

江鎮三著

新刑法總論

下冊

上海法學編譯社編輯  
會文堂新記書局發

# 新刑法總論目錄 下冊

第七章	共犯	一八五
第一節	共犯之要件	一八六
第二節	共犯之種類	一八八
第一款	共同正犯	一九九
第二款	教唆犯	一九六
第三款	從犯	二〇七
第三節	共犯與身分關係	二一四
第八章	累犯	二一六
第九章	數罪併罰	二二三
第一節	數罪與一罪之標準	二二三

第二節 實質上之數罪併罰	二三〇
第一 數罪併罰之範圍	二三一
第二 數罪併罰之要件	二三一
第三 數罪併罰之處分	二三二
第三節 想像上競合犯及牽連犯	二三八
第一 想像上競合犯	二三九
第二 牽 犯	二四四
第三 競合犯與牽連犯之處斷	二四六
第四節 連續犯	二四七
第十章 犯罪之種類	二五三
第一 現行犯與非現行犯	二五三
第二 國事犯與常事犯	二五三

第三	單一犯與結合犯	二五四
第四	即成犯與繼續犯	二五五
第五	普通犯與特別犯	二五六
第六	親告罪與非親告罪	二五六
第二編	刑罰	二五九
第一章	刑罰之本質	二五九
第二章	刑罰制度之主義	二六一
第三章	刑罰之目的	二六一
第四章	刑罰之種類	二六三
第一節	概說	二六三
第二節	主刑	二六五



新刑法總論

第一款	生命刑	二六六
第二款	自由刑	二六九
第一	徒刑	二七〇
第二	拘役	二七二
第三款	財產刑	二七二
第一	罰金	二七三
第二	沒收	二七七
第四款	主刑之輕重	二七七
第三節	從刑	二七九
第一款	褫奪公權	二七九
第二款	沒收	二八二
第五章	刑之酌科及加減	二八九

第一節	刑之酌科	二八九
第二節	刑之加重減免	二九六
第一款	加重	二九七
第一	審判上之加重	二九七
第二	法律上之加重	二九八
第二款	減輕	二九九
第一	審判上之減輕	三〇〇
第二	法律上之減輕	三〇〇
第三款	免除	三〇六
第三節	刑之加減例	三一—
第一	限制幼年人老年人適用死刑無期徒刑之例	三一—
第二	刑罰加重之例	三二—

第三	刑罰減輕之例	三二四
第四	加減競合之例	三一九
第六章	刑之易科及羈押折抵	三二〇
第一節	刑之易科	三二〇
第一	易科罰金	三二〇
第二	易服勞役	三二三
第三	易以訓誡	三二三
第四	易科之效力	三二四
第二節	羈押折抵	三二五
第七章	刑期之計算	三二七
第八章	刑之執行	三二八
第一	關於死刑之執行	三二九

第二	關於自由刑之執行	三三〇
第三	關於財產刑之執行	三三一
第四	關於其他處分之執行	三三三
第九章	緩刑	三三四
第一	緩刑之主義	三三六
第二	緩刑之要件	三三七
第三	緩刑之期間	三三九
第四	緩刑之撤銷	三四〇
第五	緩刑之效果	三四一
第十章	假釋	三四二
第一	假釋之起源	三四三
第二	假釋之要件	三四四

第三	假釋之機關	三四五
第四	假釋之撤銷	三四六
第五	假釋之效果	三四七
第十一章	刑罰之消滅	三四九
第一	刑罰執行終了	三五〇
第二	緩刑期滿	三五〇
第三	假釋出獄	三五〇
第四	犯罪人死亡	三五〇
第五	赦免	三五一
第六	時效	三五四
第十二章	保安處分	三六五
第一節	保安處分之意義	三六五

第二節	保安處分與刑罰	三六六
第三節	保安處分之目的	三六七
第四節	保安處分之種類	三六八
第一款	對於幼者犯罪之保安處分	三六九
第二款	對於少年人犯罪者之保安處分	三七〇
第三款	對於心神喪失犯罪者之保安處分	三七〇
第四款	對於精神耗弱或瘖啞人犯罪者之保安處分	三七一
第五款	對於吸食鴉片或使用代用品犯罪者之保安處分	三七二
第六款	對於酗酒人犯罪者之保安處分	三七三
第七款	對於習慣犯常業犯或因遊蕩犯罪者之保安處分	三七四
第八款	對於患花柳病癩瘋犯罪者之保安處分	三七五
第九款	對於受緩刑宣告者或假釋出獄者之保安處分	三七六

第十款	對於外國人犯罪者之保安處分	三七九
第五節	保安處分宣告之程序	三七九
第六節	保安處分之免除及延長	三八〇
第一款	保安處分之免除	三八〇
第二款	保安處分之延長	三八二
第七節	保安處分執行之許可	三八三
第八節	保安處分適用之問題	三八五



# 新刑法總論 下冊

江鎮三著

## 第七章 共犯

犯罪有以一人之單獨行爲而完成者，有以二人以上之共同行爲而完成者，前者曰單獨犯，後者曰共犯。是共犯者，數人共同犯罪，別於一人單獨犯罪而言也。惟共犯中有三種態樣，即共同正犯，教唆犯，從犯是。其間有無從屬性，向有客觀說主觀說之別。茲分述如次：

一、客觀說（有從屬性說） 是說不但認教唆犯及從犯爲有從屬之關係，即共同正犯亦然。蓋以教唆犯無直接重要之關係，故處罰以正犯爲轉移，即正犯既遂未遂或中止，教唆犯從犯亦爲既遂未遂或中止，共同正犯亦然，此說立論，注重於犯罪之事實，故名客觀說。

二、主觀說（無從屬性說） 是說不但認共同正犯無從屬關係，即教唆犯從犯亦然，因各人以犯罪之意思，發生犯罪之行爲，既有獨立之性質，即應各就本人意思與行爲而論罪，不

能以他人行為爲轉移，蓋自犯罪人之惡性而立言也。故被教唆者中止殺人，則教唆者仍應負殺人未遂責任，此說注重於犯人之惡性，故名主觀說。

以上兩說，究以何說爲是，試舉例評論如下：例如教唆竊盜而實施強盜，或教唆強盜而實施竊盜，依客觀說，認爲有從屬性，一以實施者爲準。夫教唆強盜而實施竊盜，使教唆者負竊盜責任，謂之有從屬性猶可。若教唆竊盜而實施強盜，僅使教唆者負竊盜責任，則將何以解於從屬性乎？同一標準，而結果各異，故客觀說，實不足採。若依主觀說，謂共犯無從屬性，則無上述之矛盾矣。蓋現代刑法，注意惡性而非注重事實，教唆強盜者，必有強盜之惡性，雖所實施者係竊盜，亦應使教唆者負強盜未遂責也。故以主觀說爲當。我國舊刑法對於共犯採客觀說。新刑法對於共犯教唆犯，則採主觀說，對於共犯中之從犯，則仍採客觀說也。

## 第一節 共犯之要件

共犯云者，即二人以上共同成立犯罪之謂也。有共同正犯，有教唆犯，有從犯，上已述之。故共犯之成立，須具備下列二要件。一須有犯罪意思之聯絡，（主觀的要件）易言之，即須數人有共同犯罪之意思是。二須有犯罪行爲之分擔，（客觀的要件）易言之，即須數人有共同犯罪之行爲是。苟缺其一者，即非共犯而爲單獨犯。但亦有例外，如遇一方共犯者，他方雖不知共同之情，即一方雖知其共同，而一方却未知情，祇有行爲之聯絡，而無意思之聯絡，是亦謂之爲共犯。（新刑法第三十條第一項後段）又教唆犯與間接正犯，亦祇有教唆犯罪之行爲，而無共同實施之行爲，故祇有意思之聯絡，而無行爲之聯絡，然亦不失爲共犯。此皆爲構成共犯之例外，若以原則言，則意思與行爲，二者悉須聯絡，不可偏廢其一也。故同時犯與事後犯，其在外觀上，雖有似乎共犯，實則不然，應各自單獨負其責任，蓋雖有行爲之聯絡，並無意思之聯絡也。至共犯與非共犯，在刑法上必須區別者，因共犯則須負同一之責任，非共犯則否也。例如甲乙丙三人共同殺丁，甲一人下手實施，乙丙二人雖亦到場，然以甲一人已將丁殺死之故，不復下手，以事實言，負殺人之責任者，應爲下手實施之甲一人，

餘外乙丙二人，固未嘗下手實施也。然以共犯之故，乙丙二人亦應同負殺人之責，不能以其未下手實施而免其刑責。蓋其有殺人之故意則一，使甲一人而不能單獨終了之者，則乙丙二人亦必下手殺丁矣。如甲乙丙三人無共同犯罪之意思者，適逢其會，則僅下手殺丁之甲一人成立殺人罪，乙丙二人皆爲不能犯。蓋其人已死，無論如何，不能構成殺人之罪，故應分別其責任。共犯與非共犯必須區別者，其關係卽在斯也。

## 第二節 共犯之種類

共犯之狀態不一，在學理上有種種區別：(1)有別共犯爲獨立犯與從屬犯者；前者指正犯而言，後者則指教唆犯與從犯而言。(2)有別共犯爲有形的共犯與無形的共犯者；前者指實行正犯及於事前或事中供給器具或以其他有形的的方法幫助正犯之從犯而言。後者則指教唆犯及於事前或事中誘導指示或以其他無形的的方法幫助正犯之從犯而言。(3)有別共犯爲事前共犯事中及事後共犯者；事前共犯，指教唆犯從犯而言。事中及事後共犯，指正犯而言。事後

共犯，則指藏匿犯人，湮沒證據，及關於贓物罪等而言也。(4)有別共犯爲必要的共犯與任意的共犯者；犯罪性質上有非二人以上共同行爲不能成立者，有非然者，前者曰必要的共犯。後者曰任意的共犯。而必要的共犯，又有別爲關於會合的犯罪與關於集合的犯罪二種者。例如賭博罪賄賂罪及通姦罪等，爲會合的犯罪之必要的共犯。內亂罪及妨害秩序罪中之聚衆騷擾罪等，爲集合的犯罪中之必要的共犯。又如殺人、強盜、竊盜、詐欺取財，及其他多數犯罪等，則爲任意的共犯是。我新刑法關於共犯，則分爲共同正犯、教唆犯、從犯、三種。茲分款說明如下：

## 第一款 共同正犯

新刑法第二十八條曰：「二人以上共同實施犯罪之行爲者，皆爲正犯；」是共同正犯者，二人以上共同實施犯罪行爲之謂。因其共同實施犯罪之行爲，故使各共犯就共同所爲之行爲，各自任全部之責。惟所謂共同實施者，祇其行爲共同可矣，非共同行爲之全部，各個犯

人均須爲之也。故雖分擔實施，仍不失爲共同行爲。換言之，即雖分擔行爲之一部，仍應負行爲全部之責任。〔註一〕例如甲乙丙三人共謀於夜間侵入他人住宅，而有竊取千元財物之行爲，所取財物雖各有多寡，而其所負刑責，三人同一，即在刑法上各自負全部竊盜之責任，不問甲乙丙各人分擔竊取財物之行爲如何也。又如甲乙丙丁共爲強盜，甲則入室搜索，乙則把門望風，丙則竊取財物，丁則持刀威嚇，此四人者，其所實施之行爲雖各不同，而其共同爲強盜之行爲則一。雖以分擔之事務不同，而應共同負責則一。如被害者不受丁之威嚇，或有人竟入內捕盜，結果乙亦殺人，丁亦殺人，此乙與丁殺人之行爲，甲與丙雖未下手，或在當時竟未知情，然入室行劫之時，四人實早已對此有所預見，故甲與丙亦應同負強盜殺人之責任。〔註二〕蓋共同正犯，以彼此相互的認識爲必要，而彼此相互的認識，即爲共同正犯構成之要件。既有相互的認識，則其一切行爲，亦當然從同，故更必有同一之實施犯罪行爲。而此同一之實施犯罪行爲，亦爲共同正犯構成之要件。前者即犯意之聯絡，後者即行爲之分擔，如缺一，即不得謂爲共同正犯，而爲單獨正犯也。〔註三〕

與共同正犯相對待者，則爲單獨正犯。而於單獨正犯中，吾人所應注意者，則爲間接正犯。間接正犯者，乃利用無責任能力之人而實施犯罪行爲者也。所利用者既爲無責任能力之人，則其所實施者，不啻利用者自施之，故利用者爲間接正犯，而與被利用者，不生共犯問題。

於此尚有應說明者，卽新刑法第二十八條所謂共同實施，指着手實行實施而言乎？抑包含陰謀預備實施而言乎？關於此點，一般通說，多謂包括陰謀預備着手實行四者實施而言。例如甲乙二人共謀殺丙，卽爲陰謀殺人實施之共同正犯。甲乙同製毒藥，意圖殺丙，卽爲預備殺人實施之共同正犯。甲乙以共同意置毒藥於飲食之內，將以進丙，卽爲着手殺人實施之共同正犯。甲乙將毒藥與丙食，致丙毒發而死，卽爲實行殺人實施之共同正犯。蓋共同正犯，以有共同實施犯罪行爲之事實斯可耳。至其參加實施之分量如何，無影響於共同正犯之成立也。試更舉牽連犯與結合犯以說明之：例如共同行使偽造文書詐欺取財，於行使偽造文書詐欺取財之二者中實行其一，卽應對於牽連犯之全部行爲任實施之責，而爲詐欺取財罪之共



同正犯。又如甲乙二人侵入丙之住宅，實行強盜，甲加丙以強暴脅迫，對於奪取財物行為之實行全未干與，乙利用甲之有強暴脅迫而實行奪取財物者，仍是強盜罪之共同正犯，不能謂甲乙二人各自分擔結合犯實行行為之一部，即謂其於強盜罪共同正犯之成立有若何之影響也。茲更就共同正犯之觀念及其處分，分述如次：

一、共同正犯之觀念 關於共同正犯之觀念，學說上有主觀說、客觀說之分。前者祇須有二人以上犯罪意思之合致，即視其間之一人之行為為全體所為，並不以共同在場實施為要件。後者除犯意聯絡之外，並須共同實施，否則在處罰同謀之罪，僅能構成獨立之同謀犯，不能使負同一責任。前者注重犯意，曰犯罪共同說。後者注重犯行，曰行為共同說。我新刑法第二十八條，關於共同正犯之立法例，係與舊刑法同採行為共同說，「註四」而在行為共同說之下，對於分則編之同謀犯罪，復與以廢止，是否完善，實不無研究之餘地。

夫刑法為預防犯罪而設，論罪科刑，無非處罰其惡性所表現之行為，故應以誅心主義為原則，方盡預防之能事。共同正犯意思既已合致，其希望實害之發生，初不在場實施與否

有異，客觀說置犯意於不顧，殊非得當。且教唆犯僅授人以犯意，根本不與實施，刑法尙與實施正犯同科，則共同正犯以犯意爲準，實屬無可訾議。再就因果關係以言，共同正犯意思既聯絡一致，無論分擔實施行爲與否，其與犯意有因果聯絡關係，則無可否認；因果關係既無中斷，則從而論罪科刑，當無可議。最近之立法例，如日本刑法改正案第二十五條規定：「二人以上共同實施犯罪者，皆爲正犯，與他人通謀而使至於實行犯罪者亦同；」卽其一例。更就事實以論，回溯暫行刑律第二十九條關於共同正犯，本與舊刑法及新刑法同一旨趣。而在此情形之下，前北京大理院仍有犯罪共同之判解，（參照四年上字六號六年非字一五三號判例及統字七四七號，統字一一八九號解釋）苟非爲事實所必要，何至與立法主義相背馳？故吾人以新刑法共同正犯之立法例，無論在事實上，法理上，均應以犯罪共同說爲指歸！至於同謀犯之處罰，本爲共犯採行爲共同說下之產物，在犯罪共同說之原則下，殊無規定之餘地。惟新刑法在共犯行爲共同說之下，將同謀犯廢止，又非得當。

所謂同謀犯罪，本指參與犯罪之謀議，並不參與實施而言。在實行之一方，固可依單純

正犯處斷，而並不參與實施之一方，則於處罰同謀犯之特殊情形下，獨立處斷。雖處罰同謀之規定，為數不多，然藉以補救行為共同說之失，亦未始不差強人意。新刑法並此差強人意之規定，亦加刪削，則僅有犯意聯絡，並不分擔實施者，絕對無處罰之可能，實為缺憾！同謀犯，本規定於分則編，因與共同正犯之立法主義相關，並論及之。依吾人見解，於共同正犯，不妨改採犯罪共同說，同謀犯亦毋庸再加規定。惟僅有意思聯絡，並未參與實施者，如認為不無可宥，則另設得減之規定，以待審判官之自由裁量可耳。

二、共同正犯之處罰 新刑法第二十八條曰：「二人以上共同實施犯罪之行為者，皆為正犯；」皆為正犯者，謂就各行為者之故意範圍內，使之就犯罪行為所生之結果，各自獨立負刑事上之全部責任者也。例如甲乙二人共同殺人，審判官依法宣告各處無期徒刑。換言之，即甲乙二人，應各受無期徒刑之執行是。

【註一】共同正犯意思行為俱備者，固不必論，即對於共同實施犯罪之行為有合同之意思者，雖各自實行數罪中之一罪，對於其全體，仍應負其責任。蓋各犯在合同意

思之範圍內，相互利用他人之行為，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。（前北京大理院二年上字第三九號判例）

【註二】 共犯以共同實施犯罪行為爲要件，如果僅係事前同謀及予以實行之便利，並未參與實施，固不得以共同正犯論罪。但如原審及初判所認事實，被告對本案，不僅事前同謀，暨臨時將被害人誘約至某地方與某甲等會面。即於某甲等實施殺害之際，亦同在场。假使該被告係屬從場監視，則當時雖未下手殺人，而此種監視之行為，究不外分擔實施之一部，自不得不負共同殺人之責。（最高法院十九年非字第一六三號判例）

【註三】 查刑法上之共同正犯，以有意思之聯絡行為之分擔爲要件。本案上訴人，於他人之犯罪，既無聯絡之意思，又無分擔實施之行為，即不得以共同正犯論。（最高法院十八年上字第六七三號判例）

【註四】 刑法上之共同正犯，係採客觀主義，以共同實施構成犯罪事實之行為爲成立

要件。雖共犯相互間祇須分擔一部分行為，苟有犯意之聯絡，仍應就全部犯罪事實共同負責。然其所爲之一部行為，究須構成犯罪事實之內容，始有分擔實施之可言。刑法上所謂殺人罪，係以向被害人實施殺害爲構成犯罪內容之行為，如於殺人之際，僅在場把望，予以便利，並未直接干與殺害行為，此種情形，自係於他人實施犯罪中予以直接重要幫助，不得謂爲共同正犯。（最高法院二十二年上字第一七一三號判例）

## 第一款 教唆犯

新刑法第二十九條第一項曰：「教唆他人犯罪者，爲教唆犯；」是教唆犯者，即教唆他人使之生犯罪之決意，而實行其所受教唆之犯罪行為也。故亦謂之造意犯。蓋被教唆者本無犯罪之意思，係由教唆者所喚起，使之實施犯罪之行為。例如甲本不欲殺乙。乃由丙百般教唆之，以動搖甲之意思，甲一時不察，被其誘導，竟起而爲殺乙之行為，則甲爲殺人之正犯

，丙爲殺人之教唆犯是。〔註一〕至教唆犯教唆之方法，不限於用語言或文字，卽以其他之舉動誘致之，亦不失爲教唆。惟如強制使他人失意自由，則成爲間接正犯，非教唆犯矣。蓋教唆犯之成立，須被唆者基於自由意思以實施所教唆之行爲也。茲分別說明如次：

一、教唆犯之觀念 關於教唆犯之觀念，有主觀說客觀說之分。在客觀說，則注重於被教唆者之實施，謂教唆犯實成立於被教唆者之實施也，故稱教唆犯有從屬性。而在主觀說，則注重於教唆者之教唆，謂其惡性之表現，實其教唆行爲也，故稱教唆犯無從屬性。我國舊刑法採客觀說，認教唆犯爲從屬之犯罪。新刑法則採主觀說，認教唆犯爲獨立之犯罪，較爲進步。

