

刑
法
通
義
(一)

石
松
編

商務印書館發行

石松編

刑法通義

商務印書館發行

刑法通義目錄

第一編 總則……………一

第一章 法例……………五

第一條……………六

第二條……………一〇

第三條……………二一

第四條……………二四

第五條……………二七

第六條……………二九

第七條……………三一

第八條……………三四

第九條……………三七

第二章 文例……………四一

第十條……………四三

第十一條……………四四

第十二條……………四八

第十三條……………四九

第十四條……………五一

第十五條……………五五

第十六條……………五六

第十七條.....五六

第十八條.....五九

第十九條.....六〇

第二十條.....六一

第三章 時例.....六七

第二十一條.....六七

第二十二條.....六八

第二十三條.....六九

第四章 刑事之責任及刑

之減免.....七二

第二十四條.....七四

第二十五條.....八〇

第二十六條.....八一

第二十七條.....八四

第二十八條.....八六

第二十九條.....八八

第三十條.....九〇

第三十一條.....九八

第三十二條.....一〇二

第三十三條.....一〇五

第三十四條.....一〇六

第三十五條.....一一〇

第三十六條.....一一四

第三十七條.....一二一

第二十八條……………一三六

第五章 未遂罪……………一四二

第二十九條……………一四三

第四十條……………一五〇

第四十一條……………一五三

第六章 共犯……………一五七

第四十二條……………一六〇

第四十三條……………一七三

第四十四條……………一七八

第四十五條……………一九二

第四十六條……………一九五

第四十七條……………一九六

第七章 刑名……………二〇〇

第四十八條……………二〇二

第四十九條……………二〇三

第五十條……………二一〇

第五十一條……………二二三

第五十二條……………二二六

第五十三條……………二二七

第五十四條……………二二八

第五十五條……………二二〇

第五十六條……………二二八

第五十七條……………二三一

第五十八條……………二三五

第五十九條.....二三六

第六十條.....二三七

第六十一條.....二四四

第六十二條.....二四四

第六十三條.....二五〇

第六十四條.....二五〇

第八章 累犯.....二五六

第六十五條.....二五七

第六十六條.....二六三

第六十七條.....二六九

第六十八條.....二七一

第九章 併合論罪 二七五

第六十九條.....二七七

第七十條.....二九〇

第七十一條.....三〇〇

第七十二條.....三〇三

第七十三條.....三〇六

第七十四條.....三〇七

第七十五條.....三二七

第十章 刑之酌科 三二六

第七十六條.....三三六

第七十七條.....三四〇

第七十八條.....三四三

第十一章 加減例 三四五

第七十九條……………三四五

第八十條……………三四六

第八十一條……………三四七

第八十二條……………三四八

第八十三條……………三四八

第八十四條……………三四九

第八十五條……………三五〇

第八十六條……………三五一

第八十七條……………三五一

第八十八條……………三五四

第八十九條……………三五四

第十二章 緩刑……………三五五

第九十條……………三五五

第九十一條……………三六三

第九十二條……………三六五

第十三章 假釋……………三六七

第九十三條……………三六七

第九十四條……………三七一

第九十五條……………三七二

第九十六條……………三七三

第十四章 時效……………三七四

第九十七條……………三七六

第九十八條……………三八〇

第九十九條……………三八二

第一百條.....三八二

第一百零八條.....四一三

第一百零一條.....三八四

第一百零九條.....四一五

第一百零二條.....三八六

第一百十條.....四一六

第二編 分則.....三八九

第一百十一條.....四一七

第一章 內亂罪.....四〇〇

第一百十二條.....四二一

第一百零三條.....四〇一

第一百十四條.....四二四

第一百零四條.....四〇五

第一百十五條.....四二六

第一百零五條.....四〇七

第一百十六條.....四二七

第一百零六條.....四〇八

第一百十七條.....四二八

第二章 外患罪.....四〇九

第一百十八條.....四三〇

第一百零七條.....四一〇

第一百十九條.....四三一

第一百二十條……………四三二

第三章 妨害國交罪 ……

…………… 四三二

第一百二十一條……………四三四

第一百二十二條……………四三六

第一百二十三條……………四三六

第一百二十四條……………四三八

第一百二十五條……………四三九

第一百二十六條……………四四二

第一百二十七條……………四四三

第四章 瀆職罪 …… 四四五

第一百二十八條……………四四六

第一百二十九條……………四五七

第一百三十條……………四六〇

第一百三十一條……………四六三

第一百三十二條……………四六三

第一百三十三條……………四六四

第一百三十四條……………四六九

第一百三十五條……………四七一

第一百三十六條……………四七八

第一百三十七條……………四七九

第一百三十八條……………四八〇

第一百四十條……………四八一

第一百四十一條……………四八二

第五章 妨害公務罪

..... 四八三

第一百四十二條..... 四八三

第一百四十三條..... 四九二

第一百四十四條..... 四九三

第一百四十五條..... 四九四

第一百四十六條..... 四九七

第一百四十七條..... 五〇一

第一百四十八條..... 五〇一

第六章 妨害選舉罪

..... 五〇二

第一百四十九條..... 五〇三

第一百五十條..... 五〇四

第一百五十一條..... 五〇六

第一百五十二條..... 五〇七

第一百五十三條..... 五〇八

第一百五十四條..... 五〇九

第一百五十五條..... 五〇九

第七章 妨害秩序罪

..... 五〇

第一百五十六條..... 五一

第一百五十七條..... 五一四

第一百五十八條..... 五一七

第一百五十九條..... 五一八

第一百六十條.....	五一九
第一百六十一條.....	五二〇
第一百六十二條.....	五二一
第一百六十三條.....	五二二
第一百六十四條.....	五二三
第一百六十五條.....	五二四
第一百六十六條.....	五二七
第一百六十七條.....	五二七
第一百六十八條.....	五二八
第一百六十九條.....	五二九
第八章 脫逃罪	五三〇
第一百七十條.....	五三〇

第一百七十一條.....	五三七
第一百七十二條.....	五四〇
第一百七十三條.....	五四四
第九章 藏匿犯人及湮滅證據罪	五四五
第一百七十四條.....	五四五
第一百七十五條.....	五五〇
第一百七十六條.....	五五四
第一百七十七條.....	五五五
第一百七十八條.....	五五六
第十章 偽證及誣告罪	五五七

第一百七十九條.....五五九

第一百八十條.....五六六

第一百八十一條.....五八五

第一百八十二條.....五八六

第一百八十三條.....五八七

第一百八十四條.....五八七

第一百八十五條.....五八九

第一百八十六條.....五八九

第十一章 公共危險罪

.....五九〇

第一百八十七條.....五九二

第一百八十八條.....五九八

第一百八十九條.....六〇〇

第一百九十條.....六〇二

第一百九十一條.....六〇二

第一百九十二條.....六〇三

第一百九十三條.....六〇五

第一百九十四條.....六〇六

第一百九十五條.....六〇七

第一百九十六條.....六〇八

第一百九十七條.....六〇九

第一百九十八條.....六一一

第一百九十九條.....六一三

第二百條.....六一五

第二百零一條	六二七
第二百零二條	六二〇
第二百零三條	六二一
第二百零四條	六二二
第二百零五條	六二三
第二百零六條	六二四
第二百零七條	六二五
第二百零八條	六二五
第二百零九條	六二六
第二百十條	六二七
第十一章 偽造貨幣罪	六二八

第二百十一條	六二九
第二百十二條	六三七
第二百十三條	六四〇
第二百十四條	六四一
第二百十五條	六四二
第二百十六條	六四四
第二百十七條	六四五
第十二章 偽造度量衡罪	六四六
第二百十八條	六四七
第二百十九條	六四八
第二百二十條	六四九

第二百二十一條……………六五〇

第二百二十二條……………六五一

第二百二十三條……………六五一

第十四章 偽造文書印文

罪……………六五二

第二百二十四條……………六五六

第二百二十五條……………六六二

第二百二十六條……………六六五

第二百二十七條……………六七一

第二百二十八條……………六七三

第二百二十九條……………六七四

第二百三十條……………六七六

第二百三十一條……………六七八

第二百三十二條……………六八〇

第二百三十三條……………六八一

第二百三十四條……………六八六

第二百三十五條……………六八八

第二百三十六條……………六九二

第二百三十七條……………六九三

第二百三十八條……………六九四

第二百三十九條……………六九四

第十五章 妨害風化罪

……………六九六

第二百四十條……………六九六

第二百四十一條……………七〇八

第二百四十二條……………七一一

第二百四十三條……………七一四

第二百四十四條……………七一五

第二百四十五條……………七一六

第二百四十六條……………七一七

第二百四十七條……………七一八

第二百四十八條……………七一九

第二百四十九條……………七二〇

第二百五十條……………七二一

第二百五十一條……………七二二

第二百五十二條……………七二三

第二百五十三條……………七二六

第十六章 妨害婚姻及家

庭罪……………七二七

第二百五十四條……………七二八

第二百五十五條……………七二四

第二百五十六條……………七三五

第二百五十七條……………七三九

第二百五十八條……………七五四

第二百五十九條……………七五八

第二百六十條……………七六四

第十七章 褻瀆祀典及侵

害墳墓屍體罪……………七六五

第二百六十一條……………七六六

第二百六十二條……………七七〇

第二百六十三條……………七七五

第二百六十四條……………七七八

第二百六十五條……………七八〇

第二百六十六條……………七八二

第十八章 妨害農工商罪

……………七八三

第二百六十七條……………七八四

第二百六十八條……………七八五

第二百六十九條……………七八七

第二百七十條……………七八七

第十九章 鴉片罪 七八八

第二百七十一條……………七八九

第二百七十二條……………七九七

第二百七十三條……………七九九

第二百七十四條……………八〇一

第二百七十五條……………八〇四

第二百七十六條……………八〇九

第二百七十七條……………八〇九

第二十章 賭博罪 八一二

第二百七十八條……………八一三

第二百七十九條……………八一七

第二百八十條……………八二二

第二百八十一條……………八二六

第二十一章 殺人罪 ……

八三〇

第二百八十二條……………八三四

第二百八十三條……………八五〇

第二百八十四條……………八五二

第二百八十五條……………八五七

第二百八十六條……………八五八

第二百八十七條……………八五九

第二百八十八條……………八六〇

第二百八十九條……………八六二

第二百九十條……………八六二

第二百九十一條……………八六六

第二百九十二條……………八七二

第二十二章 傷害罪 ……

八七三

第二百九十三條……………八七四

第二百九十四條……………八八三

第二百九十五條……………八八三

第二百九十六條……………八八七

第二百九十七條……………八九五

第二百九十八條……………八九五

第二百九十九條……………八九六

第三百條……………八九七

第三百零一條……………八九七

第三百零二條……………八九八

第三百零三條……………八九九

第二十三章 墮胎罪 ……

……………九〇〇

第三百零四條……………九〇一

第三百零五條……………九〇三

第三百零六條……………九〇五

第三百零七條……………九〇六

第三百零八條……………九〇八

第二十四章 遺棄罪 ……

……………九〇九

第三百零九條……………九一〇

第三百十條……………九一二

第三百十一條……………九一四

第三百十二條……………九一五

第二十五章 妨害自由罪

……………九一六

第三百十三條……………九一七

第三百十四條……………九一八

第三百十五條……………九一九

第三百十六條……………九三一

第三百十七條……………九四四

第三百十八條……………九四四

第三百十九條	九五〇
第三百二十條	九五四
第三百二十一條	九五七
第三百二十二條	九五八
第三百二十三條	九六〇
第二十六章 妨害名譽及 信用罪	九六一
第三百二十四條	九六三
第三百二十五條	九六七
第三百二十六條	九六九
第三百二十七條	九七〇
第三百二十八條	九七二

第三百二十九條	九七二
第三百三十條	九七四
第三百三十一條	九七五
第三百三十二條	九七五
第二十七章 妨害秘密罪	九七七
第三百三十三條	九七七
第三百三十四條	九八二
第三百三十五條	九八五
第三百三十六條	九八七
第二十八章 竊盜罪	九八八

第三百三十七條……………九八九

第三百三十八條……………一〇〇三

第三百三十九條……………一〇一四

第三百四十條……………一〇一六

第三百四十一條……………一〇一七

第三百四十二條……………一〇二〇

第二十九章 搶奪強盜及

海盜罪……………一〇二一

第三百四十三條……………一〇二二

第三百四十四條……………一〇二三

第三百四十五條……………一〇二三

第三百四十六條……………一〇二四

第三百四十七條……………一〇四一

第三百四十八條……………一〇四五

第三百四十九條……………一〇五四

第三百五十條……………一〇五七

第三百五十一條……………一〇六二

第三百五十二條……………一〇六四

第三百五十三條……………一〇六五

第三百五十四條……………一〇六六

第三百五十五條……………一〇六七

第二十章 侵佔罪……………

……………一〇六八

第三百五十六條……………一〇六八

第三百五十七條……………一〇八〇

第三百五十八條……………一〇九四

第三百五十九條……………一〇九七

第三百六十條……………一〇九八

第三百六十一條……………一〇九九

第三百六十二條……………一一〇〇

第三十一章 詐欺及背信

罪……………一一〇一

第三百六十三條……………一一〇二

第三百六十四條……………一一二六

第三百六十五條……………一一二七

第三百六十六條……………一一三〇

第三百六十七條……………一一三四

第三百六十八條……………一一三五

第三百六十九條……………一一三六

第三十二章 恐嚇罪

……………一一二七

第三百七十條……………一一三八

第三百七十一條……………一一四五

第三百七十二條……………一一五一

第三百七十三條……………一一五二

第三百七十四條……………一一五二

第三百七十五條……………一一五三

第三十三章 贓物罪 ……

..... 一一五四

第三百七十六條..... 一一五六

第三百七十七條..... 一一六七

第三百七十八條..... 一一六七

第三百七十九條..... 一一六八

第三十四章 毀棄損壞罪

..... 一一六九

第三百八十條..... 一一七〇

第三百八十一條..... 一一七一

第三百八十二條..... 一一七七

第三百八十三條..... 一一八〇

第三百八十四條..... 一一八一

第三百八十五條..... 一一八二

第三百八十六條..... 一一八三

第三百八十七條..... 一一八三

例言

一解釋法律厥法有二一爲分類解釋一爲逐條解釋本書則取後法冀便於實務家之適用並普通國民所能了解

二近今立法者倡言法律民衆化變深奧而趨淺顯策固善矣然一覽法典沿用術語仍屬不少有待訓詁要無疑義卽術語以外之文字不以通常之意義解之須以特別意義解之者亦所多有因作文義

三文字解釋不過法律解釋之第一步以文字解釋而謂己盡解釋法律之能事則猶未也蓋法律爲人之意思行動之準則法律之解釋苟捨法律目的之觀察無以完全明法律之意義因作理由

四學理之推究議論之紛爭於法律之進步非無影響本書凡遇較要問題則廣蒐諸家學說或申述管見以供解釋法律之參考著之學說

五列舉世界重要之法例比較新舊之得失於立法之趨勢法律之進化蓋有足徵焉按本法起草係以前改正刑法第二次修正案爲藍本該案暨原修正案均具有理由書比較舊律益暢厥旨故於本書所列法例比較頗多依據至立法無歧異或字句無關要旨者概闕比較

六前大理院之判例及解釋其仍可資參證適用者概行輯入最近最高法院之判例解釋亦率輯於相類條文之後

七編者淺陋兼以屬稿倉卒謬誤必多還希讀者諒之

中華民國十七年九月編者識於上海

刑法通義

第一編 總則

編制法典，包羅萬千，章條不一，規制互殊。其有適用於全體者，若逐項規訂，對於各本國，匪特法規淆雜，有失編章之義，即於實際應用，亦滋感不便。是以必須編訂總則，以爲各本國網挈領，俾資適用。故刑民商法之各有總則，其揆一焉。總則之義，略與名例相似。古法制無總則與名例之稱，各國皆然。其在中國，李悝法經六編，殿以具法，漢律益戶與廡三編，合爲九章，而具法列於第六，魏律始改稱刑名，居十八篇之首，晉律分刑名法例爲二，北齊始合爲一，謂之名例。厥後歷隋唐宋元，迄於明清，率皆相沿斯例，莫有改易。暫行律以刑名法例之外，凡一切通則，盡置殿載，若仍用名例，其義過狹，故仿歐美及日本各國刑法之例，定名總則。新刑

法因之，凡十有四章。

本編章數章名章次，與暫行律頗有差異。暫行律凡十有五章，本法十四章，此關於章數者也。暫行律不為罪宥減自首，分列第三章，本法併為一章，為刑事責任及刑之減免；暫行律共犯罪章，本法改為共犯章；累犯罪章，改為累犯章；俱發罪章改為併合論罪章；酌減章改為刑之酌科章；此關於章名者也。至於章次，本法以條文相銜接之先後定之，其不相銜接者，以適用範圍之廣狹定之；故文例改列第二章，時例改列第三章，累犯與併合論罪改列刑名章之後，其餘各章，則與暫行律無大異同，此關於章次者也。至兩者規制優劣如何，讓諸各本章述之，茲不先贅，附表如左：

暫行律

本法

第一章 法例

第一章 法例

第十七章 文例

第二章 文例

第十六章 時例

第三章 時例

第二章 不爲罪

第八章 宥減

第九章 自首

第三章 未遂罪

第六章 共犯罪

第七章 刑名

第四章 累犯罪

第五章 俱發罪

第十章 酌減

第十一章 加減例

第十二章 緩刑

第十三章 假釋

第四章

刑事責任及刑之減免

第五章

未遂罪

第六章

共犯

第七章

刑名

第八章

累犯

第九章

併合論罪

第十章

刑之酌科

第十一章

加減例

第十二章

緩刑

第十三章

假釋

刑法通義

第十四章 赦免

第十五章 時效

第十四章 時效

第一章 法例

【文義】

法例者，謂關於法之凡例。刑法之法例，即關於刑法效力之規定也。

【理由】

法典之施，其適用之效力如何，實爲首應解決之問題。故關於時之效力，關於人之效力，關於地之效力，以及對於此外準據之效力，均須明定其規，著於端首，開宗明義，不容有漏。本章之設，職此之由。

【比較】

關於本章各條，與暫行律之比較，具於各本條比較中述之。茲就暫行律本章之規定，而本法所刪除者，舉之如次：

暫行律第一條，係規定關於刑法典之施行，本法改入刑施行法中。

暫行律第八條之條文曰第二條第三條第五條及第六條之規定，若因國際上有成例而不適用者，仍依成例。其理由謂此條乃本於國內法不得變更國際條約及慣例之原則而定，惟此原則實基於國際法而非基於國內法，刑法為國內之一種，故此原則不因列入刑法而始有效，亦不因不列入刑法而失其效，是著為條文與否，其效力如故也。蓋此原則為世界所公認，而外國刑法典未有規定受國際法限制之條文，然亦未見因此而破壞國際法之限制，徵諸各國立法例而可信也。故就理論及立法例言之，該條實無存在之理由，而本法無其規定。

第一條 行爲時之法律無明文科以刑罰者，其行爲不爲罪。

【文義】

行爲者，本人之意思所生外界之動靜也。茲據斯義，詮釋於左：

第一 行爲者，人之所爲也。刑法上得爲犯罪主體者惟人而已，人以外動物之動作，及自然界颶風電雷之現象，均不得以云行爲。

第二 行爲者，基於人之意思活動也。人身之動作，基於不可抗拒之強制或睡眠中無意識狀態，俱不謂爲有意思活動，即不得謂之行爲也。

第三 行爲者，影響及於外界之意思活動也。意思之外部活動，對於外界必惹起一定之影響，外界云者，包括自然界及他人之心界。其無此之影響者，不得謂之行爲。

第四 行爲者，人之意思活動與外界影響須有因果之關係也。意思活動與外界影響之間，無其原因結果之關係者，不得認爲行爲也。

法律，包括定有刑罰之成文法而言，不限於本法。

刑罰者，爲國家對於私人犯罪之制裁，而剝奪其法益之謂也。茲據斯義，詮釋如左：

刑罰者，國家對於私人間所發生之關係也。國與國之戰事行爲，既非刑罰，私人與私人復仇行爲，亦非刑罰也。刑罰之權，操諸國家，而對於私人犯罪行爲施以相當之制裁。私人間自無有刑罰權之根據，國與國間亦無刑罰權存在之理由。

刑罰者，國家剝奪私人之利益也。國家剝奪私人之利益，有爲刑罰之時，有不爲刑

罰之時，前者爲刑罰，後者如行政上之徵收租稅公用徵收等，均莫非剝奪私人之財產，然因非爲制裁犯罪起見，故非刑罰。

刑罰者，國家對於犯罪之制裁也。國家爲保護國家社會私人各個之法益，以刑罰作用而制裁犯罪。其非出於保護各個之法益者，例如損害之賠償履行之強制等，雖有制裁之性質，然非對於犯罪者之制裁，故仍不得爲刑罰。

【理由】

本條規定，即採刑法不溯既往及不准比附援引之大原則也。凡法律以施行而發生效力，其行爲之當時，無處罰之法令者，不得依其後所制定之法令罰之。否則今日爲善，明日爲謬，使人民疑懼無所適從，故法律應取不溯既往之大原則。蓋國家制定典型，對於罪刑之點，輕重之間，自必概括無遺，包羅備有，著以明文，經之公布，然後施行，咸使遵守；卽法官之審罪科刑，亦須準繩法度，以法律明文爲斷，不然比附援引，枉濫滋多，舉其弊端，有如下述：法官於法律無明文之行爲，得以己意致人於罪，干予立法，有涉擅權一也；法爲民共

信之物，法有明文，乃知應爲與不應爲，若比附條文，製造意見，罹致人罪，設阱殺人，民無所措，二也；人心不同，各如其面，比附援引，不一其揆，刑制以紊，何言統一，三也。類推解釋之弊，既如是，所以亟須加以制限，本條卽爲此而規定。

【學說】

規定犯罪及刑罰，學說上有二主義，如左：

第一 擅斷主義。犯罪與刑罰不豫以法規明白確定，而委諸法官之自由裁量。

第二 法定主義。犯罪與刑罰，豫以明文規定，法官非依照法文不得適用。此主

義又分爲二種，如左：

(甲) 絕對法定主義。犯實與刑量悉無伸縮之餘地。

(乙) 相對法定主義。罪質限於法定附以相當之刑量。

據上所舉擅斷主義之利害，觀諸比附援引之利害已可明瞭，無庸多贅。至絕對法定主義，絕無伸縮之能力，時勢變遷，罪狀不一，不能因應，反等具文，亦無足採。相對法定主義，

一方足以矯擅斷主義之弊，罪刑法定，使法官準繩法度，不得自由；一方正絕對法定主義之失，豫定刑量，俾法官衡罪處刑，以資因應，諸說之中，自以相對法定主義為當。

【比較】

暫行律亦採罪刑法定主義，與本法同。願暫行律列入不為罪章，未見允當。各國刑法典對於罪刑法定主義之條文，均不列入該章。如日本舊刑法第二條，德國第二條，及其委員會刑法草案第一條，瑞士刑法準備草案第一條，法國第四條，比利士第二條，暹羅第七條，意大利第二條，荷蘭第一條，皆其明例。故本法列諸端首，著於本條。

暫行律第十條法律無正條者不為罪云云，其字句係沿用舊法，但其義不甚明晰。本法條文，自較明瞭。行為時三字尤能顯出刑法不追溯既往之意。故行為時法律不為罪者，以後新法雖以為罪，亦不科罰。

第二條 犯罪時之法律與裁判時之法律，遇有變更者，依裁判時之法律處斷；但犯罪時法律之刑較輕者，適用較輕之刑。

【文義】

犯罪者，科以刑罰之有責違法行爲也。茲據斯義，詮釋如左：

第一、犯罪者，行爲也。何謂行爲？具如前條文義中所舉，於此不贅。

第二、犯罪者，有責任者之行爲也。責任云者，即指身體外部之動作與精神有連絡關係之狀態而言。犯罪行爲，須具備責任能力及意思責任（故意及過失）之二種要件。有責任能力而無意思責任，不罰；有意思責任而無責任能力，亦不處罰。犯罪行爲，胥以有責爲必要。

第三、犯罪者，不法行爲也。不法云者，違背法律命令之所禁止，而侵害法律所保護之利益也。犯罪以行爲之不法爲前提。故其形式上實爲不法行爲，而性質上缺不法性者，不得以不法論，即無由成立其罪也。

第四、犯罪者，以刑罰爲制裁之不法行爲也。不法行爲，未必皆成立犯罪。例如不能履行債務致他人受財產上之損失，爲民法上之不法。開設公司，未向官署註冊，爲商

法上之不法。此類行爲，各有一定之制裁，非具有刑罰之性質，即不能認爲成立犯罪。故犯罪皆以刑罰爲制裁之不法行爲，始能成立者也。

犯罪時之法律，指舊法而言。

裁判時之法律，指現行法而言。

【理由】

本條規定關於時之效力。法律自施行日即發生效力，人民即須遵從新法之義務。舊法因之廢止，效力消滅，自無適用餘地。惟犯罪在新法施行日以前，而尚未裁判確定者，則其刑法之適用，應爲何如？若沿用舊法，未免名實不符，滋生流弊。故應依裁判時之法律處斷。惟新舊規制不同，輕重有殊，必棄舊而從新，有時科犯人以事後之重刑，殊未平允。是則於從新之原則，勢自不能全無例外。於舊法之刑，較輕者從輕，以符罪刑平允之本旨。凡此皆於刑法新舊交替之時，所應釐定其規，而明示準的者也。

【學說】

刑法之關於時之效力問題，學說不一，舉之如次：

第一 從舊主義 主是說者，以爲法律乃對於犯罪事實而設，因之法律之效力，亦由犯罪事實而生。苟犯罪行爲，在新法施行以前，自不能因法律之變更，事實亦隨之而歧異，故應從舊法。

第二 從輕主義 主是說者之論據，得有三端：

(甲) 平允說 新舊規制不同，輕重有殊。設新法重而舊法輕，而同爲舊法時代之同種犯人，徒以新法之施行，裁判確定與否之關係，一則獲享輕刑，一則罹茲重罰，權衡輕重，焉能平允，故當從輕。

(乙) 權利說 犯人有受輕刑之權利，處罰固無別乎裁判確定之已否。

(丙) 寬大說 新舊交替，標準至難，處罰科刑，寧寬勿嚴，應持哀矜之心，從輕處斷。

第三 從新主義 主是說者，以爲法不論新舊，刑不論輕重，概從新法。揆其理由，

學者之說，亦有數端：

(甲) 目的說 時代有所變遷，法律有期適應。新法之施，端基於此。如仍適用舊法，授之更新目的，毋乃不侔。

(乙) 完備說 新法之規，自必求其完備，補舊刑之缺漏，成一代之典刑，決不能背道而馳，反求無當。

(丙) 法律效果說 新舊無兩存之道，適用以有效為歸，決不能含有有效之新法，迷戀廢棄之舊制。

以上從舊、從輕、從新三種主義，要以從新主義為當。從舊主義，依從新主義之論據，其說無成立之餘地，無俟深論。從輕主義之權利說，謂犯人有受輕刑之權利，實則人民對於國家，烏有受刑權利之理，其說之不可採，無庸疑議。至於寬大說，以為論罪科刑，所貴寬大。不知刑罰非怙恩之具，要以權衡公平為依歸。故寬大說無足取，而平允說為允當焉。

從輕主義之適用，學說上亦有數端：

第一 專就刑比較而適用其輕者。

第二 兼就刑以外之事比較而適用其輕者。

以上二說，而以前說爲當。蓋專就刑比較而適用其輕者，可以縮小從輕之範圍，而擴充從新之範圍。矧刑以外之事項，孰輕孰重，解決甚難，若依前說，則刑之輕重有明文規定，可免條文上解釋之困難。

第三 專就行爲時與裁判時之法律，比較輕重者。

第四 兼就兩時期內頒行之法律，比較輕重而擇其最輕者。

主張後說者，謂犯罪後既有中間輕法，即犯人取輕法權利，故裁判時中間輕法雖廢止，仍應援用，不得奪其已得之權利。然此權利說，實無採取之價值，已如前述。意大利刑法理由，更立一說，謂如於中間法律尚未廢止時，裁判犯人，則犯人當得受中間法律之利益。此說於理，亦未見允當。蓋裁判果不延遲，則行爲時之法律，自可適用，何俟中間之輕法。况裁判遲延，多因犯人自行隱避，咎不在執法者。故關於此問題，自以專就兩時

期之法律比較從輕說，較之兼就兩時期內施行之法律比較從輕之說爲優也。

第一審判決，在新法施行前，上訴審須改依新法否，有二說如左：

第一說：上訴案件，若第二審裁判時審查原判，其判決之日，係在新刑法未經施行以前適用之舊刑律並無違誤，而上訴又顯無理由者，儘可維持原判駁回，上訴不必改依新法，另行處斷。

第二說：謂原審判決於適用舊法雖無違誤，但案經上訴，即使判駁回，亦應依裁判時之法律，即改依新法，另行科斷。

以上二說，以後說爲當。

【法例】

各國立法例採從舊者，（即新法概不追溯既往行爲）爲英國及美國數州。從舊法兼採從新者，（即新法不追溯既往行爲但新法較輕時則爲例外）爲德國、法國、比利時、意大利、丹麥、荷蘭、那威、瑞典、西班牙、匈牙利、葡萄牙、瑞士數州、布加利亞、日本、暹羅、埃及、美

國數州、智利、阿根廷、墨西哥、溫尼蘇依辣等國，此外見諸草案而未實行者，爲奧國及瑞士刑法準備草案。新法兼採從舊法者，（卽新法追溯既往行爲但舊法較輕時則爲例外）爲奧國及瑞士數州。從新者（卽新法概追溯既往行爲）者，爲俄國及瑞士數州。

從輕主義中其適用之立法例，各國亦不一致。如專就刑比較而適用其輕者，日本、比利時、智利、丹麥、墨西哥、葡萄牙等國是。兼就刑以外之事項比較而適用其輕者，德國、法國、意大利、那威、瑞典、奧國、瑞士（刑法準備草案）、暹羅、埃及等國是。專就行爲時與裁判時之法律比較輕重者，如那威、暹羅、瑞士等國是。兼就兩時期內施行之法律，比較輕重而擇其最輕者，如德國、日本、法國（一千八百十三年判例）、意大利、匈牙利等國是。

【比較】

暫行律係採絕對從新主義。該主義之當否，具如理由學說中所述。本法以從新爲原則，而於舊法之刑較輕者從輕，以求罪刑之平允，自較律爲勝。

審判二字，兼包審理裁判。適用刑法與否之問題，以業經裁判與否爲斷，與審理事務，

無直接關係。故本法不曰審判，而稱裁判。

【判例】

聚衆開設賭場營利之行為，自暫行新刑律頒行後，其犯罪即完全成立。不得以地方官吏禁賭期限之先後，爲犯罪成立與否之標準。（二年上字九四號）

犯殺人與竊盜兩罪，係屬俱發於暫行新刑律施行後，不得更依前清現行律門，與人鬪毆，因而奪去財物，若有殺傷者從故殺論，擬絞秋審入實各條款處斷。（二年非字二四號）

原判所引前清買賣人口條例，已因暫行刑律補充條例頒布而失其效力。雖原審判決時（民國三年十二月三十日）該條例尙未達到該省（民國三年十二月二十四日頒布黑龍江省公報達到期間爲十四日）不得謂引律錯誤。然依暫行刑律第一條第二項之規定，本案判決既未確定，繫屬於上告審中，即應爲之改判。（四年上字三九三號）

原判係依刑律補充條例論上告人以藏匿被和賣人之罪。查刑律補充條例於民國

三年十二月二十四日公布施行，依刑律第一條第二項但書之例，本案係於民國三年陰曆七八月所發生，則補充條例第九條關於藏匿之規定，並無溯及之效力，不得援用。（四年上字九五六號）

強姦不遂，即將所欲姦之人殺死者，在刑律補充條例施行不前，固應以強姦及殺人_之俱發罪。而於審理中，刑律補充條例施行者，應論以強姦殺人之罪。（六年上字七號）

發掘墳墓損壞遺棄殮物遺髮者，事犯雖在司法部呈准加重條議施行之後，而聲明上告中，該項條議即已廢止，應依刑律本條改判。（六年上字三一〇號）

強盜殺人罪，現雖定於懲治盜匪法中；但依刑律第九條及第一條第二項該法並不能溯及於已經確定審判之犯罪。（八年非字一八號）

【解釋】

法人非有明文規定，不能有犯罪能力，故普通刑律罪刑不能適用。如關於特種犯罪有處罰法令章規，自應以該種法人為該種犯罪之被告，否則法人不能為被告。至實施普

通刑律上犯罪行為之人，無論係爲自己或謀法人之利益，仍應依刑律處罰。（三年統字一八四號）

判例解釋有歧異者，應以最近之判例或解釋爲標準。（五年統字四六〇號）
現行刑律，即約法上所稱之法律，非有同等效力之法律，或此項法律所委任之命令，不得於刑律文義有所變更。（十二年統字一八一九號）

新刑法已展期於九月一日施行，凡八月以前覆判發現誤用新刑法之縣，自應依刑律更正，其在九月以後覆判者，則概依新刑法辦理。且覆判章第六條第二款規定一案中，有應核准與應更正之部分互見時，應爲更正之判決，更無新舊不同之處。（十七年解字第一五一號）

比較刑之重輕，應先比其最高度。（十七年解字第一九二號）

第一審判決，雖在新刑法施行前，若經當事人上訴，無論有無理由，第二審應依新刑法科斷。（十七年解字第二〇五號）

第三條 本法於凡在民國領域內犯者適用之。

本法於凡在民國領域外之民國船艦內犯罪者，亦適用之。

【文義】

民國領域者，即國權所及之區域。包括領土、領水、領空。學說上稱爲實質的領域。船艦，包括軍艦、公務船、商船。

【理由】

本條及次條爲關於刑法之地與人之效力。第一項規定，即本國刑法爲國內犯罪之內外國人，均一律適用，以合乎主權普及於國內之效力。第二項規定，係爲實際上所必要，亦世界之通例也。

【學說】

關於地與人之效力問題，得區別爲第一屬人主義，第二屬地主義，第三保護主義，第四世界主義。茲分述如左：

第一種主義，其刑法之效力，專以本國人爲主。蓋以無論何國，對於本國人民，各有其完全主權，人民各有遵守本國法令之義務，本此觀念，則犯罪人爲本國人民，不問其在國內或國外，一律適用本國刑法。至於在國內犯罪之外國人，亦不得適用本國之刑法。此主義之缺點，述之有二：

(甲) 國家主權在其領區內，當然有最高之支配效力。採第一主義，則在國內犯罪之外國人，莫由加以制裁，是國家之權力在國內亦被制限，有傷國家獨立之神聖。

(乙) 本國人民之在國外犯罪，一律繩以本國之法，則輕微之犯，或無處罰之必要者，亦必經過立法上之程序，超過立法上必要範圍，事實上滋感不便。

第二種主義，刑法之效力，專以國家領域爲範圍，故亦稱領域主義。蓋以國家各有領域，制定法律，其施行區域亦惟國家領域爲限。故凡在領域內之犯罪者，固無論其爲本國人或外國人，一律適用本國刑法處斷。至本國人之在國外犯罪者，則概置諸不論。此主義之弊害，舉之亦有三端：

(甲) 本國人民離開本國領域以後，即與本國主權絕無關係。國家法令設施，不及於本國人民，有傷主權之效力。

(乙) 本國人在國外侵害本國法益，莫由保護，任其逍遙。

(丙) 本國人在國外侵害外國或外國人之法益，無由制裁，置而不論，有傷國際之感情。

第三種主義，折衷前述二主義之間，無論在國內之外國人，在國外之本國人，對於其犯罪行為，適用本國刑法與否，要以保護本國之安寧秩序為衡，故亦謂求實主義。

第四種主義，亦曰大同主義。其說以世運日進，國際關係日以發密，天下為公，世界大同，必有實現之一日。矧國家之刑罰權，本有內維法律秩序，外保世界公益之義務。故對於一切犯罪，無論何國，皆得有治以國法之權利，不復有國籍及侵害法益所屬之限制。此其說陳義固高，顧諸事實，則其困難，約有三點：

(甲) 各國風俗人情至異，因之刑法之內容亦殊。若採此主義，則同罪異罰，有失

衡平。

(乙) 如適用犯罪者之本國法，則法官無博通各國法律之能力，勉強適用，解釋錯誤，罪刑不確，冤濫必多。

(丙) 蒐集證據，尤為困難。

世界主義之理想雖高，而世未大同，實行無道，其不合於實際，略如上述，無俟深論。至於屬人屬地二主義，瑕疵互見，亦具如前述。故上舉數主義，要以保護主義為當，言其優點，約有數端：

(甲) 採用屬人主義，補充屬地主義之缺點。

(乙) 採用屬地主義，以保國家之主權。

(丙) 採用世界主義，以維世界公共之利益。

第四條 犯罪之行為，在民國領域內，而其結果在民國領域外；或犯罪之行為，在民國領域外，而其結果在民國領域內者，以在民國領域內犯罪論。

【文義】

結果者，因犯罪行為所發生之事實也。因果之聯絡，本無窮盡，刑法上之所謂結果，以有關於犯罪成立要件者為限。

在民國領域外，外國領域及未有所屬之地均屬之。

【理由】

本條規定犯罪地之標準，即明示前條適用之範圍。行為與結果同為成立犯罪之要素。惟行為在此地而發生之結果在彼地，則應以何處為犯罪地。本法規定凡行爲與結果有一在民國領域內者，即認為國內犯罪，適用本法處斷。此於國權之運用，得以伸張立法最為完美。例如自民國領域外，或自外國船艦內殺傷在民國領域內或船艦內之人，是犯一罪界於兩國之間，而成立其結果地，在民國領域內，則犯人須照民國法律處斷。而犯人係在外國，其逮捕探訪處罰等事，則依國際條約及刑事訴訟法之規定。反是，犯人在民國領域內或船艦內，殺傷外國領域內或船艦內之人，其行為地在民國領域，在民國即有處

罰之權。故其犯人雖係外國之人，而無庸更俟外國交付，誠以本國人民無因處罰之故，交付外國者，是為今日各國之通例也。

【學說】

對於犯罪之行為及結果，跨於內外兩國領域時，應以何處為犯罪地，學者之說不一，舉之如左：

第一 行為地說 行為原為犯罪之原因，故須以實施行為地為犯罪地。

第二 結果地說 結果地為實害發生之處所，故須以犯罪之結果地為犯罪地。

此說又分為三說，例如擊射殺人，依

(甲) 初發結果地說 以被害之受傷地為結果地。

(乙) 中間結果地說 以被害者之養傷地為結果地。

(丙) 最終結果地說 以死之地，為結果地。

第三 行為地並結果地說 即以行為之地，結果之地，並認為犯罪地。

以上三說，以第三說爲當。誠以行爲與結果，並屬犯罪成立之要件，無捨此取彼之理，故本法亦採此說。

第五條 本法於凡在民國領域外，犯左列各罪者，適用之。

- 一 第一百零三條至第一百零六條之內亂罪。
- 二 第一百零七條至第一百二十條之外患罪。
- 三 第二百一十一條至第二百十七條之偽造貨幣罪。
- 四 第二百二十五條至二百二十七條第二百三十一條第二百三十三條及第二百三十五條之偽造文書印文罪。
- 五 第三百五十二條及第三百五十三條之海盜罪。

【文義】

內亂外患等罪，義見分則各本條。

【理由】

本條爲採用國外犯罪，適用保護主義之規定。誠以一至四列舉各條之罪，皆於民國之存立信用財政經濟等，有重大之損害或危險。設以其犯罪地，屬於領域以外，任其侵害，不加制裁，則國家之法益，何堪設想。故爲保障國家安全，貫徹刑罰目的，對於侵害者，更不復有國人及外國人之別，均須適用本法處斷之。

至第五款之規定，蓋以海盜罪乃法律上認爲國際之公罪，不論何國，皆得罰之。卽舉說上所謂世界主義。

在民國領域外犯罪，無論國人外國人，均適用本法處斷。此其犯人，或係自行回國，或由外國交付，或爲缺席裁判，三者必居其一。其自行回國，係事實上之問題，法律上不必爲之規定。至於交付之要件，定自國際條約。缺席裁判之事宜，另詳刑事訴訟法，均不屬本法範圍。

【比較】

暫行律第三條規定，妨害國交罪列於第四款，妨害公務罪列於第五款，毀棄損壞罪

列於第八款，未免過泛。本法一律刪去，而以內亂罪，外患罪，偽造貨幣罪，偽造文書印文罪，及海盜罪爲限。庶免處罰國外犯罪之權，過於擴充，反生障礙。

暫行律於第三條第二款爲內亂罪，而遺漏未遂罪豫備罪及陰謀罪。此種行爲，亦應處罰。故本法增入。

海盜罪法律上認爲萬國之公罪，不論何國皆得罰之。而暫行律乃無其規定。本法則列諸本條第五款。

第六條 本法於民國公務員在民國領域外，犯左列各罪者，適用之。

一 第一百二十八條第一百二十九條第一百三十一條第一百三十三條第一百三十五條第一百三十六條第一百三十九條及第一百四十條之瀆職罪。

二 第一百七十二條之脫逃罪。

三 第一百三十條之偽造文書罪。

【文義】

公務員，義詳第十七條。

瀆職脫逃等罪，義詳分則各本條。

【理由】

本條爲採用國外犯罪，適用保護主義之規定。人民既服務國家職務，自應盡忠誠義務。否則如瀆職，脫逃，僞造文書，均直接間接妨害國家公益，自無以在領域外倖逃法網之理。至所謂公務員不限於本國人，卽外國人爲民國公務員者，亦當然適用本條之規定。誠以雖非本國人，既爲民國公務員，卽與本國人公務員，義同一律，對於上列各罪，須負其責任，實無限於國籍之理由。

【學說】

關於本條之適用，學說有二：

第一積極說 從是說，則以法文雖爲對於民國公務員之規定，但非民國公務員

爲共犯者，仍受本法之適用。

第二消極說 從是說則以本條規定，限於民國公務員適用之，其非民國公務員之共犯者，不得適用本法。

兩說之中，余取後說。

【比較】

暫行律第四條所列之罪，除瀆職罪，脫逃罪，偽造文書罪而外，凡有妨害國交罪，漏洩機務罪，妨害交通罪，妨害秩序罪。凡此所列，殊失本條原意。故本法以瀆職罪脫逃罪偽造文書罪為限。

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

- 一 所犯之罪其最輕本刑為有期徒刑以上者。
- 二 犯罪地之法律以為罪者。
- 三 犯人在外國未受無罪之確定裁判，或雖受有罪之確定裁判，而其刑未經

執行完畢或免除者。

前項之規定，於在民國領域外，對於民國人民犯罪之外國人準用之。

【文義】

無罪之確定裁判，即爲宣告無罪之確定裁判也。

執行，實行刑罰也。

完畢，即終了之義。

免除，即撤銷之義。

【理由】

本條第一項規定，凡列舉一二三款之罪，仍適用本法，所以整飭人民規律，亦即爲屬人主義之一端。第二項之規定，本國人民在外國而對之犯罪之外國人，亦適用本條，所以保護民國人民之權利，亦即爲保護主義之一端。第一款不涉輕微罪，則其犯罪行爲必有關於害人生命身體自由名譽財產之各種破廉恥之事，所以應處罰之。第二第三款之規

