銷裁判之權力。縱因其不能收預期之效，有撤銷保護管束執行原處分之必要，然亦應聲請法院裁定之為是也。

保護管束規定期間為三年以下者，蓋為代替第八十六條至第九十條之各處分而設也。庶幾代替時，可依原處分所定之期間為期間。即撤銷保護管束而執行原處分時，其已經過之期間，亦可算入原處分所定之期間內也。

惟須注意，所謂：「保護管束期間，為三年以下。」此係指代替某一種保安處分或僅付保護管束而言。若一人受有二以上保安處分之宣告，而均代以保護管束時，則並不以此為限。例如未滿十八歲之精神耗弱人，酗酒而犯罪。依法得宣告感化教育二年（第八十六條第二項），監護處分一年六月（第八十七條第二項），禁戒處分二月（第八十

九條），若審判官按其情形，認為均得代以保護管束，則可合併宣告保護管束三年八月。蓋必如是，而後遇有保護管束不能收預期之效，須撤銷之時，仍可分別執行各原處分所定之期間，而兩不相妨也。

第九十三條 受緩刑之宣告者，在緩刑期內，得付保護管束。

假釋出獄者，在假釋中付保護管束。

前二項情形，違反保護管束規則，情節重大者，得撤銷其緩刑之宣告或假釋。

緩刑與假釋之目的及作用，各詳本章，然受緩刑者之在緩刑期內，被假釋人之在假釋中；均不能確信其無再犯之虞，而假釋為尤甚也。故本條第一項規定：「受緩刑之宣告者，得付保護管束。」第二項却規定：「假釋出獄者，在假釋中付保護管束。」前者採得付主義，後者採必付主義；二者輕重雖殊，然用以防範惡性復萌，固相同也。

緩刑之所以緩執行其刑者，勉勵自新也。假釋之所以姑許其出獄者，鑒其悔也。但又慮其未能自新，或不肯悛悔；故皆付保護管束以察其真相。茲既在保護管束期內，違反保護管束規則，且情節重大者，則其無悛悔自新之事實，灼然易見；得撤銷緩刑或

假釋，固理所當然也。

惟違反保護管束規則何條，始爲情節重大，在該規則內，既無明定，當須待審判官之斟酌矣！

第九十四條 保護管束交由警察官署，自治團體，慈善團體，本人之最近親屬，或其他適當之人行之。

本條規定執行保護管束之主體。

條文曰：「警察官署」，指首都警察廳或各地公安局區署言。曰：「自治團體」，謂區鎮鄉公所也。曰：「慈善團體」，如慈幼院，習藝所，救濟會等等皆是。曰：「本人最近親屬」，如本人之直系血親，旁系血親，配偶等是。曰：「其他適當之人」，即除以上列舉者外，凡能任保護管束之責者皆屬之。而交付之者，則爲指揮執行之檢察官。至前述各執行主體，究以何者爲宜？則又須如第九十二條，審酌犯人之年齡，性格，精神狀態，教養問題，以及家庭生活，當地之保安設置，而爲適當之決定矣！

第九十五條 外國人受有期徒刑以上刑之宣告者，得於刑之執行完畢或赦免後，驅

逐出境。

本條規定對於外國人犯罪之保安處分。

凡外國人經中國司法機關宣告有期徒刑以上刑者（若有領事裁判權之人，受其本國司法官署判處有期徒刑以上之刑，即不能爲獨立保安處分之宣告，此爲例外），於刑之執行完畢或赦免後，皆得斟酌保安情形，驅逐出境。蓋以此種外國人惡性較重，危險性亦較大；不宜再使僑居國內，擾害社會之安寧也。

又所謂：「外國人」，凡不屬本國之人皆是，不必以有外國國籍者爲限。所謂：「驅逐出境」，係出本國之國境言。

第九十六條 保安處分於裁判時併宣告之，但因假釋或刑之赦免後付保安處分者，不在此限。

本條規定保安處分之程序。

凡付保安處分者（緩刑而付保護管束者，當然包括在內），應於裁判時併宣告之，蓋爲就當時情形，便於爲適當之斟酌耳！至宣告時應併及爲何種處分及處分期間，記載

主文（刑事訴訟法第三百零一條第六款），固不待言。即以保護管束代替之各處分，亦須併宣告。蓋必如此，而後始有第九十二條第二項撤銷保護管束，執行原處分之可言也。

所應注意，保護管束之執行主體，雖依第九十四條規定，計有警察官署等五種之多，然於併宣告或另行裁定時，但泛言付保護管束可矣！不必確定其執行主體，免刻舟求劍，反生困難；是亦為執行上之便利着想耳！