二、教唆犯之要件 教唆犯之成立，須具備下列要件。

(1) 被教唆者須本無犯罪之意思，因受其教唆始爲犯罪行爲，卽被教唆者所實施之犯罪行爲，必須出自教唆者之教唆。若其人本已有此犯意，不過逡巡未行，後因教唆者之一激，起而實行，則被教唆者之行爲，乃本其自己之意思而行，並非由於教唆者之教唆所致，則不

成立教唆犯。〔註三〕

(2) 被教唆者所爲之犯罪行爲，須出於教唆之範圍以內，教唆者始負教唆既遂之責。例如甲教唆乙殺人，而乙則實施強盜，甲只任教唆殺人未遂之責任，不任教唆強盜既遂之責任，蓋被教唆者所爲之行爲，非教唆者之所教唆也。〔註三〕

(3) 教唆者須有教唆之故意，即被教唆者所爲之犯罪行爲，必須爲教唆者所能預見。若不能預見，即不成立教唆犯。例如甲戲謂乙，某處儲有銀洋，可往竊取，此本自出於甲之戲謔，決不預見甲之果聽其言，詎料乙竟信爲真實，前往竊取，此時甲不成立教唆犯，以其教唆非出於故意也。

(4) 教唆犯之教唆行爲與被教唆者之決意，其間須有因果關係之存在。即教唆行爲爲正犯行爲之原因，正犯行爲爲教唆行爲之結果。例如甲教唆乙往殺丙，而有一毫無關係之丁將丙刺死者，甲不成立教唆犯是。以其無因果關係之存在故也。

以上四者，爲教唆犯成立之要件，苟缺其一，即無教唆犯之可言。以故教唆前，被教唆



者已有此犯罪之決意，或教唆後，被教唆者不應此教唆，或不依其教唆，而爲其他犯罪之行為，則皆不能構成教唆犯。（或有時成立教唆未遂）

三、教唆犯與間接正犯煽惑犯之異點 教唆犯與間接正犯煽惑犯相類似，而實有不同。茲述其區別之點如下：

(1) 教唆犯與間接正犯之異點 間接正犯者，利用無責任能力人實施犯罪行為之謂，易言之，卽利用人類爲機械以犯罪之謂也。與教唆犯不同，教唆犯爲介在有犯罪責任者，而間接正犯，爲利用無犯罪責任者，卽兩者最著之差異。又教唆犯之成立，須被教唆者聽其教唆而起，然聽從與否，應一任被教唆者之意思自由，卽不爲聽從，教唆者亦無如之何。若被教唆者失其意思自由時，或被教唆者爲無責任能力人，或被教唆者受教唆者之強暴脅迫恐嚇時，或被教唆者爲教唆者之下級公務員，或教唆者利用其服從之義務而使之爲犯罪行為等，則皆非教唆犯而爲間接正犯。故凡被教唆者而有意思自由且明知爲犯罪時，則教唆之者應成立教唆犯。如被教唆者而失其意思自由或完全不知爲犯罪時，則教唆之者應爲間接正犯。此卽

教唆犯與間接正犯之異點！〔註四〕

(2) 教唆犯與煽惑犯之異點 教唆犯之構成，必須被教唆者聽其教唆而實施犯罪行為。若被教唆者未實施犯罪，教唆者僅成立教唆未遂。煽惑犯則否，一有煽惑行為，即成爲煽惑既遂，不問其被煽惑者之是否受其煽惑也。換言之，被煽惑者受其煽惑，煽惑之者固應處罰，即未有人受其煽惑，亦無影響於煽惑罪之成立。此又教唆犯與煽惑犯之異點！

四、教唆犯之處分 教唆犯之處罰，有不問正犯之是否被處刑罰，得獨立處罰者，德國刑法草案李士德氏對案，即採此說。(此說認教唆犯無從屬性)而日本明治四十四年大審院判例，亦主此議。有以正犯處罰與否爲教唆犯處罰之條件者，如被教唆者並未從而實施犯罪，不得獨立處罰者，我國舊刑法及日本現行刑法，即採此說。(此說認教唆犯有從屬性)夫教唆他人犯罪，危害社會，其惡性之深，爲害之烈，揆之誅心主義，殊未可輕恕。雖被教唆者未從而實施犯罪，其教唆之行爲，要已獨立完成，不加處罰，殊屬失當。故我新刑法對於教唆犯，採獨立處罰說。雖被教唆者未至著手實施之程度，亦得獨立論罪科刑。

新刑法第二十九條第二項曰：「教唆犯依其所教唆之罪處罰之」；第三項曰：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂論。但以所教唆之罪有處罰未遂之規定者爲限」；是對於教唆犯無論被教唆者實施之程度若何，均得獨立處罰。但被教唆者未至實施犯罪，或雖犯罪而未遂，卽處教唆犯以既遂之刑，亦未免過嚴，故規定以未遂犯論，且以分則編有處罰未遂之規定者爲條件，堪稱進步。蓋教唆他人犯罪，本具有獨立之犯意，其教唆之行爲，卽係獨立之犯行，其犯行之實施，尤不能謂無危險性。故處罰犯罪，律以造意爲首，新刑法採獨立處罰之制，衡以分則編第一百五十三條煽惑他人犯罪獨立論科之情形，實屬法理所當然！

惟新刑法第二十九條第二項規定，尙有應加研究者，卽被教唆者未至實施時，教唆者應否依未遂犯論是已。若採積極說，不僅得依未遂處罰，且其處罰並應依分則編有特別規定者爲限。若採消極說則反是。蓋犯罪行爲之成立，以構成之要件具備爲前提，不以結果之發生爲標準，無論結果發生與否，（卽被教唆者從而實施與否）其行爲既已實施完畢，要無影響教唆犯之罪責之理。且未遂犯與教唆犯，因罪質不同，態樣各異，處罰之範圍，自難盡同。例

如分則編第一百零一條之內亂罪，第一百零八條之外患罪，第一百十六條至一百十八條之妨害國交罪，均不處罰未遂，因而將教唆犯罪者，亦置諸不問，似非得當，况分則編中特別處罰預備犯罪行爲，性質上本不發生未遂問題，因而教唆犯亦無處罰之可能，尤近於疎濇矣。

此外教唆教唆犯者，舊刑法第四十三條，以明文規定亦同教唆之例，新刑法採一九零三年之日本刑法改正案之立法例，將其刪除，亦有未當。蓋教唆犯與正犯之間，爲直接關係，教唆教唆犯與正犯之間，則爲間接關係，故二者之性質不同。在普通教唆犯，被教唆人，指正犯而言。在教唆教唆犯，所謂被教唆人，究直接的指被教唆人言乎？抑間接的指正犯而言乎？卽不無疑義，從前之說，直接的指被教唆人，已經從而教唆他人，無論間接的被教唆人實施犯罪與否，均應以既遂處罰。從後之說，非間接的被教唆人從而犯罪，卽當依未遂犯論。罪刑輕重，所關至鉅，雖立法者之本意，仍以爲教唆犯，究不若舊刑法之以明文規定，較易解決也。

五、關於教唆犯之問題 關於教唆犯之問題甚多，茲擇要述之如次：

(1) 因單純教唆發生連續犯之情形； 例如甲教唆乙竊盜，乙連續竊盜數次，在乙固應依新刑法第五十六條以連續犯論罪。而甲則如何？此時甲之教唆行為僅有一個，故被教唆者雖適用連續犯之規定處罰，而教唆者則不適用。

(2) 因單純教唆發生牽連犯之情形； 教唆者為某種教唆之犯罪，而被教唆者以該種犯罪為手段又犯他罪，或以他罪為犯該罪之手段，此時被教唆者固須適用新刑法第五十五條牽連犯之規定，而教唆者則不適用。例如甲教唆乙偽造文書，而乙於偽造文書之後，又詐欺取財，或甲教唆乙詐欺取財，而乙以偽造文書之方法行之，此時甲祇應就所教唆之罪負責，不能適用新刑法第五十五條處斷。

(3) 教唆犯之成立，不必有特定之被教唆者； 普通教唆犯罪，固皆有特定之被教唆者。但教唆犯之成立，並不以有特定之被教唆者之存在為條件。例如對甲乙丙三人宣言，謂某人可惡宜殺之，甲出而將某人殺死，此時教唆者亦成立教唆犯。

(4) 教唆犯之成立，無須明示犯罪之方法處所時期等；例如甲教唆乙殺丙，乙因將丙殺死，甲之教唆即應成立。至乙之殺丙，用刀或用鎗，日間或夜間，室內或家外，雖未明示，亦可不問。又如在公園開放時，甲告乙遊人甚多，可乘機行竊，乙因而實行竊盜，甲雖未指明目的物，亦成立教唆犯。

(5) 教唆犯之成立，於教唆當時，無須犯罪構成事實完全具備；例如姦夫與人約定，如姦婦懷孕時可為之打胎，嗣姦婦懷孕，果為墮胎，則姦夫教唆墮胎之時，胎雖未成，亦成立教唆犯。又如甲告乙少頃某處當有人來，來時可即毆之，又如遊公園之時，甲告乙如有闊綽之婦女，可竊取其物，此時某甲亦成立傷害竊盜之教唆犯。總之被教唆者苟因教唆者之教唆而發生犯意實施犯罪行為者，即應成立教唆犯。至教唆當時，犯罪構成事實是否完備，非所問也。

(6) 以一教唆行為教唆數人同犯一罪，以單一之教唆犯論；例如甲教唆乙丙丁殺戊，乙丙丁各犯一殺人罪，而甲乃單一教唆，不能適用新刑法第五十五條以一行為而觸犯數罪名

之規定。

(7) 以一教唆行爲教唆數人分別犯罪，應依想像上數罪併罰之例論罪；例如甲教唆乙殺丁，丙殺戊，此時甲應如何處罰？學說不一。有謂實施正犯既非同犯，則教唆者亦應負數罪之責任。有謂教唆者既僅一教唆行爲，自與新刑法第五十五條以一行爲而觸犯數罪名之情形相合，應適用該條處斷。二說中似以後說爲是。

(8) 在同一犯罪中，始而教唆，繼而共同實施，應以共同正犯論；例如甲教乙殺丙，俟乙殺丙時，甲又加以幫助，此時甲之教唆行爲，爲實施所吸收，故應以共同正犯論。

(9) 在不同一之犯罪情形下，始而教唆，繼而實施，有時應以數罪併罰論；例如甲教唆乙竊物，並約以所竊之物，俱賣於甲，此時甲之教唆竊盜與收買贓物，應數罪併罰。或謂此乃犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名之情形，應依新刑法第五十五條從一重處斷。殊不知竊盜罪已完全成立，與收買贓物全無方法結果之關係，此乃實體上之數罪併罰，而非想像之數罪併罰。故不能認某罪爲某罪之手段，而適用新刑法第五十五條從一重處斷之例也。



(10) 意圖免自己之罪刑教唆他人犯罪，仍應成立教唆犯；例如自己犯罪後教唆他人偽證或湮沒證據，仍應論以各該罪之教唆犯。有謂維護自己之利益而犯罪可以免責者，實非也。

(11) 教唆之幫助者，不能成立犯罪；依新刑法第二十九條第三十條規定，並無教唆之幫助者，論罪之明文，自不能論以教唆幫助之罪。

(12) 教唆有以不作爲犯之者，亦成立教唆犯；例如以殺死扶養權利人之意思，教唆扶養義務人令其對於扶養權利人斷絕衣食之供給，故意致扶養權利人於死者，應構成不純正不作爲之殺人教唆犯。

【註一】 某甲給毒藥一包，囑令某乙將伊夫毒害，乙卽允從，是某乙之殺人決意，純由某甲教唆而成。(最高法院十八年上字第四二四號判例)

【註二】 教唆犯，係指被教唆者本無犯罪之意思，因受人教唆而實施犯罪之謂。若被教唆者已有犯罪之決心，從而參與其謀議或指示方法，除有時應以同謀或從犯論罪

外，要不得認爲教唆犯。（最高法院二十一年上字第五〇四號判例）

【註三】 教唆人於正犯所實施之犯罪行爲，有逾越所教唆之範圍時，僅應以所教唆之限度定其責任。（前大理院十年上字第四七五號判例）

【註四】 在主觀主義，固不認間接正犯，但就現行刑法解釋，仍有間接正犯問題發生。來問所舉兩例，（例如女子利用無責任能力男子強姦他女子，是否得構成強姦罪之間接正犯，又如常人利用公務員無意中於其職務上取得財物是）均應以各該罪（強姦罪與收賄罪）之間接正犯論。（司法院二十一年院字第七八五號解釋）

### 第二款 從犯

新刑法第三十條第一項曰：「幫助他人犯罪者爲從犯，雖他人不知幫助之情者亦同」；是從犯者，於他人實施犯罪行爲前，或實施犯罪行爲中，幫助其爲犯罪行爲之謂也。幫助云者，指一切予以便利或援助之行爲而言，如供給犯罪器具，犯罪場所，指示犯罪機會，犯罪

手段方法，舉凡予以直接或重要之幫助力，以及物質上之幫助與精神上之幫助皆屬之。其與教唆不同者，一則因教唆而始有犯罪之決意，一則犯意已決於前也。至於學說上所謂事後幫助，如藏匿犯人湮沒證據，以及其他關於贓物之罪，固不能謂其不有幫助之外觀。然此種行為，係以他人實施犯罪行為完畢後，庇護犯人之利益，無幫助犯罪實施之性質。即令有所謂事後幫助，而我新刑法第三十條第一項規定「幫助他人犯罪者爲從犯」者一語，僅能解爲事前與事中之幫助。而事後幫助，亦當然不能包括在內。是事後幫助之不能視爲從犯，毫無可疑。

又新刑法第三十條第一項末段所定「雖他人不知幫助之情者亦同」者，此即學說上所謂一方共犯。例如把風者，不受正犯之委托而把風於門外，縱令正犯不知其有把風之行爲，仍以從犯論罪是。今更分述於左：

一、從犯與正犯之區別 關於從犯與正犯區別之標準，學說不一，主張紛歧。約言之，有主觀說客觀說二種。(1)主觀說；是說之主張，注重犯意，即以犯人之意思，爲共同正犯

與從犯區別之標準。如犯人之意思爲共同實施犯罪行爲，則爲共同正犯。若犯人之意思僅爲幫助他人犯罪，則爲從犯。又如犯罪有獨立利益者爲共同正犯。其利益僅爲附屬者，則爲從犯。(2)客觀說；是說之主張，注重行爲，乃以犯人行爲之外表，爲正犯與從犯區別之標準。故或以犯罪行爲之時期以分正犯及從犯，如在犯罪實施前及實施後之行爲爲從犯，在犯罪時之行爲爲共同正犯。或以行爲之有重要性者爲共同正犯，其行爲輕微者爲從犯。又或以其行爲爲犯罪結果發生之原因者爲共同正犯，其行爲僅爲犯罪結果發生之條件者爲從犯。要之是說係從行爲之外表以定其爲正犯抑爲從犯，於行爲之意思不問也。以上二說，前者注重於犯罪之意思，在事實上，不特犯罪者之意思係共同實施犯罪行爲，抑爲幫助犯罪行爲，無從區分。即獨立利益與附屬利益，亦未能從意思上加以辨別。故各國現行刑法，我國新刑法及司法院之解釋〔註一〕均採客觀說，以行爲之外表爲從犯與正犯區別之標準也。

【註一】就現行刑法(舊刑法)解釋，從犯應採客觀說中之形式說，如甲扭乙於地，丙持刀砍殺之，甲係從犯。但依刑法第四十四條第三項，應處以正犯之刑。(司法院

二十一年院字第七八五號解釋)

二、從犯成立之要件 從犯成立之要件有三，述之如次：

(1)須有幫助他人犯罪之行爲 既云幫助，故必有一正犯存在，更必有正犯實施犯罪行爲。苟無正犯，則從犯不能成立。如新刑法第二百七十五條之幫助自殺，則構成獨立罪矣。又或雖有實行犯罪者，而刑法不認該實行者爲正犯時，則亦不成爲從犯。如幫助無責任能力人犯罪，則又構成直接正犯或間接正犯矣。

(2)須有幫助他人犯罪之故意 卽認識正犯之故意犯罪之行爲，如爲過失者，應獨立處以過失罪。故從犯必須認識正犯之犯罪行爲而加以幫助。至於從犯之幫助行爲，無論正犯知其幫助與否，皆不影響於從犯之成立，縱正犯不知其情，亦以從犯論。(第三十條第一項末段)蓋祇問從犯之是否認識正犯行爲，不問正犯之是否認識從犯行爲也。【註一】

【註二】對於正犯犯罪事實具有認識而加以助力者，應認爲幫助犯 縱令正犯不知其同之情，若幫助犯知正犯之情而予以幫助者，仍應以從犯論。(最高法院二十三年

上字第二四七八號判例)

(3) 須他人之犯罪成立。我新刑法認從犯爲從屬性之犯罪，故從犯之成立與否，須依他人之犯罪與否而定，不能單獨處罰。即他人犯罪者，彼亦犯罪，他人不犯罪者，彼亦不犯罪，從犯之處罰與否，悉依正犯而定。若正犯之罪不成立者，從犯亦當然不成立也。

三、從犯之處分 「從犯之處罰，得按正犯之刑減輕之」，新刑法第三十條第二項，已有明文規定。得按正犯之刑減輕者，可減可不減之謂也。蓋以從犯幫助之情節不一，有爲輕微之幫助者，有爲重要之幫助者。輕微之幫助，按其情節，予以減輕，固屬情法之平。若爲重要之幫助，如於擄人勒贖之際，從而把門望風，如於放火燒燬之際，從而予以引火物品，雖爲幫助行爲，其情節之重大，實無異於正犯，此時即可不予減輕，按正犯之刑處斷可耳。故新刑法關於從犯之處罰，採得減主義，以待審判官之衡情量定也。惟新刑法此種規定，雖云至當，則仍不脫從屬主義之範圍。觀乎「從犯」之稱，其義至明。溯近代以來，從犯獨立處罰之說，甚囂塵上，德國一九二七年刑法草案第三十七條，且明定「教唆犯及從犯，離實

施犯罪者之可罰性而獨立一，雖未可論以正犯，但使正犯便利犯罪之實行，則不可謂無獨立的危險性，又何必使從屬於正犯而科刑耶？

又新刑法關於教唆犯從犯之處罰，並未明定，解釋上教唆犯之處罰，依第二十九條第二項「教唆犯依其教唆之罪處罰之」之規定，已離正犯而獨立，且不以正犯之教唆犯為限，則教唆幫助他人犯罪者，自得依從犯之例處斷。惟被教唆人未至犯罪時，一般的教唆犯，依未遂論科，而幫助犯之本身，本無既遂未遂的狀態可言，是否間接的依正犯之行爲為標準？又被教唆者已從而幫助犯罪，而結果並未成立，則從犯之教唆犯，究亦依一般的教唆犯論以未遂乎？由此以觀，吾人以爲尚有特設專條之必要也。

四、關於從犯之問題 關於從犯之問題，尚有應行研究者數點，說明如次：

(一)從犯與連續犯問題，連續犯罪者，以一罪論。若正犯根本上祇有一罪，而從犯連續幫助之，如某甲殺人，某乙始而予以物質上之幫助，繼而予以精神上之幫助，此時乙不能認為從犯之連續犯。

(2) 從犯與牽連犯問題；如正犯爲偽造文書詐欺取財之牽連犯，若從犯祇幫助偽造文書或詐欺取財，是否認爲牽連犯之從犯？前大理院判例，認爲應隨正犯而轉移，卽如祇幫助偽造文書，若正犯依詐欺取財論罪，從犯亦如之。現最高法院判例則反是，祇就其所幫助之一部分，論以該部分之從犯。

(3) 就犯罪之狀態(如現行犯與非現行犯)研究從犯與正犯之關係；如正犯爲現行犯，從犯應否亦以現行犯論？似亦應行研究之問題。按從犯既係幫助正犯，若正犯認爲現行犯，而從犯則否，在刑事訴訟法上甚感不便，故學說上亦認爲現行犯。