定，一方足以收刑肅之效，一方足以使犯人泯不平之憾，實爲適當之辦法。

【比較】

本條第一項規定爲屬人主義，第二項規定爲保護主義，二者用意不同。暫行律第五條本律於中華民國人民在中華民國外，或外國人在中華民國外，對於中華民國人民犯左列各罪者，適用之。併爲一項，殊有未協。本法分項規定，實較顯豁。

暫行律第五條之規定，實仿日本刑法而擴充其範圍。例如偽證及誣告罪，妨害交通罪，褻瀆祀典及發掘墳墓罪，毀壞損棄罪，皆日本所無。而第六條之規定，犯罪者雖經外國法院論罪者，本國仍得處罪。匪特使犯人自覺不平，即與外國國權，亦恐未免不發生衝突。如一千八百八十六年葛丁之案，（美人葛丁在美國對於墨西哥人犯妨害名譽罪後，因事抵墨，墨法院適用墨法處罰美國抗議卒釀成重大交涉，墨國不得已釋放之）可爲殷鑒。是暫行律規定之無當，毫無疑義。本法規定，實爲參酌中外情形，求適中之辦法。暫行律所含有之危險性，固自無虞。

第八條 除前條之規定外，同一行為，雖經外國確定裁判，仍得依本法處罰；但在外國已受刑之執行或經免除者，減輕或免除本法之刑。

【文義】

得者，可得之謂。

處罰，卽科刑也。

減輕，卽棄重就輕之義。

【理由】

本條規定確保民國法權之效力。一罪再罰，有涉苛酷，非刑事法理所應許。惟外國之裁判雖經確定，而於民國之法律上之效力，實毫無予，惟一種事實而已。固未能侵入本法適用之範圍，掩抑民國之國權。所以本法有前項之規定。惟是刑罰之目的，祇在於禁止犯罪，固不取乎酷濫。倘經外國裁判確定，而曾受刑之執行或免除者，則中外刑法雖屬有異，而有時情罪亦不無相當，則應減輕或免除本法之刑，合乎罰刑適應之旨趣。故本條於此，

乃又有但書之明文。

【法例】

各國立法例，對於在外國已受處罰之犯人，應否減輕本國法律之刑，有任諸法官自由決定者，如日本是。有以在外國所受之刑，照算入本國法律之刑內相抵者，如瑞士刑法準備草案第四條第二項第八條第一項之規定是。由前例恐有一罪兩罰之失，由後例則各國刑名不同，難於比較，若照算入本國刑內，又未免不無畸輕畸重之弊，故此二種法例，均不得爲當。

【比較】

暫行律第六條之規定，爲凡犯罪者雖經外國確定審判後，仍得依本律處斷；但已受其刑之執行或經免除者，得免除或減輕本律之刑。本法去犯罪者三字，而爲同一行爲，誠以本條之適用，以同一行爲爲準，非以同一罪名爲準。若用犯罪二字，則未免不無於同一行爲在外國被處罰之罪名，與在本國應處罰之罪名不同，至有不適用本條之誤會。本法

取日本瑞士法例，以行為言之，實較暫行律爲妥善。

暫行律處斷二字，不無有以爲專指法官之審判而言。本法改爲處罰，可免誤解。

暫行律但書中免除或減輕本律之刑上，有得之一字。本法折衷各國立法例，取必減必除主義。至所減之額，仍聽法官酌情定奪。

【解釋】

上海會審公廨，係根據前清同治七年洋涇浜設官會審章程，本係因條約所生之特別制度。該公廨審理民刑訴訟，依照條約，既應在中國領土內行使中國之司法權，卽其裁判，不能視爲外國裁判，自無疑義。惟該公廨自辛亥以來，係由滬領事團代行管理，其判案之適用法律，亦與原條約所定不能相符。該項條約之效力，卽因事實上一時之阻礙而停止。此種阻礙事實，中國國家未明認其於國際間爲有效，則此事實上之判斷行爲，不得卽爲條約上中國司法官署之裁判，亦無可疑。猶之在中國國法上毫無司法權限之機關或個人，使事實上處理司法案件，仍不能卽視爲法律上有效之裁判。故現在會審公廨判

決之案，如仍係屬於他處審判衙門，自未便執一事不再理之說以相繩。其刑事雖不能認爲與暫行刑律第六條所稱外國裁判相當，惟因被告尚未受有法律上之裁判，自應仍許該管檢察廳按律訴追，以重法權而維公益。（六年統字五九二號）

第九條 本法總則於其他法令之定有刑名者，亦適用之；但有特別規定者，不在此限。

【文義】

其他法令，包括一切之法律命令，如國民革命軍陸軍刑律、違警罰法、反革命治罪法、懲治盜匪法、戒煙法等是。

刑名，指刑罰而言，義詳刑名章。

特別規定云者，其規定與本總則適處相反者是也。

【理由】

本條規定本法總則對於此外罰則之效力。刑法有廣狹二義，依廣義則匪特刑法法

典及其他一切法令中有規定刑罰制裁者，爲刑法；即規定刑法實施機關之法院組織法，刑法適用程序之刑事訴訟法，執行刑罰之監獄法，亦無不屬於刑法。依狹義又有特別刑法與普通刑法之別，特別之刑法，如文義中所列舉之類是。普通刑法，專指刑法典而言。關於同一事項，普通法與特別法並存時，從特別法，特別法無規定者，從普通法。本法爲刑罰法令之根本，故本條之總則，可適用於其他特別法定有刑名之法令，是爲原則。但特別法定有反對之規定者，與本法總則累犯併合論罪自首減免緩刑假釋等例相背，如一律仍適用本總則，則特別法之特別規定，實無庸其存在，有違乎其罰則之精神。故本總則不適用之，實屬當然之結果。本條特著但書，以明其旨。

【判例】

查懲治盜匪法第三條第五款，係對於刑律第三百七十三條俱發罪之加重規定。本案上告人等，共同兩個強盜之所爲，即刑律第三百七十三條之俱發罪，自應適用特別法，依懲治盜匪法第三條第五款處斷。其俱發罪之罪質，既以吸收於加重條件之內，不得適

用刑律第二十三條第三款，乃特別法勝於普通法之原則。（四年上字一一四七號）

【解釋】

暫行刑律第九條規定本律總則於其他法令之定有刑名者，亦適用之。依此則刑律第六章共犯罪之規定，當然適用於買賣人口之犯罪。其居間者，若係主謀，可以適用暫行新刑律第三十條之規定。若係助惡，可以分別情形，適用該章其他條文之規定。（二年統八字號）

官吏犯贓治罪法，依刑律第九條規定，當然可以適用刑律總則各規定。（四年統字二七九號）

官吏犯贓治罪條例，（已廢）依刑律第九條之規定，當然適用刑律總則。（三年統字一五九號）

官吏犯贓治罪法，（已廢）依刑律第九條，應適用刑律總則各規定。故官吏二人以上，共同犯枉法，贓至五百元，雖各人所得未及五百，而既為一罪，當然適用新刑律總則共

同正犯之規定，應同負官吏犯贓治罪法第二條之責任。（三年統字一八三號）

第二章 文例

【理由】

刑法上之用語，別有一定之意義及其範圍者，自應明文規定，示其標準，庶幾解釋上可免錯誤，故其關於應用者至鉅且大，此本法乃有本章之規定。

【比較】

查各國刑法於文例有立為專章者，有不立專章僅於法例章規定一二條者，但其次序則除荷蘭外皆列於總則之前。暫行律取法荷蘭，將文例殿於總則之末。然文例關於總則之用語亦不少，列諸總則之後，援證未免失序。故本法列第二章，實較暫行律為當。

暫行律文例章除第八十一條本經刪除外，凡有六條，本法凡十有一條。各條之差異於各本條述之。茲就暫行律之規定，為本法所無者，續舉如左：

暫行律第八十四條，稱議會及選舉者，謂依法令設立中央及地方參與政事之議會。

及其議員之選舉。本法無其規定。蓋暫行律起草時尚未有議會及選舉事，民國建立，十有七年，兩項名稱，亦已習聞，當不至誤解。況此條於分則中惟適用於妨害選舉罪，且議會之名稱，亦未見諸律文，實無設立文例專條之必要。

暫行律第八十五條，稱僧道者，謂僧尼道士及其他宗教師。該條規定係錄於舊律，舊律以僧道犯罪因有特別身分之關係，故科刑與俗人異。然暫行律分則祇第三百六十三條以僧道洩漏人之祕密可適用之。其非普通文例與前條理由同。故本法無其規定，而於該條僧道二字，改爲宗教師三字，自無誤解之虞。

暫行律第八十六條第一項依分則援用別條處斷，而別條之罪，應論未遂預備或陰謀者，於處斷本條之未遂預備或陰謀犯並援用之。第二項於造意犯及從犯亦同。按此條指分則各條內依某條處斷或以某罪論而言，正犯既援用本條，若未遂或共犯等均無不援用本條，故該條實屬援用條文當然之解釋，無庸列爲專條。且文例章乃爲解釋法文所用之名稱而設，該條係規定條文之援用，而非解釋名稱之意義。故本法無其規定。

第十條 稱以上以下以內者，俱連本數或本刑計算。

【文義】

以上者，自其最少數言之。

以下者，自其最多數言之。

以內者在最多數最少數之間也。

本數者，即其起算或終算之定限。

【理由】

本條規定計算上下之例。如第二百八十七條處六月以上五年以下有期徒刑，則最長期可處五年，最短期可處六月。又如總則第四十九條第五款罰金爲一元以上，（有但書）分則各本條有五千元，二千元，一千元，五百元，三百元，二百元，一百元以下之罰金，則最多額可處五千元，三千元，二千元，一千元，五百元，三百元，二百元，一百元，最少額可處一元。又如第五十五條罰金於裁判確定後令一月以內完納之，則必出一月以外，方爲逾期。

即在一月末日，尙不得強制執行。蓋其指定之若干月若干年若干元之本數，皆在法定範圍之內，是以應連計算。

第十一條 稱親屬者，謂左列各親：

- 一 夫妻。
- 二 四親等內之宗親。
- 三 三親等內之外親。
- 四 二親等內之妻親。

【文義】

夫妻者，即有效婚姻之男女結合也。

宗親者，即同一祖先所出男系血統之謂也。

外親者，即由女系而連續之親屬之謂也。

妻親者，專指夫對於妻之宗族而言。至於夫之宗親與妻之宗親間，在法律上並不生

親屬相互之關係。

【理由】

本條規定親屬之範圍。親屬之有無親屬關係，初非天然之界限，所應斟酌人情，而在一定之範圍內，胥認其有親屬之關係。誠以親等疏遠，有若路人，即列入親屬範圍，無裨實際。故如何為親屬，法律不可有其規定，本條所定種類，凡有四端：

一 夫妻 妻為夫之親屬，且取得夫對於宗親之身分。夫以妻為親屬，妻以夫為親屬，是法律上視夫妻為一體當然之結果也。

二 四親等內之宗親 宗親之範圍，考諸古來之經典歷代之法制，皆以九族為其範圍。關於九族意義，解釋不一，而明清律之服制圖均以自高祖至元孫之九族為同宗親屬之範圍，其云九族者，係以自己為中心點，直系親則由己上推至四世之高祖，更由己下推至四世之元孫而止。旁系親則由己橫推至三從兄弟而止。蓋族兄弟再從兄弟堂兄弟及兄弟同為四世高祖之孫故也。以九族定族親之範圍，是中國法制之特色。蓋各國於實

際上不得並時生存之四世外直系親多列在親屬範圍內，而於實際上得與自己並時生存之旁系親，例如族兄弟則置諸族親範圍外。獨中國九族制度，則專從實際上著想，於高祖以上五世之祖及元孫以下五世之孫，實際上與己不得並時生存者則略之，其實際上得與自己並時生存者，其親分雖稍遙仍列入親屬範圍內，是中國以九族定親屬之範圍，較合於實際。本條第二款規定，即本於此。

三 三親等內之外親 外親之爲親屬限於三親等以內者。外親爲由女子而連續之親屬，既如文義所述。就母族言，爲外祖父母，母祖父母，母之兄弟姊妹，母舅之子兩姨之子，母舅之孫，兩姨之孫，堂舅之子，堂姨之子等是。就姑之夫族言，爲姑之子姑之孫是。就女之夫族言，爲女之子，女之孫是。

四 二親等內之妻親 夫對於妻本生親屬而生之關係，以二親等內爲限。於直系親，則妻之父母，妻之祖父母及外祖父母，於旁系親則妻之伯叔及姑，妻之兄弟及其婦，妻之兄弟之子，妻之姊妹及妻之姊妹之子。

【比較】

暫行律第八十二條規定親屬之範圍，以服制圖爲根據，服制圖衍自喪禮，其制特詳。中國數千年來以禮教立國出乎禮者，卽入乎刑，刑罰之輕重，以服制之遠近爲比例。本法不用服制圖而用親等計法，言其優點，約有數端：（一）服制圖期功緦麻等差昭然，故舊律刑罰亦因之爲加減。暫行律除尊親屬外刑罰同一，（暫行律亦有加減然以犯罪人之素行犯罪時之心術而定，不以服制爲加減）已無區別之必要，故不如將服制圖專讓之於禮制，而刑法親屬之範圍，則有親等計算法。（二）舊律服制圖爲圖凡七，煩複細密，既非庸愚所能周知，卽賢智亦難猝記，親等計算法較爲簡易，不必按圖卽能定其親疏遠近。（三）禮制爲一國所自有，不妨獨殊，法律則須審取他國之良例以爲衡，親屬範圍各國均用親等計算法，衡情酌理，亦應以親等計算法爲優。故本法不取暫行律之制而採用親等計算法，實屬擇善而從。

【解釋】

妻於夫之父母祖父母以傍系等親屬論。於祖父母以上之父母及夫之宗親，應按刑法第十一條第二款及第十三條之規定計親等，在四親等內即應認為親屬。（十七年解字第一九三號）

查夫之親屬如合於刑法第十一條第三款或第二款之規定，無論是否傍系尊親屬，均應認為妻之親屬。（十七年解字第二〇八號）

第二十條 己身所從出，或從己身所出者，為直系親。非直系親而與己身或妻出於同源之祖若父者，為旁系親。

【理由】

本條定直系親旁系親之意義。

【比較】

暫行律對於親屬例僅尊親屬及親屬兩項，至為單簡。今親屬加重，不僅限於直系，自應分別規定，而本條先定其意義焉。

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

【理由】

本條規定親等之計算法。本法既不取服制圖而採用親等制度，則親等應如何計算，法律不可不揭明其方法，故有本條規定。

【法例】

親等計算之法有二種，一爲羅馬法計算法，一爲寺院法計算法。羅馬法計算法於直系親屬則算其間之世數而定親等，故世代之數與親等之數適合，如親子間爲一世則爲一親等，祖父母與孫之間爲二世則爲二親等，高曾祖父母與曾元孫之間，亦準是推之於旁系親屬，則由同出之始祖下降於旁系之各方合算其世數而定親等，蓋由旁系親屬之一方溯諸同源始祖，再由同源始祖更下數至他方合算其世數，以定親等，如兄弟姊妹間

之親等，先從一方溯諸同源之父母，作爲一等，更從父母下至他方，又加一等，故兄弟姊妹爲二親等之旁系親。伯叔與姪間之親等，先由姪溯諸其父母作爲一等，更由其父母溯諸同源之祖父母，又加一等，由祖父母更下至伯叔再加一等，故伯叔與姪爲三親等之旁系親，從兄弟姊妹爲四親等之旁系親。此羅馬法之親等計算法也。寺院法之計算法於直系親與羅馬法計算法同。於旁系親則不合算雙方之世數。但算較多世數一方之世數而定親等，從始祖下至旁系親之各方其世數雙方相等者，無論從何方均同。若雙方世數不相等，則從其多者如兄弟姊妹從其同源之父母起算，無論下至何方均是一世，單依其一方之世數定爲一親等之旁系親，至伯叔與姪從其同源之始祖起算，下至伯叔爲一世，下至於姪爲二世，則從其多者定爲二親等之旁系親，從兄弟姊妹亦爲二親等旁系親，其餘以此類推，此寺院法之計算法也。歐西各國及日本均用羅馬法計算法。我國民律草案則用寺院法計算法，其理由以爲中國直系親由己上數至高祖，下數至元孫，均以四世爲止，旁系親則族兄弟與再從姪，亦認其在親屬範圍內，若取羅馬計算法，其直系親以一世爲一

等，應以四親等爲限，至旁系親則須依八等親爲限，則與舊律服制宗親之範圍不合云云，本法雖不用服制圖而用親等計算法，然親屬範圍仍多根據服制圖，故準民律草案，以寺院計算法定之。

第十四條 稱直系尊親屬者，謂左列各親：

一 父母。

二 祖父母，曾祖父母，高祖父母，及高祖以上祖父母。

三 外祖父母。

爲人後者，於本生直系尊親屬，仍以直系尊親論。

【理由】

本條規定明示尊親屬之範圍。

【比較】

服制圖自本身上數高祖五世爲止。但毀掘墳墓罪對於六世以上有犯之者，刑法又

豈能與毀掘常人之墳墓等視。即其他罪對於六世以上雖屬罕見，然不能決其必無。故本法於第一項第二款加入高祖以上祖父母。外祖父母在舊律謀殺祖父母父母及毆期親尊長罵尊長，均與祖父母同。而暫行律不列入尊親屬中，揆其意以爲外祖父母爲妻親，已包括於親屬之內，不知對於尊親屬犯罪，則刑有加重，而對於親屬犯罪，則祇有免除及減輕，其用意不同。故本法於尊親屬增入外祖父母。

【判例】

伯父不在刑律第八十二條尊親屬之列。（二年非字一五號）

胞叔，不合於暫行刑律第八十二條尊親屬之明文。（二年非字四七號）

未婚妻之父，雖先行贅於其家，改從其姓，然不能認爲刑律第八十二條之尊親屬，
三年上字一三七號）

繼母，依第八十二條規定，當在尊親屬之列。（五年非字七二號）

查刑律補充條例第六條之無夫姦罪，依該條第二項其告訴權專屬於婦女之尊親

屬。爲人妾者，除對於所生子女及雖非所生而由其撫育者，應認爲尊親屬外，對於夫之其他子女，並無尊親屬之資格，自無此項告訴權。（九年上字八六號）

上告人懷刃入室，猛戮被告人致命肚腹部位，傷深透內。其實施之當時，不能謂無死亡之認識，即不得謂無故殺之決心。原審認爲殺人，自無不合。惟被害人應否認爲上告人之繼母，於上告人應加重責任與否，關係甚重，自應詳爲審究。據現行律載男女定婚，寫立婚書，依禮聘娶。又載雖無婚書，但受聘財者亦是等語。是男女僅爲事實上之同居，而於上述要件，苟無一具備，在法律上既不發生婚姻之效力，而其夫婦關係亦屬無可成立。被害人對於上告人之父，已否取得妻之身分，應就其定婚之時具備法定要件與否爲斷。（十年上字六三號）

查被告人既以開設妓戶爲業，所蓄者又不止上告人一人，則上告人是否果由抱養得來；如係抱養，是否果以養女待遇，自非就其歷來情形如何，切予調查，不能明瞭。則其對於上告人根本上是否取得養母之身分，尙難遽斷。（十年上字三六八號）

【解釋】

出繼子對於本生父母及親子對於出母有犯，均應以尊親屬論。（二年統字五五號）
刑律尊親屬，應包括養父母在內，收養三歲以下遺棄小兒，本為現行律所許，雖不能以之立嗣，而親子名義則存。甲價買二歲小兒乙為子，養育二十年，不受管束，揪扭甲撲地，並毆打甲妻，均未成傷，經甲將乙送請懲戒，應依刑律第三百十七條處斷。（四年統字二九四號）

童養媳，對於未婚夫父母，應以尊親屬論。（六年統字七一九號）

現行律載稱子者，男女同。女於同居繼父，依刑律雖未在第百八十二條第三項親屬之列，既曾與同居，受其撫養，於民法上，仍應以親屬論。（七年統字七七八號）

今有甲為其子乙，將買異姓幼孩丙為子，撫養婚配。甲對於丙是否為刑律上之尊親屬，依統字第二九四號解釋，則養父母之父母，當然為刑律上之尊親屬。（七年統字八一七號）

子對於出母既認應爲尊親屬，則依刑律總則第八十二條第二項規定，妻對於夫之出母，亦自應認其爲尊親屬。（十年統字一四七七號）

無效之婚姻，根本上不能認有婚姻存在，一切親屬關係，自亦無從發生。則雖對於男之尊親屬有犯，仍應按照通常之律處斷。（十年統字一四七七號）

查刑法第十四條及第十五條所稱尊親屬，父妾不包括在內。（十七年解字第二二三號）

第十五條 稱旁系尊親屬者，謂左列各親：

- 一 胞伯叔祖父母胞伯叔父母，及在室胞姑。
- 二 母之胞兄弟姊妹。
- 三 胞兄及在室胞姊。

【理由】。

本條規定旁系尊親屬之範圍。

第一編 總則

第十六條 夫於妻之父母及祖父母，以旁系尊親屬論。

妻於夫之父母及祖父母同。

【理由】

本條規定夫對於妻及妻對於夫之尊親屬關係。

第十七條 稱公務員者，謂職官吏員及其他依法令從事於公務之議員及職員。

【文義】

公務員者，從事於國家之事務者之謂。

職官吏員及其他依法令從事於公務之議員職員，包括遵照法令直接或間接從事於國家之事務者而言。

【理由】

本條規定公務員之意義及其範圍。本法分則各條所稱公務員每多因其職務與身分，於犯罪有構成或加重之關係者，是不可不先確定其意義與其範圍。本條之設以此。

【比較】

暫行律第八十三條作官員，官員二字其意義稍狹，未能賅載。故本法改爲公務員。

【判例】

查官員二字，依刑律第八十三條，有一定範圍。該上告人充當司法警察，即係依法令從事於公務之職員。（三年上字一〇五號）

查刑律第一百四十條第一項，所謂官員或公斷人，於其職務云者，係指第八十三條所規定人員，於其職務上有處分之權者而言。本案被上告人本爲差役之代理人，原無干與審理此案之權，被上告人謂張仁娃若能出錢二百，則今日可審。是以欺罔手段，取人財物，應以欺詐取財論罪。原判認爲瀆職罪，并追徵贓物，均屬引律錯誤。（四年上字一六八號）

刑律上所謂官員，與官吏之範圍不同，詳釋刑律第八十三條之規定，自能瞭解。而保衛團之團總保董，自保衛團條例頒行以後，已成爲依法令從事公務之委員。本案團董孫

樹德既係由新登縣知事委充，自不能謂無官員之身分。（七年上字八九九號）

【解釋】

現役兵士，礙難以吏員論。（三年統字九六號）

刑律官員二字，不能包括律師。（三年統字一六三號）

司法警察人員及庭丁，皆係依現行法令，（均有明文）從事於公務之職員，（有職人員）自包於刑律第八十三條所稱官之內。該條所稱官員與官吏異義。（三年統字一〇號）

刑律官員二字，第八十三條有一定要件，故非依法令從事於公務之職員，當然不能包括於官員二字之內。至稅局經收稅款，指定雇員辦理，如中央或本省有指定雇員辦理公務之章程或成案者，其雇員自可認為刑律上之官員。（四年統字一九五號）

兵士不能以吏員論，但探訪隊，乃係從事於公務之職員，（有職人員）包含於刑律第八十三條之官員內。（六年統字六六六號）

官吏在行政法上，有一定之範圍，與刑律第三十八條之職官相當，非如刑律官員範圍之廣。（六年統字六六六號）

縣署警備隊兼充法警職務，自應認為刑律官員。（六年統字六八八號）

依教育法令設立之小學校，其教員即係依法從事公務之職員，與刑律第八十三條所稱之官員相符。（九年統字一二七一號）

看守所書記，如係依章程或成案指定辦理公務之雇員，自可認為官吏，參照統字第一六零七號解釋。（十年統字一六一三號）

第十八條 稱公署者，謂公務員執行職務之處所。

【文義】

執行職務者，依據法令而作為之謂也。

【理由】

本條規定公署之意義。公務員執行國家事務自必有一定之處所，此處所之名詞，不

可不確定，本條之設以此。

【比較】

暫行律第八十三條第二項稱公署者謂官員奉行職務之衙署局所。其所列舉，仍有未盡。本法改爲處所，自可概括無遺。

第十九條 稱公文書者，謂公務員職務上制作之文書。

【文義】

文書者，爲表示吾人意思，以文字或代文字之符號，記載法律上有關係之事項之物體也。茲據斯義，分釋如左：

(一) 文書者，表示吾人意思之物體也。文書爲表示意思之物，文書中必有表示意義之人。苟不能認知其表示意思者之爲何人，卽不得以文書論。

(二) 文書者，以文字或代文字之符號而記載者也。文書爲表示吾人意思之物體，故必有文字或代文字之符號以記載之。故全無文字或代文字之符號者，卽不得稱

之爲文書。

(三) 文書者，記載法律上有關係之事項者也。本條之所謂文書範圍較狹，蓋非記載法律上有關係之事項者，即非本條之文書。

【理由】

本條規定公文書之意義。

第二十條 稱重傷者，謂左列傷害：

- 一 毀敗一目或二目之視能。
- 二 毀敗一耳或二耳之聽能。
- 三 毀敗語能。
- 四 毀敗一肢以上之機能。
- 五 於身體或康健有重大不治之傷害。
- 六 變更容貌且有重大不治之傷害。

七 毀敗陰陽。

【文義】

重傷者，傷害之重大也。

毀敗者，全部喪失其能力也。

一肢，指一手或一足而言。

機能，對於機質而言。

於身體者，即無論身體任何部或腦或腹或胸，皆包在內。

重大不治者，終身不能治療恢復原狀也。

【理由】

本條規定重傷之標準及其定稱，以為立法上之解釋，關於分則各條之傷害罪，其間階級頗殊，刑罰亦異。故本條特示其標準，使審判科刑，有所依據，而免法官自由武斷之弊。

【比較】

暫行律第八十八條分篤疾廢疾及輕微傷害三種。本法改爲傷害及重傷二種。重傷即暫行律之篤疾，傷害即暫行律之廢疾及輕微傷害。蓋損害而至重傷者，顯而易見，法律預定其範圍，處以較重之刑，未爲不善。至於其餘傷害，若非逐案審察，恐有強入輕重之虞。暫行律所稱之廢疾，於案件中最多援用者爲第八十條第二項第五第六款，疾病日數及廢業日數，然以日數相去爲輕重之標準，未見的確。譬同一傷害，得良醫則獲痊較速，否則逾法定日數，或仍未愈，若以此判別，難得公平。况現時訴訟統計傷害罪爲多，如俟逾法定日數，預行判罪，又恐涉違法之嫌。考外國立法例分析傷害罪最詳細者爲意大利，計分四種。最簡單者爲日本，只用傷害二字包括輕重。若法國那威瑞士（刑法準備草案）分三種。德國英國美國荷蘭分兩種。其以日數爲標準者，始自法國，而意大利荷蘭從之。晚近德國刑法準備草案及其委員會刑法草案，亦將傷害分爲兩種。日本新刑法理由書謂此種細密之區別，不獨裁判上發生不便，即實際上亦難期正確。德國刑法準備草案理由書亦有詳論，大意相同。據上所舉，日本法例過於概括，暫行律過於細密，均有未協。故本法折衷

各國立法例，擇其傷害重大如暫行律所謂篤疾者，改爲重傷，以示標準，處以較重之刑。其餘傷害由法官臨時斟酌輕重科斷，暫行律所謂廢疾及輕微傷害，本法統名之爲傷害，庶免事前強定之失。

【判例】

割斷脚筋，使其行動不能自由，係與第八十八條第二項第四款規定相當，並未致於毀敗肢能之程度。（二年非字五一號）

挖去雙目，係以篤疾處斷。（五年上字一〇七號）

所謂毀敗語能，及一肢以上之機能者，乃指傷害之結果而言。若一時不能說話坐立，不過係受傷後之狀態，究竟應發現何種結果，非經專門學術人，就其情形妥爲鑑定，不能遽斷爲篤疾。（五年上字一四〇號）

查大指之用，關係一手之機能，上告人傷害宋氏左手大指，致其伸屈不能自由，則其左手之機能，不能謂未經減衰。傷害之結果，既合於刑律第八十八條第二項第四款情形，

自不能謂係輕微傷害。(七年上字三八三號)

查刑律第八十八條第一項第四款規定，毀敗一肢以上或終身毀敗其機能者，所謂毀敗，係指全部喪失效用者言之，若僅曲伸不能自如，而尚能行動，自未到毀敗之程度。(八年上字三四號)

被告人所受腿傷，是否已臻於毀敗，即是否已至篤疾，不能以驗傷時骨之折斷為標準，須就醫治後之實在狀況斷定。(八年上字六九〇號)

被告人右腿等處傷痕，經原審函請中西醫院鑑定，右小腹肝骨折傷屬實。因當時調治失宜，骨稜啣接略有參差，以致右腿行動不便，須拄着棍子走路，是其傷害程度，與刑律第八十八條第二項第四款相當。(九年上字一一二八號)

【解釋】

挖瞎一目，以廢疾論。(四年統字二二三號)

甲被乙挖瞎右目，其左目尚能視，應以廢疾論。(四年統字二四五號)

查刑律所稱傷害，並不限於外傷，凡有損害人身機能之行為，皆可成立傷害罪。甲夫之婦乙，於八年九月底，同媳丁與長子丙衝突，丙被毆打，雖未成傷，丙果因驚成瘋，於九年二月初一日因瘋致死。乙丁自應負傷害人致死之責任。若有因果中斷情形，則應查明丙之瘋，是否不治之病，定其所犯為刑律第八八條何項之傷害。（九年統字一三九一號）

查甲傷害乙腕膝，果驗乙確已骨折，自與刑律第八十八條第一項第四款後段相當。惟腕膝骨似不易打折，既折矣，亦不易接續。則來函所稱骨折，是否指骨碎骨損或脫節而言，均難懸揣。如僅傷至骨碎骨損或脫節，則其初不能移動，醫治數月後能移動，仍應以致廢論。（十年統字一四八五號）

第二章 時例

【理由】

刑法實施之效力，與刑罰權消滅之效力，以及緩刑、假釋、累犯各例，時期盈蝕，關係至重，不可不有計算之法，以資準繩而免參差，故有本章之設。

【比較】

暫行律時例列諸第十六章，在文例章前而殿總則其他各章之末，未免次序失當。故本法列諸本章。

暫行律時例章之規定，殊有失時例章之意義者，如第八十條未決期內羈押之日數，得以二日抵徒刑拘役一日或抵罰金一圓之規定是。查該條用意原非規定時間起迄之計算，乃規定抵刑之標準。故本法改入刑名章。

第二十一條 時期以日計者，閱二十四小時，以月或年計者，從曆。

時期以若干分之幾計算者，一月三十日，一年爲十二月。

【理由】

本條規定時期計算之通例。時期以日計者，以二十四小時，以月或年計者，則從曆，以省積算之繁。

本法以若干分之幾爲加減，若以月或年計者，從曆，乘除之際，反形不便。故有第二項規定，俾執行刑期，易於計算。

第二十二條 時期之初日，不計時刻，以一日論。最終之日，須閱全日。
放免囚犯，於期滿之次日午前行之。

【文義】

初日，即開始起算之日。

放免者，即釋放及免除之謂。

【理由】

本條爲計算時期始終之規定。時期之初日，自時刻起算，以一日二十四小時之計算，而執行時，則夜半收放，時或有之，犯人之歸宅授宿，諸多不便，計算手續，亦殊煩雜，故時期初日，不計時刻，以一日論，最終之日，閱全一日，此第一項之規定也。

最終期滿之日，既須閱全日，而放免囚犯則應須於期滿之次日行之矣，但不得延至午後，以示限制而杜濫禁，故有第二項之說。

【比較】

暫行律第七十八條第二項放免有期徒刑及拘役之囚人於期滿之次日午前行之。本法無有期徒刑及拘役之明文，可以包括易科監禁，立法較暫行律爲優。

第二十三條 刑期自裁判確定之日起算。

裁判雖經確定，其尙未受拘禁之日數，不算入刑期內。

【理由】

本條規定刑期起算之例。罪刑既經確定，刑期自須開始進行，不容延滯。如因上訴期

滿裁判確定者，自其期滿之翌日午前零時起算刑期，若因上訴駁回裁判確定者，則自駁回之瞬間計算刑期，不復以時刻計須以一日論。

訴訟事件，輕重不同，未必概行拘禁。如輕微案件，本可許被告之代理人到案。又如被告之受保釋責付者，亦可暫在外，其他更如撤銷假釋以及罰金之易科監禁，其未受拘禁之日數，設仍算入刑期，揆之科刑宗旨，殊有違背，故有第二項明文定之。

【解釋】

刑律第七十九條第二項，係指未受監禁者而言，凡未決羈押之人，經判決確定後，仍然監禁者，雖尚未備執行手續，仍應將此項監禁日數算入刑期。（八年統字第九九二號）

刑律第七十九條載明刑期自審判確定之日起算。所稱情形，被告人雖在上訴期間內捨棄上訴權，而縣知事審理訴訟暫行章程，既許原告訴人對於縣判得呈訴不服，自非原告訴人亦已聲明不呈訴，或經過上訴期間並無不服者，不得謂為審判確定，即其執行，不得謂為合法。至被告人未決期內，羈押日數，可否准予折抵，應由審判衙門於裁判時參

酌所犯情節，爲之量定。執行衙門不准率准抵銷。（八年統字第九七八號）

上告審裁判在宣判之日，即屬確定。又裁判之執行，依現行法令，本有一定之程序。惟在有期徒刑之被告人，依刑律第七十九條規定，凡未滿執行程序之監禁日數，既得算入刑期，則判處罰金之被告人，在律雖無此明文，自應類推解釋，於罰金刑之被告人，亦准將判決確定後之監禁日數，折抵罰金。（八年統字第一一三〇號）

計算刑期，應從刑律時例之規定，與刑事訴訟條例計算期限之規定無涉。（十二年統字第一八四一號）

第四章 刑事之責任及刑之減免

【文義】

刑事責任者，乃對於犯罪行為與精神上之無聯絡之關係而言。如損害他人財產，應負賠償之責，是為民事之責任，又如與人交言不信，是為道德上之責任，皆非刑事之責任。刑之減免者，基於一定原由而減輕或免除其刑罰之謂。

【理由】

犯罪須限於有實行爲，蓋以吾人身體動作，須有責任，無論其爲合法行爲違法行爲，理論上無有差異。如僅有外部身體之動作，而無精神之聯絡者，自不應負法律上之責任。矧犯罪行爲，直接吾人利益剝奪有關，更不能不以責任之具備與否爲斷。是犯罪必限於有實行爲，實毋庸疑義。關於責任之能力與要件，及刑罰之減輕免除，法律亟須有以明文規定之，此本章之所由設也。

【比較】

暫行律第二章爲不爲罪之規定。不爲罪之名稱，未盡妥善。如暫行律第十一條未滿十二歲人之行爲不爲罪云云，第十二條精神病人之行爲不爲罪云云，按照共犯之解釋，教唆及幫助犯其罪成立與否，一依正犯之罪爲準，質言之，卽共犯爲附屬正犯之性質，不能獨立自成一罪，其理由具詳共犯章。若謂未滿年齡人及精神人之行爲不爲罪，則幫助此等人之行爲，照共犯之解釋，亦當然不爲罪，將使幫助幼年及精神病人犯罪者，無所顧忌，恐非立法者之本意。况不爲罪章條文中亦有規定爲罪處罰者，如第十三條之但書，及其他減刑若干等之條文，均係有罪而處罰者，此不爲罪之名，其爲不協，無庸疑義也。又暫行律第八章爲宥減，第九章爲自首。查該兩章關於減等或免除各條，與不爲罪章減等各條旨意相類。故本法將宥減自首兩章併入不爲罪，而定今名。

暫行律第五十三條預備或陰謀犯分則特定各條之罪未至實行而自首於官署受審判者，得免除或減輕其刑。實則豫備罪及陰謀罪之處罰，惟三數特別重罪，自不必定爲

總則條文。故本法無其規定。

第二十四條 非故意之行為不罰。

【文義】

故意之意義，見第二十六條。

行為之意義，具如第一條文義中所述。

不罰，不加刑罰之義。

【理由】

本條規定確立無犯意，即非犯罪之原則。夫行為必基於意思發動，若無意之動作，不可抗力之行為，與本人意思無關，設亦予以罪名，科之刑典，則人無良莠，無時無處，均有無不可以犯罪罹刑之虞。如此法律匪特不能保護社會之安寧秩序，反徒資擾亂。國家之有法律，又奚所補。故法律不責人所難能，非故意之行為所由不罰也。

【比較】

暫行律第十三條第二項，不知法令不得爲非故意，但因情節得減本刑一條或二等云云。本法則另爲一條，不著本條之內。

暫行律同條第三項規定所犯重於犯人所知或相等者，從其所知；所犯輕於犯人所知者，從其所犯兩例。案第一例與分則因發生特別結果（如犯某罪因致人死傷者處以某刑）而加重本刑各條，未免抵觸。第二例規定處罰不以犯意而以犯罪之行為爲準，乃屬刑法當然之解釋，不必著爲條文。故本法無其規定。

【判例】

查刑律所謂故意者，爲犯人對於犯罪事實，有一般認識預見之謂。以鐵錘毆擊，謂爲無殺人之認識則可，不能謂無傷人之認識。（二年上字一一七號）

因開鎗擊賊，誤中其兄斃命。以法理言，屬於打擊錯誤，當然阻卻故意，而爲想像上俱發罪。其擊賊之所爲，實係殺人未遂，誤擊兄死之所爲，實係打擊錯誤，且並無過失之可言，當然不爲罪。（二年非字四八號）

查犯罪行為之是否出於故意，應以犯罪人實施犯罪時，對於構成犯罪事實有無認識，及其行為有無決心為斷。本院詳核原卷所附傷單，載明屍傷計有五處，以頂心一傷為致命傷，右額角及左腳兩傷，均深透骨。是該上告人持刀連斫至四五傷之多，且受傷部顯係致命，自不得謂其對於犯罪事實，不能認識，即不得斷其無故殺之決心。（四年上字一六六號）

查刑律第一百八十二條之誣告罪，有二要件：（一）意圖使他人受刑事處分或懲戒處分。（二）為虛偽之告訴發報告。而所謂虛偽之告訴，以告訴人明知其虛偽而告訴者為限。若告訴人誤信為真實，雖事屬虛偽，仍不能以誣告論。（四年上字七七一號）

目的物之錯誤，與構成犯罪要件事實之錯誤，其成立犯罪故意之影響，相去懸絕。法律上但問其是否預見為人，而實施殺人行為，至其人之為甲為乙，原無關於犯罪之成立。（四年上字一〇二八號）

犯罪之成立，以認識犯罪事實為要件。故行使偽造私文書之犯罪，必須知該文書為

偽造而故意行使，始能構成。如果誤信贗鈔爲真據，則收受後在訴訟上提出爲證不能遽科以行使之罪。（五年上字二二三三號）

被告同行上盜，於首盜入室行劫之際，在門外把風等候，首盜劫物出門後，卽代爲背贓物，並分受使用者，其上盜之初，雖係被告，而方其在門外把風之際，已脫離他人強制之範圍，乃猶把風等候，並運贓分贓，自無解於強盜共犯之罪責，尤與第十三條所謂過失無涉。（六年上字三六五號）

上告人等意圖略取甲某，先至乙某家內搜索未獲，復在丙某屋內將甲某拖出。上告人等明知爲兩家，而先後侵入，應認爲構成略誘一罪，與無故入人第宅兩罪，依刑律第二十六條處斷。（九年上字二八六號）

明知院外有人，始行開鎗擊射，其具有不確定之殺人故意，甚爲明瞭。（七年上字九二六號）

聚衆奪犯，稍具常識者，均知其爲非法。該上告人果否不知法令，原審調查未及，遽以

該上告人鄉愚無知，引刑律第十三條第二項爲之減等，更嫌疏縱。（七上年上字九六四號）

查上訴人誤認某甲爲某乙，用鎗殺害，固係目的物錯誤，於罪質上無所變更，惟於殺某甲之前，即於目的物尙未錯誤時，已直向某乙實施殺害，以行爲論則可分，以法益論，則有二，應予分別論罪。原審乃視同單純目的物錯誤，合論一罪，法律上見解，殊有錯誤。（十年上字三六八號）

上告人意欲殺甲，置毒粥內，甲於食時，給與乙食，乙中毒身死。據上告人前後供詞，其是否知甲與乙常在一處，並是否常給剩飯與乙吃食，及上告人是否確無毒乙之意思，尙屬不明。則乙中毒斃命之事實，上告人是否預見其發生，又其發生是否違反上告人本人之意思，於上告人果否具有殺人之間接故意，殊難斷定。如其並無此種故意，則是否應負能注意而不注意之責任，又應切予審究。（十一年上字二九二號）

【解釋】

甲用木器毆傷乙肩背之先，將乙推入石灰堆中，乙被灰屑迷目，視能衰減。甲推乙之

行爲，如係預知其爲石灰堆而故意推入者，自應以故意論。若並未預知石灰堆而推者，自不爲罪，有重大之不注意者，以過失論。此係事實問題，有無故意，在於調查事實。（三年統字一一六號）

舊律載洋盜案內，被脅在船，爲匪服役，或事後被誘上船，並未隨行上盜者，自行投首，照律免罪，如被拿獲，均徒三年，年未及歲，仍照律收贖等語。爲盜執炊，依舊律固有分別處罰免罪之規定。唯新刑律重在故意，非故意之行爲不爲罪，總則已有明文。爲盜執炊，既無爲盜之故意，又非強盜之行爲，不能索強附會，而入人以罪。（四年統字三一六號）