至第九十三條所規定被假釋人之保安處分，以及第八十六條，第八十七條，第八十九條，第九十條，第九十五條有於刑罰赦免後之保安處分；則不限於裁判時併宣告之，此屬例外。蓋假釋及赦免，均為裁判確定後始有之事，其於裁判宣告時，自不能預知其是否假釋或赦免也。縱於裁判宣告時，已併有保安處分之宣告；但此宣告，祇可及於刑之執行完畢後。換言之，即須刑之執行完畢後，方可開始執行保安處分。若當刑之執行尚未終了，遽被假釋或赦免，則以前所宣告之保安處分，豈非同虛設？茲為謀救濟之法，故但書曰：「不在此限」。自應依刑事訴訟法第四百八十五條，由檢察官聲請法院

裁定之。

此外猶須附言者，條文所謂：「保安處分於裁判時併宣告之」。是非僅指一種保安處分言，卽一人應受有二以上之保安處分，亦均須於裁判時併宣告之。例如精神耗弱人犯吸食鴉片之罪，依法得施以監護處分，及禁戒處分；苟審判官認爲皆有保安之必要，則於裁判時應將此二種處分，一併宣告之。至此二以上之保安處分之執行，孰先孰後？於法雖無明文規定，然吾人實用時，固不難比較各處分之輕重緩急，定以準繩。如精神耗弱人犯吸食鴉片罪，應先付禁戒處分，而後施以監護處分，又如十四歲以上未滿十八歲人因酗酒而犯罪，應先付禁戒處分，而後施以感化教育可也。

第九十七條 依第八十六條至第九十條，及第九十二條規定宣告之保安處分期間未終了前，認爲無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。如認爲有延長之必要者，法院得就法定期間之範圍內，酌量延長之。

本條規定保安處分執行之免除及期間之延長。

本法對保安處分之期間，在形式上雖有一定期間之規定；在精神上係採不限制主

義。故其處分期間之延長或免除，皆以保安之效果，及事實之需要為標準。例如心神喪失受監護處分者，在監護期間尙未終了以前，其人已恢復生理之常態，認為無繼續執行之必要時，法院得免除其處分之執行。又如因吸鴉片而受禁戒處分者，在禁戒期將屆滿時，烟癮猶未戒絕，認為有延長必要時，法院得延長之。其延長期間，應依第八十八條第二項規定，不得逾六月。惟須注意延長期間應獨立起算，不與其已執行之期間合併計算。例如因吸鴉片而受禁戒者，曾諭知處分期間六月，雖已執行至五個半月時，若認為有延長之必要，則仍得延長禁戒期間至六個月為止。總之，延長之期間須在法定期內；而延長之次數，固不受若何限制。二次可，三五次亦可（依據最高法院刑庭總會會議決）；一弛一張，以期充分發揮保安處分之效用也。

至保安處分之免除或期間延長之程序，應依刑事訴訟法第四百八十五條，由檢察官聲請法院裁定之。

第九十八條 依第八十六條，第八十七條，第八十九條，及第九十條規定宣告之保安處分，於刑之執行完畢或赦免後，認為無執行之必要者，法院得免其處分之執

行。

本條規定保安處分執行之免除。

保安處分與刑罰，雖性質迥殊；然其效果均足防衛社會，固無以異也。苟有先執行保安處分者已收效後，刑罰自不必重疊施之，此第八十六條及第八十八條所規定也。反之，刑之執行完畢或赦免後認爲效果已收，則保安處分又何必多斯一舉也。故條文曰：「……認爲無執行之必要，法院得免其處分之執行。」意至美也。惟此種免除之程序，依刑事訴訟法第四百八十五條規定，應由檢察官聲請法院裁定之。

又本條所謂：「免執行」，與前條之「免執行」，迥然不同。前條之「免執行」，即未經執行期滿，免予繼續執行之謂；本條之「免執行」，係處分實質之免除執行，自不能混淆爲一也。

第九十九條 第八十六條至第九十一條之保安處分，自應執行之日起，經過三年未執行者，非得法院許可，不得執行之。

本條規定保安處分之時效。

夫保安處分，雖能補充刑罰之所不逮；然其本質，究異刑罰。故行刑權之時效，不能適用於保安處分。既不能適用，自應另行規定，此本條之所由設也。

至所謂：「自應執行之日起」，例如第八十九條禁戒處分，應於刑之執行完畢或赦免後爲之者，則須自執行完畢或赦免之日起算。又如第九十一條強制治療處分，應於刑之執行前爲之者，則須自裁判確定之日起算。若各經過三年，尙未執行，則非經法院許可，不能執行。是亦於限制之中，仍付法院重加考量之機會也。

關於法院許可之程序，依刑事訴訟法第四百八十五條之規定，應由檢察官之聲請而以裁定行之。