(4) 就犯罪之場所(如犯罪地)研究從犯與正犯之關係；此亦刑事訴訟法上之問題，而與論罪科刑無關，故亦應與正犯一致。如正犯在南京，從犯在鎮江，此時從犯亦隨正犯而定其犯罪也。

(5) 就犯罪之意思研究從犯與正犯之關係 如正犯遲疑不決，使其犯意強固者，卽從犯也。



(6) 幫助行爲以不作爲亦能犯之，例如甲於自己門首，發見被人遺棄之嬰兒，不欲與以保護，又恐構成犯罪，問計於乙，乙告以閉門不出，僞爲不知之方法，幫助其爲遺棄者，是爲純正不作爲之遺棄從犯。又如甲以殺死扶養權利人之意思，僞稱手無餘金，不與權利人以必要之扶養，將所有財產交乙保管，乙悉數爲之藏匿，致扶養權利人於死者，乙應成立不純正不作爲之殺人從犯是。

### 第三節 共犯與身分關係

犯罪之成立與犯人之身分，在刑法上以無關係爲原則。然刑罰法令中有規定某種犯罪以身分或特定關係爲特別構成要件者，非有身分或特定關係，則不成立犯罪。例如非有公務員之身分，不能構成收賄罪，非有卑幼之身分，不能構成殺傷尊親屬罪是。所謂身分者，指犯罪人特殊地位特定關係及各種狀態而言。凡專屬於犯人一身所具資格及人的關係均是。不限於男女性別親屬關係及公務員資格也。卽承攬工程人監工人（新刑法第一九三條）懷胎婦女

(新刑法第二八八條)及將受強制執行之債務人(新刑法第三五六條)均屬之。至如新刑法第二百九十四條所定依法令或契約應扶助養育保護，第三百三十六條所定公務上業務上之類，雖僅係規定一種事情，並未就具有關係之人爲規定。然其基於各該條之一定事情，亦與基於特定之關係或資格無異，故在刑法上，應總解爲身分也。

犯罪而必以身分爲特別構成要件者，非有身分則犯罪不成立，此不過就單獨犯罪言之耳。若無身分之人與有身分之人，共同實施犯罪行爲時則如何？茲分左列二問題以說明之：

一、以身分或其他特定關係爲構成犯罪要件之犯罪，因無身分者與有身分者共犯時，應如何而科刑乎？例如收賄罪以有公務員身分爲構成犯罪特別要件，若有非公務員與公務員共犯收受賄賂，以理論言之，對於無公務員身分者，應爲無罪之宣告，惟欲貫徹此理論，反使無身分而與共犯者逍遙法外，亦殊與法律制裁犯罪之旨相刺謬。故我新刑法第三十一條第一項曰：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論；」此卽規定以身分爲要件之犯罪，不必共犯全體皆有身分，苟正犯具備身分要件

，縱令其他共犯無身分關係，仍以全體有身分論，而適用同一法條以論罪也。

二、以身分或其他特定關係爲刑罰加減要件之犯罪，因無身分者與有身分者共犯時，對於無身分者，應如何而科刑乎？新刑法第三十一條第二項曰：「因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人 科以通常之刑；」此即規定此項犯罪科刑之標準，亦即所以解決本問題者也。因身分或其他特定關係致刑有加重。如尊親屬對於卑幼犯強姦罪是。因身分或其他特定關係致刑有減輕或免除，如親屬圖利犯人而使之隱匿是。夫以原則言，凡屬共犯，在共同正犯，固應各處以同一法定之刑，而在教唆幫助，或則依其所教唆之罪處罰，或則得按正犯之刑減輕，本有一定之標準可循。然而法律上既有因身分或其他特定關係而致刑有重輕或免除者，則無其身分之人與有其身分人共犯時，不有以解決之，則如何處斷，易滋疑義，故新刑法在例外上設此分別科刑之規定焉。

## 第八章 累犯

累犯者，犯罪人於犯罪裁判確定後，受一定刑罰之執行，更犯一定之罪之謂也。故與裁判確定前犯數罪者數罪併罰不同。受一次處刑後，於法定期間內更犯他罪者爲再犯，三犯以上，卽以此例類推之。故累犯者，乃再犯以上犯罪之總稱也。就犯罪性質言，初犯與累犯，其間本無所區別。然以惡性程度論之，二者實有不可同日而語者。夫刑罰之目的，期於無刑而已，犯罪者不幸而罹於刑辟，苟能毅然悔悟，有爲善之決心，則其刑罰之目的已達。若於處刑後，罔知悔改，復敢於爲犯罪行爲，是其人之惡性未除，爲害於社會者甚大。此刑法上對於累犯之政策，所以亟宜注意者也。茲將累犯成立之要件及其處分，分別說明如次：

一、累犯成立之要件 必具備如何要件而後可以成立累犯，各國立法例不同，有一般累犯主義與特別累犯主義之分。一般累犯主義，卽對於一次犯罪而再犯罪者，不問其所犯之罪是否同一種類，亦不問其相距離之時期若干，皆以累犯論，加重其刑處罰。特別累犯主義，卽於犯罪之種類以及再犯與初犯相距離之時期，皆有一定之限制。苟種類不相同或時間距離過久者，卽不以累犯論。此二主義，各有得失，以前之主義言，則何解於時效之規定，凡犯

罪經過一定之時期，其起訴權及行刑權皆爲之消滅。此尙指未執行者而言。若已經執行，則更將其罪惡消滅。乃獨於此而不爲一定時期之限制，苟有一次犯罪者，不論至何年月，永久不能自滿，倘遇再犯，卽須加重，實未免苛酷，此一般主義之失也，以後之主義言，凡人之犯罪，除過失外，皆本於惡性，刑罰之設，所以排除其惡性也。其犯罪之種類，雖彼此不同，而其爲惡性之發現則一。使必犯同種類者，而後謂之爲累犯，認爲惡性之未滿除，加重其刑處罰，則如初次犯詐財，二次犯強姦，三次犯放火，皆不得謂之惡性之再現矣，此特別主義之失也。我新刑法則採折衷主義，凡在五年以內再犯者，不問其種類是否相同，皆認爲累犯，而加重其刑處罰。第四十七條規定曰：「受有期徒刑以上之罪者爲累犯；」是故累犯之成立，徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者爲累犯；」是故累犯之成立，亦必須具備左列要件：

(一)須前次所犯之罪曾處有期徒刑者 若前次所犯之罪，僅處拘役或罰金，則不發生累犯問題，以其惡性未深也。故必以曾處罰有期徒刑者，始認爲累犯。

(2) 須前次所受之徒刑執行完畢或一部之執行而赦免者。執行完畢者，指確定裁判所定之刑期。執行終了之謂也。一部之執行而赦免者，指僅執行其一部，其餘刑期經特赦而免除其刑之執行之謂也。

(3) 須前次所受之徒刑實際上執行完畢或執行一部而赦免者。若僅有刑罰之宣告，未受刑罰之執行，或雖經執行並未執行完畢或執行一部而赦免者，皆不得成立累犯。以既未受刑罰之執行，尚非刑罰之威力所能及也。故在執行刑罰中之犯罪，非刑法上之所謂累犯，對於前罪，亦不發生數罪併罰關係，而為一種獨立犯罪也。

(4) 須再犯之罪係有期徒刑以上之罪。若再犯之罪為拘役或罰金時，則不必問前罪所執行之刑罰如何，根本上不能成立累犯。故必再犯有期徒刑以上之罪，始有累犯可言。因其惡性已深，非加重其刑，不能排除其惡性也。

(5) 須執行完畢或執行一部而赦免後在五年以內再犯者。蓋其人既於五年中未曾犯罪，是可見前次所受之刑罰，已收相當之效果，後日雖再犯罪，即科以通常之刑，亦足收效，不

必認爲累犯而加重其刑。若犯人已受刑罰之執行，不知悔改，出獄未久，於五年內仍復犯罪，斯誠社會之大慙，故法律認爲累犯，加重其刑以罰之。

二、累犯之處分 關於累犯之處罰，各國立法例不同，約有三種主義。(一)爲不變更刑之種類，於刑期上定一最大限度者；如日本現行刑法第五十七條規定再犯之刑，就該罪所定長期懲役二倍以下之範圍內處罰之是也。(二)爲全變更刑之種類者；如一七九一年法國刑法規定累犯者追放於殖民地，一八八〇年法國法律規定累犯而無匡正之望者，科以島地發遣之流刑是也。(三)爲加重本刑之等數者；如我國暫行刑律第十九條第二十條規定，再犯之刑，加本刑一等，三犯以上，加本刑二等者是也。舊刑法亦大致相同，我新刑法則採第一主義，於第四十七條規定曰：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯，加重本刑至二分之一；」所謂加重本刑至二分之一，是僅有最高度之限制，而無最低度之限制也。對於一般再犯加重其刑三分之一，一如舊刑法所規定，固爲新刑法所許可。然即加重十分之一，依文理解釋之結果，亦不與

法理相牴觸。然則新刑法關於累犯之處罰，實較舊刑法爲有利於犯人。蓋以累犯之原因不一，有困於生活挺而走險者，有偶觸犯刑章者，若依一般累犯之例加重，恐失持平之道。故我新刑法於此僅規定加重之最高度，予審判官以自由裁量之餘地，實較舊刑法爲進步。

於此尚有應說明者，卽裁判確定後，發覺爲累犯時，應如何處分乎？又前所犯罪，依軍法或於外國法院受裁判者，得適用累犯之規定否？不無疑義，更分述如次：

一、裁判確定後，發覺爲累犯時，應如何處分之問題；關於此點，各國立法例亦不一致。有注重確定裁判之效力，不得輕易變更者。有注重累犯對於社會之危險，特以法律規定許再開審判，依加重之例更定其刑者。我新刑法則採後之主義，特於第四十八條以明文規定曰：「裁判確定後發覺爲累犯者，依前條之規定更定其刑，但刑之執行完畢或赦免後發覺者，不在此限；」

二、前所犯罪，依軍法或外國法院受裁判者，是否得適用累犯之規定之問題；關於此點，新刑法第四十九條，已有明文規定，其文曰：「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；「軍法者，指陸海空軍刑法而言。違背軍法之罪，與違背普通刑法之罪，性質不同，故依軍法受裁判者，不得適用累犯之規定，加重其刑。至依外國法院受裁判者，亦不得適用累犯之規定者。蓋以國家之刑罰權，惟可於其國之領域內行之，苟無特別明文，固不認外國法院裁判之效力及於本國也。且各國國體不一，政俗亦異，外國認為有罪者，本國未必認為有罪乎！

## 第九章 數罪併罰

數罪併罰者，就同一犯人於裁判確定前所犯二以上之罪，併合而處罰之謂也。暫行刑律稱為俱發罪，舊刑法曰併合論罪，新刑法始改定今名。數罪併罰，以裁判確定前之犯罪為成立要件。是故裁判確定後之犯罪，對於裁判前之犯罪，不發生併合處罰問題。且數罪併罰之要旨，不過就裁判確定前所犯之數罪，各就其宣告刑，再定其執行刑。而所犯之罪，仍個別獨立存在，並不因執行刑關係，併以一罪論也。故就同一犯人觀之，與其犯不同，就裁判

確定前犯二以上之罪觀之，又與累犯不同。

各國立法例，關於數罪併罰之規定，極不一致，甚且有並不規定於刑法中者。我新刑法以廣義數罪併罰定名，觀其範圍，則所謂併罰者，本可分為普通併罰、想像併罰、連續併罰三種。而第五十條至第五十四條，乃專就普通併罰，稱以數罪併罰。是各條中之數罪併罰，又成爲狹義之數罪併罰矣。狹義之數罪併罰，所犯者本爲數罪，不過併合處罰之而已。

## 第一節 數罪與一罪之標準

一人而犯一罪，固不發生若何疑問。若一人而犯數罪，或以一行爲或二種以上之犯罪行爲，因而發生數結果者。爲一罪乎？抑爲數罪乎？詳言之，所謂一人犯數罪，而此數罪，均於裁判確定前犯之者。如犯強盜罪後，逾數月又犯殺人罪，以一罪處罰乎？抑以數罪併罰乎？所謂以一行爲而發生數結果者。如擲一炸彈，同時殺害數人，且燬壞他人之房屋，以一罪處罰乎？抑以數罪處罰乎？又所謂有二種以上之犯罪行爲，因而發生二個犯罪結果者。如殺

人而遺棄屍體，或反覆而竊取他人之金錢衣服，以一罪處罰乎？抑以數罪處罰乎？於此均無疑義。故新刑法對於同一犯人於裁判確定前犯數罪者，明示其爲數罪，規定以數罪併罰處斷。對於以一行爲而發生數結果者，如想像上之競合犯，明示其爲一罪，規定從一重處斷。對於有二種以上之犯罪行爲，因而發生二個以上之犯罪結果者，如牽連犯及連續犯，亦均明示其爲一罪，規定從一重或加重其刑處斷。由此以觀，數罪與一罪之區別自明。然刑法定此犯罪之爲數罪或一罪，果何所據而爲標準乎？學說紛歧，舉其最著者，約可分爲一行爲說，二犯意說，三法益說，茲分述如次：

一、行爲說 是說以行爲之數，爲區別數罪與一罪之標準。謂犯罪爲一種行爲，一個行爲，卽是一個犯罪，數種行爲，是爲數個犯罪，犯罪之個數，專以行爲之個數爲斷也。

二、犯意說 是說以意思之數，爲區別數罪與一罪之標準。謂犯罪爲犯人惡性之表現，犯罪行爲爲表明犯人惡性之手段，結果則不過證明犯人惡性之條件而已，兩者皆非犯罪之本質，未足以爲犯罪個數之標準。故欲區別犯罪之爲一罪或爲數罪，須着眼於犯罪本質，從惡

性上觀察，惡性須視其犯意如何？故區別犯罪之個數，應以犯意之個數為標準也。

三、法益說 是說以法益之數，為區別數罪與一罪之標準。謂法益侵害，實係形成犯罪行為之基本要素，所以犯罪之個數，應就該項行為所發生之各種法益侵害之個數為標準也。

以上三說，果以何說為區別數罪與一罪之標準？學者間迄無定論。而在我國實例上，則探折衷說。即對於實質上之數罪併罰，及想像上之競合犯牽連犯，則以行為為標準。〔註一〕但其實際，仍時或出入於法益說與犯意說。〔註二〕至對於連續犯，則不以行為而專以犯意為標準也。〔註三〕

〔註一〕（1）上訴人等同時逮捕甲乙兩人，係屬一個行為，依本院最近判例，應以一罪論。原判決按照法益計算，併合論罪，已有未合。（最高法院十八年上字第九四五號判例）

（2）計算罪數之標準，應依犯罪行為之個數定之，至被害法益之個數 則非所問。本件被誘人雖係二人，而共同略誘行為則屬單一。原判決不以行為為標準，而以法

益爲標準，論爲二罪，殊嫌未洽。（最高法院十九年上字第四一〇號判例）

（3）查被告同時誣告二人與逮捕二人，均屬單一行爲，原審不以行爲爲標準，而以被害法益之數爲標準，各別論處，亦與本院近例不合。（最高法院十九年上字第一九五九號判例）

（4）計算犯罪個數，應以行爲爲標準。故一行爲誣告數人者，只應成立一罪。原判決以被誣告人數爲標準，論爲二罪，殊屬未合。（最高法院二十年上字第十號判例）

（5）刑法一罪數罪之區別，不依被害之法益計算，而以行爲爲標準。假令更審結果，被告等殺人如果出於概括之意思，則雖被害法益不僅一個，既不能證明各別起意，即不應併合論罪。（最高法院二十年上字第二五四號判例）

（6）實質上一罪數罪之區別，以犯罪行爲爲標準，不依被害法益之數而定，早經本院著爲先例。據原判決認定，被誘人雖係三人，然既同時被誘，自屬一個誘拐行爲，不應分別科處。乃原審仍以被害法益爲標準，併合論罪，已屬可議。（最高法院

二十年上字第二七六號判例)

(7) 查誣告罪所侵害者爲國家法益，不能以個人法益計算罪數。本案上訴人以一狀誣告二人，原審以個人法益爲標準，認爲併合論罪，顯有未合。(最高法院十九年上字第五六〇號判例)

(8) 刑法第七十四條規定，(新刑法第五十六條)以一行爲而犯數項罪名，應從一重處斷。本案同時被擄者雖有四人，究爲一個行爲之結果，自應以一罪論。原審就被擄之人數爲標準，認爲成立四個擄人勒贖罪，併合論罪，亦屬錯誤。(最高法院十九年上字第一八四號判例)

(9) 上訴人以一個私禁行爲，私禁某甲等數人，係以一行爲而犯數罪，應以行爲爲標準，從一重處斷，乃原審計被害人數分別論科，亦有未合。(最高法院十九年上字第四五七號判例)

(10) 夫行爲者，意思之發動也。基於單一意思之意思發動，其爲一行爲固矣。即基

於概括意思，而其意思發動有總相聯絡之關係，及基於接續意思，而其意思有不可分離之關係，（例如乘人睡熟，竊取財物，已著手於實行後，被害人驚覺，而遂加以暴行，並即取物。又如欲傷害人，因其抵格而遂殺之）均不失為一行爲。即均本條之適用，（舊刑法第七十四條）而基於接續意思者，且有構成單一犯罪之說。（最高法院二十一年上字第二六九號判例）

（II）行爲，兼包一人單獨行爲及數人共同行爲而言。而在數人共同行爲時，有所謂分擔實施者，則凡在所分擔範圍之行爲，亦均不失爲一行爲。（最高法院二十年上字第五五八號判例）

【註二】（I）查刑法第七十四條之規定，（新刑法第五十五條）係採行爲說。關於計算罪數之標準，不問被害之法益如何，應視犯罪之行爲而定。如更審結果，仍認定上訴人於同時同地暗置砒毒於某甲家共食之飯米以內，則毒殺結果，雖有二人既遂，一人未遂，被害法益爲數人之生命。但其犯罪行爲，如不能證明各別起意，依上開

法條，自應以一罪論。原縣依被害法益之個數，處上訴人以三個罪刑，原審未予糾正，其法律上之見解，與本院最近判例，殊有未合。（最高法院十九年上字第一四二號判例）按此例除解決罪名相同亦為數項罪名外，而於區別一罪數罪之標準，似出入行為說法益說及犯意說之間。

(2) 同時在途搶劫二人財物，如係屬於同一意思之一個行為所致，則依刑法第七十四條（新刑法第五十五條）之規定，一行為而犯數項罪名，應從一重處斷。（最高法院十八年上字第九七〇號判例）

【註三】(1) 計算罪數之標準，應依犯罪行為之個數定之。又犯罪行為雖係數個，如以連續之意思觸犯同一之罪名，縱所侵害者為複數之法益，仍應論為一罪。（最高法院十九年上字第九五九號判例）

(2) 先後殺死二人以上，如出於一個概括之意思者，應依刑法以一罪論。若殺人後，又以新發生之犯意殺害另一人者，則應依同法第六十九條（舊刑法）併合論罪。最



高法院十九年上字第八九一號判決，因被告先後開槍擊傷二人，係出於一個概括意思，認為成立連續犯，並非變更判例。（司法院院字第六九二二號解釋）

（3）查上訴人於四月十三夜，雖竊取甲乙二家財物，但既係同時同地在一地行竊，且均係翻窗入室，是其犯意本相連續。依本院最近見解，連續犯不以同一法益為限，自應以一罪論。（最高法院十九年上字第九七一號判例）

## 第二節 實質上之數罪併罰

新刑法第五十條曰：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；」此即規定實質上數罪併罰之例也。實質上之數罪，即同一犯人於裁判確定前先後犯有數罪，次第或同時發覺之謂。例如同犯罪人，先犯竊盜罪，再犯殺人罪，逾數月又犯搶奪罪是。此三個犯罪，依第五十條規定，即應併合處罰之。是實質上之數罪併罰者，同一犯人於裁判確定前犯二數以上之罪者也。惟二數以上之罪，有同時發覺者，（第五十條）有已經裁判確定及未經裁判者，（第五十