看守所長，看守夫對於已決未決人犯脫逃，既非故縱，僅係疏脫，依刑律第十三條第二項，當然不爲罪，惟應受懲戒之處分。（五年統字五一六號）

窩票看票之人，如不知係被擄之人，則不成立犯罪。（六年統字六六六號）

甲與乙涉訟，乙知未能勝訴，服毒赴甲家圖害，甲恐拖累，將乙移回伊門首，喊門後氣絕。查於人將死之際，故爲移置他處，以速其死者，雖應負刑事責任。惟甲如果確僅因乙服

奪其家圖害，乃移回乙家，冀免拖累，自不爲罪。（八年統字九九七號）

辛如果誤信乙爲戊已休之妻，故買爲妻。自應適用刑律錯誤法理不爲罪。（八年統字一〇四六號）

犯罪之成立以有犯罪之故意爲普通要件。惟有特別規定者，不在此限。（八年統字一〇八三號）

受被擄人之家族囑託，並先向索謝金，以善意爲其向匪說贖，雖與匪認識，而無通匪行爲，索取謝金，又無恐喝情形，尙不爲罪。（八年統字一一五八號）

第二十五條 過失應處罰者，以有特別規定者爲限。

【文義】

過失之意義，見第二十七條。

特別規定者，即分則各條另有明文規定者。

【理由】

本條規定過失處罰之範圍。因過失之行為，本無惡性可言。處罰如何，刑法以明文定之。若無規定，不得處罰。其有明文規定處罰者，所以示儆戒而促其注意焉耳。

【解釋】

非因故意散失已印成之宗譜，應否以毀棄論罪。查過失毀棄，刑罰中無處罰明文，不能認為犯罪。（十七年解字第一九一號）

第二十六條 犯人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。

犯人對有構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背犯人本意者，以故意論。

【文義】

犯罪之事實，即犯罪行為之結果。

明知，指豫見其發生之結果而言。

有意，指決意行為之目的而言。例如獵者知前道有人，本持鎗不發，孰知誤解其機而

發之，遂生殺人之事實，此即爲非明知與有意。

違背犯人本意，指犯人之觀念與行爲所發生之結果不相符合之狀態而言。例如入山獵獸，以人爲獸，而誤擊殺之者是。

以故意論，即亦認爲故意也。

【理由】

本條規定確定故意之意義及其範圍。故意之意義，若不確定，則解釋上不免一伸一縮，足以出入人罪，其關係至鉅。且法家學說，對故意之意見，各有不同，若不確定其範圍，匪獨法文之解釋不能畫一，而犯人之處罰，尤患失平。此有本條之設也。

【學說】

關於本問題，學說上約有三種：

(甲) 認識主義，亦曰觀念主義。僅對於犯罪事實有認識者，即爲故意。

(乙) 希望主義，亦曰意欲主義。對於犯罪事實有認識而外，並有希望結果發生之

意思者爲故意。

(丙) 違法認識主義。此說以認識違法爲故意，卽不知違法爲非故意。如此點者犯罪，皆得委爲不知法律爲口實，故其流弊較多。

此外與希望說相同而微有別者，曰意思說，如 (T. Birkmeyer) 所謂具犯罪要件之認識，而爲行爲之意思者，爲故意。故故意由認識與意思二種要素相合而成；後者爲其中心要素，前者爲附加要素。日本學者大場氏採意思說，宗二勝本二氏均採認識說。岡田氏之言曰：事實之認識，觀念也，舉動之意思，決意也；故意者觀念之決意也，故故意云者，卽知犯罪事實而志於犯罪動作之謂也。其所採雖係認識說，然其內容與 (T. Birkmeyer) 所主之說相同，故無寧謂爲意思說。本法採意思說。一九〇九年德國刑法準備草案採意思說，與國刑法及一九〇九年準備草案亦同。

【比較】

暫行律於故意之範圍，未嘗確定，其爲不當，具如理中所述。近世之立法例，如意大利，

俄、暹羅等國刑法典，及瑞士前後各草案，德國刑法準備草與委員會刑法草案，皆條文規定故意之定義，故本法亦著本條。

第二十七條

犯人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意，爲過失。

犯人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生者，以過失論。

【文義】

應注意並能注意而不注意者，即學說上所謂不認識之過失。例如藥劑師配藥，因不注意而誤配他藥致病者死亡是。

預見其能發生而確信其不發生者，即學說上所謂認識之過失。例如甲以乙素善游泳，乘乙不備，猛推之於深淵，致乙遭溺斃是。

【理由】

本條規定確定過失之意義及其範圍。過失之意義，法家學說之意見，亦復不一。若不確定其範圍，則法文之解釋，既不能畫一，而犯人之處罰，尤患失平，其關之係重大，實與故

意同。故有本條規定。

【學說】

關於過失之標準，學者有種種主張，約可分為三說，述之如左：

第一抽象說，又稱客觀說。此說所主張者，假定一普通人所能注意之程度為標準，不能盡普通人所能注意之程度時，謂之不注意。

第二具體說，又稱主觀說。此說所主張以本人通常所能注意之程度為標準，不能盡其通常之注意時，謂之不注意。

第三折衷說。此說以行為上必要注意之程度，應以該行為之客觀性質為根據。但判斷行為者，能否預見其結果，是為主觀問題，故又應以行為者之精神能力及其行為時之精神狀態為基礎。

以上三說，以第三說為當。

【比較】

暫行律於過失之範圍，未嘗確定。此其不當，與不確定故意之範圍同。近世立法例，多於條文規定過失之定義。本法從之，而有本條之設。

【判例】

刑律上過失犯之成立，應以不注意於可以預知之事實為條件。如係不能預知之事實，即屬無從注意，自不能發生過失問題。（四年上字三九一號）

【解釋】

甲用木器毆傷乙肩背之先，將乙推入石灰堆中，乙被灰屑眯目，視能衰減。甲推乙之行爲，如係預知其爲石灰堆，自應以故意論。若未預知係知石灰堆者，自不爲罪，有重大之不注意者，以過失論。（三年統字一一六號）

第二十八條 不得因不知法令而免除刑事責任；但因其情節，得減輕本刑二分之一。

【文義】

不知云者，卽不認識實在法令，或幻覺不實在法令之謂。

【理由】

法令既已頒布，人民卽有應知之義務。若因不知法令之故，不負刑事責任。則皆得謬爲不知，以免刑罪，弁髦狡飾，法令之實施，勢必至無日。故有本條之規定。惟是現時社會複雜，法令紛繁。不明法令，誤觸罪刑者，未始無有。揆其情節，不無可原。故本條所以又有但書之規定。

【比較】

暫行律第十三條第二項之規定，不知法令，不得謂非故意；但因其情節，得減輕本刑一等或二等。此項之規定，卽學說上所謂法律錯誤。但法律錯誤，與刑事責任之關係，不獨故意罪有之，卽過失罪亦有之。暫行律以法律錯誤，專限於故意，不無疏漏。本法本條規定，自較爲賅括。

【判例】

查刑律第十三條第二項所謂不知法令者，係指對於刑罰法令有所錯誤。詳言之，即某種行為有處罰之法令明明存在，而誤解以爲此種行為法令上並不爲罪，或誤信現行某法令尙未施行，或誤認未公布之某法令已經有效，致犯罪行為欠缺違法之認識，始足當此。（四年上字一一一號）

第十三條第二項，係指犯人關於法令之見解生有錯誤，或竟不知有此法令而言。不得以鄉愚無知爲理由，遽引該條項，濫爲減等。（七 years 上字五〇〇號）

聚衆奪犯，稍具常識者，均知其爲非法。該上告人果否不知法令，原審調查未及，遽以該上告人鄉愚無知，引刑律第十三條第二項爲之減等，更嫌疏縱。（七 years 上字九六四號）

第二十九條 犯罪因發生一定之結果，而加重其刑者，若犯人不能預見其發生時，不得從重處斷。

【文義】

犯罪因發生一定之結果而加重其刑者，例如第二百四十條犯強姦罪，處七年以上

有期徒刑，因而致被害人於死者，處死刑或無期徒刑是。

【理由】

本條規定確立罪責科斷之原則。查分則於犯某罪因而發生其他結果者，加重其刑等條文頗多。夫處罪科刑，應酌量犯人之罪責。否則專以結果爲斷，乃古代刑法，近世學說，非謬甚深。誠以犯罪所生之結果，其在犯人意中者，科以較重之刑，未爲不當。至若意外之結果，其發生之原因，至爲複雜。因偶然之事實，使犯人負此意外之結果，不獨受罰者自痛不平，揆諸刑政策，亦不得爲當。本條之設以此。

【比較】

基上述之理由，犯人對於犯罪行爲之結果，所負之刑事責任，應以預見者爲限，乃刑事政策上適當之道，無庸疑議。故晚近立法例，如那威、俄國刑法典，及奧國瑞士德國各刑法準備草案，與德國委員會刑法草案，皆規定犯人祇對於其能預見之結果而負其責任。暫行律於此祇惟規定於第三條第三項一款，所犯重於犯人所知或相等者，從其所知，法

意雖同，文詞嫌晦。本法則取各國法例，著之本條，旨約而嚴。

第三十條 未滿十三歲人之行爲不罰；但因其情節得施以感化教育，或令其監

護人保佐人繳納相當之保證金，於一年以上三年以下之期間內，監督其品行。

十三歲未滿十六歲人之行爲，得減輕本刑二分之一；但減輕本刑，因其情節，得施以感化教育，或令其監護人保佐人繳納相當之保證金，於一年以上三年以下之期間內，監督其品行。

滿八十歲人之行爲，得減輕本刑二分之一。

【文義】

感化教育，感化其德性之教育也。

監護人，即對於脫離親權之未成年及禁治產人之身體財產，而有保護監督之職務者是。

保佐人，即對於受禁治權之宣告人之財產，而有保護佐理之職務者是。

【理由】

本條規定責任年齡。茲分別述其立法理由如左：

第一項之規定。絕對無責任之年齡爲十三歲。誠以十三歲人之行爲，未具認識之能力，卽有觸法令，加以罪刑，匪獨不能收刑罰之效，反足以引起社會之糾紛，而增加國家之犯人。此未滿十三歲人之行爲，所以不罰也。

啓發幼年之智識，養成人民之德性，足以減少擾亂社會之徒，卽爲國家求健全之分子。因是對於未成年人之犯罪行爲，而有實施感化教育之必要。惟目下感化院尙未設立，不得不有救濟之方法，是卽令其監護人保佐人繳納相當之保證金，並於法定期間，自行監督之道尙焉。

至於十三歲以上，未滿十六歲人，已屆精神發達之年齡，而合法律上預定之標準。卽應負刑法上責任，毫無疑義。惟是其年齡尙幼，雖有觸犯法條，亦不無可原之理。故得減輕其責任。減輕責任者，仍得因其情節，施以感化教育，或令其監護人保佐人繳納相當之保

證金，於法定期間，自行監督。其理由具如前述，不復贅。

滿八十歲人，其精神漸就昏昧，與少壯者之精神狀態，顯有不同。故其行為應不負刑事之完全責任。雖然有老而益趨險惡，確與社會有重大之危險者，若徒以年齡之老，而與減輕之特典，亦未免失之平允。是減輕與否，仍當視其情節而定，自不能偏於一見，濫予減輕。故本法規定為得減，而非必減。

【法例】

對於責任年齡，各國歷來立法例不一，舉其方法，厥有五類：

(甲) 二分制 又可別為二種：其一分為相對責任時代，及全負責任時代。其一分為絕對無責任時代，及全負責任時代。

(乙) 三分制 又可分為二種：其一分絕對無責任時代，相對無責任時代，全負責任時代。其一分絕對無責任時代，減輕責任時代，全負責任時代。

(丙) 四分制 分為絕對無責任時代，相對無責任時代，減輕責任時代，全負責任

時代。

茲就各國之立法例，列表如左：

三		分						二	分期
英吉利	美國紐約	日本	奧地利	挪威	盧森堡	比利時	法蘭西	國名	
七歲未滿	七歲未滿	一四未滿	一四未滿	一四未滿				絕無責任	
七—一四	七—一二				一六未滿	一六未滿	一六未滿	或無責任	
								減輕責任	
一四以上	一二以上	一四以上	一四以上	一四以上	一六以上	一六以上	一六以上	全負責任	

制		分								
芬 蘭	瑞 典	德 意 志	匈 牙 利	荷 蘭	希 臘	墨 西 哥	暹 羅	埃 及	印 度	坎 拿 大
一五未滿	一四未滿	一二未滿	一二未滿	十歲未滿	十歲未滿	九歲未滿	一四未滿	七歲未滿	七歲未滿	七歲未滿
	一四—一五	一二—一八	一二—一六	一〇—一六	一〇—一四	九—一四	一四—一六	七—一五	七—一四	七—一四
一二—一八										
一八以上	一五以上	一八以上	一六以上	一六以上	一四以上	一四以上	一六以上	一五以上	一四以上	一四以上

制		分						四																										
土耳其	一三未滿	一三一五	一五一八	一八以上	丹麥	一〇未滿	一〇一五	一五一八	一八以上	西班牙	九歲未滿	九一四	一四一八	一八以上	巴西	九歲未滿	九一四	一四二二	二一以上	意大利	九歲未滿	九一四	一五一二	二一以上	葡萄牙	七歲未滿	七一四	一四二〇	二〇以上	俄羅斯	七歲未滿	七一四	一四二一	二一以上

關於感化教育機關之組織，按諸文明各國先例，可分三種，述之如左：

(甲) 兵營式 其內部之組織與兵營內部同。教職員為將校，受感化之兒童為士卒，故曰兵營式。此種制度優劣互見，如組織嚴密，規制周備，足以養成有規則之習慣，強健

兒童之身體，然感化教育固有之目的，在於收感情上感化之效果。兵營式惟使兒童攝於威嚴而非誠心悅服，仍難消除根本上的惡性，是其缺點。

(乙) 家庭式 其內部組織，與家庭同。教職員猶之父兄，受感化之兒童，猶之子弟，故曰家庭式。此種制度足以矯兵營式之流弊，使兒童陶冶於感化之中，固有之惡性，漸就消滅，感化無形，收效實著。惟其間亦不無困難者，蓋每一家庭收容不多，經費浩繁，教材缺乏，且易使兒童恃其愛而生狎玩是也。

(丙) 學校式 其內部組織，與普通學校同，教職員猶之學校中之教職員，受感化之兒童，猶之學生，故曰學校式。揆其優點，約有三端：經費有限，實行非艱，一也，能收容多數之兒童，教材易得，並無恃愛生玩之弊，可免家庭式之缺點，二也，諄諄善誘，注重個性，無兵營式之嚴，使兒童純感於德，而不攝於威，三也。故三制之中，實以學校式為最妥善。各國大抵多採用此制者，蓋有由焉。

【比較】

責任年齡，暫行律定爲十二年，按之刑事政策，未得爲當。故本法改爲十三歲。十三歲以上，未滿十六歲者，得減輕其刑。並於感化教育之外，增入由監護人等繳納保證金，自行監督品行一法。

暫行律第五十條，瘖啞人或未滿十六歲人或滿八十歲人人犯罪者，得減本刑一等或二等。瘖啞爲聽能語能之欠缺，本法另爲一條。至於年齡一層，與本條有關，故改入本條第二項及第三項，自較爲協。

【判例】

犯罰年齡，是否已滿十二歲以上，與罪刑成立關係甚鉅，非從事實調查明確，不能率爾定讞。若僅以被告智能發達之程度，與體格長成之狀態，爲推測之斷定，不得謂有法律上之根據。蓋體格與智能之發達，雖與年齡大有關係，然此種現象，往往因遺傳秉賦氣候教育及其他原因，而發育遲速之不同，不能以主觀之推測，即據爲年齡之確數。（五年上字七八五號）

【解釋】

異姓幼女，由養親撫養者，其養親自得為該女刑法上之監護人。（十七年解字第一

九七號）

第三十一條 心神喪失人之行為，不罰；但因其情節，得施以監禁處分。

心神耗弱人之行為，減輕本刑；但因其情節，得於執行完畢或免除後，施以監禁處分。

【文義】

心神喪失人，即因精神障礙，全缺意思作用之能力者是。

心神耗弱人，即精神障礙之程度較輕，不全喪失意思作用之能力，惟較普通人為減少者是。

【理由】

本條規定關於責任能力缺乏之一原因之精神障礙。心神喪失人，已完全缺乏意思

作用之能力，對於其行爲之事實，全不能負其責任。此本法規定所由不罰也。心神耗弱人，未至完全缺乏意思作用之能力，對於行爲應負其責；但處罰必須減輕。至於監禁處分之施，不外爲使減少再有發生犯罪事實之理由。

【比較】

暫行律第十二條第一項規定，精神病人之行爲不爲罪；但因其情節得施以監禁處分。故本法第二項之規定，爲暫行律所無，暫行律實有未協。蓋心神喪失人犯罪不處罰，而常人犯罪則處罰。若心神耗弱人其重者幾與心神喪失等，輕者或與常人同，既不應處以通常之刑，又不應全免其刑事責任，故須有特別之規定。外國刑法典有類似之規定者，如意大利、那威、西班牙、丹麥、瑞典、芬蘭、希臘、日本等國刑法典，及瑞士德國刑法準備草案，與德國委員會刑法草案，皆有心神耗弱之條文。一千九百〇五年萬國刑法學會議決，亦贊成對於心神耗弱人科以較輕之刑。本法訂有本條，實爲妥善。

【判例】

精神病人之監禁亦屬行政處分之一種，與自由刑之性質絕不相侔。（二年非字第三七號）

刑律第十二條情節二字，乃專就精神病人於社會危險程度，與有無相當看護或監督之情形而言，與普通所用犯罪情節有輕重大小之別者不同。誠以精神病人之行爲，雖依法不能爲罪。然於社會苟有意外之危險，而其親屬又不能爲相當之監督者，得依但書規定，或交付精神病院，或其他處所，禁制其自由，以防危險。（二年非字第三七號）

查暫行刑律第十二條之規定，精神病人之行爲不爲罪。該條第二項又有前項之規定，於精神病間斷時之行爲不適用之等語，是對於精神病人之犯罪行爲，其平時是否確有此種疾病，當實施犯罪行爲之時，精神病有無間斷。在審理事實之銜門，自應詳細調查，加以鑑定，始能按律問擬。（四年上字第五二三號）

原審既經認定被告之殺人行爲，屬於精神障礙中之作用，乃不依刑律第十二條第一項宣告不爲罪，而以傷害人致死科斷，實屬違法。（五年非字第二號）

查第一審判決，係以上告人素患瘋病，雖已痊癒，精神尙未完全恢復等語爲理由，適用刑律第五十四條減等科處。如果上告人素爲精神病人，而其行爲時，精神又未恢復，即不能謂爲已經痊癒，直與第十二條第一項相當，不能使負刑事責任。如果行爲時精神病業已痊癒，所負刑事責任，即當與常人無異，不應據此爲減等理由。是第一審判決，所附理由，顯有牴牾，係屬違法。（九年上字九二〇號）

【解釋】

犯罪若係因瘋，不能適用第十二條精神病人行爲不爲罪之規定。有無虛僞，須用專門醫學診察。（三年統字一三一號）

刑律第十二條監禁處分，應由審判衙門宣告，並得於無罪判決書內諭知。又監禁不得逾治療必須期間，應調查實況，酌定期間。逾期其危險程度並未減輕者，得爲延期處分。期內若已痊可，得爲解禁處分。又如他法可以代替監禁，使其於人不生危險時，亦不得予監禁。至調查證據，應準用刑訴證據法辦理。（九年統字一三五〇號）

查吸食鴉片烟應否論罪當依禁條例第六條分別辦理。被告人如未滿二十五歲有精神病者吃食鴉片烟之行爲，得不爲罪，若精神病間斷時仍應爲罪。其精神病是否間斷，應視其吸食之際，對於鴉片烟有無相當認識，依事實定之。（十七年解字第十三號）

查監禁處分，不必在監獄內執行。某甲親屬自願在家禁制甲之行動，如足認爲於社會不至發生危險，自可照准。（十七年解字第八八號）

第三十二條 不得因酗酒而免除刑事責任；但酗酒非出於己意者，減輕本刑。

【理由】

本條規定酗酒者之行爲科刑之原則。酗酒之人，在病理上祇屬一時之精神病。此種病源之干犯與制止，本人均有可能。非心神喪失與心神耗弱爲基於生理與病理上之原因，莫由主宰。倘其行爲，使不負刑事上責任，則沉湎者愈趨恣肆無忌，刁狡者藉醉忘行，自非法律所許。惟酗酒非出於己意者，仍完全負刑事上責任，揆之刑事政策，亦不得謂當。故本條有但書之規定。

對於酗酒者之罪責問題，學說上頗不一致，舉之如左：

第一爲無責說 主是說者，以爲酗酒者精神狀態，既失其精神主宰，對於其行爲，已無認識之能力，與心神喪失者初無有異，自不負刑事上之責任問題。

第二爲有責說 主是說者，以酗酒者之行爲，雖與普通人之精神狀態有異，而其人固有之精神，原與普通程度無殊。又較諸心神喪失人之純出乎疾病作用者不同。是應須負刑事上責任。

第三爲折衷說 是說以酗酒者之行爲，應負刑事上責任與否，當以是否出於己意爲衡。其行爲出於己意者，應負刑事上之責任，不出於己意者不罰。

茲試就上舉三說，而詳論其得失。據第一說充其弊必予犯人利用之機會，而貽社會無窮之禍根。其無足採取，無俟煩言。據第二說酗酒者之行爲，絕對有責，足以限制酗酒，預防犯罪，未始不良。惟酗酒對於其行爲絕無意思者，仍處其刑罰，揆之刑罰原則，未見平允。

故第二說亦不無缺漏。據此則第三說折衷於前二說之間，自屬爲當也。

【比較】

本條但書之規定，暫行律無其明文，不無疏漏。又暫行律草案注意，謂若係全無意識之行爲，而非出於故意者，可援第十三條斷爲無罪等語。據此解釋，暫行律對於酗酒非出於己意者，在刑法上絕對無責。本法規定減輕本刑，爲減輕責任。二者之間，頗有差別。而究以何者爲當乎？查酗酒與否，以本人干犯及叢制與否爲斷。飲酒而有節，則酗酒之行爲，莫由而生。是其行爲遠因，爲飲酒之無節。是項行爲構成遠因，與其他之情形不無區別。爲杜漸防微計，雖其行爲非出於己意者，亦不能全免罪責，祇須減輕責任，而合乎刑事政策之要求。故本法立法，較諸暫行律自屬嚴密而適當。

【判例】

查酗酒行爲，與非故意之行爲，截然不同。刑律第十二條第二項及第十三條分別規定。賊以非故意者，無行爲意思之聯絡，故不爲罪。至酗酒者行爲，本爲人能所能裁制，其行

爲意思，是否聯絡，自當以犯罪行爲之事實爲斷。不得以酒後行爲，盡認爲全無意識，冀免犯罪之責任。（四年上字三五—號）

第三十三條 瘖啞人之行爲，減輕本刑。

【文義】

瘖啞人，卽兼欠缺聽能語能之人。其瘖而不啞，或啞而不瘖，均不得爲瘖啞人。

【理由】

本條定瘖啞人減輕罪責之規定。精神之發育，於各種之感覺，在在有關係，而尤以聽覺及語能之關係爲最鉅。彼瘖啞人失此增進智識之二大機能，不能承受教育，能力薄弱，故須減輕罪責。是有本條之規定。抑有宜注意者，瘖啞有生而瘖啞者，有因疾病或受傷而瘖啞者。本條之適用，以生而瘖啞者爲限。若因疾病或受傷而瘖啞者，不過肢體不具，其精神智識，與普通人無異，而與生而瘖啞頗有差別。故不能適用此種之規定。卽有可原情形，自有酌科之例在也。

【比較】

關於瘖啞人之行爲，各國法例有全不論罪者，有減輕罪責者。暫行律第五十條之規定，瘖啞人犯罪者，得減本刑一等或二等，取得減主義。本法取必減主義。夫對於瘖啞人須減輕之理由，已如理由中所述。矧今日學校制度，尙未全部發展。瘖啞人得承受教育之機會不多，雖欲略備普通之智能，亦至不易。則於其罪刑，自須必減，方爲妥當。

【判例】

查刑律第五十條所稱瘖啞者，係指生而聾啞者而言。其因疾病致生聾啞者，自不在其內。（四年上字八四〇號）

第三十四條 依法令之行爲或正當業務之合法行爲，不罰。

【文義】

依法令之行爲云者，即根據法令之行爲也。

正當業務之合法行爲云者，即法令或習慣上所認許之業務行爲也。

正當之意義，解釋上不必以高尚之業務為限，苟為法令所認許，縱社會上認為卑污下流，亦不得以不正當業務論。反之業務之性質，雖屬高尚，而違乎法令者，亦不得認為合於正當業務之性質，免除刑事上之責任。前者之例，如娼妓之營業，因法令許可，且對於國家負擔一定之稅額，自不得不認為正當業務之一種。後者之例，如藥物化學營業者，違背法令上手續，則須受第二百零一條之處罰，固不得以正當業務之理由主張不罰也。

【理由】

本條概括規定正當行為不罰之原則。依法令或正當業務行為，其外形酷類犯罪，而實質確非犯罪，自不能極端適用刑法，罰及無辜。故設本條，以明其旨。茲據本條，更為分別說明如左：

第一 關於依法令之行為，分別舉述如左：

一 職務行為

職務行為者，即依其職務所為之行為也。可分為二種：

(一) 據法令直接執行職務。例如依刑事訴訟法逮捕犯人，依監獄法對於在監者使用手械，依民事訴訟法，實行假扣押拍賣。其他之例，不勝枚舉。

(二) 依本屬上官命令執行職務。例如非現行犯人，警察須奉上官命令，始能逮捕是。

二 懲戒行爲

懲戒行爲，有基於公法上之關係者，例如法官懲戒法黨員背誓條例是。有屬於私法上之關係者，例如親權者對於未成年者於法令或習慣所認許之範圍內，自由束縛，與前者之處以懲戒，均爲正當，不成犯罪。然倘越出範圍，其爲過當行爲，仍屬違法。

三 監督行爲

監督行爲云者，依特別法令規定有監督權者對於被監督者於其權利範圍內，所施之處分之謂也。如感化院院長反省院院長監獄官病院學校之監督者皆有之。

四 現行犯逮捕行爲

逮捕現行犯，亦爲依法令實施之正當行爲。蓋無論何人本諸刑事訴訟法規定，皆得逮捕現行犯。此等行爲，既根據法令，故不得視爲私擅逮捕。普通人民惟對現行犯有逮捕權，故其行爲，有異於官吏之執行職務，自無待述。

第二 正當業務之行爲，須遵守其業務之種類，及性質上之學術上習慣上之條件，且不能超出相當之範圍，是則所謂合法行爲也。例如醫生之施手術，須得受術者或其他之權利者之同意，且須用醫學上相當之方法，除緊急避難情形外，醫師倘不得當該權利之同意或醫學上所不許之方法，當該權利者乃被其損害，則構成犯罪。

【學說】

屬於正當業務之行爲，如醫生之手術，理髮師之刈髮，均其適例。雖創傷或毆打他人之身體，均不得爲犯罪。此等行爲，不構成犯罪之理由，學說不一，如：（一）爲正當業務行爲，無害他人之故意。（二）出於保護重大利益之目的。（三）受對方之認許。（四）基於緊急避難。（五）法令或習慣上對於一定營業有特別認可或許可之根據者。五說之

中，余贊成最後之一說。

【比較】

暫行律第十四條規定，依法令或正當業務之行爲，或不背公共秩序善良風俗習慣之行爲不爲罪。該條不背公共秩序善良風俗習慣之行爲句，有所未協。蓋分則所規定，無非罰其違背公共秩序善良風俗習慣之行爲。此外則屬本法第一條不爲罪之行爲。故不必有此規定。本法無其明文。

第三十五條 依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰。

【文義】

所屬，即己之所隸屬，而須聽其命令者。

上級，即在政治階級上，較己爲高者。

命令，即上級對於下級所發之命，有強制力使必遵行者之謂。

職務上行爲云者，根據本身之職務上有作爲與不作爲之行爲也。例如逮捕犯人爲

司法警察職務之一之類是。

【理由】

本條爲執行上級公務員命令之職務行爲不罰之規定。下級公務員對於上級公務員之命令，屬於其職務者，有遵行之義務，無拒絕之理由。此乃基於行政法之要求，因之執行違法命令，而生犯罪行爲之結果者，應由上級公務員任其責。下級公務員本於職務之服從，當然不得以共犯論，即不負刑事上責任問題。惟於此所宜注意者，執行上級公務員命令之職務行爲，須具備左列之條件：

第一須屬於政務。公務員爲執行國家政務之人員，階級有殊，性質惟一。故命令之事務，須關於政務。政務而外，當然不生服從命令之問題。

第二須屬於上級公務員權限內。一切政務基於行政法之規定，皆有一定之職權，指揮命令，自須根據於權限。故命令之內容雖屬於國家政務，而不屬上級公務員之職權以內者，則無命令之效力，不生服從之義務。

第三須屬於自己之職務。上級公務員之命令，雖具備上舉之條件，倘非下級之公務員之職務者，亦不負服從之義務。

第四須具備一定之程式。依現行法令，凡公文書必有法定程式，如欠缺法定手續，則不生法律之效力，因之無服從之義務。

具備以上各要件，雖其命令之實質上有不能無違法之事實，行爲之結果，須由發命令之公務員任其責，與行爲者無與焉。

【學說】

關於本問題學者之說，亦有種種不同，舉之如左：

(甲) 說謂對於所屬之上級公務員之命令，有絕對服從之義務，無審查其形式及實質之權。

(乙) 說謂對於上級公務員之命令，有審查形式及實質之權。

(丙) 說謂對於上級公務員之命令，無審查實質之權，而有審查形式之權。

三說之中，自以丙說爲最普通。所謂形式之審查要件，具如理由中所述，於此無庸贅陳。

【比較】

本條規定，暫行律所無。本法仿意大利荷蘭埃及暹羅等國法例而著本條，實爲妥備。

【判例】

查服從長官之命令，必其命令在職務權限之內，始生服從之義務。至藉私仇殺人之行爲，不在職務權限之內，乃明知其不在職務權限之內，而聽從實施，自應負殺人之刑責。

（二年上字第九七號）

據無效力之批以殺人，仍不得爲依法令執行職務，實構成刑法上殺人罪。（三年上字第一八二號）

馬明旺受馬燮元之指揮，將李開明笞責致傷身死，即屬共同正犯。原判馬明旺迫於長官之命令，對於所生之結果不負責任，似不無曲解。蓋長官命令雖有服從之義務，而不

法命令則否。矧第十三條所稱故意者係對於過失及無意識之舉動而言。馬明旺雖迫於長官之命令，何至遽喪失其自由之意思。其咎實行爲，不可謂非故意。（四年上字第一二八號）

上告人於飭令銷斃余安和一節，固已承認不諱，不外藉口貴州省長准其擇尤銷斃煙犯之通令，以爲解除刑責之理由。本院查裁種罌粟，刑律已有處罰明文，當然有支配全國之效力。至地方行政官廳僅有依法禁種之責，並無另定罰則之權利。無論該省行政長官有無此項之通令，既與刑律抵觸，依命令不得變更法律之原則，自無優越之效力。且此種違法命令，依官吏服務令第二條第一項，下級官吏亦無服從之義務。上告人持此以爲不服理由，根本上已屬錯誤，實不能認爲刑律第十四條依法令之行爲，其應負刑事責任，不待煩言而解。（七年上字第五六四號）

第三十六條 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，得減輕或免除本刑。

【文義】

侵害者，對於他人權利之攻擊之謂。

權利者，為法律所保護之利益，即生命身體自由名譽財產及公安公益等一切之利益之謂。

出於防衛他人權利之行為，即見第三者受不法之侵害，乃出而代為行使正當防衛之謂。

防衛行為過當，指超過防衛必要之程度而言。

【理由】

本條規定正當防衛行為不罰之原則。誠以法律既賦予吾人以權利，則不可不有適當之保護。保護之道，有二：一即權利作用之積極的發展，他即權利之消極的自存。吾人積極的主張自己之權利，同時消極的不得不排除不正之侵害。倘無排除侵害之權能，則所謂權利者不得以云完全。故對於不正當之侵害，得適法防衛，乃由權利本質當然之結果。

換言之，亦權利之一種作用也。茲將本條之規定，分析如次：

(甲) 正當防衛，以侵害行為為原因，以對侵害行為者實行防衛為實質。故正當防衛，以侵害為前提。關於侵害行為，須具左列之條件：

(一) 不法之侵害行為。防衛須對於不法之侵害，惟不法但不必出於有責。故對於無責任能力者之侵害，皆可以對之防衛，實施正當防衛權。即對於有治外權人之侵害，亦同。蓋正當防衛於權利之本能，既有直接之根據，雖不受國法制裁者，亦得對之實施正當防衛權也。

(二) 急迫侵害之行為。急迫者，侵害之開始繼續中之危險狀態也。故過去或將來之侵害，均不得認為急迫之侵害。對於攻擊終了之反擊，是為復讎，除去未來攻擊之攻擊，是為豫防行為。兩者均非正當防衛。蓋未來之侵害，可請求公力豫防，既往之侵害，亦可訴諸公力處分，皆不許有正當防衛權。

(乙) 正當防衛之防衛行為，須具左列條件：

(一) 須爲防衛權利 對於權利有急迫不正之侵害時，得對之行使正當防衛權。其權利無論屬於自己抑爲他人，自然人抑爲法人，苟有急迫不正之侵害，任何人都得行使防衛權。正當防衛權之行使，固不限於當事者自身。

(二) 須對於攻擊者 攻擊，謂侵害法益之積極的行動。防衛，謂對於攻擊而保全法益之一切行動。防衛行爲，胥對於攻擊者（暴行者）自身，攻擊者以外之第三者，不能行使防衛權。蓋防衛行爲，唯爲保全法益之作用，要以攻擊者爲限。至攻擊者人數多寡，自所不問。例如因多數強盜之襲擊，格鬪殺賊，亦正當防衛行爲，法不處罰。倘對於第三者，則不得行使正當防衛權。然正當防衛之實施，往往陷於緊急狀態，故因此而侵害第三者之法益時，則屬救護行爲，非本條範圍。

(三) 無須出於不得已 須出於不得已與否，有二說。依第一說，即須於用腕力以外無免除急迫不法侵害之方法，及其加害於必要程度內行之。故有可逃避時以及有請求公務員保護之餘暇時，均不得即施反擊。依第二說，苟有急迫不正之侵害，即有

可逃避得求公務員保護之機會，亦無庸逃避，或請求，直得加以反對侵擊。前說謂有逃避之餘地，請求公務員保護之暇，揆諸急迫之義，毋乃不侔。是兩說之中，後說爲當。雖然又非苟有急迫不正之侵害，得任意施以如何防衛行爲之謂。是必須斟酌侵害行爲之種類程度，侵害者之老幼強弱等，於保護自己之權利必要之種類程度，予以相當之反擊。

實施防衛行爲，有一種之限制，卽不得超過必要之程度。故若超過其必要之程度，不得免其罪責。蓋正當行爲，其目的在保護被害者之法益，苟出於過當，不負刑事上責任。是以暴易暴，非法律所許。但其原因，有出於故意，或由於過失，其加害之程度，亦有大小輕重之差。故其處分，得因其情狀減輕，或免除其刑。

【學說】

對於由加害行爲將生之損害，與由防衛所加之損害，法益上須重輕均等與否，學說不一，述之如次：

第一說以防衛行爲，視加害之急迫與否爲斷，侵害權利之大小無關。是由加害行爲將生之損害，與由防衛行爲發生之損害，其間之重輕，自無庸求其均等。

第二說以兩者之法益，雖不必求其完全均等，而其範圍以內，要以不失比例爲斷。例如今有賊焉，竊取富豪十元之國幣，自不得加以傷害，卽不得爲正當防衛。

二說之中，余取前說。蓋侵害之急迫，已爲得實施防衛之要件，在急迫之際，權利之能保全與否，間不容髮，於此尙何能計較輕重，責人所難，對於不正之侵害，必浸至放棄防衛權之行使，揆之情理，豈得謂平耶？

對於無責任能力者之不正侵害，得實施防衛權與否，學者之說，亦互有不同，述之如左：

第一不能說，其說謂無能力者，不得爲犯罪之主體，故不能對之實施防衛權。

第二可能說，其說謂人類之行爲，爲行使防衛權要件之一。故凡爲人類之不正侵害，無論其責任能力之有無，均得行使防衛權，對於無責任能力者，不能有例外。

二說之中，余取後說。例如茲有顛狂者舉鎗將發，期中於某甲，爲某甲者，不能因其無責任能力，待其射擊，自取死亡。故其防衛之行爲，於法理初無不合。

【比較】

關於正當防衛，各國刑法皆以不法之侵害爲限。其侵害既屬不法，卽未至不得已時，亦得防衛，與次條救護行爲，微有不同。日本刑法擴充防衛之範圍，以不正之侵害爲準。又恐防衛誤用，遂加不得已之條件。暫行律第十五條之規定，亦以不正之侵害爲限；但遺漏不得已等字樣，其範圍較日本更廣。就日本刑法而論，對於不法之侵害，亦須待至不得已時，方予以防衛，事實上既有所不能，而於立法者保護法益之意，亦有所未盡。故本法從多數國立法例，凡不法之侵害，卽得正當防衛，於不得已之條件，概無所取。

對於過當行爲，暫行律同條規定，得減本刑若干等。本法以過當之程度，仍有輕重之分，若少有過當，卽科以刑罰，未免近苛。故於減輕後，增入或免除字樣，以便法官裁奪。

【判例】

查緊急防衛之成立，固須具備條件，然其條件之是否具備，必根據於事實。蓋緊急防衛爲客觀阻遏違法之原因，決定之標準，須就侵害者及被害者所處之地位又當時侵害各方面情形爲斷，不能專就一面決定之。（二年上字第二八號）

新刑律第十五條條件，專注重在對於現在不正之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲。而第十六條，則專在避不能抗拒之危難強制，而出於不得已之行爲。侵害過去已隔數月，其非第十五條之正當防衛可知。至援用第十六條之緊急情形，事實尤不相符。（二年上字第四七號）

緊急不正之侵害，雖由防衛者不正行爲所挑動，而所謂緊急防衛，仍屬正當。以私人復仇行爲，非法律之所許，仍不免爲不正之侵害，即不得剝奪被侵害者之防衛權。（二年上字第六四號）

正當防衛，按照刑律第十五條規定，以現在不正之侵害爲條件。現在二字含有緊急之意，被害者雖有恃蠻舉動，非緊急之時，乃遽行毆斃，實不能認爲正當防衛。（二年上字

第六七號

刑律第十五條規定，緊急防衛權，以對於現受不正之侵害為最要之條件。故行使此項防衛權，非有不正侵害在間不容髮之際，舍此別無排除之方法者，不得濫用。若其侵害已過，即不成防衛問題，更安有防衛過當之可言。（二年上字第四二一號）

蕭炳奎等開鎗轟擊謝廣老，實因謝廣老先行開鎗，係對於不正侵害為防衛自己之行爲，自不爲罪。惟射擊錯誤，致傷岑阿都身死。然在蕭炳奎等既無鎗傷岑阿都之故意，而際此危機一髮，又未追注意旁人，亦無過失之可言。（三年非字第五六號）

因賊匪糾衆持械，黎明入室，意圖擄人販賣，亟從睡夢中驚起，衣未及穿，倉猝禦敵，遂刺殺一人。實係對於不正之侵害施其防衛，合之暫行新刑律第十五條規定之情形相符。（三年非字第六〇號）

查暫行新刑律第十五條規定正當防衛之要件有二：（一）須對於現在不正之侵害。（二）須出於防衛自己或他人權利之行爲。本案該上告人與孫耀先因閒談口角，彼

此互毆，究竟孰爲侵害，孰爲防衛，極難證明，無成立正當防衛之理由。（四年上字第二九五號）

據原審認定事實，則當時侵害之不正，及其侵害之急迫，自不待言。該上告人於倉猝之際，爲防衛自己生命財產起見，對於侵害者施放鳥鎗，雖傷人致死，實不得謂爲踰越防衛所必須之程度。原判謂楊大賽之邀人來家，固已早有所聞，是對於未來侵害亦非無法以處之，而必待其來時實行鎗傷，此雖不得謂非防衛，然究未免變而加厲云云。以此爲唯一理由，而認爲防衛過當。不知該上告人固已報縣在先，待援不及，率衆來攻，此時除以自力防衛外，實無他法。誠如辯護人所謂既不能禁其不來，則將去家他徙乎？原判解釋法律，實屬錯誤。（四年上字第五九七號）

查刑律第十五條之規定有二要件：第一係對於現在不正之侵害，第二係出於防衛自己或他人權利之行爲。至但書所謂防衛過當，不以侵害之大小，與行爲之輕重相權衡，而以行爲是否超過必要程度爲標準。本夫往坡上看見姦夫正與女人行姦，一時氣憤，順

拾石頭打中姦夫後腦，即時斃命。當時既爲防衛其夫權起見，縱有傷害之認識，而具備正當防衛之要件，自不能認爲超過必要程度。（五年上字第五一號）

甲意在行姦，本非行竊，乙誤認爲賊，以防衛財產之目的，致將甲毆傷。自應依第十五條之例，宣告無罪。（五年上字第八六號）

本夫明知姦夫與其妻和姦之情，因畏姦夫勢強，不敢與較者，尙不能謂爲事前縱容。故因姦夫來與姦婦公然姦宿，於其熟睡之際，致之於死，謂之防衛過當則可，謂無防衛權則不可。（六年上字第二六號）

巡長因巡警在外查案被人殺傷並奪去快鎗，聞報後率警復往，詎行將抵境，彼方早有準備，開鎗迎擊，該警等亦開鎗抵禦，致彼方有二人中彈身死者。彼方迎擊之時，相距既屬不遠，則當時急迫情形，已可想見，該警等對於現在不正之侵害，原無退避之義務，開鎗還擊，爲排除危害應取之手段，亦不發生防衛過當之問題。（六年上字第六三四號）

被人竊去牛隻，聞聲驚覺追逐，瞥見賊人避入廟內，卽向開放一鎗，賊人卽行斃命者。

方其持鎗追賊之際，該賊已棄賊潛逃，避入廟內，則所謂不正之侵害業已過去，仍復開鎗轟擊，自無防衛之可言。且鎗能殺人，本所預見，而持以擊人，即對於殺之結果，具有完全之認識，故應論以故意殺人罪。（六年上字第一〇〇〇七號）

姦夫找同姦婦在船內續姦，適本夫回歸，姦夫驚覺，即向水中圖逃，本夫用鐵嘴撐篙戳去，致姦夫受傷身死者，本夫之殺人，不成爲防衛。（六年上字第一〇一三號）

本案據原審認定事實，爲胡時科率同多人，往胡瑞卿家滋鬧，胡瑞卿見勢洶洶，逼近屋外，喝令胡緯彰、胡賢安、胡時若等，向前毆打，當將胡時科毆傷，次日身死云云。此種事實，既認先係胡瑞卿喝毆，則受胡瑞卿之指揮，而傷害胡時科致死，殊無防衛之可言。原審又認爲防衛過當，適用法律，與認定事實，自相矛盾，實屬違法。（七年上字第一六號）