二條)有二裁判以上者，(第五十三條)無論其發覺之先後，要以裁判確定前同一犯人而犯數罪者，方可併合處罰也。今分別說明於後：

### 第一 數罪併罰之範圍

關於數罪併罰之範圍，各國所採主義不同，約有三種。一有以裁判宣告前所犯之罪爲限者，如德國及我國舊刑法是也。二有以裁判確定前所犯之罪爲限者，如日本葡萄牙匈牙利暹羅及我國暫行刑律是也。三有以刑罰執行未畢前所犯之罪爲限者，如荷蘭意大利瑞典是也。就以上三主義得失言之，第三主義多爲學者所非議，蓋在執行中所犯之罪，仍得推翻確定前之裁判，使犯人得享受併合處罰之利益，是近於獎勵犯罪，故爲多數立法例所不取。第一主義僅限定裁判宣告前之犯罪，併合處罰之範圍過狹，於犯人極不利益。惟第二主義以裁判確定前所犯之罪爲限，折衷至當，較第一第三主義爲優。故我國新刑法捨棄舊刑法所採之第一主義，而改從暫行刑律所採之第二主義，以裁判確定前犯數罪者，爲併合處罰之範圍也。

### 第一 數罪併罰之要件

本論 第二編 犯罪 第九章 數罪併罰

實質上數罪併罰之成立，須具備左列二要件：

一、須同一犯人而有二數以上之犯罪。二數以上之犯罪者，一人依數獨立行為以犯數罪之謂。若數行為成立一罪及一行為而生數結果認爲一罪者，（卽外觀上之數罪，如想像上之競合犯及牽連犯）非茲之所謂數罪。換言之，卽合併處罰之數罪，不可不爲實質上之數罪，實質上數罪成立，不可無二數以上之犯意與犯行。苟有二數以上之犯意與犯行時，其各行為，縱依時間目的原因等有所牽連，亦得認爲數罪。

二、須二數以上之犯罪在裁判確定前發覺。裁判確定前者，卽裁判宣告後，尙未經過上訴期間或正在上訴中之謂。而數罪併罰之成立，要以裁判確定前之犯罪爲限。故數罪中有裁判已經確定之罪，與其後所犯之罪時，不得併合處罰之。卽前後兩罪，無任何關係，各獨立而執行其刑也。

### 第三 數罪併罰之處分

各國立法例關於數罪併罰之處分，其主義有三：

一、吸收主義 此主義即於數罪中科以最重之刑，其較輕罪之刑，爲重者所吸收。例如甲犯子丑二罪，子罪應處有期徒刑十二年，丑罪應處有期徒刑三年，二罪併發，則僅科甲之子罪有期徒刑十二年，而於應處有期徒刑三年之丑罪，則置諸不問是也。

二、併科主義 此主義本乎一罪一刑之原則，即將所犯各罪應得之刑罰，合併其全部科斷。如前例，甲犯子丑二罪，子罪應處有期徒刑十二年，丑罪應處有期徒刑三年，二罪併發，處甲以十五年有期徒刑是也。

三、制限加重主義 此主義即於所犯各罪中，以應科最重之刑爲本刑，參以他罪應科之刑而加重之，而又不逾法定最長期之範圍。如前例，甲犯子丑二罪，子罪應處有期徒刑十二年，丑罪應處有期徒刑三年，即於十二年以下三年以上之範圍內定其刑期是也。

以上三主義，各國有僅採其一者，如西班牙印度之採用吸收主義是。有兼採二以上者，如比利時葡萄牙意大利日本之兼採吸收限制併科及限制加重三主義是。我新刑法第五十一條第一款至第四款執行其一或不執行他刑之情形，及第八款所採者，爲吸收主義。第九款所採

者，爲併科主義。而第五款至第七款所採者，則爲限制加重主義。是亦兼採各主義之折衷主義也。茲將我新刑法所規定數罪併罰之處分，分述如次：

(1) 數罪併罰之各罪同時被裁判者之處分 新刑法第五十一條規定曰：「數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依左例各款，定其應執行者；」

(一) 多數死刑之數罪併罰 第五十一條第一款云：「宣告多數死刑者，執行其一；」此爲宣告二以上死刑之數罪併罰處分。蓋雖就其所犯各罪分別宣告多數之死刑，而事實上犯人祇有一生命，故採吸收主義，規定執行其一也。

(二) 死刑與其他刑之數罪併罰 第五十一條第二款云：「宣告之最重刑爲死刑者，不執行他刑，但從刑不在此限；」數罪併罰中若有科死刑者，雖欲併科他刑，而事實上有所不能。故採吸收主義，凡科死刑者，不執行他刑。但從刑性質與主刑不同，不妨併科，此爲例外。

(三) 多數無期徒刑之數罪併罰 第五十一條第三款云：「宣告多數無期徒刑者，執行其

一；「此與第一款規定同一理由。

(四)無期徒刑與其他刑之數罪併罰 第五十一條第四款云：「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；」無期徒刑，未嘗不可加至死刑。然死刑爲最後處分，與無期徒刑性質迥異，且無期徒刑，結身羈禁監獄，事實上亦不能科以他之自由刑，故深吸收主義，凡科無期徒刑者，不執行他刑。然犯人此時，生命尚存，且法律上有出獄希望，與死刑大異，若有財產。法律上不妨併科以罰金。其關於從刑理由，與第二款規定同。

(五)多數有期徒刑之數罪併罰 第五十一條第五款云：「宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，但不得逾二十年；」多數之有期徒刑，若從併科主義，合計其各罪之刑期，則爲期過長，未免苛酷。若從吸收主義，僅科以各刑中之長期，則爲期又短，近於輕縱。故探限制加重主義，以期折衷。例如數罪併罰中，一爲傷害至死罪，應處十年有期徒刑，一爲竊盜罪，應處五年有期徒刑。若從併科主義，合計爲十五年刑期。若從吸收主義，則惟科以十年有期徒刑耳。而依本款折衷之規定，則於各刑中最

長之刑期十年以上，各刑之併合刑期十五年以下，定應執行之刑期是也。但例外依此例處斷，其刑期逾二十年時，亦祇能以二十年爲限，此其限制也。

(六)多數拘役之數罪併罰 第五十一條第六款云：「宣告多數拘役者，比照前款定其刑期，但不得逾四個月；」此與第五款規定同一理由。

(七)多數罰金刑之數罪併罰 第五十一條第七款云：「宣告多數罰金者，於各刑中之最多額以上，各刑合併之金額以下，定其金額；」本款亦採限制加重主義。例如一罪處罰金一千元，一罪處罰金五百元，則於各刑中最多之金額一千元以上，各刑合併之金額一千五百元以下，定應執行之金額，爲一千二百元是。

(八)多數褫奪公權刑之數罪併罰 第五十一條第八款云：「宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之；」蓋褫奪公權期間，自出獄之日起算，加以在獄之期間，爲期已長，故採吸收主義，對於宣告多數褫奪公權之犯罪，僅執行其中最長期間者。

(九)多數沒收刑之數罪併罰 第五十一條第九款云：「宣告多數沒收者，併執行之；」

沒收爲一種從刑，與其他刑罰之性質不同，故採併科主義，於法律事實均無窒礙。

(十)多數之有期徒刑拘役罰金及褫奪公權之數罪併罰或有期徒刑拘役罰金及褫奪公權各科其一之數罪併罰 第五十一條第十款云：「依第五款至第九款所定之刑，併執行之；」第五款至第九款所定之刑，卽多數之有期徒刑，拘役罰金及褫奪公權、沒收、各以其制限加重或吸收併科處罰之後，雖併執行之，而刑期不至過長，金額不至過多，數罪併罰中，一科有期徒刑，一科拘役，一科罰金，一科褫奪公權，一科沒收者，一併執行，更無他虞。蓋除死刑及無期徒刑外，其他自由刑，財產刑，及從刑，皆得相互一併執行之也。

(2)數罪併罰之各罪各別被裁判者之處分 一人連犯數罪，而於同時同地發覺者，審判官應依第五十一條各款之規定，以所犯數罪之全部犯罪爲一體，同時裁判，或科其刑之全部，或科以併合刑，或科刑而取吸收主義，已於上述之。茲所欲說明者，卽一罪先發，已經裁判確定，而餘罪後發，或數罪而於異地發覺，應如何處斷乎？新刑法第五十二條規定曰：「數罪併罰，於裁判確定後發覺未經裁判之餘罪者，就餘罪處斷；」又第五十三條規定曰：「



數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑；「即爲解決此項問題而設者也。

(3) 數罪併罰之各罪有受赦免者其餘罪之處分 數罪併罰之各罪，有受赦免者時，其餘罪應如何處斷乎？新刑法第五十四條規定曰：「數罪併罰已經處斷，如各罪中有受赦免者餘罪仍依第五十一條之規定，定其應執行之刑，僅餘一罪者，依其宣告之刑執行；此一此即爲解決此項問題而設者也。舉例以明之，如甲連犯三罪，一爲內亂，一爲詐財，一爲傷害，內亂罪應處死刑，詐財罪應處徒刑五年，傷害罪應處徒刑二年，審判官從吸收主義宣告甲應執行死刑，未及執行而國內政變，內亂罪被赦免，審判官應就所餘之詐財傷害二罪，復行裁判，於五年以上七年以下之範圍內，定其應執行之刑期，倘詐財罪亦被赦免，則就所餘之傷害罪應處之徒刑二年執行是。

## 第三節 想像上競合犯及牽連犯

新刑法第五十五條曰：「一行爲而觸犯數罪名，或犯一罪，而其方法或結果之行爲犯他罪名者，從一重處斷；」此即學說上所謂想像上之數罪競合及相牽連之犯罪者也。茲分述之

## 第一 想像上競合犯

想像上競合犯者，即新刑法第五十五條前段所定，一行爲而觸犯數罪名者也。一行爲而觸犯數罪名者，一個行爲發生數個犯罪構成事實之結果也。一個行爲發生數個犯罪構成事實之結果而觸犯同一罪名時，如投毒於飲料水內致數十人於死，或開一槍殺斃數人，雖生數個或數十個殺人之結果，而其所犯之罪名，爲一殺人罪，學者稱此曰同種之想像上競合犯。一個行爲發生數個犯罪構成事實之結果，而觸犯別個罪名時，如擲一炸彈，斃一人，傷一人，並燬壞家宅，是以一個行爲，而觸犯殺人罪傷害罪及損壞他人建築物罪之數罪名，學者稱此曰異種之想像上競合犯。

想像上競合犯之意義既明，茲進而研究想像上競合犯在法律上之性質。想像上競合犯在

法律上之性質如何？向有三說：（一）爲想像上競合說；謂係一個犯罪行爲併有數個犯罪行爲之性質，是其犯罪競合也。（二）爲法律競合說？謂僅係犯一罪之性質，而可想像爲數罪者，不過因法律競合而已。（三）爲實體上數罪競合說；謂犯罪行爲與所生結果之間，具有一種因果關係者爲一罪，具有數個因果關係者爲數罪。如以刀殺人，同時毀損其衣服，不能謂其不有二個因果關係，既有二個因果關係之存在，當然構成二個實體上之犯罪行爲。以上三說，主張各異，而我新刑法及一般學者，則採想像上競合說者也。觀新刑法以明文規定「從一重處斷」云云：是不認爲實質上之數罪，其爲不採實體上競合說也無疑。

如前所述，想像上之競合犯，既有同種與異種之分，然則新刑法第五十五條前段所定「一行爲而觸犯數罪名」云云：指同種之想像上競合犯而言乎？抑指異種之想像上競合犯而言乎？此在採法律競合說者與採犯罪競合說者，觀察不同。在採法律競合說者，則謂須有法律之競合，始能認爲想像上之競合犯從一重處斷。如一行爲而殺人毀物者是也。一行爲而殺數人者非也。在採犯罪競合說者，則謂所發生者既同爲數個結果，即不應以罪名相同與否而

區別之。故一行爲而殺人毀物者，固應認爲想像上之競合犯，卽一行爲而殺數人者，亦應認爲想像上之競合犯。蓋所重者在有無犯罪之競合，不問有無法律之競合也。而在我國實例上，雖兩說互見，則漸趨重於犯罪競合說。【註】

〔註〕（一）刑法第七十四條（舊刑法）規定以一行爲而犯數項罪名，應從一重處斷。本案同時被擄者雖有四人，究爲一個行爲之結果，自應以一罪論。原審就被擄之人數爲標準，認爲成立四個擄人勒贖罪，依刑法第七十條併合論罪，亦屬錯誤。（最高法院十九年上字第一八四號判例）

（二）在途行劫財物，同時被侵害者不止一人。然其行爲究係出於一個，依刑法第七十四條（舊刑法）之規定，一行爲而犯數項罪名，應從一重處斷。原判決乃併合論罪，已有未合。（最高法院十九年上字第四六五號判例）

（三）實質上一罪數罪之區別，以犯罪行爲爲標準，不依被害法益之數而定，早經本院著爲先例。本案雖被害者不止一人，而雙方互毆，其加害行爲究屬一個，則一行

爲而犯數項罪名，自應依刑法第七十四條（舊刑法）規定從一重處斷。第一審判決，按被害人格法益個數併合論罪，原判決未予糾正，均屬違誤。（最高法院二十年上字第二八一號判例）

（4）查上訴人同時強取五人財物，係屬一行爲，依照刑法（舊刑法）第七十四條規定，應從一重處斷。原判決乃以被害者之數定犯罪之數，於法律上之見解，顯有未洽。（最高法院二十年上字第六四五號判例）

於此尚有應說明者，即想像上之競合犯，與外觀上之法條競合相似而實不同是也。外觀上法條之競合者，一個行爲觸犯數個法條，彼項法條爲此項法條所排斥，本此項法條處斷之謂也。即其行爲，無論由何方面觀察，均爲一個犯罪行爲，祇因法條之錯雜，而該一個犯罪行爲，適觸犯數個法條。易詞以言，其爲一個行爲發生一個犯罪事實之結果，僅有觸犯數個罪名之外觀，而不有觸犯數個罪名之實質也，故與想像上之競合犯有別。外觀上之法條競合，不適用新刑法第五十五條前段之規定，應依左列標準以爲處斷。舉其要者如左：

一、一個行爲觸犯普通法所定之罪名，同時又觸犯特別法所定之罪名時，依特別法優於普通法之原則處斷。例如殺直系血親尊親屬，亦殺人，同時觸犯新刑法第二百七十一條及第二百七十二條之規定，應逕依第二百七十二條處斷，而排斥第二百七十一條之適用是也。

二、一個行爲觸犯基本法所定之罪名，同時又觸犯補充法所定之罪名時，依基本法優於補充法之原則處斷。其情形又分爲二種：（1）危險行爲與實害行爲並存時，例如施強暴於直系血親尊親屬，已觸犯新刑法第二百八十一條之規定，而適成重傷，應逕分別依第二百七十七條第二項處斷，而排斥第二百八十一條之適用是。（2）前行爲爲後行爲之階級時，例如預備犯內亂罪，已觸犯新刑法第一百條第二項之規定，而已著事實行時，應逕依該條第一項處斷，而排斥第二項之適用是也。

三、一個行爲而有觸犯數罪名之外觀時，依複雜法優於單純法之原則處斷。例如得人承諾而殺人，以外形言，亦殺人之一種也。然應逕依新刑法第二百七十五條處斷，而排斥第二百七十一條之適用是也。

## 第一 牽連犯

犯人犯罪之手段或結果，與本罪有牽連之關係者，學者稱之爲牽連犯。牽連犯之特質，本有數個犯罪行爲存在，不過刑法不認此數個行爲有各自獨立之性質，故論爲一罪，從一重處斷。茲依新刑法第五十五條後段所定，一或犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名者，從一重處斷；「分牽連犯之情形爲二。說明如次：

一、以犯一罪之目的而其方法之行爲犯他罪名者 行爲人以犯一罪之目的而爲犯罪行爲，而其方法之行爲犯他罪名者。謂其所用之手段觸犯他項罪名，致發生其他犯罪構成事實，有兩罪並存之外觀者也。例如行使偽造文書詐欺取財，是詐欺取財罪之手段行爲，觸犯行使偽造文書罪之罪名。〔註一〕又如侵入住宅而殺人，是殺人罪之手段行爲，觸犯侵入住宅罪之罪名。〔註二〕此二者，要皆不失爲犯罪方法之行爲而犯他罪名也。

〔註一〕（1）上訴人係以恐嚇取財之目的偽造公文書，其行爲雖觸犯兩法條，而實質

上仍有牽連之關係，自屬毫無可疑。（最高法院十九年上字第九二一號判例）

(2) 上訴人提出偽造借約，狀向法院追償，已達行使偽造文書之程度，惟行使偽造文書 意在以詐術使人交付所有物，其行使偽造文書，爲詐欺罪之方法，依刑法（舊刑法）第七十四條，應從一重處斷。原審竟置詐欺罪於不論，顯係違法。（最高法院十九年上字第一三三〇號判例）

【註二】 上訴人於夜間侵入某甲家，將某甲殺死，雖以侵入爲殺人之手段，應依刑法（舊刑法）第七十四條從殺人之重罪處斷，原判決漏未論及，其法律上見解，已有錯誤。（最高法院十九年上字第一四六六號判例）

二、以犯一罪之目的而其結果之行爲犯他罪名者 行爲人以犯一罪之目的而爲犯罪行爲，而其結果之行爲犯他罪名者。謂其爲犯罪後，復爲一定的結果行爲，該結果行爲觸犯他項罪名，致發生其他犯罪構成事實，有兩罪並存之外觀者也。例如殺人而遺棄其屍體，是遺棄屍體，爲殺人之結果行爲。〔註〕又如誘拐人而私禁之，是私禁爲誘拐之結果行爲。此二者，要皆不失爲犯罪結果之行爲而犯他罪名也。



【註】 上訴人既直認將謀甲擲在河裏，若如驗斷書斷定致死之理由，謂委係生前受尖刀戳傷身死後，擲於河中，則於殺人行爲之結果，又觸犯遺棄屍體罪名。（最高法院

院十九年上字第七一〇號判例）

又牽連犯與結合犯，相似而實不同。結合犯，係立法者預將數個獨立可以成罪之犯罪行爲合爲一體，令其成立一個犯罪行爲之謂。例如將脅迫罪之脅迫行爲與姦淫罪之姦淫行爲合爲一體，而構成一個強姦罪是。牽連犯，係法律因其所爲犯罪行爲具有方法或結果之關係，規定論爲一罪，從一重處斷。二者之區別，卽在手段行爲（如脅迫罪）結果行爲（如姦淫罪）觸犯他項罪名 合此二種觸犯他項罪名之手段行爲結果行爲而構成一種新犯罪（強姦罪）時，是爲結合犯。若手段行爲（如行使偽造文書）結果行爲（如詐欺取財）觸犯他項罪名，合此二種觸犯他項罪名之手段行爲結果行爲而不能構成一新犯罪，僅於手段行爲結果行爲之中擇其重者處罰之者，是爲牽連犯也。

### 第三 競合犯與牽連犯之處斷

一行爲而觸犯數罪名，或犯一罪，而其方法或結果之行爲犯他罪名者，新刑法第五十五條以明文規定從一重處斷。從一罪處斷者，謂於數種罪名之中，擇其重刑之一罪而處斷之，非謂在重罪法定刑之範圍內擇其極重刑罰而處斷之也。例如擲一炸彈，同時發生殺人傷人毀壞他人之所有物者，爲觸犯殺人罪傷害罪損壞他人所有物罪之三罪名，此時應比較殺人傷害毀壞他人所有物三罪之刑，從其重刑之殺人罪處斷是。因殺人罪之刑，爲三罪中最重之刑，故此例之罪，當以在死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑之範圍內處斷，固不必處以極重刑罰之死刑也。

#### 第四節 連續犯

凡數個行爲，基於同一之犯罪決意，觸犯同一之罪名者，曰連續犯。連續犯之成立，學說上有主觀說客觀說折衷說之分。主觀說以犯意爲準，如以同一犯意，連續數次犯罪者，以一罪論。客觀說以被害法益爲準，如被害法益相同，雖非一次犯罪，亦以一罪論。折衷說則

以須具同一犯意之外，尤須侵害同一法益，方可以一罪論。我新刑法關於連續犯之規定，係採主觀說。第五十六條曰：「連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論，但得加重其刑至二分之一；」是連續犯者，即以同一之犯意，予以數次同樣之侵害，而犯同一之罪名，且為數個獨立之犯罪行為也。換言之，即一次可以獨立成罪之行為，而以特定或概括之意思數次反覆而為之者，乃為連續犯，法律上祇以一罪論。例如以竊取甲宅乙宅丙宅財物之意思，次第侵入甲乙丙三人之住宅內，而為竊取財物之行為者，是為竊盜罪之連續犯。又如與人通姦者，今日姦之，明日復姦之，連續經一年之時期，反覆而為通姦之行為者，是為通姦罪之連續犯。又如以一個殺人之概括意思，先後殺死二人以上者，是為殺人罪之連續犯。「註」是故連續犯之構成，須具備左列要件：

一、須為單一之意思活動 如非單一之意思活動，則非連續犯。如甲於某日竊取乙之皮夾，數日後又竊取乙之手錶，既非單一之意思活動，自不能認為連續犯。惟單一之意思活動，與動機無關。如甲第一次因貧窮而竊人之銀，第二次因攜歸陳設而竊人之字畫，仍不失為

連續犯也。

二、須反覆爲數個獨立之行爲 一次之犯罪行爲，固無連續犯可言。而數次反覆所爲之行爲，且須各爲獨立之犯罪行爲。若數次之行爲，僅成立一罪者，則非連續犯。例如殺人，先以棍擊，後以刀砍是也。

三、須犯同一之罪名 所謂犯同一之罪名，係指犯同一罪質之罪名，並非同一條文之罪名。例如普通竊盜與結夥三人竊盜，普通傷害人與傷害人至重傷，竊盜強盜與普通侵占與業務上侵占，法條雖異，罪質則同，均不失爲同一之罪名也。蓋必以同一條文之罪名爲限，則失其平。如第一次搶人之錢，第二次搶人之物，則爲一罪，若第一次爲搶，第二次爲竊，則反爲二罪矣，其不平孰甚！故實例上不以同一條文之罪名爲限，非無故也。

四、須侵害同種之法益 連續犯所侵害之法益，法律上雖不以同一法益爲限，但解釋上無論生命身體自由財產，均須同種。又無論侵害國家社會個人之法益，均須始終一致。例如因銜恨某人，先搶其物，繼燒其宅，則始而侵害個人之法益，繼而侵害社會之法益，非連續

犯也。又如先搶其財物，繼傷其身體，則始而侵害財產之法益，繼而侵害身體之法益，亦非連續犯也。惟所謂同一種類之法益，並無須屬於同一之人。例如詐欺取財罪，先向甲詐取銀百元，嗣向乙詐取銀五十元，則不失為連續犯是。

要之法律上所以規定連續犯主要之目的，在乎以其連續之行爲，論以一罪，蓋以其僅具單一之犯罪決意，注重於主觀的誅心主義。故我新刑法對連續犯之處罰，原則上以一罪論，惟依但書規定，得加重其刑至二分之一。實以連續犯之實害較大，爲當然之結果，使審判官視其情形酌加，亦適應罪情應有之規定耳！

又連續犯與繼續犯，相似而實不同。蓋繼續犯係以一個之行爲持續的侵害一個之法益，自其行爲延長之點觀之，雖與連續犯相類似。然連續犯係反覆實行數個同種之行爲，而繼續犯之特性，則僅屬一個行爲，不過其不法之狀態，常在持續之中。例如開設館舍供人吸食鴉片，卽屬繼續犯之一種，無論行爲時期之延長如何，當然祇構成一罪。與連續犯之本係數個獨立行爲，因明文規定之結果而論爲一罪者，迥然不同。

【註】(1)先後殺死二人以上，如出於一個概括的意思，應依刑法(舊刑法)第七十五條以一罪論。若殺人後，又以新發生之犯意殺害另一人者，則應依同法第六十九條併合論罪。最高法院十九年上字第八九一號判決，因被告先後開槍擊傷二人，係出於一個概括意思，認為成立連續犯，並非變更前例。(司法院院字第六九二號解釋)

(2)上訴人等在甲地方劫船後，既擬駛往乙地方行劫，其劫取張網船及鹽船，雖係在丙地方著手，未至乙地方。但其動身之初，既以行劫為目的，兩船被害，又均在同一地方。法益雖有不同，犯意自係連續，依本院最近判例，連續犯不以同一法益為限，自應以連續行劫論。原審認為犯二個在海洋行劫之罪，未免錯誤。(最高法院十九年上字第四七七號判例)

(3)查上訴人謀殺五人，其已死四人之被殺方法與鎗殺先後，雖均有不同，某甲復係被綁後，脫逃得免，但其預謀時，犯意本係連續，自應以一罪論。原判分別論以四個共同預謀殺人罪，一個共同預謀殺人未遂，難謂為非違法。(最高法院十九年

上字第七〇四號判例)

(4) 計算罪數之標準，依犯罪行為之個數定之。又犯罪行為雖係數個，如以連續之意思觸犯同一之罪名，縱所侵害者為複數之法益，仍應論為一罪。(最高法院十九年上字第九五九號判例)

(5) 查刑法上之連續犯，祇以同一之意思連續數行為而犯同一罪名為成立之要素。至被害之特定人是否同一，原與連續犯之本質無關。(最高法院二十一年上字第三二七號判例)

(6) 刑法上之連續犯，係指犯人以連續之意思反覆而為同一性質之罪而言。至被害法益是否同一，則非所問，如甲勾結匪黨屢次擄人勒贖，係以同一意思為同一之犯罪行為，其被害法益雖有二個，(即先後擄兩人)仍應以一罪論。(最高法院二十一年上字第一二七〇號判例)

## 第十章 犯罪之種類

犯罪之種類不一，學者所用區分方法，紛歧雜出，幾令人無所適從。茲就吾人認為必須分別者舉之如左：

### 第一 現行犯與非現行犯

現行犯者，謂在實施中或實施後即時發覺之犯罪也。又被追呼為犯罪人者，以及持有兇器贓物或其他物件，或於身體衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者，曰準現行犯。（新刑事訴訟法第八十八條）其他則為非現行犯。依刑事訴訟法規定，對於現行犯或準現行犯，應用急速處分。且無論何人，不用拘票，皆有逕行逮捕之權。蓋以此種犯罪，調查證據，易得真確之事實。故法定程序，須以簡便迅速為主。而於非現行犯則否。

### 第二 國事犯與常事犯

國事犯者，侵害一國政治上秩序之犯罪也。國事犯僅為政治犯之一種，即狹義之政治犯



，如內亂外患等罪是。其他一切犯罪，曰常事犯。國事犯與常事犯必須區別之者，其實益有二：（一）依新刑事訴訟法第四條規定，國事犯須由高等法院管轄第一審，其他一切犯罪，則由地方法院管轄第一審，此審判管轄有不同也。（二）依國際通例，國事犯恆受國際間之保護，故國事犯罪後逃亡外國時，凡對於該犯人有處罰權之國家，向國事犯滯留國請求引渡，被請求國以不引渡為原則。而常事犯則有因兩國間曾締結犯罪人引渡條約，故常事犯滯留地之國家，一遇請求國請求引渡時，須依約將該常事犯引渡於請求國，此犯罪引渡有以異也。

### 第三 單一犯與結合犯

單一犯者，即以一次之行為而構成犯罪者也，如通常之殺人傷害竊盜等罪是。結合犯，則須結合多數獨立成罪之行為而始構成犯罪。例如強姦罪，一重行為為強暴脅迫，一重行為為姦淫，此二重行為相結合，乃構成一個強姦罪。故結合犯之成立，必須有二重以上之行為，質言之，即必須有二個以上之特別要素也。如僅有一個特別要素，即能獨立構成犯罪者，即為單一犯而非結合犯。

#### 第四 即成犯與繼續犯

即成犯者，謂犯罪達於實行之階段後，即同時消滅其行爲者也。繼續犯者，謂犯罪達於實行之階段後，仍繼續其行爲違法之狀態者也。前者如殺人罪、侮辱罪、毀棄罪等是。大多數之犯罪，屬於此類。後者如私行拘禁罪是。蓋殺人侮辱等罪，於達到殺死或侮辱之狀態後，其行爲即同時終了。犯罪即時完成。而私行拘禁罪，於達到剝奪他人之行動自由後，仍繼續其行爲違法狀態，必俟回復他人之行動自由時，行爲方終了。二者區別之實益，於計算追訴權之時效，關係甚大，因即成犯之時效，自犯罪成立之日起算，而繼續犯之時效，則自繼續狀態行爲終了之日起算也。又繼續犯中，在學說上更分爲永續犯、連續犯、慣行犯。接續犯數種。永續犯，即通常之所謂繼續犯，於犯罪既遂後，其行爲仍須連續，並不即時終了，如私行拘禁罪，開設館舍供人吸食鴉片罪等是。連續犯，乃以連續之意思而連續以行爲之，如通姦罪是。慣行犯，乃本於習慣而所爲之犯罪也，如常業賭博罪，常業贓物罪等是。接續犯，即犯罪人就同一犯罪構成事實無間斷而反覆爲之者，如犯罪人於同時同地數次加入以侮

辱或數次毆傷他人，或於同時同地先竊金錢，次竊珍玩，再次竊取書畫者皆是。但法律對於此項犯罪，不認為有數個獨立的犯罪行為，而以此項行為為一個犯罪行為也。

### 第五 普通犯與特別犯

普通犯者，即違反刑法所為之犯罪也。一般犯罪，多屬此類。特別犯者，違反刑法以外刑罰法規所為之犯罪也。二者區別之實益，即在適用法律之有異。(一)普通犯適用刑法總則，特別犯適用特別法總則，特別法無總則時，則適用刑法總則。(二)普通犯之累犯，須加重處罰，於裁判確定前犯數罪者，並須數罪併罰。特別犯，在原則上則不適用刑法累犯加重及數罪併罰之規定。

### 第六 親告罪與非親告罪

親告罪者，依刑法或其他法律規定，必待被害人或其親屬之告訴，始可論罪之犯罪也。反是則為非親告罪。蓋刑法對於某種犯罪，認為祇侵害私人之法益，不涉及公眾者，則為保全家庭和平及關係人名譽起見，特規定「告訴乃論」；即所謂親告罪是也。故親告罪，即以

告訴爲訴追條件之犯罪。若非親告罪，則無須被害人自行告訴，人人得以告發，即不爲告發，檢察官亦可本其職權，實行檢舉。我國刑事訴訟法，原則上採用國家追訴主義，特設檢察官爲代表國家提起公訴之機關。故檢察官對於非親告罪，可不待被害人或其親屬之告訴，得逕行開始偵查，提起公訴。然公訴外，刑事訴訟法又規定自訴之制，許凡犯罪人之被害人，得自向該管法院提起自訴，以補公訴之所不及，是例外則不限於親告罪與非親告罪，均得提起自訴也。親告罪與非親告罪區別之實益，於刑事訴訟追程序，關係至鉅，而於實體法上則否，其詳屬諸刑事訴訟法。惟何者爲親告罪？何者爲非親告罪？則規定於刑法分則之中，凡刑法分則中有明文規定「告訴乃論」或「請求乃論」者，則爲親告罪。其無明文規定者，皆非親告罪。茲就我國新刑法分則編所規定之親告罪，列舉於次：

一、第一百十六條之妨害友邦元首或外國代表之名譽罪，及第一百十八條之侮辱外國罪，須外國政府之請求乃論。（第一一九條）

二、第二百二十一條至第二百五條妨害風化罪，須告訴乃論。（第二三六條）

三、第二百三十八條第二百三十九條及第二百四十條之妨害婚姻及家庭罪，須告訴乃論。  
(第二四五條)

四、第二百七十七條第一項第二百八十一條第二百八十四條及第二百八十五條之傷害罪，須告訴乃論。但公務員於執行職務時犯第二百七十七條第一項之罪者，不在此限。(第二八七條)

五、第二百九十八條及第三百零六條之妨害自由罪，須告訴乃論。第二百九十八條第一項之罪，其告訴以不違反被略誘人之意思爲限。(第三〇八條)

六、第二十七章之妨害名譽及信用罪，均須告訴乃論。(第三一四條)

七、第二十八章之妨害秘密罪，均須告訴乃論。(第三一九條)

八、直系血親配偶或同財共居親屬之間，或其他五親等內血親或三親等內姻親之間，犯第二十九章之竊盜罪，須告訴乃論。(第三二四條)

九、直系血親配偶或同財共居親屬之間，或其他五親等內血親或三親等內姻親之間，犯

第三十一章之侵占罪，須告訴乃論。(第三二八條)

十、直系血親配偶或同財共居親屬之間，或其他五親等內血親或三親等內姻親之間，犯第三百二十九條至第三百四十二條之詐欺背信及重利罪，須告訴乃論。(第三四三條)

十一、第三百五十二條第三百五十四條至第三百五十六條之毀棄損壞罪，須告訴乃論。

(第三五七條)

## 第二編 刑罰

### 第一章 刑罰之本質

刑罰者，國家對於犯罪行為之制裁，而剝奪私人之法益并予以痛苦之謂也。今分析此定義而說明之：

一、刑罰爲對於犯罪行為之制裁 制裁之種類甚多，除刑罰外，尚有懲戒罰、強制罰、

本論 第三編 刑罰 第一章 刑罰之本質

秩序罰等。蓋法律之種類與性質，既各有不同，則其制裁亦異。故若各種法令上之制裁，與犯罪問題無關，而事實上雖有剝奪私人利益之舉，不得謂為對於犯罪行為之制裁。

二、刑罰為國家對於私人之制裁 刑罰權存與國家與一私人之關係，而不存於一私人與一私人之關係。故私人相互間，無所謂刑罰之關係。無他，科刑罰者為國家，受刑罰者為私人。若私人間之毆打，不得謂之制裁。雖然，在古代因尊重家族制度之結果，而有例外。如家長對於家屬之不法者，操生殺予奪之權，無論生命身體財產上之利益，皆得任意剝奪。國家對於加害人既無制裁，對於被害人亦無保護之道。降及近世，家長權漸次衰落，即家屬之生命身體財產，家長不得任意剝奪；僅得於一定範圍內予以相當之懲戒權。

三、刑罰為剝奪私人之法益并與以痛苦 私人之法益，應由國家予以保護，而犯罪者則剝奪之，刑罰即為剝奪私人法益之手段。惟近代刑罰不採身體刑，除以剝奪生命為絕對的預防危害之手段外，其他之自由刑、財產刑、或能力刑，皆不外剝奪犯罪人之法益，而予以痛苦。蓋對於犯罪者如予以愉快，則反乎刑罰權之精神，雖在事實上，非無以科刑之故，心身

反有愉快之感者。而刑罰之本質，不可不爲痛苦。痛苦者，剝奪吾人幸福之謂，此刑罰所以損傷吾人之生命身體自由名譽及財產也。

## 第二章 刑罰制度之主義

近代刑罰制度所採用之主義，約有左列數種：

一、刑罰須公開宣告 專擅主義時代，審理犯罪，宣示裁判，向採秘密。今則審理裁判，除有特別情形（如妨害風化案件等，法院組織法有特別規定）禁止公開外，須一律公開任人旁聽，以示審判之公平。

二、刑罰須預由法定 古代刑罰，無論何國，均無明文預爲規定，故何種行爲爲犯罪，何種犯罪應科何種刑罰，一任國家元首以及代表國家之審判官任意裁斷，不必有法律預爲限制。近代刑罰，則採法定主義。犯何種罪，處何種刑，皆由法律預爲規定，不許審判官任意輕重其間。僅於法定範圍內，予以自由裁量之權，以期適合千態萬狀之犯情，而處以適當之



刑罰耳！

三、刑罰僅及於犯人 古代刑罰，不僅及於犯人，即犯人之親屬，亦恆有因犯人之犯罪而連帶受罰者。昔時緣坐之制，誅戮且及九族，即其明證。迄乎近世，以罰及犯人之外，爲刑及無辜，大非人道。故現今各國刑罰，無不遵依「刑止一身」之原則，僅以犯人之本身爲限也。

四、刑罰須爲平等 古者「刑不上大夫，禮不下庶人，」往往以品位階級之殊，刑罰因之而異。又以男女性別之不同，刑罰遂生等差。迄乎近世，法律平等之說，風靡一時，而此不平等之制度，因之崩潰。除少數特別規定外，凡有犯罪者，一律受平等之處罰，無復階級性別之歧異矣。且以有特別身分之故，如公務員犯罪者，并加重其刑罰而處罰焉。

### 第三章 刑罰之目的

刑罰之目的，在於防衛社會，撲滅犯罪。而其方法，則有二種；一爲社會的適合方法；

二爲社會的隔離方法；社會的適合方法者，卽剝奪犯人之法益，使之適合乎社會的生活關係也。現代刑罰中自由刑之目的，全在乎斯。因其本此目的而加犯罪人以刑罰，故其方法，因人而有不同。有祇施以教育之方法者，卽教以相當之技能，使其在社會上能營獨立之生活是。有施以匡正之方法者，卽予以教誨感化，糾正其惡癖，養成其能守紀律之習慣是。有施以威嚇之方法者，卽加以懲戒，使其知刑罰之可畏，憚於爲惡是。社會的隔離方法者，卽對於特種犯人，有施以適合方法，終無改善之希望者，則令其與社會隔離。隔離方法，須視犯人惡性之大小而有不同。對於惡性重大之犯人，則用永久的隔離方法，使犯人永遠與社會隔離，如處以死刑或無期徒刑是。對於惡性較小之犯人，則僅用一時的隔離方法，暫時將犯罪人屏諸社會之外可耳！如科以長期之有期徒刑是。

## 第四章 刑罰之種類

### 第一節 概說

刑罰之種類，極爲繁雜，古今中外，亦各有不同。從科刑之性質言，有生命刑、身體刑、自由刑、財產刑、名譽刑、能力刑等。從刑之科罰言，有主刑與從刑之別。從罪質之輕重言，有所謂重罪刑、輕罪刑、違警罪刑之分。從古今中外之沿革言，羅馬古代有火印刑，法國古代有斬手刑，英國古代有割耳刑，我國古代更有墨、劓、剕、宮、大辟五刑，直至清末尚有笞、杖、徒、流、死五刑。今則改爲主刑及從刑，種種不一。茲就我新刑法第五章所規定刑罰之種類言之，計有主刑四種，從刑二種，曰死刑，曰徒刑，曰拘役，曰罰金，乃主刑之種類。曰褫奪公權，曰沒收，乃從刑之種類。死刑爲剝奪犯人生命極度之刑罰，故又曰生命刑。徒刑拘役，以束縛犯人自由爲目的，故又曰自由刑。罰金沒收之主旨，在於剝奪犯人之財產，故又曰財產刑。褫奪公權，乃剝奪犯人之能力，故又曰能力刑，試列表於左以明之：



## 第一款 生命刑

生命刑者，即剝奪犯罪人之生命，使永遠與社會隔離，爲刑罰中極度之刑罰也。刑法稱生命刑曰死刑。我新刑法規定應處死刑者是二：一爲絕對科死刑者，二爲相對科死刑者，前者如第三百三十四條之海盜放火強姦或擄人勒贖或故意殺人罪，及第三百四十八條第一項之擄人勒贖而故意殺被害人罪是。後者如第一百零一條第一項之暴動內亂罪，第一百零三條第一項之通謀外患罪，及第二百七十一條之殺人罪等是也。

刑罰中之有生命刑，無論古今東西，莫不皆然。惟近世紀以來，死刑存廢，實爲刑罰上一大問題。有主張廢止者，有主張存留者。茲將兩派所主張之理由，分別略述如左：

一、死刑廢止論 主張廢止死刑者，其所持理由，約有數端。(1)刑罰之殘酷，莫如死刑，實足以增長社會殘忍之風，如絕對廢止，或能收減少殺傷等罪之效。(2)死刑之刑罰，絕無伸縮可言，宜絕對廢止，而採用有伸縮力之自由刑，則衡情處罰，可期平允。(3)死刑