上告人辯稱尖刀係趙錫富手內奪過，持以還扎等語。縱果屬刀經奪獲，持向猛扎，亦不生防衛問題。（七年上字第二二八號）

查緊急防衛之成立，固須具備條件，然其條件是否具備，必根據於事實。蓋緊急防衛，

爲客觀阻遏違法之原因，決定之標準，須就侵害者及被害者所處之地位，又當時侵害各方面情形爲判斷，不能專就一方面決定之。

縱謂賈明德持斧尾追，該上告人於賈明德跌倒之後，早已經過危險時期，又復奪斧連砍，致賈明德登時斃命，自不得主張緊急防衛。（七年上字第二三六號）

被告人等同馮文顯殺傷盧連升等，係因盧連升等找向借宿，必欲居住婦女之住房，經指定西屋，讓其居住，猶復不允，竟用言謾罵，並將馮文顯揪住毆打，始行喊同還擊。是其共同還擊，顯係對於不正之侵害，因防衛權利所實施之行爲，雖其程度不無過當，而原審竟置此於不顧，已屬錯誤。（七年非字第一三四號）

被告人雖稱因被告人先持刀向扎，始奪刀回扎，主張係正當防衛。然刀經奪獲，彼方又別無不正行爲，則持刀還扎，不成防衛。（八年上字第三六一號）

互毆不得主張防衛權，應以彼此均有傷人故意，而下手先後又無從證明者爲限。如果一方初無傷人故意，防衛情形，復極明顯，仍應以正當防衛論。（參照本院統字第九百

九十五號解釋文（九年上字第七一號）

被害人抗木板機將被告人誤撞，彼此爭吵，勸散後，又復撞遇，向被害人提及前情，隨口混罵，被害人回言，被告人當向撲毆，被害人即用禾叉扎傷被告人頂心右眉，被告人避入場園屋內，被害人追及復用禾叉撲扎，被告人情急，順用裝就防夜土鎗嚇放，不期轟傷被害人肚腹。在被害人持叉將被告扎傷，且窮追不已，雖不得謂非由被告人挑撥，然因受挑撥，遽行逞兇窮追，則其對於被告人仍不能不謂為一種不正之侵害。被告人於被追之際，順用土鎗轟擊，自不能謂無防衛情形。（九年上字第二八〇號）

刑律第十五條正當防衛，係對於加害人為之，故自己或第三人受共同加害人中之一人所為現在不正之侵害，亦得對於他加害人為防衛必要之行為。上告人於第三人已被打倒之後，加害人等之一方，尙未繼續為現在不正之侵害，固無所用其防衛。若於第三人正被毆打之時，或加害人等之一方，尙有其他加害之危險，則倉猝之間，拾石擲擊共同加害人中之一人，仍應認為防衛權之作用。（九年上字第九八三號）

本案啟衅，係被害人開放上訴人田水，足致上訴人灌漑田畝之水利受有損害。如果該處上坂田地，並無供給下坂田地用水之義務，或下坂田地，另有溝道可以取水，則上訴人因其開放自己田水，阻止無效，始以細縛放水人之方法，排除不正之侵害，尙不失一種防衛權之作用。（十年上字第一四五六號）

某人於被告之兄不在家，被告在地澆田時，持刀入室，欲強姦被告之嫂，適被告由田負鋤回家撞遇，某人轉身持刀追扎，被告情急順用鐵鋤架格防衛，致傷某人兩腿及右手，登時斃地，被告近前奪刀，投赴村會自首。是其奪刀以前之行爲，均係對於現在不正之侵害，施其防衛。且於某人持刀追扎之際，危機一髮，用鐵鋤禦敵，自屬排除危害應取之手段，雖致傷人倒地，亦不得謂爲逾越防衛所必要之程度。（十一年上字第七五〇號）

【解釋】

甲之子乙娶妻丙，與丁通姦，約同戊己徒手往捉，丁由丙房中持刀突出，先將戊扎傷，己即取棍，戊即捨磚，將丁格傷，丁復向戊己撲砍，甲順取門旁防夜葦籠，用木柄格傷頭部

倒地，並用鎗扎傷其足部，移時身死。戊己應以正當防衛權論，甲應以防衛過當論。（五年統字第四三三號）

甲妻逃外，乙拐娶爲妻，甲查知，不訴請查追，竟糾衆至乙家搶回，並毆傷乙。查本案情形，甲之搶回行爲，係防衛自己權利之行爲，依刑律第十五條不爲罪。致毆傷乙之行爲，是否合於防衛條件，應調查事實。（五年統字第五三九號）

甲乙二兵，入民家強姦婦女丙，其一正在姦時，爲丙與夫丁格斃，其一爲丁一人在姦所外格斃之，後由丁約同父戊女丙將兩屍遺棄山溝，匿案未報。查丙丁在姦所格斃一兵，均係正當防衛，應不爲罪，祇能就其遺棄屍體科斷。丁又在姦所外格斃一兵，須查明有無防衛或過當情形，方能定罪。如係防衛過當，始能與遺棄屍體援用刑律第二十六條之例處斷。惟丙既有遺棄兩屍體之事實，於法應論爲刑律第二五八條之俱發，但得審查情形，依第五十四條酌減。（七年統字第八一六號）

甲婦於被乙毆之際，用刀戳斃乙，應以正當防衛論；惟須查明是否殺人，抑係傷害人

及有無過當情形。(八年統字第九二七號)

最近成例，凡互毆不得主張防衛權，以彼此均有傷人故意，而下手之先後，又無從證明者爲限。如果一方初無傷人之意，防衛情形，復極明顯，自應仍以正當防衛論。至彼此互毆，惟一方受傷較重，不能因其傷重免責，應於法律範圍內，酌量處斷。(八年統字第九九五號)

查本夫於姦夫姦婦，有現可行姦或續姦之情形，當場殺死姦夫者，皆應按照刑律第十五條，以緊急防衛論，不專以將行姦或行姦未畢爲標準。若姦夫姦婦之一方，已離姦所，姦夫復無其他侵害事實，即不得適用該條。(八年統字第一一二四號)

准函開今有甲乙擔水爭先，口爭毆鬪，甲先用扁擔擊乙，爲乙所奪，復拾石擊乙，乙以扁擔格拒，不意傷甲頭部，越十餘日身死，是否防衛過當。本院查乙如果確因甲有不正当之侵害，於甲舉石擊打尙未脫手之先，即用扁擔拒格，致甲成傷，復查明乙確無殺人之心，則其防衛行爲，即不能謂爲過當。又雖係故意殺人，仍應查明甲用之石及其擊打，確不足

以殺人，始得論乙防衛過當之罪。（九年統字第一一九一號）

第三十七條 因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危難，而出於不得

已之行為不罰；但救護行為過當者，得減輕或免除本刑。

前項關於救護自己之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。

【文義】

緊急，指就目前而論，或遠在將來，或已成過去，均不謂為緊急。

危難，指天然之災害及人力之強制而言。

不得已云者，即排除危難除侵害第三人之法益以外，別無其他救護自己或他人之

法益之謂。

於公務上或業務上有特別義務者，如兵士警察船長消防隊等是。

【理由】

本條規定救護行為不罰之原則。救護行為，既非違法，又非適法，乃為法律效力所不

能及之一種放任行爲。譬之今有船焉行於海洋，遇風而覆。有甲乙二人，於怒濤狂浪之中，爭一救命之圈，甲力強而乙弱，致乙溺斃，則乙之溺斃結果，甲毫不負其責任，何也？蓋人之於世，基於生存，法律之存在，亦基礎於人類之生存。故於兩者利益衝突之際，存亡得失之時，法律既不能加以保護，亦不加干涉，救濟方法，一任其各方之實力，而對於侵害他人之法益者，亦不加處罰。如此乃得衡平。故有本條規定。茲將救護行爲，必須具備之條件，分述如次：

(甲) 關於危難之條件述之如次：

(一) 須爲緊急狀態之危難，至於危難原因，或出於人爲，或由於天災地變動物機械等之人類以外之力，是所不問。

(二) 須對於自己或他人之生命身體自由財產之危難，而名譽不屬之。

(乙) 關於避難之條件，述之如次：

(一) 須出於不得已之情形，故雖遭遇緊急之危難，有可避免之途，即不得謂爲

不得已。故因而侵害第三人之法益者，自不得以救護行為論。

(二) 不得加以過當之損害。若超過相當程度時，是為救護過當行為，不得無罪。然人為感情之動物，當其緊急之時，自無充分之考慮，逸出正當範圍者，往往而有。故法律於其過當行為，得因情狀減輕或免除其刑。

(三) 須對於第三者。對於與以侵害者之反擊行為，是為正當防衛行為，而非所謂緊急之保護行為。蓋正當防衛，乃法律付與吾人自衛權之一種，其對方為不正之侵害者。緊急避難，乃法律與吾人放任行為，而侵害無辜之第三者，兩者性質，殊有不同。

因於公務上或業務上，有特別義務者，則不得適用救護行為，是本條第二項之規定。蓋如兵士警察船長消防隊員等，依特別法規，自進於特別之地方，投身於危難之中，其於法律上之義務，有可殺身以救他人之危難，或有可殉於職務之執行者，則不得以對於自己之法益，以保護行為為理由，而侵害他人法益，主張不罰也。

【學說】

對於緊急狀態之行為，法律上不處罰之理由，學說不一，茲舉其要者如左：

(甲) 無責任說 主斯說者，謂緊急狀態中，喪失意思自由，或選擇之自由，其行為已不能具備責任之要素，故不罰之。

此說為舊派刑法學者所主張，從心理上觀察，頗為不當。蓋在緊急狀態中，犧牲第三者之法益，而救護自己之法益，實有完全之認識，不得謂喪失意思之自由，或選擇之自由。如此則不能謂其不備責任要素。故是說之不能採用，毫無可疑。

(乙) 權利說 主斯說者，謂於緊急狀態中應有救護自己法益之權，因救護而侵害第三者之法益，亦不負刑事責任之理由。蓋法律救護行為，乃法律所規定，即法律付與之權利，既屬權利行為，故法所不罰。此說不免專斷，蓋緊急狀態行為，乃出於不得已而犧牲他人。若以此為權利，則法律又何薄於被犧牲之第三者。按諸刑法本旨，又豈得謂當，故此說亦不可採。

(丙) 放任說 是說謂緊急救護行為，為國家法律效力所不及，既不加以保護，並

不加以處罰。故屬於放任行爲。

此說爲多數學者所採用，余亦贊成之。

關於救護行爲過當與否之標準，學說不一，分舉如次：

甲說謂損害之大小輕重，據法益之大小輕重而定。法益之大小輕重，則依對於犯罪而科刑罰之輕重而定之。

乙說謂損害之大小輕重，據法益之大小輕重而定。法益之大小輕重，則依其主觀的價值而定之。

丙說謂損害之大小輕重，據法益之大小輕重而定。法益之大小輕重，則從一般社會觀念，依客觀的價值而定之。

以上三說，余贊成後說。

【比較】

暫行律第十六條避不能抗拒之危難強制而出於不得已之行爲不爲罪。本法則規

定適用範圍，而以生命身體自由財產者爲限。贓以救護行爲，係犧牲無辜之第三者之利益，以保存自己或他人之利益。其適用範圍，不得漫無限制。故本法規定，自較暫行律爲當。暫行律同條但書過當之損害者，得減本刑一等至三等。本法增入或免除三字，理由與前條同，不贅。

【判例】

劉瑞鴻在其園土，卽劉仁裔等所砌水溝出口處造築圍牆，牆下本留有出水之路，並未將水溝阻塞，劉仁裔等乃以築牆塞溝，祠屋被漫爲詞，將其圍牆折毀，既無不可抗拒之危險，又無如何不得已之情形，當然成立刑律第四百零六條之罪。（七年上字第七〇五號）

第三十八條 對於未發覺之罪，自首於該管公務員受裁判者，得減所首罪之刑三分之一。

向被害人告訴人或請求權之人自首，而受該管公務員裁判者，亦同。

【文義】

謂。

未發覺之罪，對於犯罪事實尙未明露，或未知犯時，並未告訴或告發於公務員者之

自首云者，犯人於犯罪未發覺前，自向該管公務員陳明之謂。茲據斯義，分析如次：

第一 須爲自己之犯罪 他人所犯之罪，是爲告訴或告發，而非自首。

第二 須於未發覺以前 犯罪已發覺，雖由犯人本身陳明，是爲自白，而非自首。

第三 須對於該管之公務員或被害人告訴人有請求權人 苟向上列以外之

人聲明自己之犯罪，亦爲自白，而非自首。

第四 須出於自動 若由上項所列之人，訊問偵查始行陳述者，亦屬自白，而非

自首。

該管公務員，即對於該案件有管轄權限者是。

被害人，即受犯罪行爲所侵害者。

告訴人，包括被害人及其親屬或配偶，以及監護人保佐人而言。

請求權人，指對於友邦元首妨害名譽罪，及第一百二十六條意圖侮辱公然損壞除去或污辱外國之國旗國章罪，外國政府之請求者而言。

【理由】

自首減刑，為獎勵犯罪者悔過投誠，而一方為使得犯處決，以免搜查逮捕，株連疑似，累及無辜。根據於刑事政策，雖於犯罪成立以後，特與以減輕之特典；與於犯罪成立以前，或附隨於犯罪事實，根據於法理減輕其罪責者，正復相對。本條之設，即此之由。茲將本條二項規定，分別言之如左：

第一項規定自首之原則。何謂自首，必須具備法定之要件，已如文義中所述。自首減輕，所關至大，故自首之要件，不可不示其範圍。否則一無標準，濫予犯罪者僥倖減輕之門，與立法之精神，背道而馳，又豈法律所出之道。故有本項之規定。

第二項規定，係為前項之例外。擴充自首，俾罪有所歸。被告人告訴人及有請求權人，對於被害之法益，均得依法告訴，刑事訴訟法，定有明文。犯人對之，均得陳明自己所犯之

罪，以期案情之早白，而免公務員偵查之周章。故有本項之規定。

【比較】

暫行律於第五十一條第一項規定，犯罪未發覺而自首於官受審判者，得減本刑一等。又於第五十二條有一罪既發別首未發餘罪者，得減所首餘罪之刑一等之規定。實即後條立法理由，與前條同。故本法併爲一條，自屬簡賅。

暫行律第五十一條第二項規定，犯親告罪而向有告訴權之人首服受官之審判者亦同。向被害人自首而以親告罪爲限，自首之範圍，毋乃過狹。本法擴充其範圍，自較暫行律爲完密。

暫行律有特別自首之規定，例如第五十三條豫備或陰謀犯分則特定各條之罪，未至實行而自首於官受審判者，得免除或減輕其刑；但沒收不在免除之限。實則刑法既有未遂罪之規定，本條實無充分存在之理由。故本法無之。其理由可參照未遂罪章，於茲不多陳。

【判例】

自首係以犯罪未發覺爲條件，雖犯罪事實已發覺，而尙未知何人犯罪，仍屬未發覺。
(三年上字第七八號)

抗傳不到，後經知事用函勸誘，乃得獲案，何得謂爲自首。(三年上字第二六一號)
刑律第五十一條第一項之自首，以未經官廳發覺爲要件。本案該上告人被團董拿獲送案，已在公安縣據訴請驗之後，雖公安縣審訊時，該上告人直認不諱，然謂之自白則可，謂之自首則不可。自白除誣告及偽證罪刑律有特別規定外，並無減免之條。(四年上字第一八〇號)

新刑律第五十一條規定自首之要件，必以犯罪未發覺者爲限。而該所稱發覺之範圍，雖非限於犯罪事實之尙未發覺，即兇犯未明而自首者，亦應以未發覺論。然本案殺人行爲之事實，係該上告人所實施，已明明發覺在案。該上告於搜查中，即令自行報案，於自首之要件，已屬不合。况酌量減輕及自首減輕，律因明定爲得減，並非必須減等，審判官原

有自由裁量之權。原審及第一審不予減等，亦非違法。（四年上字第二六四號）

先經有人報緝，始具稟投案，不合於自首要件。（五年上字第二三六號）

因竊盜被保衛團緝獲送案後，即將如何行竊，並曾在另處行竊之情形，一併供出者，其在另處行竊一節，當未經獲案之先，早經共犯供出，則到案後供述及之，自不得以別首餘罪論。（六年上字第三七九號）

上告人投案後，對於殺人原因，供述雖有不實不盡，而其殺人行爲，實不得謂非因自首而發覺，核與刑律第五十一條之規定，尙屬相符。（八年上字第三一八號）

查刑律第五十一條之所謂發覺，並不包括私人之知悉在內，上告人如果於未經報官發覺其犯罪以前，赴案自首，即與刑律第五十一條之規定相符。原判謂該條所稱犯罪未經發覺者，明係對於普通一般人均未發覺，而由犯人自首於官，並非指普通一般人已知其犯罪行爲，僅官廳一面尙未發覺，而犯人自首於官而言，顯係誤會。（九年上字第六六六號）

查某家被竊，雖經報縣差緝，然未發覺行竊者爲誰，則上告人因另案發覺到案，將竊盜某家一事，一併供出，已合乎刑律五十二條規定之要件。（十年上字第五七五號）

自首須見諸實行，若僅在預備之中，即被逮捕，亦難以業經自首論。原審違引刑律第五十一條予以減等，亦屬違法。（十年上字第八九〇號）

被告殺人之後，雖曾稱向地方告知其事，然地方並非搜查犯罪之官吏，僅向地方告知，尙不能謂爲自首。如果被告當時有委託地方赴縣報案投審之意思，則雖地方代爲報案，仍不失爲自首。（十一年上字第一二三一號）

【解釋】

姦夫因遂其行姦，逼迫本夫之母，致服毒自盡，本夫痛母情切，於姦所以姦夫之刀，在行姦已畢時，將姦夫姦婦殺死後，即自首到案。本案情形，應依刑律第五十一條，第五十四條，於第三百一十一條主刑上，減輕處斷。（五年統字第五二九號）

犯人到案，審判官詢其另犯他罪否，彼即供述會犯某罪，如某罪本未經官廳發覺者，自與刑律第五十二條所稱別首未發餘罪相當。（十一年統字第一六七四號）

第五章 未遂罪

【理由】

凡所謂犯罪，必具備二種要素，其一爲普通要素，卽本總則所規定責任能力及責任要件是。至於特別要素，則具於分則各本條中規定之。罪之性質不同，既遂條件亦不無殊異。刑法所稱犯罪，多指罪既遂者而言。然有時犯罪未遂者，於刑事責任上應負如何之程度，法律於此，不可不有明文，故須於總則中示其規例，以爲分則各條之適用，此卽本章之所由設也。

第三十九條 已着手於犯罪之實行而不遂者，爲未遂罪；其不能發生犯罪之結果者，亦同。

未遂罪之處罰，以有特別規定者爲限。

【文義】

著手，指開始實行而言。如殺人者正舉刀對被殺者是實行，即實施犯罪事實。如殺人者已舉刀而將及於被害者之身者是。

未遂，即對於犯罪事實未至完成也。析言之，有着手未遂及實行未遂之別。前者之例，如甲欲舉槍殺乙，正在瞄準之際，突來一丙奪去其槍，致不能終結開放之意思活動者是。後者之例，如甲開槍擊乙，而誤中樹木，致未能中乙者是。

【理由】

本條規定未遂犯成立及其定罪之原則。何謂未遂，法律不可不示其標準。本條第一項前半規定，包括已實行之未遂，至後半之規定，即學說上所謂不能犯，基於目的物或手段之不能，莫由發生其結果者是。其意義雖與前者不無區別，然此實應予一般未遂罪同論，故本法彙於本條。

至本條第二項之規定為示未遂罪處罰與否之標準。未遂罪自原則上言之，胥皆在應罰之列。然各分則之規定中，既含有事不確實，或事甚輕微，可以不罰之義，故特設本項

之制限。

【學說】

本條第一項後段，爲不能犯之規定。不能犯云者，犯罪行爲之性質上，原不能發生本人所預期之結果者之謂也。近世刑法學上不能犯與未遂犯判然有別，茲摘其要，羅舉於篇：

第一 客觀說。客觀主義之學說，更得分三種如左：

(甲) 客觀的危險說。此說依行爲釀成發生結果之危險與否爲標準。換言之，則不問絕對不能與相對不能，苟其行爲近於惹起結果之可能性時，即認爲未遂犯。不存此種危險時，爲不能犯。

(乙) 絕對的不能犯說。此說關於犯罪之手段與客體而區別絕對不能與相對不能。絕對不能時，既不能犯罪，即不構成犯罪，相對不能時，即構成未遂犯。

(丙) 絕對的目的不能說。即客體不存在或不具備構成犯罪之必要性質

者，爲不能犯。否則爲未遂犯。

第二 主觀主義說。是說以有犯意且預備行爲者爲未遂犯，換言之，卽有主觀的因果之關係者。否則爲不能犯。

第三 折衷主義說。更分二種，如：

(甲) 主觀的危險說。以行爲之結果，有無發生危險之虞爲標準。有之爲未遂犯，無之卽爲不能犯。其危險之有無，不以有發生物理上實害之虞爲斷。而以犯行當時犯人或於普通人其主觀有發生危險之思惟狀態爲斷。

(乙) 法定要件說。關於結果之發生，區別爲事實上不能與法律上不能。事實上不能，認爲成立未遂犯，法律上不能，爲不能犯。

【法例】

關於未遂罪之定義，各國立法例可分二派。一爲法國派，因意外之障礙而未遂者爲未遂罪。從此派者，爲比利士，荷蘭，意大利，西班牙，葡萄牙，及瑞士數州。其一爲德國派，不問

未遂之原因是否出於意外，皆爲未遂罪。從此派者，爲那威、布加利亞、瑞士（刑法準備草案）、瑞士、數州、日本、墨西哥、智利等國。

【比較】

暫行律第十七條規定犯罪已着手而因意外之障礙不遂者，爲未遂犯；其不能生犯罪之結果者，亦同。是從法國派立法例。法德兩派之定義，互有差別，既如法例中所舉。故對於學說上所謂中止犯，大有分別。蓋未遂罪者以出於意外者爲限，則中止犯當然不能以未遂罪論。據暫行律中止犯處罰，則未遂罪之定義，自應從德國派爲宜。因之意外之障礙句，不能復有存在。本法取義，則從德派。

【判例】

持刀植立，面向屋門，有欲得而甘心之狀，幸屋門堅閉不得入，始將兇刀奪下，拿獲送案。卽是意圖殺人，業已着手，因意外之障礙而致未遂。（二年上字第六八號）

該被告人鎗未過火，固屬手段上意外之障礙。然其共同實施之行爲，並未因此一擊

未中之障礙遽爾終止，而由他之共犯繼續進行，仍完成殺人之結果。此種障礙情形，已歸消滅，尙何有未遂之可言。（三年上字第一一一號）

上告人等竊盜未遂一罪，兩審因上告人等曾自承認是日約定前往梅家街竊取牛隻，又已出發，則犯罪行為實已着手，故雖中途被獲，尙未實施犯罪行為，仍論以未遂罪，自無不合。（四年上字第五二六號）

扭鎖入室上樓，正欲行竊，適被人撞破，鳴警抓獲，尙屬竊盜未遂。（五年上字第三一四號）

查竊盜罪應以其竊取行為已未終結，為既遂與未遂之標準。竊取財物，雖固被人遇見，不得攜逃。然當時物既歸伊所持，其行為即已終結。至結果若何，固可不問。原判誤認為行竊未遂，按照第十七條減等問擬，實屬錯誤。（五年上字第四三一號）

兩造持鎗互鬪，此造既還擊一鎗，雖彼造因鎗炸自傷身死，仍應負殺人未遂責任。（五年上字第八六五號）

與妻不睦，潛出鍋水半盞，詐稱服後可望生育，誑令妻服，食後頓覺頭暈腸痛，昏厥倒地，遇救獲生者，爲殺人未遂。（六年上字第四〇〇號）

意圖強盜闖入人家，因人出持械抵禦，卽行逃散者，爲強盜未遂。（六年上字第一〇〇二號）

投入強盜某人幫內，擬卽劫者，尙不得爲已着手，自無所謂強盜未遂。（六年非字第五八號）

被告人之於袁文錦，意在詐取現錢，雖由郭珍珍等立給限期歸還之借票，然非現錢，乃係不流通之借約，則被告人之詐欺取財，仍屬未遂。（七年非字第八八號）

查犯罪預備與未遂之區別，全以已未着手爲標準。凡實施構成犯罪要素之行爲，謂之實施。着手者，卽指開始實施而言，與實施有緊接之關係。該上告人拿鎗出外，尙未成行，卽被攔阻。據證人供上告人拿鎗時，尙看不見所欲殺之人。是當時縱欲殺人，亦無從開始實施，自無着手可言。核其所爲，尙在殺人預備之程度，原判認爲殺人未遂，實屬錯誤。（九

年上字第八三九號)

【解釋】

強盜指明目的地，行至中途被獲者，應以未遂論。(二年統字第六六號)

竊盜指明目的地，至中途被獲，依本院判例，應以竊盜未遂罪論。(四年統字第二五二號)

共謀上盜，因落後未至盜所，若事後未分得贓物，應以未遂罪論。(五年統字第四二一號)

甲聽從乙丙等糾兇夥劫業，指明目的地，未及約定日期，即被獲，尚係預備行為，不能以未遂論。(七年統字第七七〇號)

有匪數百人欲入城搶劫鹽當，匪衆到城攻擊，即被軍警擊散。於搶劫鹽當(強取行為)僅係着手，尚未至實施程度，係構成強盜未遂犯。(七年統字第八二〇號)

第四十條 未遂罪之刑得減既遂罪之刑二分之一，但犯罪之方法，決不能發生

犯罪之結果者，得減輕或免除本刑。

【理由】

本條爲未遂罪處罰之通例。未遂罪減輕罪責與否，須視其行爲情節而定，故由法官定之，與法官以裁判上之權衡，圖刑罰宗旨之貫徹，必減之制，自非所宜也。至如犯罪之方法，決不能發生犯罪之結果者，揆其所與侵害之法益危險又殊。故非僅得以減輕，且得免除。此爲本條但書規定。

【學說】

未遂罪之刑，學說及法例上有二種主義如左：

(甲) 必減主義 重在法益之損害，未遂較之既遂，其害爲輕，故須必減。

(乙) 得減主義 重在犯罪之情節，情節重者不減，輕者得減，減輕與否任諸

法官之裁斷。

學說上所謂不能犯，應否處罰，爲刑法學者數十年來最劇烈之爭點，迄今尙無定論。

彙而舉之，可分二說，如左：

(甲) 主觀說。以爲凡未遂犯，其實皆不能犯，既着手實行犯罪，無論其能否發生犯罪事實，皆足危害社會，故應處罰。

(乙) 客觀說。以爲不能發生犯罪事實時，其行爲與犯罪相去甚遠，從而罰之，則所以處罰犯罪意思，而非處罰犯罪行爲，故不應處罰。

上舉兩說，各有理由，極其所主張，均有未當。是以最近立法例，對於不能犯多採主觀說，科以刑罰，而以絕對不能犯爲例外。庶免趨於極端，以期折衷至當。

【解釋】

按刑律分則中所稱本章或某條之未遂犯之條文，即係根據總則第十七條第二項規定。該章各條或所指某條之未遂犯亦論罪之義，並非一種獨立罪名。而本條之未遂罪，依第十七條第三項規定，仍應依各本條所定刑名刑期處斷，不過得減一等或二等，則依第六十二條從刑不隨主刑加重減輕之規定。其既遂從刑，若係必褫奪公權者，其未遂亦

應視奪公權。(四年統字第三五六號)

第四十一條 已著手於犯罪之實行，而因己意中止者，減輕或免除本刑。

【文義】

因己意中止者，基於犯人之自由意思中止進行，或於實行終結後，防阻其結果之發生者也。

【理由】

本條規定中止犯之處分。中止犯與未遂犯，顯有區別。而本條彙於本章中者，因其性質雖有殊，而法理上則無區別之必要也。

中止犯罪，使行為停止，或使結果之不發生，故行為者豫期侵害之法益，絲毫無損。所以當與以獎勵，必減或免除其刑。不能復取得減主義，使行為者畏罪而益趨為惡。此本條之所由規定也。

【學說】

中止犯處罰與否，學說上有二種主義，第一爲不罰主義，第二爲應罰主義，茲分別舉述如左：

第一不罰主義 不罰主義之學說，又得二派：

甲派學說。此說以爲法律無處罰中止犯之理由，舉其理由，又得分左列數種：

(一) 犯意不充分說。不罰中止犯者，以其犯意不充分故也。

(二) 任意中止說。未遂犯須處罰爲不任意中止，故任意中止者不罰。

(三) 犯意消滅說。中止犯其犯意溯及既往而消滅，或由行爲消滅，犯意既歸消滅，刑罰自不能加。

(四) 無危險說。中止犯之行爲，無何等有形之危險，故不罰。

乙派學說。此派學說，以爲中止犯於法律性質上，非不可處罰。所以不罰者，乃基於刑事政策，獎勵犯人中止其犯行。

第二應罰主義 中止不罰，自足收獎勵罪犯中止之功效，而自他方面言之，亦易

促犯罪實行之危險。且中止犯罪，亦保不無一時暫止以圖更善之機會，非出於悔過之誠，烏乎置而不論，故須處罰。

【比較】

外國立法例於中止犯多不科罰。暫行律第十八條規定準未遂罪論，得減輕或免除本刑。中止犯罪，非因他種障礙，而基於己意，其情節較輕。故本法不取得減主義，改從必減，以獎勵犯人之自行中止。

【判例】

刑律第十八條，中止犯以犯罪已着手為前提。該被告等所犯陰謀內亂罪，陰謀程度，在着手以前，自無中止之可言。（三年特字第二號）

夥同匪首，赴隣屯綁票，旋即悔悟，商同被綁之人潛逃。是犯罪已實行而以己意防止其結果之發生，即為刑律第十八條之中止犯。（五年上字第三三四號）

共謀行劫，同行上盜，經抵事主門首後，心生畏懼，即行逃回，事後亦未分得贓物者，既

已於着手強盜之際，以己意而中止，則對夥犯入室後之拒傷事主，自不負責。（六年非字第六七號）

聽人糾邀，隨同前往殺人，行至中途，託故不往。核其所為，殺人之行為雖已中止，而預備殺人之行為，實為完成，雖犯罪尚在預備期中，與法律上之中止犯性質不同。而刑律第三百二十六條第一項之罪責，要難解免。（六年非字第二七號）

第六章 共犯

【理由】

合二人以上人而犯一罪，是謂共犯。關於共犯，其共同實施者，或僅加功於實施中者，或則教唆他人實施犯罪行為，或則從事幫助，其或屬於一方，或屬於過失，凡此一切情形，皆應有所依據，以定共犯之制裁，此本章之所由設也。

【學說】

關於共犯之標準，學說有二，舉之如左：

第一 犯意共同說。此說從主觀立論，犯罪者必須有通同之意思，結合雙方意思，實施犯罪行為，即認為有共犯之關係。

第二 行為共同說。此說從客觀立論，不問犯意之是否共同，為其行為集合一致構成犯罪，即認為有共犯之關係。

兩說之中，余贊成後說。

關於共犯之狀態，學說上分爲偶然共犯與必要共犯。偶然共犯云者，一人單獨可成立之犯罪，而數人共同加功之謂也。必要共犯云者，非數人共同則不得成立犯罪者之謂也。必要共犯，更得分會合犯，集合犯二種。前者即數人對於外部而及不法之共同勢力，如內亂罪之例是。後者即因一方之行為與他之一方之行為競合而成立，如和姦罪之例是。必要共犯於分則各本條中說明，本章所說者爲偶然共犯。

【比較】

暫行律第六章名共犯罪，本法無罪字，蓋恐誤以爲特種罪名，自以刪除爲安。

共犯最要之意義，爲主觀說及客觀說所公認者，即一切共犯，除暫行律第二十九條第一項共同正犯外，皆有附屬之性質，其罪之成立與否，一以正犯爲準。雖或因特種情形如暫行律第二十九條第二項於實施犯罪行為之際，幫助正犯科準正犯論。然其性質，仍爲從犯。又如第三十條教唆犯，依正犯之例處斷。然其性質仍爲教唆。其所指準正犯論及

依正犯之例處斷等字樣，於共犯之意義，未能顯達。本法關於此項法文，爲處以正犯之刑。自較暫行律爲勝。

暫行律關於共犯之規定，自第二十九條至第三十六條，凡共八條，本法自第四十二條至第四十七條，凡共六條。暫行律第三十二條及第三十六條之規定，本法無之。蓋此二條規定，皆有所未協。如第三十二條於前教唆或幫助其後加入實施犯罪之行爲者，從其所實施者處斷，此蓋指兩罪而言。例如教唆他人犯一罪，而本身實施亦犯一罪，於前罪爲教唆，於後罪爲正犯，當然適用併合論罪之規定，無庸於此更著條文。至於第三十六條，值人故意犯罪之際，因過失而助成其結果者，準過失共同正犯論，但以其罪應論過失者爲限。原案理由謂故意之犯罪與過失罪二者，是否爲共犯，未甚明晰，故特設積極之規定。例如甲故意放火，乙因過失注之以油，致火勢張盛。又如甲謀殺人，乙醫師以過失傳毒於所謀之人，致斃其命，此在各本條亦任失火及過失殺之責，但其性質究非共犯，故以本條有應科過失罰爲限，準前條予以過失共犯之處分。然按諸理論，一方爲故意犯，一方爲過失

犯，以過失共犯論，實覺未協。果有過失，自應負其過失之責任，若使對於他人故意行爲之結果而負其責任，殊欠公平。故本法不採之。

第四十二條 二人以上共同實施犯罪之行爲者，皆爲正犯。

【文義】

共同實施云者，各人有共同犯罪之意思，且基此意思實行犯罪行爲之謂。皆爲正犯者，即應負同等之罪責，其間無何等差別也。

【理由】

所謂正犯有單獨正犯與其共同正犯之二種。本條規定即示共同正犯之意義。一人實施犯罪行爲，其爲正犯，無庸疑議。而二人共同實施一犯罪行爲，例如強姦罪，婦人使其之一婦女不能抗拒，以便利男子實施強姦，皆爲強姦罪之正犯。又如強盜之罪，甲等取財物而乙爲脅迫之行爲，亦皆爲強盜罪之正犯。是皆兩者之實施相合，於意思行爲上均有共同關係，故不復有主從問題。本條明示正犯之性質，以免主從關係之混淆也。茲就本

條規定，而述共同正犯成立之要件如左：

(甲) 須有二人以上。其二人以上之人，須有責任能力者。若未滿十三歲人，或心神喪失人等相互間，或與有責任能力者相互間，不成共同正犯。又須有責任要件，故若不備責任要件者相互間，或與具備責任要件者之行爲，亦不成爲共同正犯。

(乙) 須共爲同一犯罪事實。共犯者中雖其分擔行爲不同，而爲正犯則一。凡共同實行者之行爲對於結果之關係，得分爲三種，舉之如左：

(一) 對於結果有相對的原因者。例如殺人罪，甲加以一刀未死，更由乙加以一刀，而生死亡之結果者是。

(二) 對於結果而無原因，於他之共同實行者之行爲之結果有不確信者。例如某甲之一刀，已足生死亡之結果，而乙不確信，更加一刀者是。

(三) 對於結果全無因果之關係者。例如甲乙共同殺人，甲殺丙，乙殺丁，對於丙之死，則乙無何等因果關係，對於丁之死，則甲無何等關係。又甲乙共同犯強盜

強姦罪，闖入婦女室中，甲則奪取財物，乙則強姦婦女者亦然。

【學說】

一人利用無責任能力及無犯罪事實之觀念者之力，而使其實施犯罪之行爲者，學說上謂之間接正犯。關於間接正犯之觀念，一切犯罪均有之乎？說有數端，舉之如左：

第一說 是說謂一切犯罪皆得認有間接正犯，惟構成犯罪與否，須以直接犯罪成立與否爲斷。

第二說 是說謂因事實上不得發生其結果，不能爲直接正犯者，則間接正犯亦不能構成犯罪。

第三說 謂以犯人一定之身分爲構成犯罪之要件者，無身分者不能爲直接正犯，間接正犯亦不得構成犯罪。

間接正犯犯罪行爲之時與地，其標準如何？學說不一，舉之如次：

第一 關於犯罪行爲之地，說有二端：

(甲) 以被利用者實行行爲地爲標準說。

(乙) 以間接正犯表示意思活動之原因於被利用者之地爲標準說。
以上二說，余以後說爲當。

第二 關於犯罪行爲之時，學說亦有二端：

(甲) 以被利用者行爲之時爲標準說。

(乙) 以間接正犯行爲之時爲標準說。

以上二說，以余之見，(乙)說爲當。

【判例】

共同正犯，意思行爲俱備者，固不必論。即對於共同實施犯罪之行爲，有合同之意思者，雖各自實行數罪之一罪，對於其全體，仍應負其責任。蓋各犯在合同意思之範圍內，相互利用他人之行爲，以達其犯罪之目的，其全部之結果發生共同犯罪者，固不能謂無預見。(二年上字第三九號)

強盜共犯罪之成立，以有共同強取財物之意思與行爲爲要件，不以各別有強暴脅迫行爲爲要件。共犯中一人，有強暴脅迫，其他共犯苟有共同實施罪之意思與行爲，亦應負同一之責任。（三年上字第九〇號）

查犯罪實行，有積極消極二要件。積極要件，即犯罪實行之積極進行行爲。消極要件，即防止阻礙犯罪實行之積極進行行爲。二者，皆犯罪實行不可缺之要件。故犯人行爲，苟合於此二要件之一者，即爲共同實行正犯。強盜罪之強取行爲，屬於積極要件，其把風，即合於防止阻礙犯罪實行之消極要件，是強取把風，均應以共同正犯論。（三年上字第二二一號）

原判認定事實，稱劉王老二，係因追捕情急，將事主李山林刀傷右胸脈左手腕兩處，李山林之死，係由饒峯全等，於劉王老二刀傷之後，將劉王老二之刀奪去殺害斃命等語。則是劉王老二刀傷李山林右胸脈左手腕於前，而饒峯全等加功致死於後，既經在場實施共同下手，劉王老二即不能不負共犯之責。（三年上字第四八五號）

曾四仔當日被人拐至桂林，上告人究竟有無共同拐誘行爲，雖無確據。而曾四仔之被誘拐，細按全案情節，上告人固屬知情，乃繼續他人誘拐行爲，以圖轉賣營利，仍屬營利略誘範圍，應依刑律第三百五十一條第一項處斷。（四年上字第一〇九九號）

甲乙均爲主糾殺之，又復共同實施，實爲刑律第二十九條之共犯。原判依第三一三條，第三一六條處斷，不免引律錯誤。（五年上字第四七號）

崔建寅雖有用弓箭與林邱潤之爭打情事，然業經郝廷贊勸開走回。當崔六隨後持鎗趕殺之際，崔建寅並未在場，亦無共同實施行爲，自不能以殺人共犯論。（五年上字第四六四號）

本案出名具控之黃國中，係由該上告人糾約而來，而該上告人復與張懷閣等，同赴高等地方兩廳遞狀，其爲共同實施，自無疑義。核其情節，實與刑律第二十九條第一項相當。原審及第一審判決，均認爲教唆及幫助，依刑律第三十條第一項，第二十九條第二項，分別科處，實有未合。（五年上字第五一九號）

查上告人於實施犯罪行為之時，雖不在場，而事前既已預謀，事後又曾分贓，自係共同正犯。兩審認爲造意犯，引律殊屬錯誤。（五年上字第七四八號）

查徐高化徐士壽等，或係堂弟，或係子姪，當時蜂擁尋殺，確係徐金培所率領招致。綜閱原卷，處處可考。行凶時雖各自爲之，然而回家持刀相率而去，則不能謂無意思聯絡，即不能無共同正犯之責任。（五年上字第八二四號）

因人以代爲兇主傭工爲詞，將某婦拐誘至其家內，暗與串通，同將某婦賣與他人爲妻者，爲共同營利略誘罪。（六年上字第一一〇號）

同謀強盜，臨時在村外把風，仍爲正犯；但對於入內行劫者之臨時起意殺人，及於行劫指定之某家後，另復連接別家者，在外把風之人，均不負責。（六年上字第四九四號）

共謀行竊上盜後，夥犯挖洞入內，而在接贓者，仍爲侵入竊盜之實施正犯。（六年上字第六三六號）

會議將某人鎗斃，雇人實施，並到場監視者，爲殺人之實施正犯，於會議從旁附和者，

爲事前幫助。(六年上字第八九七號)

共謀入室行劫，乘船上盜後，中途畏懼不前，在船看守，事後分得贓物者，仍爲強盜正犯。(六年上字第九三七號)

章氏將汪小接誘至安慶，與劉氏共同帶往漢口，商同張裕和等，將汪小接價賣，劉氏張裕和仍應同負營利誘拐罪責。(七年上字第一二二號)

查賭博罪，乃必要的共犯，非二人以上共同實施，不能成立，本案被告人既係互相賭博，並有輸贏，則其爲共犯，毫無疑義。原審認爲各自獨立犯罪，不依刑律第二十九條處斷，實屬錯誤。(七年上字第一四九號)

強盜殺人與強取財物之後，又復擄人勒贖，並非強盜所必有之行爲，非先證明其在共同計劃範圍內，或臨時確有在場幫助之事實，本不得令負共同之責任。本案袁林海之被盜擄勒，袁傅氏之被盜殺死，當其被殺被擄之時，該上告人已赴大門以外，袁福湊之臥室內行劫後之勒贖，據各供證，上告人又不在場，則此項殺人及擄贖行爲，既未證明上告

人確會同謀，自不能率加以罪刑。（七年上字第九三六號）

被告人等下手毆打，本有犯意之聯絡，自係刑律第二十九條第一項之共同正犯。對於共犯間之實施行爲，彼此均應負共同之責任。（八年上字第二四六號）

偽造假銀，交由他人行使，以詐欺取財。當行使時，雖未當場，然既分擔製造行爲，並交與他人行使，自係共同實施之正犯。原審認爲教唆犯，殊屬不合。（八年上字第五〇六號）

被告人等，既有共同殺人之犯意，臨時又同在場幫拖，不能謂非共同正犯。兩審認爲幫助犯，殊屬錯誤。（八年上字第一〇五五號）

甲僱乙發掘墳墓，又隨時到場監視，即未經親自發掘，仍應以共同正犯論。原判論以教唆，殊嫌未洽。（九年上字第二六九號）

查甲上告人與丙因承繼涉訟，於丙請求再審後，竟偽造丙註銷再審狀，及甘休字，交由乙上告人呈遞，是乙上告人行使偽造私文書之所爲，甲上告人應共同負責。（九年上字第二八七號）

以共同利害關係參與謀議，並有同意計畫，推定他人擔任實施殺之事者，應負共同殺人責任。（九年上字第七二〇號）

殺人罪之共犯中，雖僅在場，未曾上手，而所犯事實，果在合同意思之內，亦應認為共同正犯。若他犯所實施之行為，超越原定計畫之範圍，則應就其所知之程度，負其責任。（十年上字第五七六號）

代人運送金丹，顯屬共同運送金丹之正犯。原審乃認為刑律第二十九條第二項之共犯，係屬違背法令。（十一年上字第一五二一號）

上訴人等之進前詰問，及起衝突，實係上訴人等全體對於林芝芝等全體之共同行為，則因此共同行為之總體中所發生之結果，無論係因接觸其行為總體之全部而發生，抑因接觸於一部而發生，各實施其共同行為之上訴人，對於所發生之結果全部，均應負共同之責任。蓋行為本屬共同負擔，責任不容又有所分割也。（十五年上字第六九四號）

共犯間之實施行為，既有犯意之聯絡，應負共同之責，不能就各人所實施之部分分

別論罪。(十七年上字第一一七號)

【解釋】

刑律第一六五條所例各款之人，犯第一六六條之罪，其何人實施犯行不明時，應共同負責。(五年統字第四六三號)

甲乙丙三人，因防衛搶婚，毆丁戊二人，毆傷已一人致斃，訊係甲毆傷丁，乙毆傷戊，丙毆傷已致斃。甲乙丙三人既係共同實施，自屬刑律第二十九條之共同正犯，非第三百十六條之同時犯。又三人均有實施行為，亦不得以第三百十五條之從犯論。故甲乙丙對於丁戊已三人之傷害，均應負共同正犯之責。惟各共同正犯實施行為，既有輕重之別，則於法定主刑範圍內處刑，亦自有伸縮之餘地，不必強處同一之刑。又事起防衛搶婚，則是否合於刑律第十五條之條件，亦須審查。(五年統字第四四三號)

甲與其次子丙丁，謀殺其長子乙，丙丁允從幫助，由甲與丁將乙殺死。丙雖一同在場，並未下手，丙丁當然係刑律第三百十一條之共同正犯。(五年統字第五一二號)

甲率同乙丙，往丁家詐財，丁不肯，致起爭鬧，丙氣忿回家，取刀一把，復往丁家，砍傷丁及丁妻戊身死。丙回家取刀時，甲乙仍在丁家，與丁相持，丙殺人時，甲乙並未動手，然亦坐視不救，查甲乙之初意在詐財，丙回家取刀時，甲乙並不與同情，丙殺人，甲乙又無幫助指導等行爲，不得以在旁坐視，認爲臨時發生殺人之意思，則甲乙祇能成立刑律第三百八十二條之未遂罪。（六年統字第六九五號）

有土匪甲等三人，乘乙住宿丙店，遂往該店，將乙細縛，逼要銀洋兩千元，乙央丙作保，緩日給付，甲等聲言如不給付，定將丙家殺害，臨行並將乙身所帶銀索鍊兩條劫去。嗣乙等籌措艱難，復央丁同丙，向甲等乞減，未允。突有戊揚言於丁，謂此事如能付給三百元，即可了結。乙遂湊洋三百元交丙，由戊轉付甲等俵分，戊亦分得五十元。此案甲匪所犯，自係刑律上之強盜罪，其犯罪進行中，戊又加擔，得贓分用，按其情形，亦屬實施正犯。（七年統字第八六九號）

有甲乙丙三人，共毆打一人，甲毆丁時，被丁反毆，受傷逃回，乙丙二人，向丁重疊接毆，

丁受傷後，越十日身死，甲應擔負何種罪名。本院查甲乙丙三人，既有共同犯意，甲且在場實施，雖互毆受傷，先行逃回，仍爲刑律第二十九條之正犯。（七年統字第八九三號）

甲既與乙均以欠丙貨價，恐丙要討，密商誰先遇丙，卽由誰殺丙。是以共同利害關係參與謀議，並有共同計畫，互相推定擔任實施殺人之事實。則甲對於乙之殺丙，應負共同殺人之責任。（九年統字第一二四五號）

刑律第三百六十八條第二款，第三百七十三條第二款，第三百八十五條，刑律補充條例，第三條，第十條，私鹽治罪法第三條之類，或專指共同正犯言，或併指其他共犯言，其關係不必盡同，判罪時應分別情形，併引第二十九條以下各條項。如已說明其關係，而未將條項揭明者，上訴審可於理由內補正。（十年統字第一五六四號）

共同正犯之意義，已詳本院判例解釋例要旨匯覽。關於刑律第二十九條第一項之部分，而本院近例，同謀殺人，或同謀強盜者，亦論爲共同正犯。參照本院統字第一二三八號，第一二四五號解釋文。（十一年統字第一六七四號）

強盜共犯中之人，因實施強暴脅迫之結果，致人死傷，其他共犯應共同負責。（十七年解字第二〇五號）

第四十三條 教唆他人使之實施犯罪之行為者，為教唆犯。教唆教唆犯者，亦同。教唆犯處以正犯之刑。

【文義】

教唆，即教導教唆使之義。

教唆教唆犯者，即對於實施正犯為間接教唆者是。

亦同，指教唆教唆犯亦同為教唆他人使之實施犯罪之行為也。

處以正犯之刑者，依正犯之例處斷也。

【理由】

本條規定共犯中教唆犯之性質及處分。他人本無犯意或雖有犯意而未實行，此皆對於國家所保護之法益尚未加以侵害。教唆者乃指示教導而使之犯罪，是教唆者實為

促進爲犯罪行爲之根本原因，與被教唆者之行爲，在法律之地位，自無分軒輊。所以本條規定，明示教唆犯之定義，使共負法律上之責任與正犯同。

至於教唆者不直接教唆實施犯行者，而使他人教唆之，其情形與前述者有別，學說上謂之更迭教唆犯。然其爲教唆犯則固無殊。故本條亦示其義。本法立法理由既如所述，茲就教唆犯成立之要件，分舉如左：

第一 須教唆者之本人，有責任能力。無責任能力者雖事實上有侵害法益之舉，而在刑法上不負其責任，所不俟言。故未滿十三歲人教唆他人殺人者，對於殺人行爲，則不任教唆犯之責任。

第二 須被教唆者有責任能力。被教唆者爲無責任能力之人，例如誘惑心神喪失人爲放火之行爲，誘惑未滿十三歲人爲竊盜之行爲等，凡此種情形，教唆者不以此教唆犯論，而應作爲正犯。何則？心神喪失及未滿十三歲人，不負刑事上責任，無所論犯罪主體問題，則共犯問題，無由以生。對於行爲者之責任，應由教唆者完全負之。

第三 須使被教唆者有犯罪行爲之決意。無犯罪行爲之意，而使實施犯罪行爲，其爲教唆犯，所無待論。卽如行爲者已有犯罪之意，教唆者又從而教唆之，例如對於欲殺人者，允濟其家，僞證者允與酬金，堅其決意，促其實行，皆足構成教唆犯。

第四 須對於特定人。教唆者須對於特定人，否則因果關係全不確實，風影疑似，罪及無辜。例如有學者著激烈之文，以國賊可殺，土劣可殺，讀其書者因而殺害國賊之某甲，土劣之某乙，如此對於文之作者，固不能構成教唆犯也。

第五 須關於特定之犯罪。教唆須指其目的，其非指示目的，例如教人爲犯行，概括龐統，並無標準者，爲此之教唆，固不成立教唆犯。

第六 須有教唆之行爲。行爲之方法，於法律並無別限，故用無論如何之方法，均於教唆之成立無妨，例如語意，書信，意態舉動，或贈賄，或誘惑皆是。惟脅迫強制而至不可抗拒時，則實施事實者不負刑事上責任，教唆者應直任間接正犯之責，無教唆犯問題。

第七 須被教唆者有犯罪行爲之實施。教唆犯之成立，須視被教唆者有無實施

犯罪行為爲斷。教唆而不從，則既無正犯，自無教唆犯可言。若被教唆者因之而實施行爲，則無論既遂未遂，教唆者均構成犯罪，故教唆犯有附隨之性質，良無疑義。

【判例】

暫行新刑律所謂造意犯者，係教唆他人使其實行犯罪行為之謂，非起意先行下手之謂，（二年上字第一一號）

查現行刑法，凡教唆責任能力者，使爲犯罪決心，因而實施犯罪者，曰造意犯。利用無責任能力及無故意之人，因而實施犯罪者，曰間接正犯。二者各有成立要件，不能混同。原判謂張正祥係有責任能力之人，不能爲徐壽圖所左右，不成爲教唆犯云云，於間接正犯與造意犯之區別，不免有所誤會。（四年上字第六〇六號）

養母嗾令他人將兒媳搭斃，棄屍工人床上，誘令工人入內，卽誣指爲因姦逼斃，將工人告訴者，成立教唆殺人，與誣告之俱發罪。（四年上字第一二四二號）

按第三十條，造意犯之成立，須依教唆者，自無實施犯罪之意思。若其已有犯意，僅由

他人加以助成，則助成者，自應爲第三十一條第一項之幫助犯。本案羅運英先有處死羅運華之意思，然後請求姚武衍代書字據，業經證明。是姚武衍代書字據，絕無教唆情事，僅可認爲幫助行爲。第一審依第三十一條論斷，自屬正當。第二審謂其爲助成致死之決心，顯有共同造意情節，依第三十條第一項論斷，殊屬不合。（五年上字第六七二號）

律師爲人承辦訴訟案件，向訴訟本人商說，非將某人牽控在內，其案不易辦理，經本人應許後，卽捏造事實，代擬狀詞，繕寫多份，交由本人分別投遞者，該律師應成誣告之教唆罪。（六年上字第九〇號）

因與某人有仇，囑由別人買出人力車夫，將某人傷害者，則囑令傷害之人，應依第三十條處斷。（六年上字第六四七號）

查造意犯，須被教唆者因其教唆而實施之行爲構成犯罪者，始能成立。又查刑律第一百八十一條第一項之僞證罪，以爲虛僞陳述者，係依法令而從事於作證之人，爲關於身分之成立要件。本案被告人教唆其姪女三貓到案僞供，固屬實情，然三貓年甫十二歲，

依法本不能爲證人，雖其陳述虛偽，而關於身分之成立要件，既不具備，在三貓之偽證罪，已無由構成，則案外之楊氏，自難成立教唆偽證之罪。（七年非字第六八號）

刑律第三十條之造意犯，乃指被教唆者本無犯罪之意思，因教唆而決意，並實施犯罪之謂。若被教唆者已先有犯意而爲之共同計畫，或以訓導指示者，則應成立他項罪名，不能以教唆論。（七年上字第八二〇號）

嚴氏向羅第娃勸誘出嫁，於是月引至家內，其夫李桂林瞥見，亦即容留，旋嚴氏即命其子李硯臺與羅第娃姦宿。原審依刑律第三百四十九條第二項，判處嚴氏罪刑，依第三百五十三條第二項第一款，判處李桂林罪刑，固無不合，惟嚴氏並犯教唆和姦罪，原審未依刑律第二十六條處斷，殊屬疏漏。（七年上字第八三六號）

強迫與人婚姻，其教唆或幫助者如對於強迫行爲無意思之聯絡，不能認爲教唆或幫助強脅使人行無義務之事。（十七年上字第五〇七號）

第四十四條 幫助正犯者爲從犯。

教唆從犯者，以從犯論。

從犯之刑，減正犯之刑二分之一；但於實施犯罪行為之際，為直接及重要之幫助者，處以正犯之刑。

【文義】

幫助，即予以助力之謂。

從犯，對於正犯而言，明有附屬之性質也。

教唆從犯者，即教唆他人使幫助正犯者是。

以從犯論，以從犯之教唆，其性質雖屬於教唆犯，但於結果與從犯無所異，因之適用從犯之性質及處分之規定也。

【理由】

本條規定共犯中從犯之性質及處分。從犯亦與正犯及教唆犯同為共犯之狀態。但從犯非以主格而協力犯罪之實行，僅對於他人之犯罪行為，於從屬的關係而加擔者也。

故與正犯性質不同。且僅爲幫助他人之犯行，非與他人犯罪之決意，故又與教唆犯之性質有殊。所以從犯之定義，不可不明文規定，本法因之而有本條第一項之設。

教唆他人使幫助犯罪行爲之實施，學說上謂之間接從犯。教唆他人之實施犯罪之行爲，及教唆教唆犯者，皆爲教唆犯，處以正犯之刑，是爲前條規定。蓋以其決意在正犯之實施行爲，故應同正犯之例處斷。至若教唆從犯，其決意僅使從犯實施幫助行爲，與幫助從犯實無有間，故應同從犯之例處斷。二者因對被教唆者之性質既殊，則其性質亦隨之而異，自不能混淆。本條特示其義，而有第二項之明文。

從犯係幫助他人犯罪行爲之實施，關於其處分問題須以助力之輕重，及影響於結果之大小爲標準。如僅幫助一二無足輕重之行爲，情節輕微，自不能同正犯之例處斷，而須予以減輕。惟若幫助之行爲對於正犯犯行之結果關係至鉅，而情節重大者，例如顛覆巨艦，非一人之力所能及，當其圖謀之際，從犯之人，忽給以水雷，其情節不得謂輕於正犯，又如有謀內亂者而給與之兵器彈藥等物，較諸預備或險謀內亂者，情節尤重，故不得照

以一般從犯論減輕罪責，仍照正犯之例處斷。庶罪刑得以相應，不失其衡平，因此本條而有第三項之規定。

【學說】

正犯從犯之區別，學說不一，舉之如左：

第一 意思說（主觀說） 此說區別正從之標準，而以犯人之意思爲斷。即犯人之意思在爲自己實施犯罪者爲正犯，其爲幫助之意思而實施犯罪者爲從犯。

此說依犯人之意思如何而認爲共同正犯與從犯之區別，揆諸學理實際，均有未合。就理論言，從犯有附屬之性質，苟無正犯，縱有犯行，從犯問題，莫由以生。就事實言，幫助犯行，有全出於己之意思而幫助者，有全出於爲他人之意思者，其間辨識匪易。故此說未足認爲適當，無庸細述。

第二 行爲說（客觀說） 此說區別正從之標準，而以犯人犯行之性質，是否屬於幫助行爲爲斷。即參加實行行爲者爲正犯，僅加功於非實行行爲以幫助正犯者

爲從犯。

此說對於正從之區別，界限自爲明瞭，於理論上亦屬平允，故爲多數立法例所採用。

第三 時間說（亦客觀說之一種） 此說區別正從之標準，而以幫助行爲時期爲斷。卽以在他人實施犯罪行爲之際，與以幫助者爲正犯，在犯罪實施以前與其幫助者爲從犯。

此說以幫助行爲在實施犯罪以前者，不過具有間接關係，故應認爲從犯，其在犯罪着手以後者，對於犯罪結果具有直接之關係，卽無論其爲己爲人，均應以正犯論，是說按之理論實際，亦不無可議。

幫助行爲之中止，則不成立從犯，所不俟言。惟從犯任意依正犯中止罪之既遂者，此從犯之中止行爲，學說亦有種種，如左：

第一說 從犯依完了其幫助行爲時而成立，而於其以後對於正犯之行爲，防止

其結果之發生，從犯之成否，無何等之關係，故與正犯同須負因其他原因未離之責任。

第二說 從犯依正犯着手犯罪行為而成立。而於其以後防止正犯行為結果之發生亦無礙於從犯之成立。然於此情形，類推準用中止未遂之法理，從犯則以中止未遂犯處斷，正犯則以障礙未遂犯處斷。

第三說 從犯介於正犯實行自己之犯意者幫助行為，關於結果之發生，有因果之關係者也。故從犯而對正犯之行為，任意防止其結果之發生時，則從犯為中止未遂，正犯為障礙未遂，各負其責。

【比較】

暫行律第三十一條規定於實施犯罪行為以前幫助正犯者為從犯。即於實施犯罪行為中幫助者為正犯，於實施犯於行為前幫助為從犯。其所採主義為時期說，自無疑義。時期說以幫助之時期為標準，然事中幫助不問其行為與犯罪之關係如何，均認為正犯，亦未見其當。故本法從多數立法例採行為說，即幫助行為，不復有事前事中之制限，均認

爲從犯。於事中倘爲直接及重要之幫助者，亦處以正犯之刑。

暫行律同條規定從犯之刑，得減輕正犯之刑一等或二等。本法則採必減主義。蓋從犯責任，依主觀及客觀說暫較正犯爲輕，得減主義，自非所適。我國舊律亦採從犯減輕之制，本法取義，與舊律亦相符合。

暫行律同條第二項教唆或幫助從犯者，準從犯論。本法無或幫助之明文，可免從犯之範圍，過於擴充，自較暫行律爲協。

【判例】

按強盜正犯，固當以強暴脅迫爲條件，而於強盜實施之際，苟有幫助行爲，即屬共犯，亦成爲罪。指領門戶，已構成幫助強盜實施行爲之罪。（二年上字第一三號）

查刑律第三十一條從犯以在正犯實施以前幫助正犯之行爲，爲構成要件。而所謂幫助正犯行爲，乃使正犯易於實施犯罪之積極或消極行爲。本案該被告人於正犯實施前，僅應允幫助實施，不過參與殺人陰謀，並無使正犯易於實施犯罪之行爲。原判科以

殺人從犯，實屬引律錯誤。（三年非字第七〇號）

上告人既經窩藏強盜，確又知情，即屬事前幫助，罪有應得。（四年上字第一〇六號）
僅係幫助口角，並無幫毆供證，而兩審判決，又均明認無共同殺人之認識者，不構成

幫助殺傷罪。（四年非字第二六號）

查共同正犯，應以實施犯罪者為限。朱學炤為刁震摹刻交通票火車頭銅版，係屬偽造貨幣之預備行為，依刑律第三十一條第一項之規定，以應從犯論。原判認為共同正犯，殊有未合。（四年上字第一三〇四號）

刑律第二十九條第二項之準正犯，與正犯有共同之認識，而幫助實施為要件。被告人回家，因見伊妻被姦夫毆傷，怒搥伊妻兩掌，與姦夫加害行為，本無共同認識，且屬兩事，並非幫助共犯，不得依第二十九條第二項，處以傷害罪。（四年非字第四八號）

刑律第三十一條規定，於實施犯罪以前幫助正犯者為從犯。然其幫助行為，必與正犯所實施之犯罪有直接之影響，始能成立。若僅有曾至被害人場內，欲收麥糧之事實，然

於正犯之殺傷行爲，毫無關係，何所謂事前幫助，即非從犯。（五年非字第五號）

因外姪欲將胞弟處死，央經代書甘願將弟處死甘結者，其外姪既有殺意，並無待於教唆，而代書甘結之所爲，不過於實施犯罪以前，代立願書，以堅其外姪之意，是爲事前幫助，不得論爲教唆。（六年上字第七四號）

因有素識之某人，向問某處一帶誰家有錢無鎗，可以搶劫，即告以某處各家，均有錢無鎗。嗣某人果即向某處行劫，則告者成事前幫助強盜罪。（六年上字第五九二號）

因與某人有嫌，時爲揚言有錢刻薄，經別人聞知起意行劫，向其告知情由，探詢路徑，即據實告，由別人率人搶劫其人者，爲事前幫助強盜之罪。（六年上字第一〇六六號）

謝小慶與袁紹益既素相識，於袁紹益案上盜以前，容留在家，供給飲食，顯有事前幫助嫌疑。原審於謝小慶有無知情故意，未予訊明，已有未合。况謝小慶事前既給飲食，事後又分得贓物，是否知情同謀，亦應研究。（七年上字第四九號）

此次行竊施錫助家之蘇老朱，即在上告人家拿獲，上告人明知爲竊賊，故意窩留在

家，原判以上告人供給蘇老朱住所，使其容易行竊，認爲成立幫助竊盜罪，依刑律第三十一條第三百六十八條處斷，尙無不合。（七 years 上字第二七〇號）

季小旦與盜匪楊壞旦素識，楊壞旦與人同謀搶劫，知季小旦家藏有鎗枝，向之借用，允於分贓時，給一鎗股，小旦貪圖鎗股，即將藏鎗借給楊壞旦搶劫人家財物。原審以季小旦係圖供給鎗械之報酬，與事前同謀事後分贓之共犯有別，依刑律第三十一條第三百七十三條處斷，尙無不合。（七 years 上字第三二一號）

陳茂榮起意誣告周顯氏，託梁晉寫具訴狀，向縣投稱周顯氏拐賣其妻等情。查核該狀內梁晉並未列名，而所供又僅認代做過狀子，原判亦卽以此認爲確定事實。是其幫助行爲，僅在陳茂榮實施犯罪以前，自應依刑律第三十一條以從犯科斷。（七 years 上字第五六九號）

搜煙裁賊，既經向有權接受報告之官署首告，則裁賊者應構成誣告罪。惟必須與報告人意聯絡，始爲共同正犯。否則利用不知情之報告人實施犯罪，係屬間接正犯。（七

年上字第九一二號

【解釋】

受雇與劫匪充偵探，專探官軍消息，係在事前，以強盜從犯論，在實施中者，以準正犯論，在強盜被獲後，為便利脫逃者，以便利脫逃罪論。（四年統字第三四一號）

甲商為乙匪尋購鎗砲，係刑律二百零五條之事前幫助。（五年統字第三八九號）

甲貪圖謝金受乙囑託，將丙所造偽票及票板，訂價取來，交付於乙，乙係在官人役，將甲帶案。甲為乙收買偽票，將丙之偽票交付於乙之行為，乃刑律第二百三十二條實施中之幫助犯，應以準正犯論。（五年統字第四六八號）

甲乙丙三人共擄丁男，意圖勒贖，交戊看管，許以分贓。戊係甲乙丙實施中之幫助犯，依刑律第二十九條第二項，當然以懲治盜匪法第四條第三款之準正犯論。（六年統字第五七八號）

強盜入人家細綁索贓，約期擄取去後，有於限期內代索得贓者，是否構成刑律第二

十九條第二項之準正犯，抑構成第三百八十二條之犯罪，應以被害人喪失意思自由與否爲區別該二項罪名之標準。（六年統字第六二〇號）

某甲製造光面銅元，售賣於乙，復造成花紋行使。某甲之製造光面銅元出售，固不能科爲乙之共同正犯。然其製成銅胚，顯係供給材料，使收買者易於完成犯罪。自應依刑律第二百二十九條之事前幫助犯處斷。（七年統字第八一一號）

甲擄乙勒贖，丙在事前如確已同謀，事後又分得贓洋，自係共同正犯。其僅知情藏匿被擄人，分得贓洋，應以準正犯論，與受贈贓洋罪從一重處斷。（八年統字第九三五號）

代匪購買糧食及賣米與匪，與本院統字第二八六號第三一六號解釋文內所稱，爲盜執炊無異，尙不能認爲犯罪。至代匪幫助偵探軍情，如果事實具體，並有確據，自應分別情形論罪。（八年統字第一〇八〇號）

乙丙丁戊己庚先後投入匪黨，充當匪徒，公然佔據村寨時，亦均在一處。如果於匪徒犯罪行爲，確有同謀或幫助證據，則雖僅祇隨行，或所任事務與犯罪行爲並無直接關係，

仍不得謂非共同正犯。(八年統字第一〇九五號)

甲派乙赴某處偵探有無軍隊，以便行搶，詎乙適至某鎮正窺探有無軍隊，即被拿獲。此種情形，正犯無正條可科，即無事前幫助從犯之可言。(八年統字第一一五七號)

明知爲匪，而藏匿家內，供給飲食，如於匪徒所犯具體事實，且係知情故意以資便利，俾其易達目的行爲者，應以事前幫助論。(八年統字第一一五三號)

查幫助犯，應依正犯所犯處斷。正犯攜帶鴉片，有時雖足爲其吸食之證明，尙不能僅指其攜帶行爲爲犯罪正犯。如查明確無吸食，或未遂情形，又非第二百六十六條第二百零六十八條等犯罪行爲之一部，則無正犯可言，更無所謂幫助犯罪。(九年統字第一二四一號)

查於人犯罪時，當場助勢，本爲幫助實施之一種，應準正犯論。除在傷害罪已有明文定爲以從犯論，自當按照科處外，其他犯罪之當場助勢者，仍應依刑律第二十九條第二項處斷。惟來函所稱聲援，是否可認爲助勢，係屬事實問題，自應詳慎查明辦理。(九年統

字第一二四四號)

強盜圖財入己，其事前同謀，須以共同利害關係參與謀議，並有同意計畫，推出他人擔任實施之事實。甲如果合此等條件，自應論以共同正犯，算入結夥數內。否則如僅局外贊助，尙不能謂爲同謀，應以事前幫助論。（九年統字第一二三八號）

有甲將女乙嫁丙爲妻，將該財禮洋借付丙用，甲寓在丙家年餘，欲回原籍，向丙要索借洋，丙恨甲追索，將贖變價，付還洋十六元，並另買小棉襖鞋襪，甲卽定日起身，丙同族弟丁聽聞，起意劫財，向丙說知，並問明甲帶洋元起身日期，丙未禁阻，亦未將丁意告甲防備，甲起身後，丁假意伴送，至途將甲殺害等情。查丁向丙查詢甲帶洋元及起身日期時，丙果已知其有圖劫之意，乃猶不據實告知，則丙雖無同謀或教唆之行爲，實難謂非故意幫助，應以事前幫助犯論。（九年統字第一三五四號）

投入匪夥，專爲匪司帳，於匪拷問被擄人時，爲之登記其姓名住址家產。此種行爲，如果確有犯罪故意，而又僅於正犯實施之際幫助者，自應以準正犯論。（十年統字第一六

新刑律並其他補充及特別法令，關於違犯國家禁令之罪名，（例如鴉片煙嗎啡等罪）其幫助犯，以一個行為幫助多數正犯時，應僅論一罪。（十年統字第一六七五號）

第四十五條 因身分成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無身分，仍以共犯論。

因身分致刑有重輕或免除者，其無身分之人，仍科通常之刑。

【文義】

身分之意義，由各種法規之領域而有不同。刑法上之所謂，則無論其他法規之區別，皆可包括

因身分成立之罪者，謂其身分為犯罪構成之一要件也。

因身分刑有重輕或免除者，例如對直系親屬之侵害，以身分而從重，無此身分，則較輕之類是。

【理由】

本條規定共犯之身分關係。刑法分則各條之犯罪，有以特別身分爲成立要件者，如收受賄賂罪，必具有公務員或其他特別身分，始能成立。又如婦女墮胎罪，必其有胎之婦女，始能成立。遺棄罪，必負有扶養保護之責任者，始能成立，皆其適例。就其他犯罪言之，亦然。茲將本條規定，分別舉述其理由如左：

第一項爲關於因身分爲犯罪成立之規定。在關於犯人之身分爲罪之特別構成要件者，無身分與有身分者同爲罪犯行爲，無身分人不得免其罪責。例如公務員之要求賄賂，其非公務員從而幫助之者，仍以共犯論。誠以此等幫助行爲，不以共犯論罪，並無處罰明文，任其逍遙法網之外，有罪不刑，揆之法理政策，焉得謂當。故有本項之設。

第二項爲關於因身分罪有輕重之規定。在刑之輕重，因身分之有無而有不同，有身分與無身分者共同犯罪，其無身分者仍科通常之刑。如無身分人教唆幫助正犯之犯罪，準無此身分之正犯論，從犯照無此身分之正犯減輕。反之，以有身分人自爲教唆幫助，使

無身分人實施，則教唆者準有身分之正犯論。前者之例，如甲教唆乙使殺害乙之父，則乙爲殺害直系尊親屬之正犯，甲爲普通殺人罪之正犯。後者之例，如甲教唆乙使殺害甲之父，則甲爲殺害尊親屬之正犯，其科刑應從重，乙爲普通之殺人罪之共同正犯。仍科以通常之刑。故共犯中無論直接實施犯罪者，爲有身分人抑爲無身分人，其處罰各以其有無身分爲斷，初不因其共犯而與單獨犯罪不同。否則於法理固有未協，於刑事政策亦不能貫徹。此本條所以有本項之設。

【比較】

因身分而有免除刑罰者，例如未滿十三歲人及心神喪失人等之行為在刑法上均不負責任。今有人從而教唆幫助使其實施犯罪行爲，或受其教唆實施犯罪行爲，則有身分者固不構成犯罪。其無身分人無論其爲教唆幫助他人，抑爲被教唆而實施犯罪，自不得同有身分人邀有免之特典，仍當科以通常之刑。此其情形，與理由中二項所舉之適例，固無有異也。暫行律第三十三條乃無此規定，不得謂無缺漏，本法而有明文。

【判例】

和賣及強賣，乃係因身分而成立之罪。所謂身分者，指依法令契約擔負扶助養育保護之義務者言之。上告人與某人不過為疏遠之族人，又隔村居住，對於被告之某氏，並無扶助養育保護之義務。即因某人和賣其妻而有所幫助或教唆，依刑律第三十三條，仍以共犯論。然亦僅應分別其幫助或教唆之情形，依幫助或教唆各條處斷，而不能即謂其為共同實施。（九年上字第六一三號）

第四十六條 知正犯之情，而幫助正犯者，雖正犯不知共同之情，仍以從犯論。

【文義】

知共犯之情而幫助者，知正犯故意犯罪之情，從而予以犯行之助也。

不知共同之情者，即正犯者不知有幫助之行爲也。

【理由】

本條規定一方共犯之處分。所謂一方共犯者，例如甲謀侵入乙某之室，意圖殺乙，鄰

室之丙，雖未與甲通謀，而心頗贊成，乃爲自戶外鎖門防乙脫走。甲並不知丙之爲助，然竟以殺甲。是則甲丙共同犯罪而丙爲甲之從犯焉。誠以正犯本自有犯罪之故意，共同者亦認共犯之行爲，雖一方不知，仍不能逃其罪責，而應各從所知以爲處斷也。一方共犯者不定其明文，則疑議滋多，於實際亦殊多未便，本條之設，職此之故。

【學說】

關於本問題，學說上之主張不一，舉之如左

第一說 此說謂共同之犯意爲成立共犯之要件，故苟此一方之行爲，其他一方不知時，不成刑法上之共犯。

第二說 此說謂一方認知爲共同，則足成立共犯。

二說之中自以後說爲正當，本法亦取後說。

第四十七條 二人以上於過失罪有共同過失者，皆爲過失正犯。

【文義】

過失罪，即因過失而犯罪，以分則應論者爲限。

共同過失者，皆無故意而發生同一之犯罪事實也。

【理由】

本條規定爲解決關於過失罪之共犯。犯罪成立之普通要素，其關於責任要件者，爲故意及過失。單獨犯既屬如此，以言共犯，蓋亦猶然。共同而出於故意，自成共犯，所不待論。至於非故意而出於過失者，亦應成立過失共犯。例如二人共弄火器，致人於死傷，應照過失殺傷之共犯處分。又如二人誤弄電機，致工廠焚如，應照失火之共犯處分。故共犯中自有過失之罪，毫無疑義。本條特定以明文，示其義例。

【學說】

關於過失之罪，亦有共犯之成立與否，學說頗不一致，約有四派，分述如左：

第一說 此說謂過失罪全然有共犯，其理由以爲意思責任之種類，非依意思之實質違法與否而分，惟依行爲者認識其意思之實質違法與否而有區別。故於故意犯

可能之一切意思關係，過失罪亦可成立。

第二說 此說謂唯教唆及從犯得成立共犯中之過失罪。其理由謂在共同正犯，雙方均須有通同之意思。對於他人之過失犯，雖不得有共同正犯，然於教唆及從犯則於正犯之方面，不必要有共同犯罪之認識，故對於過失罪而可認教唆及從犯之成立。

第三說 此說謂過失罪可存共同正犯，而教唆及從犯不能成立。其理由以過失罪雖有共同正犯，而教唆及從犯則因果關係中斷，換言之，則限於其行為，僅為一條件而不為原因者可存在之觀念為原則。如介入他人之過失行為，因果關係不中斷時，則存間接正犯之觀念，故不必於教唆及從犯，求處罰之理由，因之過失罪於教唆及從犯不得成立。

第四說 此說謂過失罪全然無共犯。其理由以共犯雙方之間，須有意思之通同。其結果於過失犯，不得有共同正犯。對於過失者之教唆或幫助，可認為間接正犯，同時不得容有教唆及從犯之成立，是過失罪無論如何形式，概不存共犯之觀念。

以上四說之中，比較以第一說爲正當。

【比較】

暫行律第三十五條規定於過失罪有共同過失者，以共犯論。其所取義，與本法固同。但自法文言，暫行律似有未妥。蓋必有正犯始有共犯，依暫行律以共犯論，則難定孰爲正犯孰爲從犯。且過失罪有無共犯，學者爭論至今，迄無真確之定評。故本法規定其爲過失正犯，各科以過失之刑，不使其負他人過失之責任。

第七章 刑名

【理由】

刑名二字，經傳數見不鮮。律著刑名，創自魏晉。然而時代不同，取制自異，固不可同日而語矣。夫刑名乃刑法之全體，所關至重，必須將各刑之性質階級，及其執行之方法與制限，輕重有序，品目詳明，而後庶合於刑法全體之適用，此本章之所由規定也。

【比較】

本章規定與暫行律頗有異同，具如各條舉述。茲就暫行律有其規定，而本法所不採者述之。暫行律第三十九條受死刑之宣告者，迄至其執行，與他囚人分別監禁。查本條性質屬於刑事訴訟法內之執行裁判或監獄法，不宜列於刑法之內；故此項規定，本法無之。

暫行律第四十一條宣告徒刑及拘役，不得未滿一日，罰金不得未滿一元。其理由謂拘役短期為一日，罰金寡額為一圓，則因減輕而至一日或一圓以下者，若即免除，不足以

昭懲創。是以增補入律，以資引用云云。但暫行律減輕以等，徒刑減等變爲拘役。至拘役則竟無從而減。是所謂未滿一日者，本不適用。本法以若干分之幾爲加減，則不滿一日之時間及不滿一圓之金額如何科斷，於加減章規定之。本章內不另設條文。

暫行律第四十四條受五等有期徒刑或拘役之宣告者，其執行若實窒礙，得以一日折算一圓，易以罰金。案本條以罰金易自由刑，有背刑罰之本旨，爲他國刑法所無者。前法律館所舉理由，以爲外國船舶之水手於碇泊地犯輕微之罪，科以數日之拘留。該船勢難久待，一旦啓碇歸航，在本船既失必需之小手，在本人又失歸航之便，而本國反因此增一飄零無業之異國游民，際此情刑，則易罰金爲宜。英國判決例此事數見，其他屬於此類之事例者，亦復不少云云。據所舉之事例，實因便宜起見。而與條文所云執行實有窒礙之說，未免不符。且所謂犯輕微之罪，科以數日之拘役，而條文則擴充至一年以下之徒刑，以一圓折算一日，則數百圓可以贖一年以下徒刑之罪，又未免失科刑之本旨。况暫行律科罰金之條文一百有奇。其中科自由刑罰金八十有奇。（餘皆併科）是輕微罪皆可徑科罰

金，無俟宣告自由刑始易以罰金也。若謂執行實有窒礙，即在一年以上之徒刑，亦或有之，可依執行法辦理。至所云英國判決例，殆依據一千八百六十一年之刑律合併法，及一千八百七十九年之簡易訴訟法，其大致所規定自由刑之罪，法官得按其情節併科以罰金，或不科以自由刑而僅科以罰金。其用意係在擴充罰金之適用範圍，與暫行律擴充罰金至百餘條之多，實相暗合，非宣告自由刑後因執行窒礙而易以罰金也；故暫行律該條規定，爲本法所無。

第四十八條 刑分主刑及從刑。

【文義】

主刑者，獨立而科之刑罰。

從刑者，僅附隨於主刑而科之刑罰。

【理由】

本條爲大別刑罰名稱之規定。犯罪而加以刑罰之制裁，乃法律上當然之結果。然又

或爲預防將來與其對於犯罪人之身分及關繫犯罪之物件，而須別加以處分者，是卽從刑發生之理由；故從刑不過爲犯罪科刑之附屬，實非具有刑罰之性質者。

第四十九條 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，得加至二月以上。
- 五 罰金。一元以上；但因犯貧，得減至五分之一。

【文義】

死刑，爲剝奪生命之刑。
徒，卽監禁之義。

無期徒刑，卽剝奪犯人終身之自由之刑罰。

有期徒刑，卽於一定期間內剝奪犯人之自由之刑罰。

拘役，卽拘束而役使之意。

罰金，爲剝奪犯人之財產之刑罰。

犯貧，卽犯人之貧窮者。

【理由】

本條規定主刑之種類。茲分別說明其理由如左：

第一 生命刑

生命刑爲剝奪生命之刑罰。斷者不可復續，死者不可復生，刑罰之慘酷，莫逾於死刑者。我國仍存而不廢止者，舉其理由，約有三端：一曰法理，刑罰猶之藥石，犯罪猶之疾病，醫之用藥，非審其病質與藥力，倘藥無效，而病不得瘳，故潰爛之癰疽，非尋常藥力所能奏效者，則割去之。死刑之加於死罪，亦猶乎刀割之加於癰疽，定其適用之標準，厥有

二端曰大惡，曰不治，使對此大惡，不治之犯，不加以絕對淘汰之刑，又豈國家刑期無刑之意？二曰歷史，我國自有史以來，倫紀至重，對於逆倫重案，則必處以重刑，歷代相沿，無有改革。使一旦廢止死刑，則對於干犯倫紀者，裁判必多窒礙，何足以惟奮美德？三曰社會心理，我國之有死刑，相沿已久，使一旦廢之，其影響必及乎社會心理，兇惡之徒，玩其刑輕而益肆無忌憚，社會愈滋騷擾矣。

第二 自由刑

在各種刑罰中，其合於良刑之條件最多者，厥惟自由刑。自由刑分無期徒刑，有期徒刑，及拘役三種。分款述之如左：

(一)無期徒刑。無期徒刑拘留終身，其無伸縮與感化性，實與死刑同。故各國有全廢止之者，然人有凶惡次於死刑者，必須處以無期徒刑，以防其再犯。故多數國家多仍而不廢，夫固有不能輕於廢止者。吾國刑法上既有假釋赦免之制，受無期徒刑之人，苟能滿瀆前愆，仍許其有出獄之望，於無期之中，仍寓有伸縮感化之性質；是

在吾國情形，無期徒刑，固不應廢止也。

(二) 有期徒刑。有期徒刑，爲自由刑最廣之範圍，於審判上尤有活動之地步。本法規定最長定期爲十五年，最短期爲二月，以與拘役刑銜接；但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年。此則擴張有期徒刑之範圍，庶乎應用曲當，罪刑乃不失其權衡也。

(三) 拘役。拘役，爲自由刑之最短者，其性質無殊於有期徒刑。故有期徒刑可減至二月未滿，而拘役得加至二月以上。其所以必別爲拘役者，蓋以輕罪之犯，不使與受徒刑之犯罪者同視也。

第三 罰金

罰金爲財產刑之一種，乃刑罰中之最有伸縮性者，故足以劑自由刑之窮。舉其利便，可得數端：可因犯人之地位而伸縮一也；可避短自由刑之弊害二也；適於貧慾犯罪者三也；因過失犯罪者已足資戒勉四也。雖然富者雖罰多金，未嘗知警，貧者財力維艱，

苦痛無限，揆之事實，罰金之制，又得曷謂平？故本條有因犯貧得減五分之一之規定，以弭其弊害焉。

【學說】

關於死刑者而有死刑存廢之論。舉之如次：

第一廢止說 廢止說者，以爲死刑應須廢止之理由，約有數端：死刑者，以人死人，大傷人道，一也；罪狀萬千，刑貴有伸縮，而死刑無之，二也；死刑一經執行，生命已絕，奪死囚自新之路，有背感化，三也；人之行爲，不能保無過誤，冤濫致死，復生無由，四也。

第二存留說 存留說者，對於廢止說者所持之各種理由，皆認爲不充分。無期徒刑囚禁終身，刑骸雖存，精神已死，死刑苦痛一時，慘酷猶不至此，則人道說可破也。自由刑有長短之限，財產刑有多少之差，法定刑量，詎能因應萬變之事實，揆之死刑，雖有差異，性質無殊，則伸縮說可破也。自由刑之褫奪自由，其被剝奪期間內，亦無由回復原狀，矧執行死刑，法律上鄭重其程序，錯誤自可減少，而害羣之可除，則回復說可破也。大惡

不治之犯罪人，既絕無感化之希望，留之社會，又有重大之危險，曷若加以淘汰，以維治安，則感化說可破也。

關於無期徒刑，學說頗有批難，舉其理由，亦有數端：

(一)無期徒刑爲終身刑，囚禁監獄，自由絕望，刑骸雖存，精神已死，其慘酷實甚於死刑也。

(二)人之生命長短不同，而無期徒刑執行期間互異，有失公平也。

(三)刑罰貴有伸縮，而無期徒刑無之；且拘禁終身，省釋絕望，自棄愈深，絕無自新之意也。

凡此理由，實皆不得謂爲充分。無期徒刑之不可廢，具述理由中，不贅。

關於有期徒刑之適用，有二種主義如左：

第一 法定主義 法定主義之中，又有絕對法定主義與相對法定主義之二種。相對法定主義云者，法官對於法律上所規定刑之範圍內，得自由選擇伸縮之謂也。本法即

探此主義。絕對法定主義云者，法律上確定科刑之點，法官不得自由選擇伸縮之謂也。

第二 擅斷主義 此主義即謂法官對於法律上所定科刑之點，得自由選擇伸縮之。

關於拘役，亦有存廢之問題，主張廢止說者，其理由有如下舉：一謂於短期之中，不能收感化之效。二謂監獄設備之不良，足以使初犯者沾染惡習。三謂監獄設備之良者，足以使犯罪者玩視刑罰，易蹈再犯。雖然拘役制度存在之理由，如理由中所舉，而刑法有緩刑罰金之制度，亦未始不稍足以免說者所述之弊端也。

【比較】

關於有期徒刑，暫行律分爲五等，（第三十七條）於立法上諸形不便，蓋分別及各單行法所科之刑期，惟以此五等爲標準，而罪之輕重各有不同，必以此五等繩之，則所規定之刑，恐有不失之於酷，即失之於寬之病。考各國刑法科二年以下，或六月以下之徒刑者尙多，即如日本刑法科二年以下懲役者，計十餘條，科六月以下懲役者計數條，暫行律

徒刑之等級欲科二年以下或六月以下，即無可規。其餘介乎各等級之年期，亦復如是。如此則加必一等，減必一等，畸重畸輕，勢所必然。故本法廢去等級，至於分則明定年日，而加減則以若干分之幾為準，既無定刑失當之虞，並免加減相懸之失。且以明定年日，則一目瞭然，無俟檢查等級表，即知刑期之短長，其為便利，無俟言矣。

【判例】

遞解回籍罪名，竟出暫行新刑律第三十七條規定刑名之刑。（二年非字第六號）

【解釋】

變價乃就具體物件，實施沒收處分之一種辦法。罰金係抽象的財產罰，二者性質，迥然不同，不能混而為一。（五年統字第四〇八號）

第五十條 從刑之種類如左：

一 褫奪公權。

二 沒收。

【文義】

褫奪，奪去不得享有也。

公權者，國民對於法律上所享有之特定資格也。

沒收，收沒入官也。

【理由】

本條爲規定從刑之種類，分述如左：

第一 褫奪公權 褫奪公權爲能力刑，法律規定爲從刑者，蓋以刑餘之人，仍與其享有公權，實不足併資懲戒，而有妨公權之尊嚴也。或認爲名譽刑，然名譽之損失，乃間接所生之結果。生命刑自由刑財產刑，命名之意，皆以直接效力爲標準，故循名核實，應認爲能力刑。