一經執行，絕無回復之途，設因審判之錯誤，無論如何方法，莫由再生。故其性質至爲危險，爲預防危險，必須廢止死刑。(4)論罪科刑，既以國家利益爲前提，國家於死刑之存在與否，實無利害關係，曷若改處無期徒刑，既足以收感化之效果，國家社會又可多一人民，有利無弊。此皆關於死刑制度認爲應廢止之理由也。

二、死刑留存論 主張存留死刑者，其所持理由，亦有數端，大抵爲反對廢止論者所持之理由。(1)近代執行死刑，採祕密主義，概不公開，奚至長殘忍之風。(2)近代刑法，採用相對法定主義，故伸縮之有無，應於法定範圍內求之，如殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑，其究應處死刑與否，審判官仍有伸縮之自由，卽科唯一死刑者，亦可依法酌減，不得謂無伸縮性。(3)宣告死刑者，刑事訴訟法規定，非經司法行政最高官署核准，不得執行，在覆核時遇有裁判錯誤，仍可令最高法院檢察長提起非常上訴，以資救濟，不得謂無回復之途。(4)謂死刑之存在，於減少犯罪并無實益；不知窮兇極惡不治之犯人，實無感化之可能，不加以絕對淘汰之刑，豈國家刑期無期之意哉？此關於死刑應存留之理由也。

縮觀以上兩派之主張，則廢止死刑論者所持之理由，不及死刑存留論者主張之確當，故無採取之價值。我國地廣人稠，社會秩序，尤易紊亂，不能廢止死刑，實為一般刑法學者所公認。且死刑在我國已有攸久之歷史，而揆之最近情勢，尙未可偏廢。良以一般人之心理，對於重大犯罪，仍須置之重典，所謂殺人者死，逆倫者不赦。若遽予廢止，則巨慝元惡，勢將益無顧忌。而社會人士，或將滋生疑慮，我新刑法仍復採用，實為時勢所必然！雖然，存留死刑，固為環境使然，第應極力減少適用之範圍，對唯一死刑，尤須廢止，則予審判官以自由裁量之權。方不失為折衷之道，抑可為他日絕對廢止之準備。考舊刑法科唯一死刑之情形凡九，如故意殺友邦元首罪，搶奪故意殺人罪，強姦故意殺被害人罪，殺直系尊親屬罪，預謀及慘酷之殺人罪，強盜故意殺人罪，海盜致人於死罪，海盜放火或強姦或故意殺人罪，擄人勒贖而故意殺被害人罪。新刑法已大加減削，僅就海盜放火強姦或擄人勒贖或故意殺人罪，（第三三四條）及擄人勒贖而故意殺被害人罪，（第三四八條）處以唯一之死刑，洵為進步之立法。惟關於侵害國家法益罪中，既無處以唯一死刑之規定，反見諸侵害個人法益罪中，

是殆以誅心主義爲原則，不以被害法益爲權衡，不無斟酌之餘地耳！

現今各國刑法，探廢止論而已廢死刑者，計有荷蘭、挪威、瑞典、葡萄牙、羅馬尼亞、塞爾維亞、立陶宛、南美阿根廷、古巴、古倫比亞、轟都拉司、烏拉圭等十六國。此外如丹麥、比利時、芬蘭等三國，因多年不執行死刑，已成無形之廢止。至於瑞士，於一八七四年憲法上規定廢止死刑，但各邦中尙有不廢死刑者，其廢止死刑者有十五邦，餘十邦，四十年來執行死刑僅有七次。在美國四十八洲中，八州已完全廢止死刑。意大利於一八八九年宣布廢止死刑條例，自暗殺墨索里尼之密謀發見後，立即恢復死刑法。德國自最近由律師會向國會提出廢止死刑，聞亦有通過國會之希望。法國自一九一七年以來，一般法學家主張廢止死刑者亦夥，法國議會尙在正式討論中。惟英日諸國爲維持社會安寧秩序計，尙無廢止死刑之議也。

## 第二款 自由刑



自由刑者，剝奪犯罪人自由之刑罰也。自由刑在各種刑罰之中，頗爲重要，適用範圍亦廣，故各國多重視之。惟自由刑之爲類甚繁，有流、竄、放、逐、遷、謫、監禁、拘役、諸種；自時期之久暫言，有無期自由刑與有期自由刑之分。自定役之有無言，又有無役自由刑與有役自由刑之別。我新刑法所採用之自由刑，則爲徒刑與拘役二種。茲分述之；

## 第一 徒刑

徒刑者，拘禁犯罪人於監獄中之謂也。我新刑法分徒刑爲二，一爲無期徒刑，二爲有期徒刑，分言如次：

一、無期徒刑 無期徒刑者，將犯罪人永遠拘禁於監獄中之謂。換言之，即剝奪犯罪人終身自由之刑罰也。其性質雖較死刑爲輕，其效力實無異於死。蓋人之一生，不能自由，前途之希望既絕，人生之樂趣亦無，學者有目爲遲緩之死刑，非無故也。或有謂死刑之痛苦，不過一時，無期徒刑，永墮悲慘之地獄，終身不得自由，精神上痛苦，至爲永久，其殘酷較死刑爲尤甚，且使人終身無自新之望，亦難收感化之效，自宜廢止無期徒刑，乃與感化主義

相合。故近世如葡萄牙、墨西哥、委內瑞拉、烏魯圭、愛加脫等國，均已廢止無期徒刑。雖然，人有惡性次於死刑者，必處以無期徒刑，以防其再犯，并可察其在獄中之品性，果能悔悟自新，溥濯前愆，則在一定條件之下，仍許有假釋出獄之希望，法理與政策並施，於無期中隱屬有期，意在引人遷善，冀國家多一良民，是爲立法之精神，故各國如上舉數國之外，大都仍而不廢，我新刑法亦然。蓋亦認爲一種相對的淘汰方法，實爲刑罰制度上不可缺者也。

二、有期徒刑 有期徒刑者，卽以拘禁期限之長短定其等差者也。換言之，卽其所受之拘禁，自有一定之期限，并非如無期徒刑之永遠拘禁於監獄中也。惟期限之長短，各國規定不一，以最長期而論，有定爲三十年者，如白來齊及烏拉圭刑法是。有僅長至七年爲限者，如加拿大刑法是。而最短期則更不一致矣。我新刑法折衷各國立法例，最短期定爲二月，俾與拘役之長期銜接，最長期則以十五年爲度。但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年。在分別各條中，並定有一定之期限，在此一定之期限中，由審判官審酌犯罰之動機，犯

罪之目的，以及犯罪人之性情環境等，而自由伸縮之。例如法定條文，爲一年以上五年以下，則最短者爲一年，最長者爲五年，一任審判官於範圍內伸縮。亦有祇規定最高期限而不設最低期限者，如十五年以下或七年以下等是也。

### 第二 拘役

拘役爲自由刑中之最短者，性質本無異於有期徒刑，而必別爲拘役者，蓋爲對惡性輕微之犯罪者，予以最短之拘禁，不使與受徒刑之人視同一律也。我新刑法第三十三條第四款規定拘役期間，爲「一日以上，二月未滿，但遇有加重時，得加至四個月，」即受拘役之執行者，遇有再犯時，亦不適用累犯之規定，此其所以別於徒刑也。

### 第三款 財產刑

財產刑者，剝奪犯罪人財產之刑罰也。我新刑法規定財產刑，有罰金沒收二種。分述如左；

## 第一 罰金

罰金制度，起源甚古，我國舜帝時，卽有此制。尚書舜典曰：「金作贖刑」。金作贖刑者，贖罪以金，卽爲後世罰金之濫觴也。新刑法第三十三條第五款規定罰金額爲一元以上，而不設多額之規定。所以不設多額之規定者，不外依分則編各本條決定罰金額數之多寡而已。分則編各本條規定罰金多額之最多者爲一萬元，罰金少額之最少者爲一百元。要皆視犯罪情狀之輕重，各規定罰額之等差，予審判官自由伸縮之餘地。例如分則編第二百六十六條賭博財物之罪，規定處一千元以下之罰金。其間伸縮，一任審判官之自由是也。茲更就罰金之種類及其執行，分別述之；

一、罰金之種類 罰金可分爲四種，一曰專科罰金，卽分則編各本條規定祇科罰金而不可自由刑者，例如第二百六十六條之賭博財物罪，處一千元以下罰金是。二曰選科罰金，卽分則編各本條規定處以徒刑拘役或罰金者，例如第二百七十七條第一項之傷害罪，處三年以下有期徒刑拘役或一千元以下罰金是。三曰併科罰金，卽分則編各本條規定處以徒刑拘役及

得併科罰金者，例如第二百五十六條第一項之製造鴉片罪，處七年以下有期徒刑得併科三千元以下罰金是。四曰易科罰金，即依總則編第四十一條規定，犯最重本刑為三年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體教育職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日易科罰金是也。

二、罰金之執行 關於罰金執行之方法，各國制度不同。有採用分期繳納之制者，其用意為犯人一時不能繳納全額者，許其分期，或能繳納。有採用以工易罰之制者，其中又分二種，有作工而不限制其自由者。有作工而限制其自由者。茲就我國新刑法所規定之方法述之：

(1) 罰金完納之猶豫期間 新刑法第四十二條第一項前段曰：「罰金應於裁判確定後兩個月內完納；」此為法律上予犯人以完納之猶豫期間，令其於此期間內有籌措金錢之餘地，在此期間內，若為完納，即為刑之執行。

(2) 期滿不完納者之處分 新刑法第四十二條第一項後段曰：「期滿而不完納者，強制

執行，其無力完納者，易服勞役；「蓋以受刑人有資力者，逾限而不完納時，準用民事執行之規定，強制令其完納。若受刑人實無資力，不能完納罰金時，則易服勞役，以代罰金刑之執行。」

(3) 易服勞役之折算 新刑法第四十二條第二項曰：「易服勞役，以一元以上三元以下折算一日，但勞役期限，不得逾六個月；」易服勞役之本旨，意在使受刑人依服勞役所得之收入，以償此項罰金。惟是毫無限制，必欲使受刑人將服役所得之收入，償足此項罰金額數後，乃能釋放，有時罰金過鉅，致令受刑人服長期之勞役，又與罰金刑之本旨相背。故規定勞役期限，不得逾六個月，以示限制。若罰金總額折算逾六個月之日數者，則以罰金總額，與六個月之日數比例折算。(第四十二條第三項)例如處罰金一千零八十元，以三元折算一日，應服勞役一年，是違背不得逾六個月之限制。此時應以六個月日期一百八十日，與罰金總額一千零八十元比例折算，計每六元易服勞役一日是。又科罰金之裁判，應於主文內依上述之規定，載明折算一日之額數。(第四十二條第四項)如折算後，易服勞役有不滿一日之零數

者，則捨棄不算也。（第四十二條第五項）

（4）易服勞役期內之完納 新刑法第四十二條第六項曰：「易服勞役期內納罰金者，以所納之數，依裁判所定之標準折算，扣除勞役之日期；」蓋以受刑人之資力不一，無資力者之罰金，有全不完納者，亦有完納一部者。如全不完納者，全數易服勞役，固無問題。若在易服勞役期內完納罰金一部者，則應以所納之數，依裁判所定之標準折算，扣除勞役之日期。例如判決處罰金九十元，不於兩個月內完納時，以三元折算一日，易服勞役三十日之裁判宣告者，其期限內，即三十日內，納罰金三十元時，則扣除十日之勞役日數，祇易服勞役二十日，故如即時再納罰金六十元，則不受易服勞役處分，完畢刑之執行。如納罰金三十元，則受所餘十日易服勞役之後，即為釋放是也。

（5）易服勞役之效力 易服勞役，為受刑人貧無資力不能完納罰金者而設，其本質實係罰金。故雖易以勞役，仍以受罰金之執行論。（第四十四條）不得因其易服勞役，即視為受徒刑或拘役之執行。日後即再犯罪，亦不發生累犯問題，且仍可受緩刑之宣告也。

## 第二 沒收

沒收亦爲財產刑之一種，其性質屬於從刑，爲不能獨立科處之刑罰。（但有例外）俟後論從刑時再說明之。

## 第四款 主刑之重輕

刑法有比較刑之重輕從一重處斷之規定，（新刑法第五十五條）然則定刑之重輕，應有一定之標準，庶免發生疑義。其標準維何？新刑法第三十五條，已有明文規定。該條第一項曰：「主刑之重輕，依第三十三條規定之次序定之；」所謂依第三十三條規定之次序定之者。卽應以死刑爲重，其次則爲無期徒刑，再其次則爲有期徒刑，再其次拘役，再其次罰金是也。該條第二項曰：「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；」所謂同種之刑以最高度之較長或較多者爲重者。例如新刑法第三百四十條常業詐欺取財罪，規定處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。新刑法



第二百十條偽造文書罪，規定處五年以下有期徒刑。此時應以第三百四十條有期徒刑之最高度較長爲重是。所謂最高度相等者，以最低度之較長或較多者爲重者。例如新刑法第二百十條之偽造文書罪，規定處五年以下有期徒刑，新刑法第一百七十四條第二項之放火罪，規定處六月以上五年以下有期徒刑。此時應以第一百七十四條最低度之有期徒刑較長爲重是。該條第三項曰：「除前二項規定外，刑之重輕，參酌前二項標準定之，不能依前二項標準定之者，依犯罪情節定之；」所謂除前二項規定外，刑之重輕參酌前二項標準定之云者。例如一處五年以下有期徒刑，一處五年以下有期徒刑拘役或科或併科一千元以下罰金，兩種低度之刑既非同種，此時即應參酌前二項標準定其重輕，則以後之有併科罰金者爲重是。所謂不能依前二項標準定之者，依犯罪情節定之云者。例如新刑法第二百十條之偽造文書罪，規定處五年以下有期徒刑，第二百十六條之行使偽造文書罪，依偽造文書罪之規定處斷，亦應處五年以下有期徒刑，是兩罪主刑重輕相同，又係同種，最高度與最低度復行相等，自難依上述標準決定刑之重輕，此時惟有依犯罪情節定之，應以偽造文書罪之情節爲重是也。

## 第三節 從刑

從刑者，即主刑附屬之刑罰也。故通例必科以主刑，方能科以從刑。然亦不無例外，即第三十九條規定，免除其刑者，仍得專科沒收，第四十條規定，違禁物亦得單獨宣告沒收。蓋就沒收物之性質觀之，無隨主刑免除之理也。我新刑法第三十四條規定從刑之種類有二：一曰褫奪公權，二曰沒收，茲分款述之；

### 第一款 褫奪公權

褫奪公權，爲從刑之一種，即國家剝奪犯人享有公權之資格，以爲犯罪之制裁也。此種刑罰，學者有稱爲名譽刑者，又有稱爲能力刑者，其實科刑之結果，不過使犯人喪失或限制享有公權之能力，與名譽問題，并無直接影響，此二者根本不同之點，是爲能力刑而非名譽刑。况現代刑法採改善主義，於犯罪人之名譽，非惟認爲無剝奪之理由，且反以養成其名譽

心爲得策，故更應稱爲能力刑也無疑。我新刑法第三十六條規定：「褫奪公權者，褫奪左列資格；」

一、爲公務員之資格；

二、公職候選人之資格；

三、行使選舉罷免創制複決四權之資格；

右列三種資格，本爲人民對於國家應享之權利。舊刑法尙列有入軍籍之資格，爲官立公立學校職員教員之資格，及爲律師之資格三種，新刑法以此三種資格，應在各種關係法規中分別規定，故刑法中僅規定右列三種資格也。惟褫奪公權之方法，有終身褫奪與有期褫奪之區別，茲分述之：

一、終身褫奪公權 終身褫奪公權者，即終身褫奪犯罪人所應享第三十六條所列之三種資格也。此種從刑之宣告，大抵屬於重大之喪失廉恥罪，且以宣告死刑或無期徒刑之犯罪者爲限，方可宣告褫奪公權終身。僅宣告有期徒刑以下之犯罪，自不得爲終身褫奪公權之宣告

，此其限制也。（新刑法第三十七條第一項）

二、有期褫奪公權 有期褫奪公權者，即於一年以上十年以下之期限內，褫奪犯罪人所應享第三十六條所列資格之全部也。至何種犯罪，得爲有期褫奪公權之宣告？我新刑法第三十七條第二項，特以明文規定曰：「宣告六月以上有期徒刑，依犯罪之性質，認爲有褫奪公權之必要者，宣告褫奪公權一年以上十年以下；」準是以觀，是得爲有期褫奪公權之宣告，僅限於宣告六月以上有期徒刑之犯罪。若宣告六月以下有期徒刑拘役或罰金之犯罪，不特不得爲有期褫奪公權之宣告，且不得褫奪公權。即使宣告六月以上有期徒刑之犯罪，如依犯罪之性質，審判官認爲無褫奪公權之必要者，亦可不爲有期褫奪公權之宣告，此則純屬於審判官自由裁量之範圍也。

至宣告褫奪公權之程序及其效力如何？新刑法第三十七條第三項及第四項，以明文規定如左：

一、宣告褫奪公權之程序 第三十七條第三項曰：「褫奪公權，於裁判時併宣告之；」

此卽規定宣告褫奪公權之程序。所謂於裁判時併宣告之者，卽謂於裁判主文內，載明褫奪公權終身或褫奪公權幾年之字樣也。

二、宣告褫奪公權之效力 第三十七條第四項曰：「依第一項宣告褫奪公權者，自裁判確定時發生效力，依第二項宣告褫奪公權者，自主刑執行完畢，或赦免之日起算；」此卽規定宣告褫奪公權之效力。卽宣告褫奪公權終身者，其效力自裁判確定之時發生，宣告有期褫奪公權者，其效力須自主刑執行完畢或赦免之日方可起算也。

於此尚有應說明者，卽褫奪公權，可否褫奪其資格之一種或數種？關於此問題，依暫行刑律第四十六條，以明文規定褫奪公權全部或一部，於裁判中自可爲「處有期徒刑幾年，褫奪爲官員之資格幾年」之主文。在新刑法之下，則非褫奪全部之資格不可。換言之，卽祇能下「褫奪公權幾年」之主文，不能下「褫奪公權之某種幾年」之主文，因新刑法第三十六條係規定「褫奪左列資格」，并非規定「褫奪左列資格之全部或一部」，於法無所根據故也。

## 第二款 沒收

沒收者，即籍沒入官之謂也。爲財產刑之一種，其性質屬於從刑，在原則上，非附隨於主刑，不得獨立宣告。（但有例外）惟沒收之制度，有一般沒收與特別沒收之別。一般沒收者，謂將犯罪人所有全部財產悉行剝奪，歸屬國庫之處分也。昔時犯重罪者，除處以重刑外，並沒收其全部財產，如歷代我國舊律上所規定之財產籍沒，即屬此制。特別沒收者，謂將犯罪人之特定財產，由審判機關以判決宣告歸屬國庫之處分也。我新刑法不採用一般沒收之制，所規定者爲特別沒收，且沒收之物，須與犯罪有關係者。特於第三十八條第一項以明文規定曰：「左列之物沒收之，一違禁物，二供犯罪所用或供犯罪預備之物，三因犯罪所得之物。」茲分別說明其意義如次：

一、違禁物 違禁物者，爲法律上所禁止之物，不外私造與私有二種：如僞造貨幣，僞造度量衡，私製軍火之類，是爲違禁私造之物。又如私藏鴉片，私藏軍械，收藏僞造貨幣之

類，是爲違禁私有之物。要之凡屬國家禁止私人製造或不許私人持有之物皆是。

二、供犯罪所用，或供犯罪預備之物 供犯罪所用之物者，卽實行犯罪所使用之物也。如犯殺人罪所用之刀鎗，犯竊盜罪所用之鑽孔器，犯賭博罪所用之賭具皆是。供犯罪預備之物者，卽準備實行犯罪時所欲用之物也。爲準備實行偽造貨幣罪所欲用之器械材料，準備實行誹謗名譽罪所欲用之文書圖畫皆是。