第二 沒收 沒收亦財產刑之一種，刑法之所以規定爲從刑者，以足資補充主刑之效力，而預防其再犯也。沒收限於特定之物，並須隨主刑而併刑，與褫奪公權所處之地

位固無有異。

【學說】

關於褫奪公權之性質，果爲刑罰與否，學說不一，舉之如次：

第一說 是說謂公權之褫奪，爲有罪之判決後，法律上當然之結果，實非真有刑罰之性質。

第二說 是說謂公權之褫奪，乃補充主刑而並期合於刑罰之本旨，全有刑罰性質，故須規定於刑法中。

以上二說，余取前說。

關於沒收之性質，學說亦不一致，舉之如次：

第一說 是說謂沒收爲刑罰。

第二說 是說謂沒收爲警察的預防處分。

第三說 是說謂沒收不許任何人所有者，是爲警察的預防處分，惟行之與犯罪

有關係者爲刑罰。

三說之中，後說爲當。

第五十一條 主刑之重輕，依第四十九條規定之次序定之。

同爲死刑或無期徒刑者，據犯罪情節，定其重輕。

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。

最高度與低度俱等者，據犯罪情節，定其重輕。

【文義】

同爲死刑或無期徒刑者，例如犯強盜放火罪處死刑或無期徒刑之類是。

同種云者，同一種類之謂，例如徒刑爲一種，罰金爲一種是。

最高度，即其上無以復加也。

較長，指徒刑而言。

較多，指罰金而言。

同種之刑以最高度之較長或較多爲重者，例如徒刑以無期爲重，五年以上有期徒刑，又較二年以下有期徒刑爲重，罰金三千元比較一千元爲多，是三千元者爲重。

最高度相等者，如第一百九十七條傾覆或破壞現有人所在之火車電車等者，處無期徒刑，或五年以上有期徒刑，因而致人於重傷者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。兩罪之刑，其最高度同爲無期徒刑，其最低度以後項之刑爲長，是後者爲重。

最高度與最低度俱等者，如第二百八十六條之義憤殺人罪處一年以上七年以下有期徒刑。第三百十五條之賂誘罪，處一年以上七年以下有期徒刑之例是。

【理由】

本條規定，示刑罰輕重之例。罪狀萬千，輕重不一，法律於此，應詳定刑名，重輕久暫，列有範圍，庶論罪科刑，有所標準；此總則有前條之規定，無俟言矣。然分則各條中所舉科刑之點，僅爲概括規定，原以便法官自由伸縮，以期罪刑適當。然其間所認爲重輕者，亦不可

不有明文，以期適用不至復有曖昧不明，罪刑之適應，益臻正確，此本條所由規定也。

【比較】

關於主刑重輕，暫行律於俱發罪章第二十七條規定之。惟該章以外之事項，有時亦須定其輕重者，即如本法第二條新舊兩法從輕處斷是也。本法既於有期徒刑廢等，則此項重輕標準，應有變更，故定於本章，以求賅括。

【判例】

初審判決，於被告人僅依刑律第二百七十七條處斷，原審認被告人所犯者，乃第二百七十八條之罪，該兩條之自由刑雖同，但第二百七十八條之罪尚應併科罰金，固應以該條之罪爲重，則初判自係引律錯誤，致罪有失出。（八年上字七號）

偽造私文書，雖係兩次，而提向人索債之行爲，則總爲一個，且詐財既屬未遂，依刑律第二十七條第二項之規定，應以一個行使偽造私文書既遂之罪爲重。（八年上字第一二五號）

刑律第二十七條第二項所定，以情節定輕重者，如兩種行為中，一為目的行為，一為方法或結果行為，除有其他情形外，應以目的行為為重。（九年以上字第一一七六號）

第五十二條 依第八條免除主刑者，得專科褫奪公權。

免除主刑者，得專科沒收。

【文義】

專科，對併科而言，乃單獨科罰也。

【理由】

本條為從刑之例外規定。從刑為主刑之附屬，故通例必科以主刑，方能科以從刑。惟在外國既受裁判在民國免除本刑者，專科褫奪公權，實無不可；故本法而有本條一項規定。依沒收物性質觀之，不應隨主刑免除之理；故本法而有本條第二項之明文。

【比較】

本條規定，為暫行律所無。

第五十三條 死刑用絞，於監獄內執行之。

死刑非經司法部覆准，不得執行。

【文義】

絞者，絞殺也。

於監獄內執行，即在監獄內處置也。

【理由】

本條規定執行死刑之方法處所及其時期。執行死刑，爲絕對的淘汰之手段，其方法要以確實迅速爲主，決不容以荼毒犯人爲快。至其執行之處所，尤宜避免養成殘酷之風。本條第一項，即本此主旨而規定。

至第二項之規定，所以貫徹重視生命之本旨。裁決呈經確定，仍須呈報法部，得回復後始能執行。司法部主司法行政之事務，就原則言，斷不能干涉法權。特以生命刑一經執行，絕無回復，且於刑罰之輕重是否相當，有時亦不無審核之餘地，則可於未執行以前，而

救濟裁判之錯誤，以補法律之未備焉。

【學說】

就執行死刑之處所言，有公開與密行二種主義。公開主義又稱威嚇主義，即肆諸市朝，使知警戒而減少犯罪之意。然揆諸各國經驗，公開主義非特無懲肅之效，且轉養成殘酷之風，其不合刑罰原理，於刑事政策尤為不當，彰彰甚明。本法規定於監獄內執行之，採密行主義也。

第五十四條 徒刑及拘役之囚犯，於監獄內拘禁之。

徒刑及拘役之囚犯，令服勞役，但得因其情節免服勞役。

【文義】

徒刑，包括有期無期而言。

囚犯，即已受刑罪宣告之犯人。

監獄，為執行自由刑之處所。

拘禁，即拘閉監獄，不使外出也。

勞役，即須用體力或腦力之事務。

情節，指犯罪人之情形或科刑之點而言。

【理由】

本條規定徒刑拘役執行之方法。自由刑之爲類甚繁，大別之可得流遣監禁之二種。流遣之刑，流之邊境，不與同國，意在屏絕，毫無感化之功能；而委禍邊地，亦非謀國之道。是流遣制之不可採，毫無疑義。故本法規定於監獄內執行之。

以有無定役言之，有無定役與有定役之二種。有役自由刑之理由可得而言者：蓋凡犯罪者大率游惰成性，使服勞役，養成勤勉習慣，感化德性，再犯無虞，此其一。監獄之費用，無非出自國帑。使囚徒從事生產，直接減國庫之供給，間接亦可輕良民之負擔，此其二。囚徒入獄，離隔社會，寂居屏處，苦痛尤深，使服勞役，所以興奮其精神，而活動其體魄，此其三。故本法無論徒刑與拘役均採有役自由刑，良有以也。

雖然，倘一律使囚徒服勞役，不問其有因體力能力不勝操作者，或罪節較輕者，以及受刑時間甚短，即使服勞役亦無裨於實際者，均不予以免除之特典，亦非刑事政策允當之道；故本法乃有但書規定。

【比較】

暫行律第四十二條規定徒刑囚之執行，第四十三條規定拘役囚之執行。本法彙於一條。暫行律第四十二條後段之其監禁方法及勞役種類，依監獄法之規定，實屬當然之事，無庸多列；故本法無之。

暫行律第四十二條規定徒刑之囚於監獄監禁之。按監禁本一種制裁之稱。例如第五十五條第二項易科監禁是也。則剝奪自由之行為，應稱爲拘禁，以示區別；故本法稱爲拘禁，而不曰監禁。

第五十五條 罰金於裁判確定後，令一月以內完納之。

期滿而不完納者，強制執行，其未完納者，易科監禁。

易科監禁，以一元以上三元以下折算一日；但因犯貧而減罰金者，應以減得之數，比例計算。

科罰金之裁判，應依前項之規定，載明折算一日之額數；但監禁期限，不得逾一年。

完納期內，經本人之承諾者，得易科監禁，即時執行。

易科監禁，於監獄內附設之監禁所執行之，得令服勞役。

易科監禁期內納罰金者，以所納之數，依裁判所定之標準，折算扣除監禁日期。

罰金總額逾一年之日數者，以罰金總額與一年之日數，比例折算。

易科監禁，不滿一日之零數不算。

【文義】

一月以內定納，即呈繳罰金款額之期限也。

強制執行者，依國家權力使其完納罰款也。

易科，更換他種刑罰之謂。

應以減得之數比例計算者，依減得之款額計算也。

完納期內，即裁判宣告後一月以內。

本人，指犯罪者而言。

附設監禁所，示與監獄不相混也。

【理由】

本條爲罰金執行方法之規定，罰金之種類，別之有三：一曰獨立之罰金，即分則各條只科罰金而不科自由刑者是。二曰選擇之罰金，即分則各本條處以徒刑拘役或罰金者是。三曰併科之罰金，即分則各本條處以徒刑拘役及罰金者是。本條所稱罰金，係兼指三者而言之。茲就本條各項規定，分別舉述其理由如左：

第一項規定罰金完納之期間。死刑雖裁判確定後，猶須俟部回覆後執行，昭慎重也。本項之規定，所以便犯罪者之籌措也。故二者與其他刑罰裁判確定後，隨即執行者有異。

蓋以罰金多額，勢不能一時即行繳納，倘不予相當期限，則犯罪者不能從容籌措，即予強制執行，非刑事政策允當之道，是即本項規定之主旨。

第二項爲期滿不完納之執行方法。既逾法定期間仍不完納，而後出強制方法，俾令完納。其又不能完納者，乃易科以監禁，監禁實非得已之舉，而至如此程度，又非易科不足以維罰金之刑罰；故監禁之執行，必俟經強制執行而後可。

第三項爲易科監禁期間計算之規定。易科監禁以一元以上三元以下折算一日，所以俾法官得審察其不繳納之原因，以定其標準。其因犯罪人貧窮而減罰者，應以減得之數，比例計算。否則與易科之主旨，不無違背，故設但書，明示其旨。

第四項之規定，科罰金之裁判，應載明折算一日之額數，所以使知易科之期日也。監禁期限，不得逾一年，蓋罰金爲剝奪財產上之法益，監禁乃不得已之舉，若監禁期限延長，則與長期自由刑無異，殊失科刑之本旨；故明文定其制限。

第五項之規定，在完納期內經本人承諾者，得即時執行易科監禁，所以省強制完納

之手續，而免遷延。

第六項規定，監禁之地，在監獄附設之監禁所，以未與自由刑之處分不同，免滯染監獄之惡習，而又保全其名譽，養其廉恥也。罰金爲剝奪財產之刑，易科監禁，其期間亦有一定限制，故令服勞役與否，全由法官裁量。

第七項規定，在易科監禁期內繳納罰金，例如宣告三百元之罰金，一元折算一日，因未繳納，易科三百日之監禁，在監禁期間繳納一部分，計一百五十元，應扣除一百五十日之監禁是。

第八項規定，爲罰金總額逾一年之日數之處分方法。例如一千元之罰金，一元折算一日，應以總額數與一年日數相比，求得監禁一日，比例相當之金額折算是。

第九項規定易科監禁不滿一日之零數。

【學說】

罰金爲輕微罪之刑，對於社會及個人之防範，本無剝奪犯人自由之必要。矧短期自

由刑種之弊害，學者之批難良多。易科監禁，雖似出於不得已，然舍易科監禁外，即謂無其他便利方法，則誰其信之。一千八百九十一年國際刑法學會議及一千九百〇五年國際監獄會議，經多數學者之討論議決，得其方法有三：

- 一 分期繳納。
- 二 以工易罰。
- 三 酌定金額。

【法例】

分期繳納之制，其用意為犯人一時不能繳納全額者，分期或能繳納。實行此制者，為英國，俄國，那威，荷蘭，紐思勃（瑞士州名），布加利亞（華展期三月與此制略有不同其用意則一），墨西哥。其見諸草案者，為西班牙刑法草案（一千八百八十四年）。

以工易罰之制，分為兩種：一作工而不限制其自由，一作工而限制其自由。其已實行此制者，為那威，渭特，透細，思勃（此上三者均瑞士州名），墨西哥，意大利，匈牙利，法國，德

國。(法德二國係依森林法)酌定金額之制，留於刑之酌科章述之，茲不先贅。

關於易科監禁期限之規定，各國法制不一，有以數月者，如瑞典六十日，芬蘭九十日，英國三月，那威四月半，比利時，布加利亞，印度皆六日，荷蘭八月，一年者，如日本暹羅，西班牙，俄國，德國，是。

【比較】

暫行律第四十五條第一項規定，易科監禁以一圓折算一日。本法則爲一圓以上三圓以下之額數，折算一日，俾法官得審其不繳納之原因，以定其標準。

暫行律同條第三項規定，易科監禁日數最長者，以三年爲限。世界各國對於此項期限，其長久若暫行律者蓋寡。本法從各國新例，規定以一年爲限。

本法第五項之規定，爲暫行律所無。

易科監禁，日本執行於勞役場。暫行律對於應否服勞役，並未有明文，故本法而有第六項規定。

易科監禁不滿一日之零數，究如何辦理，暫行律無其規定；本法有第九項之明文。

【判例】

查刑律第四十五條所規定之監禁處分，雖應於監獄內附設之監禁所內執行，而在法律上除脫逃罪外，仍以受罰金之執行論。原判乃於易科之監禁，誤爲徒刑，殊屬不合。

（五年非字第二九號）

【解釋】

查刑律第四十五條第一項第二款規定無資力者，以一元折算一日，易以監禁。又第二項，監禁於監獄內附設之監禁所執行之各等語。設有罰金易監禁人犯，在監禁執行中，又因另案被人在別縣告發，由該縣提案偵訊，羈押數月，迨審理終結時，另案宣告無罪，復送回原監繼續執行，其提縣偵訊之羈押日，並非在監獄內執行監禁，自與刑律第四十五條第二項之規定不合，不應算入。（十年統字第一五七五號）

查統字第九九二號，第一一三零號解釋文，所稱未備執行程序之監禁日數，得算入

刑期，均就本案言之。至直隸高等檢察廳原呈稱有罰金易監禁人犯，在監禁執行中，又因另案被人在別縣告發，由該縣提案偵訊，羈押數月，既因另案羈押，其日數應由另案判決，定其算入與否。如另案宣告無罪，即與本非在監執行之犯人，被人告發而受無罪宣告者同，除誣告者及故意加損害之縣知事等應負責任外，根本上無刑期可算。故本院刑字第一六四五號函（即統字第一五七號解釋文）取消極說，湖北高等檢察廳原呈稱因另案須該犯到案證明，由該縣提去質訊，致在縣署羈押數月，始送還原縣執行一節，依法本不能羈押證人，若謂因其在監禁執行中而羈押之，則其性質係繼續從前之監禁，無所謂因別案羈押。（十年統字第一六二八號）

查刑法總則無易科罰金之規定，刑法施行前判決確定之案，及施行後判處徒刑拘役之案，均不得易科罰金。（十七年解字第二〇三號）

第五十六條 褫奪公權者，褫奪左列資格：

一 爲公務員之資格。

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

【文義】

資格，即自然人在公法上享有之一定能力。

中央，指國民政府而言。

地方，指各省市縣區鄉而言。

選舉，謂由各人中以投票之方法，指定自己信爲適當之人也。

官立，指由國家所設立者。

公立，指由地方所設立者。

律師，即受訴訟人之委任及法院之命令，在法院行使法律所定之業務者。

【理由】

本條規定公權褫奪之範圍。褫奪公權爲使喪失享有公權之能力，上開第一二三款所列，其爲公權，毫無疑義。學校職員教員，亦皆爲有俸給之公職，故亦屬於公權之內。若私立學校之職員教員，係僱傭契約性質，屬於私權，不在此例。律師爲保護民權之機關，實有公之性質，自在公權之例。

【比較】

暫行律第四十六條規定褫奪之範圍，凡有六款。其第三款爲膺勳章之資格，本法不列入公權範圍。

暫行律同條第二款，單列選舉人資格，意謂被選舉人資格。依文例章之規定，包含在第一款內。但被選舉人於選舉之時，尙未知其當選與否，斷不能以第一款包含之。故本法於選舉人而外，更列被選舉人，較暫行律爲明晰。

學校職員教員之資格，應以官立公立之學校爲限；若私立之學校，非屬公權。暫行律

於此未有明示區別；本法則冠以官立公立字樣。

【解釋】

處無期徒刑者，依刑律終身監禁於監獄，似無褫奪公權之必要，然刑律總則第十三章第十四章，有假釋與赦免之規定，其是否假釋或赦免，均在判決確定以後，審判官宣告判決時，自屬無從逆料。例如某甲犯罪，處無期徒刑，判決時未宣告褫奪公權，以後若查其情節，主刑雖可特赦或減輕，而又未便令其遽享有公權，則辦理不能無窒礙。故審判官於判決時，應不問其主刑之種類，惟審查其應否褫奪公權，若認為應褫奪公權者，雖主刑係死刑，或無期徒刑，亦應依律褫奪。又查刑律第三百三十一條規定，犯第三百十一條之罪者，得褫奪公權，第四十七條規定，於分則又得褫奪公權之規定者，得褫奪現在之地位，或於一定期限內，褫奪前條所列資格之全部或一部。是犯第三百十一條之罪，宣告褫奪公權，自不能因主刑係無期徒刑，遂不設一定期限。（三年統字第一三三三號）

第五十七條 褫奪公權，分爲無期及有期。

有期褫奪公權，以一年以上十五年以下爲限。

宣告死刑或無期徒刑者，其褫奪公權爲無期。

宣告十年以上有期徒刑者，其褫奪公權爲無期或有期。

宣告六月以上十年未滿有期徒刑者，其褫奪公權，不得逾十年。

【文義】

無期有期，義見第四十九條。

宣告者，法官於審判終結，宣布其判決之謂也。

【理由】

本條規定公權褫奪之方法及限制。第一項規定分爲無期有期二種。第二項規定有期褫奪期間以一年以上十五年以下爲度。第三項爲無期之褫奪。第四項規定十年以上有期徒刑者，其褫奪公權爲無期或有期。第五項規定宣告六月以上十年未滿有期徒刑者，不得逾十年。蓋以褫奪公權爲從刑，其輕重應以主刑爲衡，爲法律上當然之結果。本條

則明示其方法與制限，爲分則得褫奪公權各條之標準焉。

【比較】

暫行律第四十六條爲終身褫奪且採裁定主義。本法則分有期無期，取裁量主義。

暫行律褫奪公權之規定，似過於繁雜。蓋就分則各條而言，公權有必褫奪及得褫奪兩例，其必褫奪與得褫奪之標準亦至不一。以國籍爲標準者，如暫行律第一百十六條。以犯人之業務爲標準者，如第三百十四條。以被害人之身分爲標準者，如第三百十四條。以犯人之身分爲標準者，如第一百二十六條。以受刑之輕重爲標準者，如第一百零六條。以犯罪之目的爲標準者，如第三百五十六條。其餘之標準，不一而足，實未得爲當。

暫行律第四十七條規定於分則有得褫奪公權之規定者，得褫奪現在之地位，或於一定期限內褫奪前條所列資之全部或一部云云。夫既曰得褫奪現在地位，則有不必褫奪者，身既入獄，安有不褫奪現在地位之理。而所謂現在地位，是否包現任官職而言，亦未分明。蓋暫行律分則中明定免現職者凡四條，第一百五十條官員犯瀆職罪者第一百七

十六條第二項官員犯脫逃罪者，第一百八十五條官員犯偽證及誣告罪者，第二百七十五條官員犯鴉片烟罪者，均有並免現職之明文，至犯其餘之罪而奪公權者，應否并免現職，未見規定。又所云一定期限內褫奪，而期限之長短，復無限制。獨於第一百六十三條選舉罪，則有十年以下，二年以上喪失選舉被選舉資格之規定。此外尚有全部及一部分。其條文實覺紛歧。本法廢去一部之褫奪，明定褫奪之期限，並確立應科有期及無期之標準，至其應奪，一併取裁量主義，實較暫行律之規定爲當。

【判例】

依暫行新刑律第四十七條之規定，宣告褫奪公權，須指定期限及宣告。第四十六條所規定之資格。（二年上字第一號）

【解釋】

省議會議員，僅因刑事嫌疑通緝，並未經審判確定褫奪公權，其議員資格尙不能認爲應行喪失。（十二年統字第一八五〇號）

第五十八條 宣告六月未滿有期徒刑拘役或罰金者，不得褫奪公權。

因過失犯罪者，不得褫奪公權。

【理由】

本條規定揭明不得褫奪公權之限制。公權之褫奪，直接喪失享有公權之能力，間接之影響及於名譽。輕微犯罪，於主刑之外，又加褫奪其公權，匪特失之過酷，抑亦失從刑之本旨也。宣告六月未滿有期徒刑，拘役，或罰金者，皆屬輕微犯，不當褫奪其公權，此本條第一項之所由規定也。

過失犯罪，以法文列舉者為限，本法第二十五條定有明文。其範圍與故意罪不同，而褫奪問題，自亦有別。誠以過失罪，雖與故意同為責任要件，但其主觀的觀念，既欠缺犯罪之認識，自不得與故意同論。此本條第二項之所由規定也。

【比較】

本條規定為暫行律所無。

第五十九條 褫奪公權，於裁判時併宣告之。

褫奪公權，於裁判確定時發生效力；但有期褫奪公權之期限，自主刑執行完畢或免除之日起算。

【文義】

裁判時，即犯罪審判終結之時。

發生效力，即能力刑之執行也。

【理由】

本條規公權褫奪之執行，從刑應隨主刑同時宣告，義具如第四十八條中所述。褫奪公權於裁判確定時，即發生效力，蓋指無期之褫奪公權而言。無期褫奪公權者，其主刑非死刑，即無期徒刑，一則回復無由，一則監禁終身，從刑效力之發生，應於裁判確定時，自無再制限之必要。至若有期褫奪公權，則應與主刑分別執行，故須自主刑執行完畢或免除之日起算。否則，如徒罪監禁獄內，法律上當然已喪失享有公權之能力，倘使徒刑之期間

與褫奪公權期間相合者，自徒刑執行時起算，出監之後，依然享有公權，則刑法從刑之效力，可謂等於無有。故不可不明規計算方法，俾適用上不致錯誤。

【判例】

褫奪公權，爲從刑之一種，應於主文內宣告之。（七年上字第八九〇號）

第六十條 沒收之物如左：

- 一 違禁物。
- 二 供犯罪所用及犯罪預備之物。
- 三 因犯罪所得之物。

【文義】

違禁物者，即國家法令不許私人自由製造或占有之物。

供犯罪所用之物，指犯罪實行或着手時所用之物而言。

犯罪預備之物，指預備將來用以犯罪之物而言。惟沒收屬於從刑，沒收犯罪着手預

備時所用之物，應以其着手或預備行爲，依法律成立犯罪者爲限。

【理由】

本條規定沒收物之範圍。違禁物如槍械、貨幣、公文書等，未受法令而擅自製造或持有者，在在足以擾亂治安，有礙良善風俗，故應沒收之也。供犯罪所用及預備之物，使仍歸犯罪人所有，益足啓犯罪之心，有礙惡性之悔改，故沒收之也。因犯罪所得之物，不使犯人失其不法之利益，祇加以刑罰，而觀物自利，再犯堪虞，故須沒收之也。三者皆本諸法理與刑事政策，爲此規定。

【學說】

有人於大車底下，加裝夾板，並將車軸挖空，均藏煙土，意圖運往他處出售，該項大車及拉車之騾馬，能否沒收？得有二說：

消極說 是說謂將大車底加裝夾板，並挖空車軸，內藏煙土，運往他處出售，其輸運之所爲，祇能爲實行犯罪之手段。該項車馬非直接供犯罪所用之物，不能沒收。

積極說 是說謂將大車底加裝夾板，並挖空車軸，內藏煙土，運往他處出售，則輸運行為，即為實行販賣鴉片行為。該項車馬，即係供犯罪實行手段所用之物，應一律沒收。

以上兩說，余取後說。前北京大理院亦贊成後說，（見十一年統字第一七一七號解釋文）

【判例】

非供犯罪所用之物，不得沒收。（二年上字第一〇二號）

沒收之物，以已經保管扣押者為限。若未經保管扣押之物，須追繳沒收者，除法律有明文規定外，不得為之。（四年上字第一七五號）

偽造之佃約，依律應予沒收。（五年上字第二一號）

沒收之物，應以法定條件為標準。本案第一審判決，對於強盜一罪，即認為不能成立，則沒收之物，除卯鎗子彈煙具外，其皮襖各物，當然不在沒收之列。如謂係他項犯罪所得

之物，然查閱兩審判決，又屬毫無根據。原判沒收皮襖各物，與刑律第四十八條之規定不合。（五年上字第二四號）

本案被告人所得地畝，先由所有者當給被告人管業，後因賭博輸負，遂加價杜賣，以償博負。是此項地畝，不得謂為因犯罪直接所得之物。原判竟予沒收，實屬違法。（五年非字第七號）

刑律可得沒收之物，以動產為限。（五年非字第七號）

駕輪大車，以販賣油酒為名，遍遊村堡，乘間竊取財物車馬油糞等物，於實施竊盜行為，既無直接關係，又未能證明其物是否為行竊所得，則自未便沒收。（五年非字第四八號）

誘賣人口之身價，不得追繳沒收。（六年上字第二四九號）

因賭贏錢，輸者僅以別物作押，而所贏之錢，尙未交付者，不得沒收。（六年上字第三三四號）

因犯詐財及侵占罪所得之贓物，如已費失，不得追繳沒收。（六年上字第六三三號）

查上告人所執挖補塗改之官契，雖應還給，然其中關於偽造部分，仍由審判衙門依刑律第四十八條第二款宣告沒收，再由執行衙門依刑事訴訟律草案執行編第四百九十八條，（現行刑事訴訟律第五百零三條）表示無偽造之處還給之，方為合法。（七年上字六〇一號）

僞照六張，顯係共犯罪所用之物，原縣判決僅予塗銷存案，並未依律沒收，原審竟未糾正，殊不合法。（七年上字第七五七號）

查刑律第四十八條第三款，應行沒收之物，除有特別規定者外，以因犯罪所得之原物，並經搜獲者為限。本案被告人販賣鴉片煙，雖經得有銀兩，關於販賣鴉片煙之罪，既無追繳價額明文，原審僅就賬簿記載，計算其所得價額之總數，未將原銀搜獲，漫予沒收，殊屬違法。（七年非字第一二七號）

刑律第四十八條第一款之規定，乃指私造或私有禁物品而言。此案上告人偽造之上條，（即期票）仍屬供犯罪所用之物，與私造禁止物品不同，則其沒收之根據，應依該條第二款之規定，方為合法。原判誤引該條第一款，殊屬違法。（八年上字第七六號）

上告人買良為娼時所得之絕賣字及擔保字各一紙，係該上告人因犯罪所得之物，以外更無權利者在，應予沒收。（八年上字第一三八號）

【解釋】

刑律所謂供犯罪所用之物，以動產為限。房屋如（第二百六十九條之館舍）當然不能沒收。（二年統字第二五號）

賣妻所得之價，固應沒收，但此種沒收，刑律無違徵明文，故已費失者，自不能追徵。（五年統字第四六五號）

趙甲之姪，被乙丙共毆身死，趙甲得賄賂私和。查私和得錢，刑律既無論罪正條，則所得私和之款，當然不能沒收。（五年統字第五三〇號）

故買因詐欺所得之物，自係贓物，價銀沒收。（六年統字第五七二號）

刑律第四十八條應行沒收之物，以業經搜獲者爲限，其未經搜獲之物，在律若無追徵沒收明文者，不得律予沒收，經院著爲判例。惟查動產中有可以同種類同數量之物代替者，（如紙幣之類）是否與上開判例，仍取同一解釋，查代替物之沒收，仍以業經搜獲者爲限，與前項判例之解釋無異。（六年統字第七〇六號）

刑律所稱供犯罪所用之物，本以動產爲限。栽種罌粟之土地，不得沒收，卽劃歸行政處分，亦須根據有效之法規辦理。（八年統字第一一四八號）

湮滅自己犯罪證據應論罪者所用之物，自當按律辦理，否則不得沒收。（十年統字第一五〇六號）

凡將煙土運往他處出售，其運送卽屬犯罪行爲，如果所用車馬，又係專供運送煙土所用之物，自應依律沒收。（十一年統字第一七一七號）

查案經禁煙機關，將煙案內應沒收之物，解送法院時，除依律判決沒收外，該管法院，

得酌量情形或逕行銷燬，或委託禁煙機關處分。（十七年解字第一一三號）

第六十一條 前條第一款之物，得專科沒收。

【理由】

本條爲專科沒收之規定。違禁物不問其是否爲使用或預備犯罪之工具，並不問是否屬於犯人抑他人，概須沒收之，無有其他之條件。蓋以違禁物爲國家法令所不許，自不許存留於私人間，固得專科沒收之也。

第六十二條 第六十條第一款之物，不問屬於犯人與否沒收之。第二款第三款之物，以屬於犯人者爲限，得沒收之。

最重本刑爲拘役或罰金者，非有特別之規定，不得沒收；但第六十條第一款之物，不在此限。

【文義】

得，可得之意，卽不確定之名詞也。

最重本刑爲拘役或罰金者，刑罰之科，最高度爲拘役或罰金者是。不在此限，卽不受此項規定限制也。

【理由】

本條規定沒收之條件及限制。違禁物專科沒收，不問屬於犯人與否沒收之，其理由具如前條所述，不贅。至供犯罪所用及預備之物，與因犯罪所得之物，應以屬於犯人者爲限。質言之，沒收爲刑罰之一，須施諸犯罪者之本人，不得累及犯人以外之有權利者，而損害無辜也。至於犯輕微罪者，除違禁物概須沒收外，其他供犯罪所用及預備之物，與因犯罪所得之物，亦皆概行沒收，未免失之太過，以至從刑反重於主刑，失罪刑之權衡。此本條第二項之所由規定也。

【比較】

沒收爲從刑，所以防範將來犯罪之憑藉。暫行律採必科主義。多數國立法例均主得科。本法除違禁物外取得科主義。又對於犯輕微罪者，除違禁物外，亦概必沒收之，亦屬失

之太過，具如理由中所述。故本法參照日本刑法第二十條及德國刑法準備草案第五十四條，而有本條之規定，爲暫行律所無。

【判例】

按沒收之物，以犯人以外無有權利者爲限，見於刑律第四十九條之規定。又應行沒收之物，若已費失須追繳其價額者，亦須律有明文。如刑律第一百五十一條，卽其一例。本案浮收之金額，各有所主，應入民事請求範圍以內，絕不能宣告沒收，更可無疑。（四年上字第四九九號）

假作媒合，騙取身價銀兩，在被告人一方固爲因犯罪所得之物，而在被騙者一方，仍係被詐之贓，既經被害人爲私訴之請求，自應追還給領，不得沒收。（四年非字第三一號）

受行竊人所贈之贓物，雖經起獲，而贓物既由偷竊而來，自非犯人以外無有權利者可比，不得濫予沒收。（六年非字第一三五號）

查刑律第四十九條規定沒收之物，以犯人以外無有權利者爲限。上告人呈案之帶根執照，既經天台縣認係公署吊繳存科之物，原審率予沒收，殊屬違法。（七年上字第一八三號）

上告人身爲巡長，所侵占之煙土，既係公務上之管有物，則該物之所有權，卽非上告人。乃原判竟置刑律第四十九條於不問，濫予沒收，殊屬錯誤。（七年上字第三四〇號）

被害人所交上告人之四十兩借字一紙，原以補當價之不足，雖亦由上告人之欺罔行爲所取得，而被害人本可請求返還。原審竟判予塗銷附卷，實無根據。（八年上字第七二號）

查第一審判決，因上告人犯強盜罪，於在上告人家所起之贓物，除經失主認明者外，竟認爲無主，引同律第四十八條沒收。原審不予撤銷，復爲補引同律第三款認第一審判決沒收之部分，爲無不當，法律上之見解，殊有錯誤。（九年上字第一八七號）

刑律第四十九條所謂犯人，係指到案之人而言，若到案之人所指共同犯罪之人，其

人既未到案受審，則是否確曾犯罪，即在不能預定之列，不可概指爲本條所稱犯人。故獲案之物，如確屬於案外之人，則沒收時即應受本條之制限。（九年上字第八四五號）

被害人立與上告人兌毛洋一百二十六元字據一紙，如果上告人確已構成詐財罪，自不能謂非因犯罪所得之物。惟被害人對於該字據有請求返還之權利，則依刑律第四十九條之規定，當然不能沒收。（九年上字第一〇七八號）

金丹既已賣出，除因情形得由檢察衙門以行政處分爲沒入外，不能就被告人爲沒收之宣告。（十年上字第四九四號）

鉤刀一把，由上告人等持去行盜，固係供犯罪所用之物，惟該刀係某人家所有，即不能不受刑律第四十九條之限制。原判乃依第四十八條第二款沒收，亦屬違法。（十年上字（第六二六號）

刑律第四十八條之沒收各物，依第四十九條之規定，本以到案之犯人以外無有權利者爲限。營利賂誘犯人出立之婚禮各帖，固係供犯罪所用之物，然既交由善意之買受

人收執，則買受人即屬有權。乃就上告人部分爲沒收之宣告，係屬違法。（十年上字第六六七號）

烟鎗烟斗，並屬違禁私有之物。原判僅依刑律第四十八條第二款沒收，漏未援引同條第一款，不免疏略。（十年上字第九八七號）

偵緝隊兌換之僞幣，縱屬上告人等行使之原物，但經行使之結果，其物之權利已因而發生移轉之效力，自應受刑律第四十九條之限制，第一審依第四十八條第一第二兩款，與起獲之僞幣一併沒收。原審未予糾正，均屬不台。（十年上字第一二二五號）

上告人押人爲娼呈案之押據一紙，既分與上告人收執，即屬犯人以外無有權利者存在。兩審判決，漏未沒收，應補判。（十一年上字第七三一號）

沒收物中之金丹一百零七粒，乃係縣署由上訴人手試買所得之件，所有權已經移轉。而原審判決不顧刑律第四十九條之規定，乃就上訴人部分一併沒收，用法殊欠正當。（十一年上字第九〇九號）

上訴人買受陳吳氏爲娼所收執之約據，既經扣押，且與刑律第四十八條第三款第四十九條所稱因犯罪所得之物，而爲犯人以外無有權利者相當。原判決未予沒收其誤。三。（十五年上字第八七九號）

第六十三條 沒收於裁判時併宣告之。

【理由】

沒收之標的，須於裁判時宣告之，其理由具如第五十九條中所述，不復贅。

第六十四條 裁判確定前羈押之日數，得以二日抵有期徒刑或拘役一日，或以

一日抵第五十五條第七項裁判所定之罰金額數。

【文義】

羈押者，在判決確定前被留置於看守所之謂，與監禁有別。

【理由】

本條爲羈押日數抵銷刑期或金額之規定，以羈押日數，算入刑期，爲今世學說所公

認。蓋刑事訴訟之進行中，被告人必須受羈押者情形甚多，如遇重要案件，凡第一審中偵查檢證等事必須慎重，而羈押之期亦因之延長，保不無累積年所，始得完結者。久困囹圄，自由被奪，其性質雖與刑罰有殊，而所受羈押之苦痛，衡諸監禁，又豈有間？故不可不求救濟之道，以期刑罰之衡平。本條之設，職此之由。

【學說】

羈押日數抵銷刑期間題，學說不一，舉之如左。

必然主義 是說以刑期自罪刑宣告起算。宣告後有上訴者，其上訴中之羈押日數，必然的算入刑期。

認許主義 是說以刑期之起點，自刑之宣告確定日爲始，在未宣告確定時，一切羈押之日數，抵算刑期與否，法律不預以肯定，任諸法官酌定之。

以上二種主義以何者爲當？依前說其流弊所至不免使被告生僥倖之心，冀以上訴，而以上訴之裁判未確定之羈押日數率算入刑期，藉減刑罰執行之日數。依第二說

則法官對於折算刑期與否，可審核有無延長羈押日數之故意，及其上訴之理由，以爲權衡，自可滅除必然主義之缺點，故二說之中，後說爲當。

未決期內羈押甚久未與折抵，嗣後假釋，則其羈押日數得折抵算入執行經過期間之內否？得有二說：

消極說 是說謂本條羈押日數之折抵，應在得字上著眼，即可抵可不抵也。故如原判既未抵折，無論久暫，當然不能算入。

積極說 是說謂羈押日數計二十餘年之久，因判處無期徒刑，未與折抵，雖拘禁與羈押不同，若早爲判決，十年已逾，況既有刑法第九十三條之規定，其羈押日數，即應折抵，是則呈請假釋，應將羈押日數折抵算入執行經過期間之內。

以上之說，余取前說。

【判例】

查刑律第八十條，未決羈押日數，得以二日抵徒刑拘役一日，或抵罰金一元之規定。

審判衙門之是否援用，原有自由裁量之權，並非概須折抵。如認為應准折抵者，須於宣告判決時，與宣告罪刑同時宣告，不能於判決確定後，由被告人聲請援用。（五年上字第四一號）

有期徒刑與罰金併執行時，若准以未決期內羈押日數抵刑，須於主文內明白諭知准抵之刑。（十一年上字第七五二號）

【解釋】

刑律第八十條所謂未決羈押，指判決確定前一切羈押而言。至於羈押處所是否未決監，羈押時日，是否在檢官開偵使查以後，皆可不問。即開始檢查前，羈押於他機關者，亦得謂之未決羈押。（三年統字第一一三號）

既決未決之分，以判決確定，發生執行力與否為界限。判決確定前者，為未決。確定後發生執行力者為既決。而判決有即時確定者，如終審判決是。有經過上訴期間，即確定者，如通常第一第二審判衙門判決是。有經過上訴期後，尚須經過法定程序始確定者，如覆

判案件，即屬此種。（四年統字第二八八號）

查刑律第八十條羈押日數折抵方法，應從被告人利益解釋之原則。若遇奇零日數，仍准折抵一日。（七年統字第八八八號）

查刑律第七十九條，載明刑期自審判確定之日起算。所稱情形，被告人雖在上訴期間內捨棄上訴權，而縣知事審理訴訟暫行章程，既許原告訴人對於縣判呈訴不服，自非原告訴人亦已聲明不呈訴，或經過上訴期間，並無不服者，不得謂為審判確定，即其執行，不得謂為合法。况原告訴人呈訴不服後，縱經控訴審，依據各級審判廳試辦章程第七十六條撤銷上訴，尚應認為缺席裁判，亦須經過一定期間，方能確定其刑期，仍應以此項裁判確定之日起算。至被告人未決期內羈押日數，可否准予折抵，應由審判衙門於裁判時參酌所犯情節，為之量定，執行衙門不得率准抵銷。（八年統字第九七八號）

查刑律第八十條規定未決期內羈押日數，得抵刑罰。既係抵刑，自與免刑不同，法律固應視為已經執行。雖假釋出獄，係為獎勵受刑人之後悔，入監未久，不能認為已受監獄

之威化。是否實能悛悔，亦無由確知。然第六十六條明定有悛悔實據者，始得許其假釋，究竟可否准許，盡有斟酌餘地。且裁判准否折抵，亦有裁量自由。既經准抵，自係認所未經折抵實應執行之刑期，爲應受威化之期。本院意見以爲折抵刑部分，無妨算入刑律第六十六條所定年期限制之內。（九年統字第一一八六號）

來函所稱，某之未決期內羈押日數，既有二十餘年，其在監又確有悛悔實據，自可報由司法部酌依別種方法辦理。（九年統字一三九六號）

查判處無期徒刑之案，向不適用刑律第八十條及刑訴條例第三百四十六條第三項，即依刑律第六十六條假釋，亦應就實際受執行之時期計算，與判處有期徒刑，而准以未決期內羈押日數折抵者，（見統字第一一八六號解釋文）不同。（十二年統字第一八二六號）

第八章 累犯

【理由】

國家制定刑典，原以防遏犯罪而期無刑。設有軼出正當行爲，觸犯刑網，國家即須予以相當之制裁，使其懲前毖後，有恥且格，咸趨爲善；如此刑罰施實之功效，乃有可獲。然至怙終不悛之人，不以前犯爲戒，懲不畏法，習於爲惡，爲社會之大蠱。普通刑罰既未能促其儆惕，因之不得有特別處置規，以資適用，是即本章之所由設焉。

【比較】

暫行第四章名累犯罪，不無誤以爲特種罪名，故本法無罪字。

【法例】

法律所規定累犯，以舊曾犯罪爲條件之一，各國之法例可分兩派，分舉如左：

第一法國派 此派以有罪裁判確定後之犯罪爲標準。謂裁判一經宣告，犯人即

應有所警戒，受警戒而後犯罪者，應加重其刑。

第二德國派 此派以執行完畢後之犯罪者爲標準。謂裁判宣告尚未受刑，果足爲犯人之警戒，則宣告以前刑法具在，亦足以警戒，又何待裁判之宣告。故必以實體上受刑，全部之執行或一部之執行而經免除者，方足爲犯人之警戒。受刑後復犯罪，可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性，而有加重其刑之必要。

以上兩派主張，自以第二派爲優。

第六十五條 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免除後五年內，再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯。

【文義】

五年內，均自完畢及免除之日起算，逾五年雖有復犯，不得認爲累犯，故五年爲法定期間。

【理由】

本條定累犯之成立要件。如何爲累犯，法律應首先規定其定義，確立其要件，而後標準有資，不至漫無準的，此卽本條之所由規定。茲分述其要件之理由如左：

第一 初犯須爲徒刑。本法主刑爲死刑、徒刑、拘役、罰金四種。死刑一經執行，便無回復，無從再犯。所不待論。被執行拘役、罰金者，倘若再犯，宣告爲最長期及最多額，已足懲罰，無加重之必要。故本條所認爲累犯者，以徒刑爲限。徒刑包括有期、無期徒刑而言，無期徒刑拘禁終身，不復生再犯問題，然其一部免除者，自仍可爲再犯。

第二 須已受執行。僅受宣告並未執行，未足示犯人以儆戒，故再犯之成立，須已受執行完畢或免除者。雖已宣告或執行未畢，均不發生再犯問題。蓋本法採取德國派之法律，實較爲當，參看前舉法例。

第三 須再犯應處有期徒刑以上之罪。再犯之罪爲死刑、無期徒刑，不必更事加重，再犯之罪而處拘役、罰金者，亦不得認爲累犯。故本條加重之例，當然僅適用於有期徒刑。至其與初犯之罪質相同與否，則非所計。世有主張初犯再犯之罪質應相同或

近似者，其所取義，殊失之過狹。蓋人之甘心爲惡，苟有機可乘，則無論殺傷、賊盜、放火、盜水、毀損、略誘、姦非，卽無所不爲，要皆可以危險社會。此種兇徒，決不可以再犯之種類不同，而寬假其刑。故本條不限犯罪之種類，惟限以前後同種之刑罰。

第四 須不逾五年。累犯加重，原以懲怙惡不悛之兇人，故人一經處罰，翻然改悔，終身爲善，固爲立法之希望。然法律基於刑事政策，如何爲累犯，對於初犯再犯之期間，而有法定之制限。徵諸各國統計，再犯之人，多在初犯之刑消滅以後二年三年以內者爲最多。若能至五年不再犯罪，則足證明其人前此所被之刑已極有效，足以嚴懲之矣。故於初犯之刑執行五年後而又犯罪者，不生累犯問題。

【比較】

暫行法第十九條規定，已受徒刑之執行，更犯徒刑以上之罪者爲再犯，加本刑一等；但有期徒刑執行完畢，無期徒刑執行一部而雖免除後，逾五年而再犯者，不在加重之限。本法將暫行律但書之累犯條件，列入定義，而於處分問題，另具下條，實較暫行律爲當。

【判例】

大赦前之犯罪，已經除免，不能爲累犯之原因。（二年非字第二一號）

楊友竹之吸食鴉片，雖曾兩受拘罰，然尙未至徒刑，自不能構成再犯之條件。（三年非字第七五號）

本院最近判例，凡已受徒刑之執行，更受徒刑以上之刑者，雖未執行完畢，亦以再犯論。（四年上字第一七七號）

被告人於前清光緒宣統年間，曾犯竊盜罪三次，民國二年八月，三年十月，又先後犯竊盜罪二次，既無正式判決，則於暫行新刑律第十九條累犯罪，已受徒刑執行之要件，已不適合，當然不能發生累犯問題。又該被告人在前清所犯竊盜三次，亦早經民國元年赦令消滅，罪刑自應一律免訴，僅科以後之竊盜罪爲正當。乃原判竟認爲三犯以上，援用暫行新刑律第三百六十八條第二十條加重二等處斷，殊屬違法。（四年非字第六號）

判處徒刑，易科罰金，執行完畢後，更犯徒刑之罪者，應從再犯之例處斷。（六年上字

第六四號)

因案經縣知事判處徒刑，經過上訴期間後，正在覆判中，即復脫逃者，不成累犯。(六年非字第一二五號)

查刑律第十九條規定，再犯加本刑一等，本以已受徒刑執行，更犯徒刑以上之罪者為限。本案被告人受贈贖物之際，既經原審查明前因行竊判處徒刑，尚未逾越上訴期間，則徒刑並未執行。此次所犯之受贈贖物罪，自不能論以再犯。(七年非字第一三八號)

【解釋】

既決人犯在監犯罪，依本院最近之判例，認為係刑律第十九條之再犯。(四年統字第二二二號)

審判確定後，尚未執行，犯脫逃罪者，科刑後與前科之刑，併執行之。若已在執行中者，無論所執行日期之多寡，均以累犯論。至刑律第二十一條，係指本為累犯判決前未經發覺，至判決確定始發覺者而言。第二十四條係指確定審判前犯數罪，而發覺有先後，或各

別經審判者而言。均與本例不符。（四年統字第三三三號）

在徒刑執行中犯二罪，均合於累犯條件者，均爲累犯，各加本刑一等，再依俱發例處斷。（四年統字第三四八號）

有甲前犯科徒刑四年，已執行二年，後犯脫逃罪科徒刑四年，則合併執行之刑期，是否仍須八年，抑祇六年？查累犯罪加重所科之刑，應與前科未執行之刑期，合併執行，即須執行六年。（五年統字第五三〇號）

已經覆判確定，令縣在監獄內執行之犯，強暴脫逃未遂，傷害他人，應以累犯論。（六年統字第六三八號）

查統字第七百三十六號（現改爲七百四十號）解釋所謂未宣示及牌示之判決無效，係指無確定效力而言，當事人無論何時皆可以上訴。蓋判決之須宣示及牌示者，在使當事人知悉判決之內容；故上訴期間，由斯起算。未宣示及牌示之判決，當事人何時得知其內容，無從懸斷，自不能因上訴期間之經過而確定。若當事人已受執行，是已知判決

之內容，自可認爲捨棄上訴權；此項判決，卽有確定之效力。本件某甲既已受執行，自應認爲再犯。（七年統字第七七二號）

刑律第十九條所稱更犯徒刑以上之罪者云云，係指法定刑而言。（一一年統字第一七四〇號）

在所羈押之徒刑人犯於判決確定後雖未經檢察官指揮執行，亦以已執行論。如更犯徒刑以上之罪，依刑律第十九條，自屬再犯。（十七年解字第九四號）

第六十六條 累犯不同一之罪，或左列不同款之罪一次者，加重本刑三分之一；二次以上者，加重本刑二分之一。

累犯同一之罪，或左列同款之罪一次者，加重本刑二之一；二次以上者，加重本刑一倍。

- 一 內亂罪，外患罪，妨害國交罪。
- 二 瀆職罪，妨害公務罪，妨害選舉罪，妨害秩序罪。

- 三 脫逃罪，藏匿犯人及湮滅證據罪，偽證及誣告罪。
- 四 公共危險罪。
- 五 偽造貨幣罪，偽造度量衡罪，偽造文書印文罪。
- 六 妨害風化罪，妨害婚姻及家庭罪。
- 七 褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪。
- 八 妨害農工商罪。
- 九 鴉片罪，賭博罪。
- 十 殺人罪，傷害罪，墮胎罪，遺棄罪。
- 十一 妨害自由罪，妨害名譽及信用罪，妨害秘密罪。
- 十二 竊盜罪，搶奪強盜及海盜罪，侵占罪，詐欺及背信罪，恐嚇罪，贓物罪，毀棄損壞罪。

【文義】

不同一之罪，即不同種類之罪質也，反之爲同一之罪。
本刑，指再犯之主刑而言。

【理由】

本條規定累犯之處分。累犯者不以初犯爲戒，惑不畏法，故自犯罪言，則易成犯罪之習慣；自國家言，則大損國之威信；自社會言，則增加社會之危險，是法律必當有特別之制裁，此即累犯加重制所由成立也。

本條對於累犯之處罰，分別二項規定，第一項爲不同一之累犯罪，即學說上所謂普通累犯，第二項爲同一或類似累犯罪，即學說上所謂特別累犯。特別累犯有特別之惡性，最難懲戒，故較普通累犯自應特別加重也。

【學說】

累犯處分之標準，學說及立法例不一，舉之如左：

第一 罪種標準主義。是說謂累犯之特別處分，應以先後犯同種類之罪爲限。

第二 刑種標準主義 是說謂累犯者有權可乘，皆足犯罪，罪種標準，實有未協，自以根據初犯之刑爲當。

本法兼採罪刑兩種主義。

累犯之處分如何學說亦不一致，舉之如左：

第一 變更刑罰種類主義 是說謂對於累犯應當變更刑罰之種類而處罰之。例如初犯有期徒刑，再犯則應處無期徒刑之類是。

第二 就最長期加倍主義 是說謂對於累犯應當就最長期加倍處罰之。例如再犯爲搶奪他人所有物罪，其最長爲五年有期徒刑，即應處十年有期徒刑之類是。

第三 就本刑加重主義 是說謂對於累犯應當就其本刑加重處罰之。本法採取第三說。

【比較】

暫行律第十九條之規定，對於先後所犯之罪，不必同種，係屬刑種標準主義。但同種

累犯，在刑事政策上亟應防止，所不容稍忽。故多數法律兼採罪刑兩種主義。本法因之，實較律爲當。

【判例】

查刑律累犯罪之成立，以已受徒刑之執行爲要件。而應送覆判案件，必須經覆判確定，始能發生執行效力。故覆判裁判確定前之案件，均爲未決，不能執行。縱令事實上已逕執行，法律上究不能認爲已受徒刑之執行。故未逾五年，更犯徒刑以上之罪，亦不能以再犯加重。（十一年上字第一一七號）

【解釋】

在徒刑執行中犯二罪，均合於累犯條件者，均爲累犯，各加本刑一等，再依俱發例處斷。（四年統字第三四八號）

有甲前犯科徒刑四年已執行二年後犯脫逃罪，科徒刑四年，則合併執行之刑期，是否仍須八年，抑祇六年？查累犯加重所科之刑，應與前科未執行之刑期，合併執行，即須執

行六年（五年統字第五三〇號）

有某犯於在監執行徒刑中脫逃，已構成累犯罪中之再犯，自應加所犯之本刑一等處斷。惟該犯於緝獲時，又發覺自打嗎啡行爲，應否認爲三犯。查謂認爲三犯之要件，係依審判次數而言。如第一罪審判確定執行其刑後，又復犯罪，始可謂再犯。則累犯罪之三犯，亦當經過再犯審判之確定，始與法意吻合。該犯之嗎啡罪於脫逃後甫經緝獲發覺，尙未經過第二罪之審判，仍應認爲兩個再犯罪，各科其刑，而依俱發與累犯罪互合之例辦理。

（六年統字第七一二號）

查刑律第二十條規定三犯以上者，加本刑二等，不以再犯已加本刑一等爲限。而第二十一條規定凡審判確定後，於執行其刑之時，發覺爲累犯者，依前二條之例，更定其刑。意謂於執行完畢或免除後，發覺爲累犯者，不得依前二條之例，更定其刑也。據此則原問所稱第三次犯罪，於判決時已查明爲三犯，不問再犯之刑會否加一等，應依三犯例判決加二等。若至執行第三次之刑時，始發覺第二次漏未加重，不得依第二十一條更定其第

二次之刑。(十三年統字第一八七六號)

前處徒刑之罪，如在赦令條款不准免除之列，執行後未逾五年，更犯徒刑以上之罪，為赦令條款所不准免除者，應依再犯加重例辦理。否則前之罪刑，業經根本消滅，更犯時應視同初犯。(十五年統字第一九七〇號)

第六十七條 裁判確定後發覺為累犯者，依前條之規定，更定其刑。
前項之規定，於執行完畢或免除後發覺者，不適用之。

【文義】

裁判確定發覺為累犯者，即發覺於五年內，已經受徒刑之執行者是。更定其刑，即變更其宣告之刑量，而適用累犯加重之制以為判定也。於執行完畢或免除後發覺者，於該次所犯之刑，業經執行終了，或免除罪刑後始發見前五年內已受徒刑之執行者是也。

【理由】

本條爲事後發覺累犯者之規定。茲分別舉述其理由如左：

第一項示裁判確定後發覺者適用之例。裁判既經確定，自不能變動，此乃訴訟法之原則。惟累犯之人，每有變易姓名，非一時所易能察覺，矧累犯之關係，達至五年，犯罪地或有不同，是否累犯，發覺尤非易事；倘必限於裁判確定以前，而判別其爲累犯與否，則必多被倖免。是雖有累犯之別，而等具文，揆諸刑事政策，又豈得爲當。故必須有實行之方法，予以手續之便宜，而有本條第一項之規定。惟於此所宜注者，卽對裁判確定後發覺累犯，其可以變動者，亦僅在其執行刑之期間，而不得遽至變其罪名，或改更其裁判之全部。

第二項示罪刑消滅後不適用前項之規定，罪之消滅後，而始發覺其爲累犯，科以累犯之刑，則不啻使已消滅之刑罰權復活，國家之刑罰權之施，永在不確定之地位，國家社會，必益滋紛擾而無疑。故本條特著本項明文，以示禁止。

【比較】

暫行律第二十一條規定，凡審判確定後，於執行其刑之時，發覺爲累犯者，依前二條

之例，更定其刑。揆其法意，蓋謂裁判確定後始發覺者，得變更其裁判而從新科罪。但執行完畢或免除後，則不得變更其裁判，是兩時點一得變更其裁判，一不得變更其裁判。暫行律將此兩層合爲一句，設於判定之後，執行之前，發覺爲累犯者，恐有不能變更其刑之誤解；故本法於此分項規定，明顯何如。

【解釋】

有甲變更姓名，三次犯罪，其再犯三犯，均未加重，於執行完畢後始行發覺，應否於再犯之罪，加本刑一等，於三犯之罪，加本刑二等，更定其刑，一併執行等情。如係釋放前發覺者，依刑律第二十一條，更定三犯之刑。釋放後發覺者，不能更定。（五年統字第四三〇號）

受刑人雖僅被處罰金，但其所犯之罪主刑內既有徒刑，則於執行時如發覺其爲累犯，仍應按照刑律第二十一條辦理。（一一一年統字第一七四〇號）

第六十八條 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。

【文義】

軍法，專為維持軍事之秩序而設，為特別法之一種。陸軍刑法及海軍刑法皆屬之。外國法院，即外國國權所轄之法院。

【理由】

本條規定累犯除外之例。軍法為特別法之一種，既如文義所述。特別刑法之施行，非普通刑法之效力所能及；蓋犯罪性質不同，其適用之刑法亦異也。是以初犯之依軍法處斷者，不得於普通刑法有累犯之關係，亦猶之初犯依普通刑法處斷者，於軍法亦不得有累犯之關係也。

至對於外國法院受裁判者，亦屬除外之範圍。誠以外國法院之裁判，專以外國刑法為基礎，內國裁判以內國刑法為基礎，此在法律上地位觀之，外國裁判之結果，亦不過一種事實而已，與未始受裁判，未始有犯罪者從同。故雖受其裁判，但不構成本國累犯之關

係也。

【比較】

暫行律第二十二條規定，依軍律或於外國審判衙門受有罪審判者，不得用加重之例。按軍律二字，相沿有嚴刑重典之意，似未免不涉誤會。本法爲軍法，法意明晰。衙門二字，係清代官署之名詞，與現行法制亦復抵觸；故本法一律稱爲法院。

【解釋】

設有普通人民黃某，經陸軍審判處援引刑律第一百零三條及第一百八十二條合處徒刑八年，函送監獄執行，黃某於執行中乘間脫逃，是否構成刑律第一百六十八條之脫逃罪？及應否依照刑律第十九條累犯罪處斷？查刑律第一百零三條第一百八十二條之犯罪，既經非陸軍審判處所能受理，則此項無權限之判決，在法律上當然不能認爲有效。至刑律第一百六十八條，係以既決未決之囚，及其他按律逮捕監禁人脫逃，爲其要件。刑律第十九條係以已受徒刑之執行，更犯徒刑以上之罪者，爲其要件。所謂已決之囚，係

指依法律應認爲有既決效力之囚而言。所謂未決之囚，係指依法律應受羈押之囚而言。所謂按律逮捕監禁人，係指依法律應行逮捕監禁之人而言。若受無效之徒刑判決，及無權限之逮捕監禁，當然不能包括在內。黃某所受陸軍審判處無權限之徒刑判決，既屬無效，在事實上雖已受徒刑執行，而在法律上究不能認爲已受徒刑之執行，則其在執行中，所犯之脫逃行爲，亦即不能認爲更犯徒刑以上之罪。故黃某非獨不能構成刑律第十九條之再犯，並不構成刑律第一百六十八條之脫逃罪，照本院六年上字第二百零一號判例。（六年統字第六四二號）

第九章 併合論罪

【文義】

一罪有一罪之性質，卽有一刑之處分，一人而犯數罪，基之法理，絕不併而爲一；然於各罪之刑則固無妨。是所謂併合論罪者，並非將數罪併合爲一罪，其各罪仍自獨立存在，不過併合處斷之耳。

【理由】

數人共犯一罪，是爲共犯，一人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免除後五年內再犯有期徒刑以上之罪者爲累犯，凡此皆有專章明文規定，均已如前舉。而一人於裁判宣告前犯數罪者，與共犯累犯同爲犯罪之特殊形情，若無其規制，則關於此類之犯罪刑法上如何適用，標準無從，故必須有其規定，而後有所根據，此卽本章之所由設也。

【比較】

暫行律第五章爲俱發罪，係屬沿用舊律之名稱。但本章之規定，非限於數罪俱發，卽數罪各別發覺，亦得適用。其爲不協，顯而易見。日本舊刑法名爲數罪俱發，新刑法改爲併合罪，本法採日制，而定茲名。

暫行律關於俱發罪之規定，自第二十三條至第二十八條，凡共六條。本法關於併合論罪之規定，自第六十九條至第七十五條，凡共七條。兩者各條規定優劣如何，具留於各本條中述之，不先贅。茲所言者爲暫行律第二十五條之規定。查該條條文爲俱發與累犯互合者，其俱發罪依前二條之例處斷，與累犯罪之刑併執之云云。此條之規定，似有誤解。攷暫行律原案該條之理由，謂俱發罪與累犯罪互合者，例如犯甲乙兩罪，其甲罪應處徒刑三年，尙未發覺，僅以乙罪，受宣告徒刑五年，執行既終後，再犯丙罪，值審判之際，同甲罪一併發覺是也。此種情形，應據本條規定，先按其甲乙兩罪，而援用前二條，以甲罪之法定期三年與乙罪比較，於八年以下，五年以上之範圍內，定執行刑期六年，以前此五年執行

既終，故以其餘刑一年與再犯丙罪之刑，合併執行，等語。案所犯之丙罪，係在裁判後，依俱發罪之定義，自應獨立科刑，分別執行。如具累犯條件，則科以加重之刑，否則科以通常之刑。然則丙罪與其他各罪分別執行，固不以累犯為限。是故該條之用意，係俱發罪與非俱發罪互合時，其非俱發罪應獨立科刑而與俱發罪之刑一併執行，此乃併合論罪定義當然之解釋，實無庸有該條之規定，故本法無之。

第六十九條 裁判宣告前犯數罪者，併合論罪。

【文義】

裁判宣告前，即數罪皆未經裁判宣告以前之謂。

數罪，謂數個罪名，其種數相同與否，自非所計。

【理由】

本條規定併合論罪之性質及其範圍。何謂併合論罪，不可不首先規定其義，而後標準有資，以免誤解。此本章所以開宗明義，首列本條也。茲就本條規定而述其要件如左：

第一 犯罪者須同一人。同爲一人者，如殺人罪放火罪，均同出於一人也。設一人殺人而他一人使被害者不能抗拒，即屬共犯，不生本章之問題。

第二 犯罪須在裁判宣告以前。先犯某罪，未經裁判宣告，又犯他罪，例如先曾犯殺人罪，尙未發覺，或已發覺而未經裁判之宣告，乃又犯一殺人罪或其他之罪，是即併合論罪。

第三 犯罪須爲二個以上。所犯一罪，不生併合論罪問題，故數罪爲本問題主要之條件。

【法例】

關於併合論罪之範圍，各國立法例，可分三派，如左：

第一 以裁判宣告前所犯之罪爲限，如德國，是。

第二 以裁判確定前所犯之罪爲限，爲日本，葡萄牙，匈加利，是。

第三 以執行未畢前所犯之罪爲限，如荷蘭，瑞典，意大利，是。

以上三派立法例其優劣如何按第三派在執行期內犯罪者，推翻以前之裁判，使犯人得享併合論罪之利益，無異獎勵犯法，其爲不妥，自無疑義。第二派縮小併合論罪之範圍，而以裁判確定前爲限，自較第三派略勝。但裁判宣告後確定前之期間內犯罪者，與裁判宣告前之罪併合論罪，亦無充分之理由。何則？蓋裁判既經宣告而於未確定之前，雖或有變更之必要如上訴等，然斷不能純因宣告後犯罪而變更其裁判，遷就犯人，使其得享併合論罪之利益。故三派法例之中，以第一派爲正當。

【比較】

暫行律第二十三條規定確定審判前犯數罪者爲俱發罪，係屬法例中所舉第二派之例，第二派之法例優劣如何，具如法例中所述。本法規定裁判宣告以前，是採取第一派法例，良無疑義。故較暫行律爲優。

【判例】

犯罪有時雖爲一行爲，而所侵害之法益，不止一人，卽不能爲單一之犯罪，應以法益

被侵害之數，爲犯罪之數。（二年上字第一〇二號）

強盜竊盜罪之成立，固不以行爲之數，爲區別一罪數罪之唯一標準，亦不以財產所
有人之數，爲區別一罪數罪之唯一標準，應視其財產係共同監督，抑係各別監督而區別
之。於一院內，同一馬廄中，行劫五人所有馬匹，其馬匹既蓄於一廄，而馬廄又爲五人所共
有，是即在共同監督權以內，不得以馬匹係五人所有，而以五罪論。（三年上字第六八號）

本案原審認定事實，上告人譚宏瀛始，則將元蘭左膀打傷，並囑令僱登挖出其右眼
睛後，已由黃玉堂等從中調處，着元蘭立據了事，繼因元蘭於次日逃走後，將其趕回殺死。
是上告人所犯，係以二個獨立行爲，生傷害及死之二個結果，應以二罪論。（三年上字第
二三七號）

查犯罪行爲，係侵害人格法益者，應以被害法益之數，定犯罪之數。該被告人放火焚
殺鍾錦芳鍾祿康之所爲，係侵害二個人格法益，自應以二個殺人罪論，焚殺鍾官生未死
之所爲，應以獨立一個殺人未遂罪論，合併計算，實係三罪俱發。原判認放火係手段行爲，

殺人爲目的行爲，依刑律第二十六條，從一重處斷，並無不合；惟祇以一個殺人既遂罪論，亦屬違法。（四年上字第一一號）

查偽造貨幣，以侵害公共信用爲犯罪之客體，其性質單一而不可分，故不依銀行之個數，以定其罪數。雖偽造色樣計有多種，且不屬於一銀行，然連續數個行爲，而犯同一之罪名，依第二十八條之規定，應以一罪論。（四年上字第二〇二號）

按刑律第一百四十七條之罪，固屬對於納入租稅款項者之財產法益有所侵害。而其對於國家與人民間，因徵收方法而生財政上之信用，其侵害爲尤大，此與詐欺取財之僅係侵犯私人財產法益者不同，故其加害行爲，雖及於各個之財產法益，而要以國家爲犯罪之客體，自應構成一罪，而不能以數罪論。（四年上字第四九九號）

楊永清本有煙癮，後行開設館舍，供人吸食，實犯刑律第二百六十九條，第二百七十一條之俱發罪。（四年上字第六九二號）

和誘發覺，到法庭呈出偽造婚書，係俱發罪。（五年上字第四三號）

領事館革捕，竟圖邀功復役，指某甲故買贓物，私行逮捕，嗣經託人央憑釋出，又起意說騙，令賠表價銀十元。其前後犯意，並不聯絡，認為二罪俱發，並無不合。（五年上字第九〇號）

查詐欺取財罪，其計算犯罪之個數，不當以財產所有人數為標準，應以所被害監督權之數為標準。中國銀行各分行，雖為同一法人之機關，而各分行各自有其監督權，自應以被詐欺機關之數，計犯罪之數。（五年上字第一五八號）

將他人託為撫養未滿十六歲之女，價賣隣戶為婢，事隔數月，偶遇該婢上街購物，復行誘匿，另覓買主。應科強賣被養育人，及營利賂誘俱發二罪。（五年上字第三六二號）

兩人因爭水利與人涉訟，共被騙去銀元，其所騙之款，以同一事情，且屬共同財產，自不能構成二罪。（五年上字第五四九號）

實施殺人後，因憶及與某人有嫌，遂唆令他人誣告某人殺人者。是於殺人之後，復行起意陷害某人，與僅圖飾卸自己罪責者有間。應將誣告罪與殺人罪，依二十三條處斷。

(六年上字第五一號)

爲詐財起見而殺人者，其詐財行爲，固應與殺人行爲，依刑律第二十六條處斷。若殺人別有原因，於殺人之後始起意藉屍圖詐者，則詐財行爲，應與殺人行爲，從二十三條斷。
(六年上字第七六號)

僞證二人共同犯罪者，既係對一事而爲虛僞之陳述，其侵害國家法益，僅止一次，自應成立一罪，不得以所僞證者爲二人，遂以二罪科斷。(六年上字第八一號)

強搶婦人，載至中途，復因該婦之母追趕，即將其母毆傷，應依刑律第三百四十九條，第三百十三條，及第二十三條處斷。(六年上字第四七六號)

縣署捕役，濫將票內無名之人，因嫌拿捕後，帶至一處，加以鎖鍊，經人說處納錢若干，始允釋放者，濫權逮捕與恐喝取財，應依第二十三條處斷。(六年上字第五〇八號)

以聽戲爲名，將某婦並其幼女誘出，旋某婦以無戲可聽，欲即回家，復勸令飲酒致醉，即將其幼女帶至一處，分別賣錢花用者，成營利略誘之俱發罪，依第二十三條處斷。(六

年上字第五七七號

強盜他人財物後，因他人不依，順將身帶之假銀圓交給，聲稱交還原物，希圖了事者。其行使偽造貨幣罪，應與強盜分別論之。（六年上字第九四六號）

誘拐婦女被人追獲，報圍理論，反捏稱追截之人，攔途搶劫，赴縣署具訴者。是其誣告乃恐人送案，以爲先發制人之計，應與和誘罪分別論之。（六年上字第九九七號）

黃冉氏被誘，雖挾有幼女同行；但告人目的，專注於黃冉氏一人，而不在其幼女，自未便執刑律第二十三條之例以相繩。（七年上字第六二號）

劉庚寅馬小山和誘崔氏，因崔氏夫弟劉盛奎跟隨，不便脫身，商同殺害滅口，卽剝落劉盛奎衣服，昇拋入井，劉盛奎被淹身死，乃將崔氏拐走。原判依刑律第二十九條第一項，第三百一十一條，第三百五十一條第二項，第二十三條，第三百五十六條，第四十六條處斷，並無錯誤。（七年上字第二三三三號）

被告人迭次購買嗎啡針藥，逐日自打以外，並在家爲其族弟施打，又因有人向買，陸

贖出賣。應依嗎啡治罪法第一條第四條第五條，刑律第九條第二十三條處斷。（八年上字第一三六號）

被告人因甲購置田產，詐稱代辦稅契，騙取多金，又因與乙挾有素嫌，令甲於己所捏造甲父名義告訴乙吞沒稅銀訴狀後，簽押十字，代為投遞。是詐財是一事，誣告又是一事，兩者絕不牽連，不能認為有方法或結果之關係。原判依第二十六條從一重處斷，引律不免錯誤。（八年上字第二八一號）

被告人與某氏通姦成孕，恐姦情敗露，致傷顏面，乃復商允某氏，使之墮胎，以致某氏身死。是墮胎與和姦意思行為，各自獨立，不能謂墮胎為和姦之結果。（八年上字第八五九號）

被害人年甫十齡，上告人強行姦後，又復強姦。第一審依刑律第二百八十三條第二項第二百八十五條第一項第二十三條分別處斷，適用法律，並無錯誤。（九年上字第二號）

放火一事，恆發生公共之危險，似被害法益不專屬於個人。惟查刑律第十三章除放火燒燬自己所有物亦成爲罪，設有特別條文外，餘均以他人所有物爲構成要件之一，是於個人財產法益，亦所注重。本案被燒之房，計一百八十三棟，雖住有一百九十二家，然究屬若干人所有，並放火者當時是否確能分別，亟應查訊明白，以爲計算放火罪數之標準。

(九年上字第一六四號)

上告人以代人辦貨爲業，僥佔託其辦貨四人財物。應依僥佔法益，即財物所有權之個數，計算罪數。兩審判決，僅論爲僥佔業務上管有物一罪，亦屬違法。(九年上字第一九一號)

上告人於詐取契紙簿文以外，又將自己賬簿爲虛僞之登載，若果登載之事，行於經人訴告以後，則其間既介入他人之訴告行爲，應即將其登載並行使行爲，與前之詐欺取財各行爲，依刑律第二十三條處斷。(九年上字第五三三號)

上告人因犯姦罪，於獲案後爲彌縫姦罪起見，始行僞造自由書，則其僞造行爲，完全

獨立，與姦罪並無方法結果之關係，即當依同律第二十三條論以俱發。（九年上字第五六三號）

查甲乙二人，因共同偽造銅圓，同時被警拏獲送所，上告人復於同時收受甲乙二人共出賄賂洋八元，將其釋放。顯係以同一意思，為同一行為，又無人格法益問題，自應論以一個因受賄賂而為不正行為，即故縱脫逃之牽連罪。不能因賄賂出自二人，論為二罪。（九年上字第七〇二號）

刑律第三百八十二條之誣欺取財罪，本以財產監督權為其法益。如僅侵害一人之財產監督權，或二人以上之共同監督權，因被害之法益僅止一個，無論擔任出款者為若干人，均應止論一罪。不得因涉及二人，論為二罪。（九年上字第七五三號）

查懲治盜匪法第三條第一款所定刑律第三百七十四條之犯罪內，關於在盜所強姦婦女一節，係指強姦婦女之所在，於強姦時，已成爲盜所者而言。若強姦婦女時，尙無強盜之行為，或意思，僅止實施強姦後，在姦所搜取財物，則應分別情形，論爲強姦與強盜二

罪俱發。如或強姦以前，並意圖強姦而有侵入第宅等行爲，更應將侵入第宅等，與強姦婦女，從刑律第二十六條處斷。不得概論爲強盜在盜所強姦婦女。（九年上字第七七六號）

上告人因與被誘人有姦，曾向被誘人借得錢款，嗣經被誘人之夫，責令被誘人往索，上告人即誘令逃匿，以免其夫追款。第一審認爲和姦和誘俱發，分別處斷，尙無不合。（十年上字第三四號）

上告人於斃斃被害人以前，尙憑團族會議，則其先日將之捕禁家中，砍毆致傷，如意僅在捕禁傷害，後經團族會議，始起意將之殺死，則其前後之侵害行爲，雖施之被害人一人，而意思與侵害方法，既各有獨立之性質，自當分別論科。（十年上字第一二號）

查上訴人誤認某甲爲某乙，用鎗殺害，固係目的物之錯誤，於罪質無所變更，而殺某甲之前，即曾於目的物尙未錯誤時，已直向某乙實施殺害，以行爲論，則可分，以法益論則有二，應予分別論罪。乃原審竟視同單純目的物錯誤之案，合論一罪，法律上之見解，亦有錯誤，應予撤銷，改依第二十三條處斷。（十一年上字第二九二號）

先傷害人，因令自殺，又以遺棄屍體之心，行遺棄屍體之事。與傷害人罪，應依刑律第二十三條處斷。（十一年上字第五二六號）

上訴人前犯竊盜一案，經判決罪刑後，雖未執行，而另犯本罪時，前案判決固已早經確定。此種已經審判確定，尙未執行，又犯他罪之案，既與刑律關於俱發或累犯各特別規定皆不相符，其後罪之刑，與前科之刑，當然併執行之，且亦無庸宣告。（十年上字第一二七七號）

誣告係直接妨害國家審判權，個人受害，乃因不當之審判所生之結果，與誣告行爲無直接關係，故以一狀誣告數人，僅成立一罪。（十七年上字第二九七號）

【解釋】

猥褻隣女，反誣告其父竊盜，威迫遷居，復以妨害生命追脅，致女父自縊而死。應分別依刑律各該本條，照俱發例處斷。（四年統字第二九一號）

鹽店售鹽，攪和沙水，如係以特別廉價販賣，而買者又係知情購買，則不能成立犯罪。

若仍照普通市價販賣，買者亦並不知情，則應以詐欺取財論。被害者既非一家，亦應依財產法益之例，以數罪俱發論。（四年統字第三三四號）

強盜同時劫搶三家財物，該三家雖同在一院內居住，若明知其為非一家，且其財物不屬於共同監督範圍內者，自應以三罪俱發論。（四年統字第三四八號）

有甲與乙丙因訴訟關係，兩方立於互對之地位，丙在省城郵寄雙掛號信緘一件，註明一定地址，交乙折閱，被甲在途探悉，冒稱乙本人，向郵差索取，蓋所寓店戳於收條之內，以作擔保，該信函遂被甲詐去，嗣乙久未收信，向郵局追問，郵局轉追店保，甲始將該信緘交出，然下口已被開拆。甲應成立刑律第二百十五條及第三百六十二條之想像上俱發罪。（六年統字第六八三號）

偽造私文書並行使之行爲，如係以一個文書證明多數人權利義務之事實，祇能構成一個偽造私文書並行使之罪。（十七年上字第二五一號）

第七十條 併合論罪，分別宣告其罪之刑，依左列定其應執行者。

- 一 宣告之最重刑爲死刑者，不執行他刑；但從刑不在此限。
- 二 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。
- 三 宣告多數之有期徒刑者，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。
- 四 宣告多數之拘役者，依前款之例，定其刑期。
- 五 宣告多數之罰金者，於各刑中之最多數以上，各刑合併之金額以下，定其金額。
- 六 宣告多數之有期徒刑褫奪公權者，止執行其中最長期之褫奪公權。
- 七 宣告多數之沒收者，併執行之。
- 八 依第三款至第六款所定之刑，併執行之。

【文義】

宣告之最重刑爲死刑者不執行他刑者，例如某甲犯子罪，應科死刑，則其他雖犯有

期徒刑拘役等罪，亦不執行。

宣告之最重刑爲無期徒刑者不執行他刑，例如某甲犯子丑寅三罪，子罪爲無期徒刑，丑罪爲有期徒刑，寅罪爲拘役，則執行無期徒刑，丑寅二罪之刑，皆不執行。

宣告多數之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，但不逾二十年，例如某甲犯子丑寅三罪，子罪徒刑八年，丑罪徒刑五年，寅罪徒刑二年，則應於十五年以下八年以上之範圍內，定其應執行之刑期。又如前例其子罪徒刑十年，丑罪徒刑十二年，寅罪徒刑八年，則應於三十年以下，十二年以上之範圍內，定其應執行之刑期；但最長不得逾二十年。

宣告多數之拘役者照前款之例定其刑期，例如某甲犯子丑寅三罪，均屬於拘役之刑，子罪爲五十日，丑罪四十日，寅罪十日，則應於合併之刑期百日以下，其中最長之刑期五十日以上之範圍內，定其應執行之刑期。

宣告多數之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，例如

某甲犯子丑寅三罪，子罪罰金六百元，丑罪罰金二百元，寅罪罰金五十元，則應於六百元以上，八百五十元以下之範圍內，定其應繳納之金額。

宣告多數之有期褫奪公權者，止執行其中最長期之褫奪公權，例如某甲犯子丑寅三罪，子罪褫奪公權三十年，丑罪二十年，寅罪十年，則應執行其三十年之褫奪公權。

【理由】

本條規定併合論罪之處分通則，併合論罪之應加重，其理至顯，無俟深論。惟加重之制，法例互殊，併科沒收，皆有其弊。具留於學說中述之，無庸先贅。本條規定其所取義，以制限加重為原則，兼採併科吸收之例外，是即所謂折衷主義是也。茲就本條規定，分別舉述其理由如左：

第一項規定併合論罪，分別宣告其罪之刑，誠以不就併合論罪各罪之種類，而規定其所當科之刑，非但不能知其罪狀之輕重。若更因上訴或特赦之故，既所犯最重之罪，經審判有所變更，或竟歸消滅，則所犯次重之罪，日後勢不得不再予審定。故本條定為分別

宣告其罪之刑，而後定其應執行者。

第一第二款即學說上之可能併科主義，誠以死刑無從再爲加重，事實不得併合其他之刑，毋庸疑義。至無期徒刑，未嘗不可加重至於處死刑。惟是死刑爲最後之處分，況無期徒刑，不得加入於死，爲刑法上原則。故本條第一第二款其併合各罪之刑，倘有一係死刑，或無期徒刑者，即不得再執行他種之刑。所謂他種刑罰，指主刑而言，從刑則不在其限。蓋從刑性質與主刑不同，不妨併科之，對於無期徒刑於從刑之外，並得併科主刑之罰金。此點與執行死刑者，僅得併科者不同。蓋以執行死刑，其受罰者不在犯人本身，而在繼承遺產之人。若無期徒刑，事實上雖近於死刑，而法律上有出獄希望與死刑大異，故科以罰金，仍作爲犯人本身所受之刑罰。

第三款規定乃採學說上所稱折衷主義中之裁定加重主義。惟所以設有二十年之限制者，以有期徒刑之性質，其最長期不得超過無期徒刑，故對於加重之範圍，設有一定之限制。

第四第五款係亦採學說上所謂裁定加重之主義，以爲執行刑罰方法。拘役及罰金刑在事實上皆無所謂超過必要程度問題，故不加以限制。

第六款即採學說上所謂之吸收主義。執行其最長期者，蓋褫奪期間，自出獄之日起算，加以在獄之期間，已屬不短，故不採併科主義。

第七款即採學說上所謂之併科主義，沒收爲從刑之一種上，其性質上無從吸收或加重，自以併科爲當。

第八款之規定，乃本於併科主義而設，無論犯人受多數有期徒刑之宣告，及多數之有期徒刑者，其執行之標準，皆依前述各款分別斷定，故本款特重爲申明併執行之。蓋以有期徒刑拘役，及有期徒刑，執行上并無窒礙，罰金屬於財產之性質，併科而外，其道無由。故其數罪，僅宣告有期徒刑拘役罰金各一罪者，自當採用併科，無俟深論。至若褫奪公權及沒收，性質上更無從吸收或加重，要以採用併科主義爲當，尤無庸疑也。

【學說】

關於併合論罪之處分，學說上有數種主義，分述如左：

第一 併科主義。併科主義者，即對於各罪所應科之刑，一一分別執行之謂也。此主義立法上原不爲苛。然在事實上法理上則殊有未協者，試分別論之如左：

(甲) 先就事實言之。刑罰種類既殊，執行之方法亦各有不同。在事實上當然受其制限。設採此種主義，則凡一人而犯應處二個之死刑，或均爲無期徒刑，又烏得從而併科之耶？

(乙) 次就法理上言之。刑罰種類既殊，故其性質亦互有不同，在法理上當然受其制限。例如併合論罪中有一處死刑，一處有期徒刑者，即俟執行有期徒刑完畢後，再執行死刑，於事實上亦無何等窒礙。惟是死刑之目的在絕對淘汰，屏除惡人，有期徒刑之目的，在感化惡性，冀返爲善人，二者性質迥然不侔，併科執行，其有背於立法上之本旨者，無庸詳論。

第二 吸收主義。吸收主義者，即對於各罪所應科刑，從一重處斷之謂也。此主義

之缺點，較之併科主義爲尤甚，茲舉其弊端如左：

(甲) 犯數罪與犯一罪者同等處分，不得情法之平。

(乙) 犯人實施一定行爲後，在裁判宣告以前，雖再犯同等或較輕之罪，法律上之責任既無由增加，是不啻獎勵益更犯罪，其影響於社會者甚大。

(丙) 犯人雖未更犯他罪，而因從重處斷之關係，得以代承他人所犯同等或較輕之罪，將使真正犯人倖逃法網，得免於刑，組織犯罪之風氣，將益熾盛，國家刑罰之目的，無由貫徹。

第三 折衷主義。併科主義與吸收主義之缺點，已如上述，故有主張折衷二者之間，而去其缺漏，是謂折衷主義。折衷主義者，即對於併合各罪，就最重之罪，加重其刑，而設一相當之限制方法是也。細別之，可得四種：

(甲) 有限併科主義。

(乙) 可能併科主義。

有限併科及可能併科，皆以併科主義爲基礎，而縮小其適用之範圍，所以防吸收主義之弊。

(丙) 法定加重主義。

(丁) 裁定加重主義。

法定加重及裁定加重，皆以吸收主義爲基礎，而加重其刑罰之分量，所以防併科主義之弊。

【比較】

暫行律第二十三條關於併合論罪科刑之規定，與刑法大致從同。惟暫行律該條第一款科死刑者不執行他刑，科多數之死刑者執行其一。本法則有從刑不在此限之但書規定，以爲例外。蓋從刑性質與主刑不妨併科之也。暫行律該條第二款規定科無期徒刑者，不執行他刑。本法則有但罰金及從刑不在此限之規。其理由與前同，不贅。

【判例】

查擄人勒贖，本係強盜之一種手段，懲治盜匪法第四條第三款，又爲刑律強盜罪之加重條文。故強盜某家財物，並將其人擄去勒贖者，依同法第四條第三款，應以一罪論。
(八年非字第五四號)

查刑律第二十三條第七款所稱褫奪公權併執行者，係指二罪以上均科褫奪公權者而言。若僅一罪，依第四十七條褫奪第四十六條所列資格一部或全部者，卽不在該款所稱併執行之列。(九年上字第八五號)

第一審於上告人殺人及和姦，依刑律第三百十一條及刑律補充條例第七條，刑律第二百八十九條，第二十三條第一款處斷，引律固亦無誤。而其判決主文，於上告人宣告和姦罪，處五等有期徒刑八月，殺人罪處死刑，不執行徒刑，雖實際上仍爲應執行死刑，尙無出入。然第二十三條之規定，爲依左例定其應執行者等語，自應於分別處刑後，宣告應執行之刑，而不應宣告不執行之刑。原判未予糾正，殊屬疏忽。(九年上字第一八三號)

查審判確定前犯數罪者，依刑律第二十三條之規定，應將各罪分別科刑，分別宣告，

再定其應執行之刑，始爲合法。雖所科各刑內，有無期徒刑或死刑者亦同。不得因不執行他刑，遂即不科他刑。又從刑爲刑之一種，應與主刑宣告之。（九年非字第三三號）。

原判關於上告人竊取甲乙各棧財物罪刑，並執行刑，抵刑部分，應即撤銷，發還原審衙門，更爲審判。上告人竊取丙棧及丁店財物部分，上告應予駁回，並應由本院依刑律第二十三條第三款，定其執行之主刑。（十年上字第六四號）

第七十一條 併合論罪有已經裁判及未經裁判者，就未經裁判之罪處斷。

【文義】

有已經裁判及未經裁判者，例如犯竊盜甲罪與竊盜乙罪，甲罪先發已經裁判，宣告三年有期徒刑，方執行時，乙罪後發，亦應三年有期徒刑是。就未經裁判之罪處斷者，即如前例就乙罪處斷之是。

【理由】

本條規定數罪各別發覺處斷之法，即其既經裁判之罪，固不待論，而又發覺他一罪，

當更就乙罪，科以相當之刑。於併合論罪而有二個裁判二個刑罰，則如何以執行，為解決此問題，立法者特設次條之規定。

【比較】

暫行律第二十四條規定一罪先發已經確定審判，餘罪後發或數罪各別經確定審判者，從前條之例，更定其刑，以裁判確定為標準，似未妥善。蓋裁判既已宣告，雖未至確定，不應因發覺他罪而取消之，當就未經裁判之罪，依前條處斷，較為簡當。

【判例】

上告人先發和賣一罪，經地方審判廳判處徒刑，於原審就後發餘罪判決前執行終了，自應依刑律第二十四條將已經執行之刑，通算後定之刑定其執行刑期，再由執行時扣除其已執行之刑期，原判於此竟未過問，未免疏漏。（九年上字第一〇六九號）

第一審判決，於上告人既認其另案確定判決所處之刑，與現在分別判處之刑，應定執行刑，乃不逕依第二十四條，從第二十四條之例，就現在分別判處之刑，與另案判決確

定之刑，定其執行之刑，竟先就現在分別判處之刑，依第二十三條第三款第六款定執行刑後，再與另案判決確定之刑，依第二十四條第一項並上列條款更定其刑，自不合法。（十年上字第五七四號）