三、因犯罪所得之物 因犯罪所得之物者，卽因犯罪行爲所取得之物也。如因犯詐欺罪所取得之財物，因犯賄賂罪所收受之財物，因犯強盜竊盜罪所盜取之物品等皆是。惟因犯罪所得之物，除因刑法有追徵價額之規定（如新刑法第一二二條第二項）外，僅以直接所取得之物爲限，可以沒收之。至若現實所得之物，與因犯罪行爲所取得之物，僅有間接關係，縱令實係因犯罪所得之物，亦不得予以沒收。例如因售賣盜取物品所得之賣價不得沒收是也。

以上沒收物中第一款之違禁物，則無論屬於何人，卽不問屬於犯人與否，皆得沒收之。（第三十八條第二項）至第二款第三款之物，以屬於犯人者爲限，得沒收之。否則有害及犯人

以外者之利益，且於刑止一身之原則相違背，故不能不有此限制。（第三十八條第三項）但有特別規定者，仍依其規定。即第二款第三款之物，屬於犯人以外之人時，如法律有特別規定，仍得予以沒收。例如新刑法第二百六十六條之賭博罪，依該條第二項之規定，當場賭博之器具與在賭台或兌換籌碼之財物，不問屬於犯人與否，得沒收之是。

沒收既爲從刑，則科沒收時，當以主刑爲前提。若主刑不存在時，不得科以沒收，此爲原則。但例外如親屬間之財產犯罪，依法律免除其刑者，仍得專科沒收。（第三十九條）固不以主刑之存在爲主要也。

又沒收之物，應於裁判時，與主刑併宣告之。若遇有違禁物，即令主刑不存在，亦得單獨宣告沒收。（第四十條）蓋以違禁物危害社會，無論何人不能持有，固不必隨主刑而科之，此又屬於例外之規定也。

關於沒收之情形，尚有應研究者數點，分別說明如次：

（一）從物之沒收問題？如兇刀沒收，刀套是否亦沒收之？學說判例對於此點，一致主



張從物應隨主物而轉移，當然亦在沒收之列。

(2) 加工物之沒收問題？物在犯人手中，往往爲其加工，如放鎗之時，本爲普通之鎗，嗣經修理變爲他物，或增加材料與原狀不同。學說判例關於此點，均主張加工物如不能回復原狀，不能沒收也。例如布已變爲衣服是。

(3) 牽連犯之沒收問題？牽連犯，依新刑法第五十五條，應從一重處斷。是關於重罪之物，固應沒收，即關於輕罪之物，如合於第三十八條規定，亦應沒收之。例如以偽造文書詐欺取財，從詐欺取財處斷，則其偽造之文書，亦應沒收之。蓋本係二罪，不過法律以明文認爲一罪，根本上既犯二罪，則關於該二罪應沒收之物，自應同一辦理也。

(4) 結合犯之沒收問題？與上述牽連犯問題同一方法解決。

(5) 犯罪前或犯罪後所用之物，得沒收否？新刑法第三十八條第二款第三款之規定，並未以犯罪前後爲標準，苟與規定之條文不合，自不得沒收，並非犯罪前後之物盡應沒收也。就犯罪前者而言，例如毒殺盛藥之瓶，磨刀之石，則不得沒收。因供犯罪所用者爲毒藥與

刀，其非直接供犯罪所用之物，不過間接有關係者，故不應沒收也。若就犯罪後者而言，各法院常有將運賊之牲畜船舶亦沒收者。殊不知運賊之時，竊盜罪已完全成立，與竊盜之罪無關，從而沒收之，實乃大謬也。

(6) 新刑法第三十八條所謂犯人，是否包括共犯？關於此問題，自應認為包括共犯在內。例如甲乙共同殺人，甲先被捕，經審判，其刀為乙所有，應沒收之。嗣後乙被捕，裁判時仍應沒收其刀，此即所謂二重沒收是也。然此就不同時裁判者而言，若甲乙同時受裁判，其主文為「甲乙共同殺人罪，各處……刑，兇刀一柄沒收。」如甲一人上訴，則不但主刑部分上訴，對從刑部分亦上訴，但經上訴審判決無罪時，而兇刀仍應沒收之。因甲之主刑從刑雖已俱無，而乙之主刑從刑，已因裁判確定而仍存在也。

(7) 所謂屬於犯人，是否必須除犯人所有權外無有他人在物上設定權利？關於此問題之學說有二：(一) 完全屬於犯人說；(即無設定之權利) 日本舊時判例採之，我國昔日施行之暫行刑律亦然。蓋以他人曾設有權利，從而沒收之，勢必侵害第三人之權利故也。(二) 不限

於犯人以外無有權利者說；（即他人在其物上設有權利亦得沒收）日本最近判例採之，因如恐第三人之權利受侵害，而第三人對於犯人可以行使求償權。我最高法院亦採此說。

（8）沒收之物，是否以扣押之物爲限？關於此問題，前大理院判例，認爲以扣押之物爲限，最高法院仍沿用之。惟此種判例，將來難免變更，因對於未經扣押之物，新刑法既無明文不得宣告沒收之限制，是從而宣告之，不得謂爲違法。至於執行上是否困難，又另一問題也。

（9）合於第三十八條第二三款之物，是否必須沒收？按沒收本有必科主義、得科主義二種，第三十八條第三項前段既規定得沒收之，自探得科主義。故沒收與否，屬於審判官自由裁量之範圍，并非當然應沒收也。近年各省第二審法院往往以第一審未沒收爲違法，實乃大謬。

（10）經濟上無價值之物，應否沒收？例如以碎磚碎瓦傷人，其磚瓦舊時各法院亦沒收之，現則可無庸沒收，因根本上係探得科主義也。且沒收爲財產刑之一種，須因國家取得所

有權而犯人財產上有所損害，碎磚碎瓦之類，雖沒收亦與犯人之財產無損，故不必沒收之。

(1) 過失犯得宣告沒收否？對於過失犯能否宣告沒收？有積極消極二說：(一)積極說；謂刑法既無限制過失犯罪不能沒收之明文，是苟合於沒收之規定，當然可以沒收。(二)消極說；謂過失犯以處罰金爲原則，如能宣告沒收，則處數元罰金者，恆至沒收千元之物，有從刑重於主刑之弊，故過失犯不能宣告沒收。解釋我新刑法，應採積極說爲當。

## 第五章 刑之酌科及加減

### 第一節 刑之酌科

刑之酌科者，即審量犯罪動機犯罪目的及犯人品性等，而爲刑罰之適用也。近代各國刑法，論罪科刑，多由絕對法定主義，而爲相對法定主義，於一定範圍之內，予審判官以自由裁量之權。蓋犯罪情狀，千態萬變，有非立法者所能想像而得者。於罪既舍列舉主義而探概

括主義，於刑卽不可不舍絕對法定主義而採相對法定主義，庶可彼此呼應，以免畸輕畸重之弊！然在相對法定主義之下，苟不樹立科刑之基本原則，則科刑之重輕，一任審判官之自由裁量，終恐輕重失序，難期平衡。故新刑法亦仿舊刑法之例，於第五十七條規定科刑之一般標準。其條文曰：「科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，爲科刑輕重之標準；」

- 一、犯罪之動機；
- 二、犯罪之目的；
- 三、犯罪時所受之激刺；
- 四、犯罪之手段；
- 五、犯人之生活狀況；
- 六、犯人之品性；
- 七、犯人之智識程度；
- 八、犯人與被害人平日之關係；

九、犯罪所生之危險與損害；

十、犯罪後之態度；

就右列第一款至第十款所列一般科刑之標準，與舊刑法第七十六條第一項所列各款比較，有如下表：

新 刑 法	舊 刑 法
一 犯罪之動機 二 犯罪之目的 三 犯罪時所受之激勵 四 犯罪之手段 五 犯人之生活狀況 六 犯人之品行 七 犯人之智識程度 八 犯人與被害人平日關係 九 犯罪所生之危險或損壞 十 犯罪後之態度	一 犯罪之原因 二 犯罪之目的 三 犯罪時所受之刺激 四 犯人之心術 五 犯人之品行 六 犯人之智識程度 七 犯人與被害人平日之關係 八 犯罪之結果 九 犯罪後之態度

據右表觀察，舊刑法第四款「犯人之心術」，已爲新刑法所刪除，而新刑法第四款「犯罪之手段」及第五款「犯人之生活狀況」，則爲新刑法所增訂。茲就新刑法第五十七條所列各款之意義，分別說明如次：

第一款所謂犯罪之動機，即指發動犯罪意思之原因而言。以殺人罪言，其動機有原因於復仇者，有原因於一時之氣忿者。以強盜罪言，有因貧乏者，有因貪慾者，苟不有以分辨，則罪情之輕重，將失其平衡矣。此科刑所以應注意犯罪之動機也。

第二款所謂犯罪之目的，即指欲依犯罪而達之目的而言。如復仇而殺人，其目的即在慰父兄之靈而洩其憤。如因貧乏而爲強盜，其目的即在救饑寒而全衣食。此項犯罪目的，有無可憫，抑可厭惡，至與刑罰輕重有關。此科刑時所以應注意犯罪之目的也。

第三款所謂犯罪時所受之刺激，例如犯人爲人愚惑，偶爾爲之，或因一時被謗，盛氣犯罪者是。此種刺激，亦與刑罰輕重有關，此科刑時所以應注意犯人犯罪時所受之刺激也。

第四款所謂犯罪之手段，例如殺人，支解折割，即較一般情形爲殘酷。又如強姦，以暴

力與藥劑，情節即屬不等。刑罰之重輕，自不可無差別。此科刑時所以應注意犯罪之手段也。

第五款所謂犯人之生活狀況，蓋以犯罪之原因，除心理的或生理的畸形變態外，貧窮又為犯罪之本源，對於利慾上之犯罪，影響尤巨。故犯罪人之生活狀況如何，未始不可為量制之標準。此科刑時所以應注意犯人之生活狀況也。

第六款所謂犯人之品性，即指犯人平日之品性，有善良者，有非善良者而言。素行善良而偶然至於犯罪者，如所謂瞬間犯是，其情狀自輕。素行不良，因而至於犯罪者，其情狀自重，就中尤以遊手好閑者為最不良。蓋此等惰質，常與犯罪有密接之關係，如習慣犯職業犯等，大半因其有惰惰之惡習使然。故遇此種不良品行而與其所犯之罪有關係者，宜科以較重之刑。此科刑時所以應注意犯人之品性也。

第七款所謂犯人之智識程度，即指犯人之辨識力及意思力是否薄弱而言。而是否為深明世故？是否為鄉愚無知？均足為罪情輕重參考之資。此科刑時所以應注意犯人之智識程度



也。

第八款所謂犯人與被害人平日之關係，例如犯人與被害人具有親戚友朋或主僕等關係，則加害之，適以形其惡性之深。如無上述關係，而平日爲一漠不相關或并不認識者，則雖發生加害情形，當裁量刑罰時，自不能與具有親戚關係之人相提并論。此科刑時所以應注意犯人與被害人平日之關係也。

第九款所謂犯罪所生之危險或損害，即指犯罪之影響及其實害之結果而言。影響大，實害亦大，罪責自亦隨之而大。影響輕，實害亦輕，罪責自亦隨之而輕。此科刑時所以應注意犯罪所生之危險或損害也。

第十款所謂犯罪後之態度，例如犯人犯罪後，而力謀回復原狀或賠償損害者，是悔悟之態度也。反之如事雖發覺，而堅不吐實，或千方隱匿贓物爲出獄後計者，是怙惡不悛之態度也。皆足爲刑罰重輕之標準！此科刑時所以應注意犯人犯罪後之態度也。

要之刑之酌科，在理論上可分二個標準。即一方須依犯人罪責之輕重大小而定，他方又

須視受刑者所感受之程度如何以決之是也。上述一至四及七至八各款，似含第一標準之意。五六十三款，似含有第二標準之意。然此二標準非互相對待，實則相須爲用，第二標準所以補第一標準之不足，因有第二標準，而後第一標準始得全其用也。

刑之酌科，適當固難，而在科罰金刑時爲尤甚。蓋所科過重，致犯人不能繳納，則易服勞役，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，富者納之則無損毫末，其不平孰甚？故欲求比較平允之法，科罰金時，惟有斟酌犯人財產之關係，以爲罰金酌科之標準。一八九一年萬國刑法學會議決原則，科罰金時，除審酌各情形外，兼審酌犯人財產上之關係。外國法律以此原則定爲標準者，那威、西班牙、丹麥、葡萄牙、瑞士數州，及中南美洲諸國，最近如奧國及德國刑法草案，均有此種規定，我新刑法採之，故有第五十八條規定。其文曰：「科罰金時，除依前條規定外，並應審酌犯人之資力，及因犯罪所得之利益，如所得之利益，超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內，酌量加重；」實爲適應罪情相協所必要，抑

亦最新之法例。

我國古代刑法，本探計贓論罪之制。顧自暫行刑律以還，此種法例，久已廢止。且暫行刑律以後，罰金刑於總則編僅有最低度之規定，最高度之限制，讓諸分則編，然分則編所規定之最高度之刑，雖因其罪責而輕重不等，終係抽象的規定，在或種情形之下，究不免有失之過低之虞。例如業務上侵占罪，依舊刑法第三百五十七條規定，得併科三千元以下罰金，若犯人侵占結果所實得之利益在十萬之數，則併科最高度之罰金刑，甯能相協？此新刑法以罰金刑應審酌因犯罪所得之利益，如超過最多額時，并得在此範圍內酌量加重之規定，深堪吾人贊同者也。

## 第二節 刑之加重減免

刑之加重減免者，即於刑罰之裁量範圍內，審判官認為適宜時，得以加重減輕或免除之謂也。蓋現代刑法，採用相對的法定主義，刑法各本條有規定數種刑罰者，有規定一種相對

刑者，審判官於此一種相對刑或數種刑罰之範圍內，固得自由裁量，適應犯情，選擇相當之刑。然有時處以範圍內最高度之刑，猶嫌過輕，有時處以範圍內最低度之刑，猶嫌過重，則其所定裁量範圍，有不能適用之虞矣。於是不得不另定伸縮其範圍之條件，於此條件之外，不許審判官擅斷的而爲刑之加重減免，此刑法上加重減免之規定所由設也。茲分款述之於後：

## 第一款 加重

刑罰之加重，有審判上加重與法律上加重之別。審判上加重者，依審判官之職權，酌量加重其刑之謂也。法律上加重者，依法律規定之原因，可加重其刑之謂也。分述如次：

### 第一 審判上之加重

審判上之加重，即酌量加重之謂。此種加重，我新刑法上僅限定罰金刑可以適用，其他各種刑罰則否。依新刑法第五十八條規定：「科罰金時，除依前條規定外，并應審酌犯人之

資力，及因犯罪所得之利益，如所得之利益，超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內，酌量加重；」此即審判上之加重也。

酌量加重之制，我國以前各刑法均未採用。當民國四年北京政府第一次修正刑法時，政事堂諮議張廷讓氏曾力主增設專條，而爲我國修纂大清新刑律草案之日本岡田朝太郎氏，亦先會草定條文，惟以多數委員之反對，於上奏案時刪削之。自茲以降，刑法屢經纂修，均沿舊例，殆亦出諸「與其殺不辜，寧失不經」之傳統的刑事政策所致歟？新刑法增設酌量加重之規定，其理由可於酌減之理由中想像得之，固無庸贅贅。然酌減爲我中國刑法之特例，具有攸久之歷史。而酌加則甫令新增，或恐有失入之慮。故新刑法對於酌加，尙無普遍之規定，即僅限於罰金刑而適用，且附以嚴格之條件。此則立法者維護人權之苦心，實應爲吾人所深諒也。

## 第二 法律上之加重

法律上之加重，即依法律規定之原因，而加重其刑之謂。其中有一般加重與特別加重之

分；一般加重者，即刑法總則編規定關於一切犯罪所共通適用之加重之謂。易言之，即從總則之規定，無論何種犯罪，如具有法律上一定之條件，皆須加重其刑者也。例如新刑法總則第四十七條所規定之累犯加重，第五十六條所規定之連續犯加重是。特別加重者，即法律規定對於某種犯罪，特別的加重其刑罰之謂。我新刑法於總則編不設特別加重之規定，凡遇有特別加重之情形存在，悉規定於分則編各本條之中，以之爲一種特別犯罪，科以獨立較重之刑。例如新刑法分則編第一百七十條之誣告直系血親尊親屬罪，加重其刑之二分之一，第二百零七十二條之殺直系血親尊親屬罪之處罰，較第二百零七十一條之一般殺人罪爲重，即爲特別的加重其刑罰是。

## 第二款 減輕

刑罰減輕之情形有二；一爲審判上之減輕，二爲法律上之減輕，審判上之減輕者，即由審判官審酌一切情狀而減輕之謂也。法律上之減輕者，即依法律所規定之原因而減輕之謂也。

。茲分述如次：

## 第一 審判上之減輕

審判上之減輕，又曰酌量減輕，即審判官審判犯罪之際，見犯罪情狀可以憫恕，法定刑罰過重，以其職權酌量減輕其刑罰之謂。新刑法第五十九條規定曰：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑；」又第六十條規定曰：「依法律加重或減輕者，仍得依前條之規定，酌量減輕其刑；」是兩種減輕可以併用也。惟所謂酌量減輕其刑，究減輕刑罰至若干分之幾乎？於此不無疑義，依新刑法第七十三條規定：「酌量減輕其刑者，準用減輕其刑之規定；」又第六十六條規定曰：「有期徒刑拘役罰金應減輕者，減輕其刑至二分之一，但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二；」觀此則可以無疑矣！

## 第二 法律上之減輕

法律上之減輕，又分爲一般減輕與特別減輕二種。一般減輕之原因，規定於總則編，無論何種犯罪，均可適用而減輕之，特別減輕之原因，則規定於分則編，僅限於各本條所規定

者可以適用而減輕之。分述如次：

一、一般減輕 我新刑法總則編以明文規定一般減輕其刑罰者，有左列十一種：

(1) 不知法律之減輕 新刑法第十六條曰：「不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節，得減輕其刑；」

(2) 未滿十八歲人犯罪之減輕 新刑法第十八條第二項曰：「十四歲以上未滿十八歲人之行為得減輕其刑；」又第六十三條曰：「未滿十八歲人犯罪，本刑為死刑或無期徒刑者，減輕其刑；」

(3) 滿八十歲人犯罪之減輕 新刑法第十八條第三項曰：「滿八十歲人之行為得減輕其刑；」又第六十三條曰：「滿八十歲人犯罪，本刑為死刑或無期徒刑者，減輕其刑；」

(4) 精神耗弱人犯罪之減輕 新刑法第十九條第二項曰：「精神耗弱人之行為，得減輕其刑；」

(5) 瘖啞人犯罪之減輕 新刑法第二十條曰：「瘖啞人之行為，得減輕其刑；」



(6) 防禦行為過當之減輕 新刑法第二十三條曰：「對於現在不法之侵害而出於防衛自己或他人權利之行為不罰，但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑；」

(7) 避免行為過當之減輕 新刑法第二十四條曰：「因避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行為不罰，但避難行為過當者，得減輕或免除其刑；」

(8) 未遂犯之減輕 新刑法第二十六條曰：「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之，但其行為不能發生犯罪之結果又無危險者，減輕或免除其刑；」

(9) 中止犯罪之減輕 新刑法第二十七條曰：「已着手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑；」