上告人前經原審第一次判決時，除犯吸食鴉片煙部分外，更認其詐欺取財二罪，分別處刑，並經本院判定該二罪應執行之刑，則於更審後，既認為吸食鴉片煙一罪，仍應成立。應即於處刑以後，合與前所定之執行刑，依刑律第二十四條更定其應執行之刑。（十年上字第一〇二九號）

【解釋】

今有人前犯甲乙兩罪，乙罪先發，已經確定審判，於執行完畢釋放後，復犯丙罪，與甲罪同時發覺，審理結果，丙罪應處有期徒刑，甲罪應處無期徒刑，則甲乙兩罪，應依第二十四條，適用同律第二十三條第二款，更定為執行無期徒刑，自無疑義。惟甲乙丙三罪，既係俱發與累犯互合，是否依第二十五條併執行規定辦理。查本案情形，應依刑律第二十五

條併執行之。(七年統字第七三八號)

第七十二條 併合論罪有二裁判以上者，依第七十條之規定，定其應執行之刑。

【理由】

本條規定數罪各別發覺處斷之法。併合論罪處斷之方法，既如第七十條明文規定，併合論罪有二裁判以上者，亦當然適用，本條更示其義。

【判例】

查上告人於所犯侮辱官吏罪，刑期執行完畢後，未逾五年，復犯傷害及偽造公文書兩罪，均合於再犯條件，固應各加本刑一等，再依俱發例處斷。惟第一審於傷害及偽造公文書兩件，既係各別判決，且本案判決時，傷害一案，又已繫屬於控告審，除控告審在審理中，自行更定刑名刑期外，自應俟兩案各別審判確定後，再依刑事訴訟律草案執行編第四百八十條之程序（即現行刑訴法第四百九十八條）適用刑律第二十四條，第二十三條，更定其應執行之刑名刑期，方為合法。乃第一審於判決本案時，竟誤引刑律第二十五

條，已屬違法。且將業已提起控訴之傷害一案刑期牽入，定爲執行刑期三年，又與程序法則相背。第二審未予糾正，亦有不合。（七年以上字第六〇一號）

俱發罪之判決，與累犯罪判決，經各別確定後，能否以決定諭知其應執行之刑，法無明文規定。但刑律第二十五條實總括俱發與累犯而言。刑律第二十一條第二十四條之情形，當然包含在內。呈准暫行援用之刑事訴訟律草案第四百八十條關於刑律第二十一條或第二十四條之情形，既許於判決確定後，得以決定諭知其應執行之刑，則刑律第二十五條俱發與累犯互合之際，其判決經各別確定者，亦得以決定諭知其應執行之刑，自無待言。（九年抗字第六七號）

【解釋】

審判確定後，尙未執行，因有他罪，又經審判確定，如審判廳未宣告合併執行，應由審判廳據檢察官聲請決定，依刑律第二十四條更定其應執行之。（五年統字第四一二號）俱發罪，依刑律第二十四條之規定，更定其刑者，若先發之罪，已受執行，應查照刑訴草

案執行編第五百零九條，將已經執行之刑，通算後定之刑。（七年統字第八六五號）

刑律第二十四條，於一罪先發已經確定審判，復發餘罪者，並無須俟後判確定後，再依第二十三條之例，更定其刑之明文。故依正當解釋審判餘罪者，無論為普通審判衙門，抑係特別審判衙門，除不知被告人已受確定審判，或雖知已受審判，而該判決未經確定者外，為被告人利益計，統應逕自援照該條，定其應執行之刑。本案呂阿娜所犯傷害逃亡兩罪，經普通審判衙門先將其傷害人部分判罪。如果確係定後，始由督軍署軍法課判逃亡罪，則按照刑律第二四條，陸軍刑事條例第二十四條規定，督軍署軍法課，自應更定其刑，督軍署軍法課函稱普通審判衙門所處之刑較重，應即由普通審判衙門定其應執行刑期等語。按之法律，似乏根據。（八年統字第九九八號）

控訴案件與覆判案件，應分別判決。惟後判罪刑時，前判罪刑如已確定，應依刑律第二四條，並更定其刑。（八年統字第一〇一一號）

後判之罪，既與前判之罪構成特別法上一罪，自應併為一案審判。（八年統字第一

〇六〇號)

甲男和姦乙婦，復行和誘，其和誘一罪，業經審判確定，現有告訴權者，對於和姦，由檢廳另行起訴。此種情形，應依刑律第二三條論罪者，自應照第二四條辦理。若係以和誘爲連續行姦之方法，則應依第二六條處斷。其和誘既經有罪判決確定者，自無從再判刑罰，應予駁回公訴。（九年統字第一二二五號）

第七十三條 併合論罪，已經處斷，若各罪中有受赦免者，餘罪仍依第七十條之規定，定其應執行之刑，但僅餘一罪者，依其宣告之刑執行。

【文義】

赦免爲刑罰消滅原因之一，包含大赦，特赦，減刑復權四種。

【理由】

本條爲關於數罪中或受赦免時之處分方法。赦免爲刑罰消滅之原因，既如文義中所述。數罪中有某種之罪受赦免，對於該種之罪，既已無罪名可言，更無處罰餘地。其餘各

罪既未經赦免，自仍依併合論罪處罰之規定，而定其應執行之刑。惟若僅餘一罪，自無併科吸收之可言，故依其宣告之刑執行也。

【比較】

暫行律第二十四條第二項其最重刑消滅，仍餘數罪者亦同云云。最重刑三字，範圍太狹。蓋次重之刑消滅，仍餘各罪，當然依暫行律第二十三條科斷。本法無重刑字項。

第七十四條 一行爲而犯數項罪名，或以犯一罪之方法，或其結果而犯他項罪名者，從一重處斷。

【文義】

一行爲而犯數項罪名者，一犯罪行爲，而違反二種以上之法規是。

方法，即犯罪利用之手段之謂。

他項罪名者，即因於方法或結果而生之罪名也。

以犯一罪之方法而犯他項罪名者，即以犯甲罪之目的，而用乙罪之手段，例如以火

藥殺人致燒燬他人之房屋者是。

或其結果而犯他項罪名，此以犯甲罪之行爲，而結果必及於乙罪也，如毒殺人而投諸食井中，致他人亦受其毒之類是。

從一重處斷者，就其方法結果所生之他項罪名，與本罪比較，從一重吸收之是也。因先之行爲爲後之行爲所吸收，或後之行爲爲先之行爲所吸收，二者性質不明時，故惟以重此論，不必問先後吸收之情形。

【理由】

本條之規定，即學說上所謂想像上之數罪競合，其所以異於實體上之數罪競合者，謂以一行爲而同時犯數項罪名，或犯一罪而同時觸犯他項罪名者也。犯人心術上並無犯二種罪之意行爲，性質上實係一種之犯罪。一罪爲非併合論罪，但此一罪而有其他之罪名，故仍屬併合論罪之範圍，因之本條規定其處罰之例。

【學說】

一人犯一罪與犯數罪，法律上之處分不同，故一罪及數罪之區別，至關重要。學者於此，說有種種，茲舉如次：

第一 行爲標準說。此說謂犯罪行爲也，故原則上犯罪之數，不可不依行爲之數而決定之。例如放一槍雖擊死數人，而其行爲則一，故不必問其結果之多少，惟以一重處斷之。

第二 結果標準說。此說謂犯罪者，爲附刑罰制裁之有實不法行爲也。各種法益之侵害，實爲構成犯罪行爲之基本的要素。故犯罪之數，不可不以犯人侵害之法益之數爲標準。例如放一槍擊死二人，傷一人，則成三罪是也。

第三 犯意標準說。此說謂犯罪之實質，乃犯人反社會的性格之表現，而行爲者不過表示此性格之手段，結果不過爲證明此性格之條件，皆非犯罪之本質。故結果與行爲爲標準說，皆不得爲當，應以行爲所表示之犯意爲標準也。

以上諸說之中，以行爲標準說爲通說。

【比較】

暫行律第二十六條規定以犯一罪之方法或其結果而生他罪者從一重處斷，但於分別有特別規定者不在此限等語。與本法大致相同。惟本法無但書規定。

【判例】

上告人詐稱馬巡，入室行劫，其詐稱官員，即依犯強盜罪之實行方法，應依刑律第二十六條，從一重處斷。（三年上字第二五三號）

詳核原卷，并審查被告人所偽造之契尾，不獨契尾係屬偽造，其蓋用之增城縣印文，及廣東財政司印文，均屬偽造，該被告人又收過湛培勳稅契銀二十六元。是該被告人以偽造公文書罪，及偽造公印文罪之手段，以達其詐欺取財之目的。自應比較新刑律第二百三十九條，第二百四十八條，第三百八十二條，依刑律第二十六條，從一重處斷。（四年上字第二九號）

本案被告人既將王玉坤王玉德細縛逮捕，復將王玉德毆打成傷，王玉坤毆傷致死。

核其犯罪行為，雖於觸犯刑律第三百十三條之罪外，又觸犯新刑律第三百四十四條之罪。然核其犯意，專在逞兇毆打，其細縛王玉坤王玉德至家關門吊打，不過一種兇毆手段，顯係犯一罪之方法，而生他罪之結果。應按照刑律第二十六條，從一重處斷。（四年上字第四二七號）

查朱英煥和誘盛戴氏，本出於姦淫之目的，則其同居姦宿，即屬犯罪所生之結果。故雖觸犯和誘和姦兩個罪條，依刑律第二十六條，應從一重處斷。（四年上字第七五九號）

捏寫他人名氏，具狀誣告，係犯第二百四十三條及第一百八十三條之罪，依第二十六條，從一重處斷。（五年上字第四六號）

劉子貴強姦陳寧氏致傷，不獨被害人指證甚確，即證諸傷單所載，亦復相符。似此供證確鑿，應無狡辯之餘地。惟查該上告略誘之目的，係在強姦，而其結果因致人輕微傷害，核其情節，實與刑律第二十六條相當。（五年上字第一六四號）

偽造貨幣而兼行使，自應構成刑律第二百二十九條第一第二項之想像俱發罪。

(五年上字第二〇八號)

三人以上用賭博方法，實施詐騙，係觸犯刑律第二百七十六條，及第三百八十五條之罪。應依第二十六條，從一重處斷。(五年上字第三五七號)

戀姦情熱，和誘有夫婦女，並偽造賣約，以備搶奪。應依刑律第三百四十九條第二項，第二百八十九條，第二百四十三條第一項，適用第二十六條，從一重處斷。(五年上字第四〇〇號)

三人串通一人，於自己私文書為不實記載後，持向別人詐欺取財者，其共同偽造私文書行使詐財之行爲，應依第二十六條處斷。(六年上字第一二九號)

先與某婦通姦，因和姦情熱，誘拐同居。是其和誘為和姦之結果，不得依二十三條處斷。(六年上字第一三〇號)

偽造有價證券，交人持向他人押借銀元。偽造者行使者均負共同行使詐財之責，應依第二十六條處斷。(六年上字第一六三號)

偽造錢店之錢票，並偽造該錢店之木質戳記，豫備在票上蓋用者，應成偽造有價證券及私印之罪，依第二十六條處斷。（六年上字第一九八號）

偽造全省警察廳公文一件，並偽造縣知事示二方，內查神廟重地，閒人免入八字，持向廟內住持，聲明保護，索取保護費者，其偽造公文書行使以詐欺取財之所為，依第二十六條，應論以一罪。（六年上字第二〇五號）

偽造縣署批稿，及兼祧家據，捏稱兼祧某人於原妻外另娶兼祧妻，即將偽造各字交與收執者，應成行使並偽造公私文書及重婚之罪，依第二十六條處斷。（六年上字第二五四號）

遣人執持名片，捏稱已與某人訂妥合辦豆餅稅，向各油房勒令納稅，經各油房應允者，應分別油房家數及已未交錢，論以詐欺取財之俱發罪。（六年上字第八三二號）

將人門牙打落一顆，為輕微傷害，經調處息結後，又因口角，將傷害之人毆傷致死者，其傷害人致死與前之輕微傷害罪，應分別論之。（六年上字第八八三號）

以縣署查烟委員之資格，向人科罰錢款，解送縣署，爲濫用職權，使人行無義務之事。若捏稱查烟委員，張帖告示，並向人罰錢者，則爲詐欺取財，與詐稱官員及偽造公文書，應依第二十六條處斷。（六年上字第九七三號）

存貨行主，將他人所存之貨，據爲己有，復將批發流水賬抽換頁數，爲虛偽之記載者，依刑律第三百九十二條第二百四十四條，及第二十六條處斷。（六年上字第九九二號）

竊盜燃點紙煤，撬門入室行竊，經事主聞聲喊捕，匆忙逃走，致將紙煤失落門旁茅草堆內，以致火起延燒者，其失火行爲，應與竊盜行爲，分別論罪。（六年非字第二號）

查王惠風呈出僞約，係在詐財行爲訴訟繫屬中，斯時詐財行爲，早已完成，則此項僞造文書行爲，既非詐財之結果，自與第二十六條無涉。（七年上字第八五號）

尹阿元因與周順鶴有隙，乘周順鶴到其村親戚尹向渠家時，將周順鶴招至家中，禁閉一室，勒寫票據，經周順鶴之父，告由防營馳往，將周順鶴釋放。尹阿元係犯私擅逮捕監禁人詐欺取財未遂罪，並應依刑律第二十六條處斷。（七年上字第一〇〇號）

查曾少武曾少欽孫元興何青山因曾少武與范光孝有爭扭情事，遂以賠償爲名，將范光孝私擅關禁，勒交銀錢，顯係以私擅監禁之方法，以達其詐欺取財之目的，應依刑律第二十六條，比較第三百四十四條，第三百八十二條，第三百八十五條，從一重處斷。（七
年上字第一二〇號）

查上告人身爲巡長，於搜獲李慶蘭烟土後，既已將其綑縛，則李慶蘭卽已成爲按律逮捕人。上告人旋於看守之際，後因其央免，確有縱逃之積極行爲，自非僅不爲相當處分者可比。原審認爲觸犯刑律第二百七十二條之規定，殊屬違法。且上告人縱令李慶蘭逃走後，卽將搜獲之烟土，侵占入己。核其情節，顯有方法結果之關係。而原審竟依刑律第二十三條分別處斷，亦有未合。（七
年上字第三四〇號）

龍明瑜將所經管縣署之公款捲逃，並先僞造交款清單，加批悉數收清四字，盜蓋縣印，並知事劉興私印，旋又僞造批文一紙，敘明准予辭職，並無經手未完事件等語，亦盜蓋有永福縣印，並加蓋僞造劉興私章，以爲後來飾卸地步。第一審依刑律第三百九十二條，

第二百四十六條，第二百四十九條，第二百三十九條，第二十六條處斷。原審駁回控告，尚無不合。（七年以上字第七四九號）

查該上告人於毆傷潘秉魁時，並將其舊藍布長衫大襟扯破，既據潘秉魁告訴，又經第一審驗明，並已從事審訊。是該上告人於傷害外，更有刑律第四百零六條第一款犯罪嫌疑。且核其情節，應依第二十六條處斷。第一審未予論罪，已屬疏漏。原審未予糾正，亦不合法。（七年以上字第八三八號）

查劉乾淦偽造契據，朦朧財政廳驗給契單粘尾蓋印，上告人行使此項偽契，自應以刑律第二百四十三條及第二百四十一條之俱發罪，依刑律第二十六條處斷，方為合法。第一審未適用刑律第二十六條，祇依刑律第二百四十三條第二項科斷，引律實屬疏漏。（七年以上字第八四一號）

逮捕與殺人，應依刑律第二十三條處斷，抑應依第二十六條處斷，則應於當時犯意，加以審究。蓋當逮捕黃四九等之時，僅欲拘束其自由，尚無殺害之意思，迨因廖姓人等在

福記店決議之結果，始行起意鎗斃者，則逮捕行爲，與殺人行爲，各有獨立性質，卽未便與牽連犯同論。反是，因欲殺害始往逮捕，則殺人乃目的行爲，逮捕不過爲達其目的之手段行爲，自應從一重處斷。（七年上字第八五六號）

查被告人等，於依法監禁中，共謀搶劫崗警鎗枝，逾牆逃走，既已分將木狗釘鏗壞木狗拉開，待時而動，固應成立刑律第一百六十九條第二項之預備罪。但該項之脫逃方法，與同條第一項之犯罪範圍不同。被告人等既已有損壞木狗情事，則除對於該條第二項成爲預備犯外，對於第一項亦已達於着手之程度，自更成爲該項之未遂犯。雖所犯不無方法結果之關係，而要未可拘執偏端以定讞。上告意旨，以爲應專論以損壞械具脫逃之未遂罪，固屬誤解。而原審專論以聚衆以強暴脫逃之預備罪，亦嫌未協。（八年上字第二一七號）

被告人甲教唆被告人乙等結夥在途行劫以侵佔自己業務上管有物。乙等以不在業務之人，與甲共犯依刑律第三百九十二條末段，應依同律第三十三條第一項之例處

斷。乃原判於乙等，但認爲成立結夥在途行劫一罪，而於幫助侵佔罪，置諸不論，雖科刑不應依刑律第二十六條從一重處斷，而罪量攸關，究嫌疏漏。（八年上字第一二三五號）

明知人爲有夫之婦，與其夫口角，被逐出外，尙未斷絕夫婦關係，乃商令改嫁，從中得財，係因犯營利和誘罪，坐教唆重婚之罪，應依刑律第二十六條處斷。（八年上字第二六五號）

偽造他人賣田契據及滿貫收清文約，又轉當契各一紙，並將賣契向縣投稅領得稅驗買契一紙，涉訟後，復將各契約呈驗。其偽造私文書，並自己行使使官員交付買契，又行使偽造私文書之所爲，應依刑律第二十六條處斷。（八年上字第四五〇號）

上告人因人催款甚急，乃偽造通匪信函，及會匪憑證，潛置於其人家中，轉託他人向縣報告。除犯誣告罪外，顯並犯刑律第一百七十八條之罪。惟其行使偽造關係他人刑事被告事件之證據，係誣告之方法，依第二十六條應從較重之誣告罪處斷。（八年上字第四八五號）

於略誘當時偽造婚約及被誘人署押，以備掩飾之用，及被訴到庭，即以此提出作證，應依刑律第二十六條處斷。（八年上字第五二二號）

將無名屍體，抬入被害人家內，雖係無故侵入人家，觸犯刑律第二百二十五條之罪，然其用意，實欲藉此將被害人綑縛送案，並毀損其家屋器具，以爲報復舊怨之計，則其侵入人家，自係犯他罪之一種方法。（八年上字第一九五九號）

查刑律第三百四十七條之規定，乃指以私濫逮捕監禁人之意思，因私濫逮捕監禁而致人生死傷之結果者而言。若以私濫逮捕監禁之方法殺傷人者，應依刑律殺傷私濫逮捕監禁各條，及第二十六條處斷。其於私濫逮捕監禁之後，起意殺傷人者，應依刑律殺傷私濫逮捕監禁各條，及第二十三條處斷。均與第三百四十七條無涉。（九年上字第八五號）

查被告人因圖與被誘人續姦，始行將之誘出。則其和誘行爲，實不得謂非因和姦結果而發生，自應依刑律第二十六條從一重處斷，方爲適法。（九年上字第一四一號）

原判敘述事實，有所有各家財物，咸付一炬之認定，果其不妄，是於放火燒燬他人所有建築物外，是否更燒燬建築物外之他人所有物，並有無刑律第二十六條之情形，均應注意。（九九年上字第一六四號）

被告人以搬運贓物受人贈與，而其所受贈者，又係原贓，且未變賣得利，自無獲利之可言，應適用刑律第三百九十七條第一項第二項，及第二十六條處斷。（九九年上字第二七四號）

上告人等意圖略取甲某，先至乙某家內搜索未獲，復在丙某屋內將甲某拖出，應認為構成略誘一罪，與無故入人第宅兩罪，依刑律第二十六條處斷。（九九年上字第二八六號）

上告人等行使偽造私文書之目的，原係意圖使法庭註銷丙之請求再審，而施用詐術，又觸犯刑律第一百五十三條第二項之罪，應依刑律第二十六條處斷。（九九年上字第二八七號）

上告人於以賭博爲常業外尚有開設賭場以營利之事實應依刑律第二十六條，從一重處斷。（九年上字第五一九號）

上告人等將被害人用繩細至某人家內，閉置一室，俟大衆飯畢後，即將其引至一地方剝去雙目。其私擅逮捕監禁行爲，係傷害人之一種前提方法，依刑律第二十六條之規定，應從一重處斷。（九年上字第五二七號）

如果上告人詐得同鄉會之契紙後，又假借會長某名義，向某人押得錢文，則於詐取契紙以外更犯有詐取錢文之罪，且係詐取契紙之目的行爲，應與詐取契紙從刑律第二十六條處斷。（九年上字第五三三號）

侵入人第宅，強姦致人死傷，應依刑律第二十六條處斷。（九年上字第五四六號）
偽造婚書，既呈出法庭，主張正當婚姻，應即以行使行爲爲重罪。又如偽造在誘拐以前，或雖在後，而誘拐與偽造間並無何種介入行爲，偽造以爲掩飾誘拐之證，則偽造及行使，均與誘拐行爲，不能謂無方法結果之關係，統應依刑律第二十六條處斷。（九年上字

第五六〇號

上告人因與某人通姦情熱，爲預備續姦起見，即造有自由書爲後日狡賴地步。則其偽造私文書之行爲，與相姦之行爲，不無方法結果之關係，當依刑律第二十六條辦理。

（九年上半年第五六三號）

如果寫立婚書時，上告人等均到場，而婚書主婚人名某，亦即係上告人某借字音以爲影射，則婚書內所載丈夫早故等語，既係僞詞，應即分別情形，論以於自己文書爲虛僞登載及行使之罪。否則自己和誘價賣及以他人名義寫立婚書，應即論以僞造他人私文書及行使之罪，均與營和誘有方法結果之關係，應依刑律第二十六條科斷。（九年上半年第五六三號）

將他人交其代遞稟詞，刪改另繕，捏造他人花押，自係犯僞造私文書罪。惟既經呈遞縣署，顯已行使，捏造花押，顯又觸犯僞造及行使署押之罪。原審僅依刑律第二百四十三條第一項處斷，而於其行使此項文書及僞造署押並行使之所爲，漏未適用同律第二十

六條處斷，亦屬違法。（九年上字第七八六號）

被告人乘間入被害人家內下毒殺人，更不無無故侵入人第宅情形，雖依刑律第二十六條前段之規定，結果仍應從殺人重罪處斷。然不能置侵入人第宅之罪於不顧。（九年上字第一一四九號）

被告人等結夥三人以上，竊取鐵道上道釘及道木，顯犯刑律第三百六十八條第二款及第二百一十一條之罪，應依該兩條及同律第二十六條處斷。（九年非字第五一號）

向人訛索不遂，即赴警所捏報毆傷。倘誣告之時，仍以詐財為目的，則誣告係詐財之一種方法，不能認為詐財之結果。若因詐財未遂，變計誣告，其犯意又自獨立，應各科其刑。（十年上字第二九八號）

上告人殺人本預以誣陷某姓之手段，而誣告即係施行此種計劃之結果，顯有刑律第二十六條之關係。（十年上字第四一五號）

上告人以無故侵入人第宅，詐稱官員，偽造又行使關係他人刑事被告事件之證據，

爲誣告之方法。應依刑律第二十六條，從較重之誣告罪處斷。原判置無故侵入人第宅，僞造又行使關係他人刑事被告事件證據罪於不論，殊有未合。（十年上字第五一六號）

上告人吸食鴉片煙，經地檢官訪知，派令警長帶同法警某某等前去捕拿，正搜翻煙具，上告人忿忿攜取手鎗至院，連放二鎗，射中法警某人左腹近下。似其放鎗殺人之行爲，卽係妨害公務之手段，刑律第一百五十三條，於此種以殺人爲實施強暴之情形，既無特別規定，應卽依第二十六條從一重論。（十年上字第五四七號）

上告人以司法警察吏之身分，於承緝盜犯已就逮捕後，得賄釋放。顯係司法官吏於其職務收受賄賂，因而爲違背職務上之行爲。核其所爲，其收受賄賂一罪，與縱令按律逮捕監禁人脫逃一罪，有牽連關係，應依刑律第二十六條處斷。（十年上字第一一七八號）

被誘人之傷，係上訴人實施略誘時所加強暴之結果。則因實施強暴，而致人傷害，刑律第三百四十九條既無依第二十三條處斷之特別規定，自應適用第二十六條從一重者處斷之原則。（十年上字第一三二三號）

結夥侵入有人第宅之強盜，並有縛人毀物情事，縛人爲強暴之一種，毀物爲強暴應生之結果，均無庸依刑律第二十六條處斷。（十年上字第一三七八號）

上告人捏造公司名義，具呈省長，以低價地照向官銀號抵押巨款，官銀號主管立券人，於省長飭令核議具覆之後，並不核議具覆，又不調查地照實在價值，卽行訂立借券，發給巨款。如係通同舞弊，該主管立券人，又實係官員，則其違背職務，圖利自己或第三人，損害國家財產，應成立刑律第三百八十六條之罪，該上告人當然亦爲該條之共犯，與刑律第三百八十二條罪質不符。雖該上告人先以欺罔手段，捏造公司名義，濫請省長飭令該號借款，已有詐欺情事，如果省長對於該號財產，又確有直接處分之職權，該上告人固另構成刑律第三百八十二條之詐財未遂罪。然與其串同官銀號主管立券人所犯之罪，當有方法結果之關係，亦應依刑律第二十六條處斷。（十年上字第一四六六號）

上告人當殺人之先，曾有強迫被害人親屬書立無事字據情事。是其犯罪係以強暴脅迫使人行無義務之事爲方法，應依刑律第二十六條處斷。（十一年上字第四八八號）

前爲有夫姦，後爲無夫姦，中間所犯之和誘罪，殊難與前之有夫姦罪，違從刑律第二十六條處斷。（十一年上字第五〇八號）

原審認被告應成立收受後行使偽造之外國貨幣罪，尙無不合。惟該被告之行使此項偽幣，其意在圖利，本屬當然之事，原審竟并論以詐財，依刑律第二十六條處斷，其法律上之見解，殊有誤會。（十一年上字第九九九號）

捕人毆傷，其捕人行爲係犯傷害罪之方法，應依刑律第二十六條，從一重處斷。（十七年上字第七十七號）

殺人後燒燬屍身，既係希圖滅跡別無其他犯罪意思，則其損壞屍體，僅爲殺人之結果，已爲殺人罪所吸收，應依刑律第二十六條處斷。（十七年非字第一號）

圖財殺人，係構成強盜殺人罪，其棄屍河中，以圖滅跡，則又觸犯遺棄屍體罪，應依刑律第二十六條處斷。（十七年非字第二號）

因偷竊而損壞鐵路軌道，及軌道上行車必要之物件者，構成妨害交通與竊盜二罪，依第二十六條從一重處斷。（二年統字第八六號）

殺人棄屍，如棄屍行爲可認爲殺人之結果，自應依刑律第二十六條之規定，先定其從一重處斷之罪。如有減輕事實，就其最重刑減輕處斷。（四年統字第二五四號）

刑律第二十六條，係採一罪主義。（四年統字第二五四號）

偽造契據，應構成刑律二百四十三條之偽造私文書罪。至以偽造契據投稅，經官署黏尾蓋印者，應以第二百四十三條，及第二百四十一條之俱發罪，依第二十六條處斷。

（四年統字第二八〇號）

看守所長看守夫，於已決未決人犯得賄縱放，係觸犯刑律第一百四十四條第二項，及第一百七十二條之罪，但均應依第二十六條處斷。（五年統字第五一六號）

第七十五條 連續數行爲而犯同一之罪名，以一罪論。

【文義】

連續數行爲而犯同一之罪名者，即學說上所謂之連續犯。言其要件，約有數端：（一）對於同一之法益（二）加同種之侵害（三）加害者於其結果具有特定或概括之預期，三者缺一，則不能成立連續犯。

【理由】

本條概括多數行爲成爲一罪之規定。蓋以一次行爲，性質上本可成罪，而經多次爲之，如連日竊取倉庫之財物，或姦拐婦女，經多年之歲月，則其罪名應如何計算乎？法律不可不有明白規定，本條之設以此。

【學說】

關於犯罪成立之時間問題，學說上有即成犯與繼續犯之區別。即成犯者，謂於少許之時間，完結其犯罪行爲。例如殺人，一舉刀而罪即成立矣。繼續犯者，於多費時間，以完結其行爲之謂也。有性質上與事實上之區別，在性質上者有二：一爲慣行犯，謂非於斷續時間，反覆同一行爲，其罪不得成立也。二爲永續犯，謂所爲之結果，非持久時日，其罪不能成

立也。在事實上者，亦有二：一爲徐行犯，謂性質上於僅少時間，本得完結之行爲，而犯人於事實上偏多費時間以爲之也。例如欲破壞他人屋宇一炬，卽成灰燼，而犯之者，乃今日毀其瓦，明日拆其牆，以成此破壞屋之罪。其一卽本條所規定之連續犯是。

適用本條時有當注意者有二如左：

第一侵害於本人分離時，視被害者之數爲犯罪成立之數，不得以一罪論。例如甲繼續殺乙丙丁三人，因被害者之生命有三，則甲之殺人罪亦三，不得援用本條。然若乙丙丁被殺於同時同地之甲之手，如炸彈劇發之類，是否數罪亦一問題也。據諸犯一罪之結果而生他罪之規定，是宜僅以一罪論。蓋被害之生命雖有三，而實出於一個行爲也。

第二侵害財物之監督時，視監督者之數爲犯罪成立之數，亦不得以一罪論。例如甲倉衣服，乙倉金錢，雖同爲一人所有權，而繼續竊之者其罪爲二，以監督之人有二故也。反之，於同一倉庫，甲倉衣服，乙倉金錢，所有權雖有二，而繼續竊之者，其罪爲一，以其僅一監督者故也。

【比較】

法律於連續犯罪既以一罪論，必以犯同一之罪名爲準。蓋所謂連續犯者，有犯行連續之一要件存焉。暫行律第二十八條規定連續犯罪者以一罪論，包括不同一之罪名，範圍太廣。本條則有犯同一之罪名之明文，實較爲確當。

【判例】

查暫行新刑律第二十八條所稱連續犯罪者，係指以同種數個行爲，侵害同一之法益而言。該被告人等，騷擾稅局，拆毀牌匾，並將護兵毆傷，自不能謂爲同一法益，即不能認爲連續罪。（四年上字第二六八號）

連續爲詐財行爲，一次既遂，一次未遂，仍依刑律第二十八條處斷。（五年上字第三五號）

查該上告人等三人，先後用賭博方法詐騙楊子明財物，計共三次，自應援用第二十八條處斷。原判並未援用該條，殊屬疏漏。（五年上字第三五七號）

查刑律第二百二十九條，本爲保護造幣權而設。上告人雖經兩次行使僞票，而侵害者既爲同一法益，又係連續實施，依第二十八條之規定，應論以一罪。（五年上字第三七六號）

該上告人對於康氏訟事，早已存一從中漁利之心，其後捏造律師條具，以及廳證廳批，要無非欲達其詐財之目的，對於同一法益，反覆而爲同一之行爲，自應以一罪論。原判認爲三罪俱發，分別科處，自有未協。（五年上字第三九四號）

查犯罪之數，應以所侵犯法益之數爲標準。連續犯雖預謀以數次犯同一之罪，然若侵害多數法益，則仍應以數罪論。（五年上字第六一二號）

查該上告人犯罪原因，係由於覬覦承繼財產，雖前後有兩次搶奪行爲，而實出於同一之意思，自係連續犯，應依刑律第二十八條，以一罪論。乃原判認爲俱發，適用懲治盜匪法處斷，殊屬違法。（五年上字第九五二號）

以一狀誣告數人者，應以人格法益計其罪數。迭次誣告某人者，爲誣告之連續犯。

(六年上字第九四三號)

前後受人贈與贓物三次，既係一人所贈，自係受贓之連續犯，不為常業。(六年非字

第一三五號)

迭次施詐，顯有連續行為。原審及第一審，未援刑律第二十八條以連續犯論罪，均嫌

疏漏。(七年上字第一〇一二號)

屢次為人介紹，出賣鴉片煙，顯係連續犯罪。第一審未引用刑律第二十八條，自屬疏

漏。(八年上字第四號)

初次謀殺本夫，雖屬未遂，而與後之共謀勒斃，犯意既相連續，自應依連續犯之例處

斷。(八年上字第一〇〇一號)

被告人因意圖將被誘人價賣，先曾略誘一次，因被誘不從未果，後復將其略誘。則其
前之意圖營利略誘未遂，與後之意圖營利略誘既遂，其中顯有連續情形，自應依刑律第
二十八條以一罪論。(九年非字第二七號)

查婦人與多數人相姦，應以連續犯爲理由，論爲一罪者，本以犯意連續爲限。若僅先後與數人相姦，而犯意各自不同者，卽應論以數罪。（九年非字第八〇號）

共同正犯，必以共同實施之人爲限。其僅於事前參與計畫，並予以相當之助力者，除殺人強盜等，各有特別例外，祇應論以事前幫助之從犯。若對於同一婦女，實施和姦，而又以概括之意思，幫助他之多數人和姦，並生結果者，則除自身成立和姦罪外，並應構成連續之和姦從犯。（十年上字第一三九號）

該上告人和姦某女，自成姦後，曾經歷次續姦，已爲兩審所認定。乃第一審於應認爲連續犯一節，未予置議，原審未予糾正，均屬疏漏。（十年上字第一四七號）

被告毆打被害人，係因誘令爲娼不從而起。則其迭次毆打之輕重，雖先後不同，然以連續之意思，對於同一之法益爲同一之行爲，依刑律第二十八條，應以一罪論。原審判決認爲連續傷害人致輕微傷害，及傷害人致死，兩罪俱發，顯係錯誤。（十一年上字第一四八八號）

上訴人與林世章相姦，非僅一次，且有在民國十四年一月一日赦令以前者。乃未釋明有無應行赦免之部分，亦未依刑律第二十八條連續犯之規定辦理，已難謂為適法。
(十六年上字第五五三號)

上告人既係將逐日賣得貨款侵佔入己，顯以同一意思反覆而為同一行為，第一審未依連續犯處斷，原審復未補遺，均屬疎漏。(十七年上字第一一〇號)

【解釋】

甲於九月二十六日入乙宅，竊馬二匹，十月二十三日又入乙宅，竊馬二匹，原失主贓犯，亦同。若犯意繼續，應以連續犯論。(四年統字第三一一號)

甲四次發掘四姓墳墓，均寄贓於乙，乙不能以連續犯論。(四年統字三六八號)
連續犯以意思連續為要件，其意思是否連續，在審判官之調查認定，並不受被告人供述之拘束。(五年統字第四九四號)

犯意之連續，全憑事實之認定，何能強立標準。(七年統字第八〇三號)

查犯刑律脫逃罪者所侵害之法益，既係國家，則犯人如以連續之意思，觸犯同一罪名，自應以連續犯論。（八年統字第九十七號）

甲乙丙數月間先後挖掘無主墳墓百餘穴，盜取其殮物，如合於連續犯之條件，（即以連續之意思，對於同一之法益為同一之行爲）自可依連續犯規定論罪。（八年統字第一零六一號）

凡以連續犯意同種行爲，侵害同一法益者，皆爲連續犯罪。前後行爲所觸犯之條文，縱有不同，亦應以一罪論。（九年統字第一四五六號）

連續犯，係以各自獨立之數個行爲，對於同一之法益，予以同樣之侵害。原函所舉情形，不過以一個行爲，持續的予以侵害而已，尙不足稱爲連續犯，惟既於赦免後，仍持續其赦前之詐欺行爲，迭受銀圓之交付，（與持續狀態不同）自不在赦令所予除免之列。（十六年統字第二〇〇四號）

第十章 刑之酌科

【理由】

犯罪情況萬殊，科刑有期因應。立法者制定刑典，僅能為抽象的規定，固未能一一調查其具體事實，而犯罪情節離奇變幻，倘若刑重情輕，則失衡平。故酌罪科刑，法律應有其規定，俾司法者得資標準，是本章之所由設也。

【比較】

暫行律第十章為酌減之規定，凡二條。本法增入科刑之標準，定名規制，自較暫行律為妥。

第七十六條 科刑時，應審酌一切情形，為法定刑內科刑重輕之標準，並應分別情形，注意左列事項：

- 一 犯罪之原因；

- 二 犯罪之目的；
 - 三 犯罪時所受之激勵；
 - 四 犯人之心術；
 - 五 犯人與被害人平日之關係；
 - 六 犯人之品行；
 - 七 犯人智識之程度；
 - 八 犯罪之結果；
 - 九 犯罪後之態度。
- 科罰金時，并應審酌犯人之資力。

【文義】

法定刑，即分則各條所規定之刑量是也。
 犯罪之原因，指犯罪行為發生之動機而言。

犯罪之目的，指犯人所豫期之結果而言。

犯罪時所受之激刺，如犯人愚惑偶爾爲之，或因一時被誘盛氣犯罪者是。

犯人之心術，如於尾犯五圖以下竊盜罪，實迫於貧困，或竊取貧人之物，則爲浪費其間心術，相差頗鉅。

犯人與被害人平日之關係，如犯人與被害人有無親屬友誼主僕等之關係是。

犯人之品行，指犯人平日之行爲品性而言。

犯人智識之程度，如愚陋抑爲聰明，或已未受何種之教育。

犯罪之結果，於第一條已加解釋，於此不贅。

犯罪後之態度者，如犯人犯罪後因悔悟而力謀恢復原狀或賠償損害者是。

犯人之資力，指犯人之經濟能力而言。

【理由】

本條規定科刑之標準，科刑得當，誠非易事，苟非富於經驗，細心推勘且具有判斷力

及不偏蔽之法官不能得適應。於本法中尤當特設專條。釐舉科刑時應審酌事項，以指導法官之留意，因此而有本條之設。

罰金之刑，酌科得當，較他刑爲尤難。蓋所科過重，至犯人不能繳納，則易科監禁，遂失罰金執行之本旨。所科過輕，則易於繳納，無關痛苦，亦失罰金懲戒之用意。人之貧富，相去甚遠，同一金額，貧者納之，或破產不足，富者納之，則損毫末，其不平孰甚，既不能盡免此弊，惟有斟酌犯人財產之關係，以爲罰金酌科之標準，以求平允。因此而有本條第二項之規定也。

【比較】

暫行律第五十四條規定，僅惟審按犯人之心術及犯罪之事實。瑞士草案第四十七條規定法官於科刑時須審酌犯人之犯意，與犯罪之動機，犯罪以前之品行及犯人之地位之關係，較暫行律爲詳晰。德國草案及委員會刑法草案採用其制，而情節更加詳晰。本法略師其意，規定本條。

本條第二項，暫行律亦無其規定，查罰金之科，應須審酌犯人之資力，已如理由中所述。一千八百九十一年萬國刑法學會議決科罰金，除審酌各情形外，兼審酌犯人財產上之關係。外國法律以此定為標準者，那威，西班牙，丹麥，葡萄牙，瑞士，數州及中南美洲諸國，奧國及德國刑法準備草案與德國委員會刑法草案亦均有此種規定。故本法從之。

第七十七條 犯罪之情狀可憫恕者，得酌減本刑。

【理由】

本條為得酌減本刑之規定。處罰科刑，應審酌一切情形之輕重為法定刑內科刑輕重之標準，苟其犯罪之情狀有可憫恕，則得酌減其刑，以求平允。

【判例】

暫行新刑律第五十四條之酌減，有一定條件，斷不許稍有濫用。（二年上字第五〇號）

刑律第五十四條所謂犯人心術，乃指犯人所犯本案之心術而言。報告同監人犯脫

逃事件，固屬可嘉，然不能以此牽及其本案，謂爲犯罪之心術可原，遽依該條減等。（二年上字第一一九號）

在未決監遇火災，未曾逃走，不能爲刑律第五十四條減輕之理由。（二年非字第二三號）

第五十四條之規定，專指主刑之減輕而言。從刑不隨主刑加重減輕，第六十二條已有明文規定。（三年上字第五三四號）

覺起彼造，又非下手殺人之犯，兩審處以無期徒刑，並未越法定範圍。而原其心術及犯罪事實，尙有酌減之餘地，本院自得予以改判。（五年上字第九一號）

被害者既已逃避，乃故意捏稱被劫，集衆迹追數里之遠，必致之死地而後已。其心迹本無可原，不應爲之減輕處斷。（五年上字第一四四號）

因自己胞妹，以口角細故，服毒自盡，竟至心有不甘，遽行捏詞誣告。按其情節，不無可原，自應依刑律五十四條酌予減等，以期平允。（五年上字第二一〇號）

本案上告人等，拐去幼孩，尙未切實證明，遽依第五十四條減等科斷，殊不知證據不充足，可爲宣告無罪之理由，而不能減等之理由。刑律第五十四條，並非案情尙有疑竇所可濫用。（五年上字第五四八號）

刑律第五十四條規定之裁判上減輕，本以情輕者爲限。若因胞弟行竊，恐遭牽累，糾人處死，以情節論，並無可原，即不得濫予減等。（六年上字第七四號）

本夫知姦夫與其妻相姦之情，因孤身無援，無奈伊何，一日與姦夫同至家內睡宿，因其乘間，又將妻姦淫，聞妻告知後，即行殺害者，情節可原。（六年上字第一〇九號）

刑律第五十四條之規定，按諸法理及文字解釋，凡犯人心術及事實，二者之中，有一情輕可原，即合於減等之條件。固無須心術事實二者同時情輕，審判官始有裁量減等之職權。（六年上字第四三二號）

刑律第五十四條，原爲犯罪之情輕者而設。情輕與否，應就犯人心術及犯罪事實，切予審核，條文之規定，本極顯明，不容背其要領，而濫行援引。（十年非字第一六號）

上告人等強盜殺人之事實，無可遁飾，果無其他特別情輕理由，僅係聽糾同行，尙難謂爲可原。且刑律第五十四條酌減條件，係以犯罪本人之心術，及其犯罪事實情輕者爲限，不以比較他之共犯情節輕重爲標準。原審以上告人等犯罪情節，比之起意首犯持械下手者較輕，爲之酌減，殊覺未當。（十一年上字第六〇七號）

【解釋】

開堂私放票布，係屬秘密結社，應受治安警察法之制裁。凡加入此等結社者，自可依該法第二十八條處斷。若鄉愚團保身家，情有可原，仍得依刑律第九條之規定，適用第五十四條處斷。（四年統字第二四九號）

第七十八條 依法令加重或減輕者，仍得依前條之規定，酌減本刑。

【文義】

法令之加重，如累犯併合論罪之類。

法令之減輕，如未遂，從犯及宥恕自首之類。

【理由】

本條爲適用酌減之規定。累犯併合論罪依法應須加重其刑，而其情節可憫者有之。如未遂從犯宥恕自首之罪，依法令減輕而揆諸情節其刑猶失之過酷者有之。雖各項情形競合，苟有減輕之情形，仍得依前條規定，酌減本刑，法令之加減，不能拘束審判上之權衡。故設本條，以明其規。