(10) 從犯之減輕 新刑法第三十條第二項曰：「從犯之處罰，得按正犯之刑減輕之；」

(11) 自首之減輕 新刑法第六十二條曰：「對於未發覺之罪，自首而受裁判者，減輕其刑，但有特別規定者，依其規定；」

以上第一至第十一各種減輕之理由，除自首外，均已於第二編犯罪中述之。茲僅述自首

之要件及理由如次：

自首者，犯人對於未發覺之犯罪，自首於該管公務員而受裁判之謂也。其要件有三：（一）須對於未發覺之犯罪；未發覺者，即有搜索權之該管公務員，或有請求權之人，尙未知其犯罪事實，或知其犯罪事實，而不知犯人爲誰之謂。故在犯罪發覺之後，而犯人信爲尙未發覺，因之自首者，不生自首之效力。（二）須自己告知其犯罪；蓋由被害人告知者，謂之告訴，由第三人告知者，謂之告發，因訊問結果告知者，謂之自白，皆非自首。故須犯人自己告知其犯罪，方生自首之效力。在告知之方法，無論用書狀言詞或函電，均無不可，惟須向有管轄權之公務員告知，但不必以犯人之親臨官署爲必要。（三）須受該管公務員裁判；受該管公務員裁判者，謂自赴審判機關，甘受裁判其罪之謂。蓋自首而不受裁判，則真相不易明確，有違自首規定之本旨。例如犯人犯罪之後，隱匿不出，僅通信該管公務員，告知自知之犯罪，而不受其裁判者，則不生自首之效力是。自首具備以上三要件，則可適用第六十二條規定，享減輕其刑法之利益。如分則編有特別規定免除其刑時，（如一〇二條犯預備陰謀內

亂罪之自首是)并可享免刑之利益也。

自首之效力，依昔時暫行刑律規定，自首於官，得減本刑一等，犯親告罪，而向有告訴權之人首服者亦同。依舊刑法規定，得減所首罪三分之一。新刑法第六十二條，雖僅規定減輕其刑，是實際上可減輕至二分之一，由此可知其範圍已有逐漸擴張之趨勢。

又按自首減輕之制，為我中國刑法特有之精神，蓋犯人自首犯罪，一方可節省國家偵查犯罪之勞費，一方可表示犯罪後悔悟之誠意，一方可免株連無辜，減少冤抑。法律原情矜憫，獎勵悟過，不可不以減輕論責為原則。新刑法更從而擴充其範圍，益足發揚我中華法系固有之真義也。

二、特別減輕 我新刑法分則編以明文規定特別減輕其刑罰者，有左列九種：

(1)預備或陰謀犯內亂罪自首之減輕 新刑法第一百零二條曰：「犯第一百條第二項或第一百零一條第二項之罪而自首者，減輕或免除其刑；」

(2)犯行求賄賂罪自首之減輕 新刑法第一百二十二條第三項曰：「對於公務員或仲裁

人，關於違背職務之行為，行求期約或交付賄賂或其他不正利益者，……但自首者減輕或免除其刑，在偵查或審判中自白者，得減輕其刑；」

(3) 犯參與犯罪為宗旨之結社罪自首之減輕 新刑法第一百五十四條第二項曰：「犯前項之罪而自首者，減輕或免除其刑；」

(4) 親屬犯便利脫逃罪之減輕 新刑法第一百六十二條第四項曰：「配偶五親等內之血親 或三親等內之姻親，犯第一項之便利脫逃罪者，得減輕其刑；」

(5) 犯湮沒證據罪自白之減輕 新刑法第一百六十六條曰：「犯前條之罪，於他人刑事被告案件裁判確定前自白者，減輕或免除其刑；」

(6) 親屬犯藏匿人犯及湮沒證據之減輕 新刑法第一百六十七條曰：「配偶五親等內之血親，或三親等內之姻親，圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，而犯第一百六十四條或第一百六十五條之罪者，減輕或免除其刑；」

(7) 犯偽證誣告罪自白之減輕 新刑法第一百七十二條曰：「犯第一百六十八條至第一

百七十一條之罪，於所虛僞陳述或所誣告之案件裁判或懲戒處分確定前自白者，減輕或免除其刑；」

(8) 犯妨害家庭罪送回被誘人之減輕 新刑法第二百四十四條曰：「犯第二百四十條至第二百四十三條之罪，於裁判宣告前，送回被誘人或指明所在地，因而尋獲者，得減輕其刑；」

(9) 犯妨害自由罪送回被誘人之減輕 新刑法第三百零一條曰：「犯第二百九十八條至第三百條之罪，於裁判宣告前送回被誘人或指明所在地因而尋獲者，得減輕其刑；」

### 第二款 免除

免除者，謂依法律規定免刑之原因，宣告免除其刑罰也。刑罰之免除，與免除刑之執行不同。免除刑之執行者，法院已具體宣告刑罰，因特赦關係而免除刑罰執行之謂也。刑罰之免除，亦有一般免除與特別免除之分。總則編所規定一般犯罪共通所適用之免除，曰一般免

除。分則編各本條所規定限於特定犯罪所適用之免除，曰特別免除。茲分述如次：

一、一般免除 我新刑法總則編以明文規定一般犯罪共通所適用之免除，有左列六種：

(1) 經外國確定裁判已受刑之執行之免除 新刑法第九條曰：「同一行爲，雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷，」但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行；」

(2) 防衛行爲過當之免除 新刑法第二十三條曰：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲不罰，但防衛行爲過當者，得減輕或免除其刑；」

(3) 避難行爲過當之免除 新刑法第二十四條曰：「因避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行爲不罰，但避難行爲過當者，得減輕或免除其刑；」

(4) 不能未遂犯之免除 新刑法第二十六條但書曰：「其行爲不能發生犯罪之結果又無危險者，減輕或免除其刑；」

(5) 中止未遂犯之免除 新刑法第二十七條曰：「已着手於犯罪行爲之實行，而因己意

終止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑；」

(6)情節輕微案件之免除 新刑法第六十一條曰：「犯左列各罪之一，情節輕微，顯可憫恕，認為依第五十九條規定，減輕其刑仍嫌過重者，得免除其刑；」

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

(二)犯第三百二十條之竊盜罪；

(三)犯第三百三十五條之侵占罪；

(四)犯第三百三十九條之詐欺罪；

(五)犯第三百四十九條第二項之贓物罪；

二、特別免除 我新刑法於總則編規定一般免除外，更於分則編設特別免除刑罰之規定。計有左列十一種。

(1) 犯預備或陰謀內亂罪自首之免除 新刑法第一百零二條曰：「犯第一百條第二項或第一百零一條第二項之罪而自首者，減輕或免除其刑；」

(2) 犯行賄賂罪自首之免除 新刑法第一百二十二條第三項曰：「對於公務員或仲裁人，關於違背職務之行爲，行求期約或交付賄賂或其他不正利益者，……但自首者減輕或免除其刑；」

(3) 參與以犯罪爲宗旨之結社自首之免除 新刑法第一百五十四條曰：「犯前項之罪而自首者，減輕或免除其刑；」

(4) 犯湮沒證據罪自首之免除 新刑法第一百六十六條曰：「犯前條之罪，於他人刑事被告案件裁判確定前自白者，減輕或免除其刑；」

(5) 親屬間犯藏匿人犯罪之免除 新刑法第一百六十七條曰：「配偶，五親等內之血親，或三親等內之姻親，圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，而犯第一百六十四條或第一百六十五條之罪者，減輕或免除其刑；」



(6) 犯偽證及誣告罪自白之免除 新刑法第一百七十二條曰：「犯第一百六十八條至第一百七十一條之罪，於所虛偽陳述或所誣告之案件裁判或懲戒處分確定前自白者，減輕或免除其刑；」

(7) 謀爲同死自殺之免除 新刑法第二百七十五條第三項曰：「謀爲同死而犯第一項之罪者，得免除其刑；」

(8) 親屬間犯竊盜罪之免除 新刑法第三百二十四條曰：「於直系血親配偶或同財共居親屬之間犯本章之罪者，得免除其刑；」

(9) 親屬間犯侵占罪之免除 新刑法第三百二十八條曰：「第三百二十四條之規定，於前四條之罪準用之；」

(10) 親屬間犯詐欺背信罪之免除 新刑法第三百四十三條曰：「第三百二十四條之規定，於前四條之罪準用之；」

(11) 親屬間犯贓物罪之免除 新刑法第三百五十一條曰：「於直系血親配偶或同財共居

親屬之間犯本章之罪者，得免除其刑；」

## 第三節 刑之加減例

刑之加減例者，即刑罰加重減輕之分量次序及其限制之謂。易言之，即刑罰加減之標準也。蓋刑法於各本條規定法定刑以外，復按各罪之情狀，而有法律上與審判上之各種加減，使審判官自由裁量宣告適當之刑。然加重減輕時，若無一定標準，則加者可至死刑，減者可至免除，所謂罪刑法定主義之適用，亦將徒托空言。此我新刑法第六十三條至第七十三條，所以有加減分量次序及其限制之規定也。茲分述如次：

### 第一 限制幼年人老年人適用死刑無期徒刑之例

新刑法第六十三條第一項曰：「未滿十八歲人或滿八十歲人犯罪者，不得處死刑或無期徒刑，本刑為死刑或無期徒刑者，減輕其刑；」第二項曰：「未滿十八歲人犯第二百七十二條第一項之罪者，不適用前項之規定；」蓋以幼年之人涉世未深，智慮單薄，偶罹法網，未

始無改悔之望。若處以極刑或無期徒刑，絕其生機，或終身隔離社會，未免過苛，有失刑法預防改善之旨。老年之人，人情世故，雖較熟悉。然以高年精神耗弱，智慮衰退，偶罹法網，情已可憫，即免于處死刑或無期徒刑，尚不致更貽社會以若何重大之危害。是新刑法第六十三條之規定，無論在人道上法理上，均爲必要也。至未滿十八歲人犯第二百七十二條第一項殺直系血親尊親屬罪，則爲屬於逆倫重大犯罪，我國素重倫常，故不適用死刑無期徒刑之限制，自得處以法定之死刑或無期徒刑，又爲限制中之例外也。

## 第二 刑罰加重之例

一、死刑不得加重；（第六十三條第一項） 死刑爲極刑，死刑之上，已無再重之刑，故死刑不得加重。

二、無期徒刑不得加重；（第六十五條第一項） 無期徒刑爲次於死刑之刑，雖無期徒刑之上尚有死刑，然二者性質各別，一爲剝奪人之自由，一爲剝奪人之生命，若自由刑而能加入於死，則於法理大相違背，故新刑法特以明文限制之。

三、有期徒刑應加重者，其最高度及最低度同加之；（第六十七條）例如使人受重傷者，處五年以上十二年以下有期徒刑，因其爲累犯，應加重本刑二分之一，則爲七年六月以上十八年以下有期徒刑是。蓋最高度之十二年以下有期徒刑，與最低度之五年以上有期徒刑，須同時加重也。惟因加重結果，而有不滿一日之時間者，則不算。（第七十二條）

四、拘役應加重者，僅加其最高度；（第六十八條）例如法定爲拘役，加重本刑三分之一，則爲二月二十日未滿拘役，加重本刑二分之一，則爲三月未滿拘役是。惟因加重結果而有不滿一日之時間者，則不算。（第七十二條）

五、罰金應加重者，僅加其最高度；（第六十八條）例如法定爲二千元以下罰金，加重本刑三分之一，則爲二千六百六十六元以下罰金，加重本刑二分之一，則爲三千元以下罰金是。惟因加重結果而有不滿一元之額數者，則不算。（第七十二條）

六、有二種以上之主刑者，加重時併加之；（第六十九條）例如犯第三百二十條單純竊盜罪，應處五年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金，因其爲累犯，加重本刑二分之一，則

爲七年六月以下有期徒刑拘役或七百五十元以下罰金是。蓋五年以下有期徒刑拘役及五百元以下罰金，係二種以上之主刑，故應同時併加也。

七、有二種以上刑之加重者，遞加之；（第七十條）例如犯單純傷害罪，應處三年以下有期徒刑拘役或一千元以下罰金，倘係傷害直系血親尊親屬，須加重其刑二分之一，則爲四年六月以下有期徒刑拘役或一千五百元以下罰金。因其爲累犯，又須加重其刑二分之一，則爲六年九月以下有期徒刑拘役或二千二百五十元以下罰金是。

### 第三一 刑罰減輕之例

一、死刑減輕者，爲無期徒刑，或爲十五年以下十二年以上有期徒刑；（第六十四條第二項）此爲擬制的規定減輕之例。蓋有期徒刑拘役之期限，可以分計者也。罰金之額數，亦可以分計者也。故於減輕時，規定減其最高度，或並減其最低度，已足以資適用。而死刑及次款之無期徒刑，不能以分計者也。故有此擬制的規定。所謂減輕爲無期徒刑者，當指減輕三分之一者而言。所謂減輕爲十五年以下十二年以上有期徒刑者，當指減輕二分之一者而

言。條文雖未明定，而當然解釋之結果，固應如是也。

二、無期徒刑減輕者，爲七年以上有期徒刑；（第六十五條第二項）此與上述死刑同爲擬制的規定減輕之例，毋庸贅述。惟無期徒刑減輕，由七年以上至十五年，範圍廣大，是無論減輕二分之一或三分之一，已足適用而有餘，故僅有概括的減輕範圍之規定。

三、有期徒刑拘役罰金減輕者，減輕其刑至二分之一，但同時有免除其刑之規定者，其減輕得至三分之二；（第六十六條）例如犯和誘未滿二十歲之男女脫離家庭罪者，法定刑應處三年以下有期徒刑，若於裁判宣告前送回被誘人，依第二百四十四條規定，得減輕其刑。條文僅云得減輕其刑，究竟減輕若干，並未明定，此時即可適用有期徒刑減輕者，減輕其刑至二分之一之例，於法定三年以下有期徒刑上，減輕其刑至多二分之一，爲一年六月以下有期徒刑是。又如犯湮滅關係他人刑事被告案件之證據罪者，法定刑應處二年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金，若於他人刑事被告案件裁判確定前自白者，減輕或免除其刑，此時即可適用同時有免除其刑之規定者得減輕其刑至三分之二之例，於二年以下有期徒刑拘役或五

百元以下罰金上，減輕其刑三分之二爲八月以下有期徒刑拘役或一百六十六元以下罰金是。

四、有期徒刑應減輕者，其最高度及最低度同減之；（第六十七條）例如犯和誘未滿二十歲之男女脫離家庭罪者，法定刑應處三年以下有期徒刑，審判官認犯罪之情狀可以憫恕，予以酌量，減輕其刑二分之一，則爲一年六月以下二月未滿有期徒刑是。（參照第三十三條第三款）蓋最高度之三年以下有期徒刑，與最低度之二月以上有期徒刑同時減輕也。惟因減輕結果而有不滿一日之時間者，則不算。（第七十二條）

五、拘役應減輕者，僅減其最高度；（第六十八條）例如法定主刑爲拘役，減輕本刑三分之一，則爲一月十日未滿拘役，減輕本刑二分之一，則爲一月未滿拘役是。惟因減輕結果而有不滿一日之時間者，則不算。（第七十二條）

六、罰金應減輕者，僅減其最高度；（第六十八條）例如法定爲一千元以下罰金，減輕三分之一，則爲六百六十六元以下罰金，減輕二分之一，則爲五百元以下罰金是。惟因減輕結果而有不滿一元之額數者，則不算。（第七十二條）

七、有二種以上之主刑者，減輕時併減之；（第六十九條）例如犯單純竊盜罪，應處五年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金，因犯人自首，減輕三分之一，則為三年四月以下有期徒刑拘役或三百三十三元以下罰金是。蓋徒刑拘役罰金，係二種以上之主刑，故應同時併減也。然此係就二種以上之主刑為有期徒刑拘役或罰金者而言。若二種以上之主刑係死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者，則將如何併減之？例如新刑法第二百七十一條之殺人罪，應處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑，併減二分之一，其死刑，減為十五年以下十二年以上有期徒刑，其無期徒刑，減為七年以上有期徒刑，其十年以上有期徒刑減為五年以上七年六月以下有期徒刑，併減之結果，則應為十五年以下五年以上有期徒刑是。

八、有二種以上之減輕者，遞減之；（第七十條）例如犯單純傷害罪，應處三年以下有期徒刑拘役或一千元以下罰金，因犯人係精神耗弱之人，減輕三分之一，審判官又認犯罪之情狀可以憫恕，減輕三分之一，是即有二種以上之減輕，自應依法遞減，於三年以下有期徒刑拘役或一千元以下罰金上減輕二分之一，則為二年以下有期徒刑拘役或六百六十六元以下



罰金，再就減成之本刑減輕三分之一，則爲一年四月以下有期徒刑拘役或四百四十四元以下罰金是。惟因遞減結果而有不滿一日之時間或不滿一元之額數者，則不算。（第七十二條）

九、有二種以上之減輕，如分數不同等者，先依較少之分數減輕之；（第七十一條後段）

此種減輕之例，僅適用於分數不同等者，若分數相同，則適用上述八款遞減之例減輕可也。例如使人受重傷者，處五年以上十二年以下有期徒刑，因犯人自首，減輕二分之一，又因犯罪之狀況可以憫恕，減輕三分之一，是即二種以上不同等分數之減輕。自應先依較少之分數三分之一於五年以上十二年以下有期徒刑上減輕，則爲三年四月以上八年以下有期徒刑，再就減成之刑減輕二分之一，則爲一年八月以上四年以下有期徒刑是。惟是此種先依較少分數減輕之例，新刑法專爲上述一二兩款而設，其他各款，均無關係也。例如甲犯死刑，具有二種減輕原因，而其減輕分數不同，一爲二分之一，一爲三分之一，若於死刑上先減輕二分之一，則爲十五以下十二年以上有期徒刑，（參閱第六十四條第二項）再減輕三分之一，則爲十年以下八年以上有期徒刑，設於死刑上先減輕三分之一，則爲無期徒刑，（參閱第六十四

條第二項）再於無期徒刑上減輕二分之一，則爲七年以上有期徒刑，其結果之不同如此。可知先依較少分數減輕之例，乃專爲第六十四條第二項及第六十五條第二項，因遇二種以下不同等分數之減輕，而定其先後次序也。

十、酌量減輕其刑者，準用減輕其刑之規定；（第七十三條）例如新刑法第五十九條規定：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑；」而無減輕若干分之幾字樣，設有犯罪情狀可憫恕者，審判官則可依第七十三條，準用第六十六條減輕其刑至二分之一是。

#### 第四 加減競合之例

新刑法第七十二條前段曰：「刑有加重及減輕者，先加後減，」此即加減競合之例也。加減之競合云者，即其犯罪有加重原因存在，同時又有減輕原因發生之謂。例如有累犯殺人罪者，於犯罪未發覺前向該管公務員自首而受裁判，累犯應加重本刑二分之一，犯罪未發覺前而自首，應減輕三分之一，二者競合，應先就法定本刑加重二分之一後，再減輕三分之一是。

## 第六章 刑之易科及羈押折抵

### 第一節 刑之易科

刑之易科者，謂對於犯罪人宣告刑罰後，執行有或種情形時，准予受刑人易科他種刑罰或處分以代之也。我新刑法規定易科之種類有三，一為自由刑易科罰金，二為財產刑易服勞役，三為自由刑或財產刑易科訓誡。茲分別說明於左：

#### 第一 易科罰金

易科罰金之制，本為舊日施行之暫行刑律所採用。舊刑法以流弊滋深，未予採用，僅於分則中設為選擇刑之規定，并未於總則中規定得為易科，性質不同，適用之範圍自異。新刑法以短期自由刑，易使偶發犯沾染惡習，而執行有困難者，尤不可無救濟之途。故於嚴格之條件下，恢復易科罰金制度。於第四十一條以明文規定曰：「犯最重本刑為三年以下有期徒刑

刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體教育職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金；一依此規定，是准許易科罰金者，須具備下列要件：

一、須犯最重本刑為三年以下有期徒刑以下之刑之罪者。若所犯為最重本刑三年以上有期徒刑之刑之罪，則不得易科。

二、須受六月以下有期徒刑或拘役之宣告者。若受六月以上有期徒刑之宣告，不得易科。

三、須因身體教育職業或家庭之關係執行顯有困難者。身體之關係，如現患重病或身體衰弱等是。教育之關係，如正在學校求學是。職業之關係，如外國船舶之水手，於碇泊地犯輕微之罪，拘役數日，遠行之艦，開行有定時，勢難久待，一旦啓碇歸航，則本船既失必需之水手，犯人又失一定之職業，而所在國反因此增一飄流無業之異國遊民是。家庭之關係，如全家生活，均恃犯人贍養，或親老無依等均是。若無上述各種關係，則執行即無困難，故

不許易科罰金。

四、縱令具備右述三要件，而准許易科與否，仍屬於審判官之職權。審判官認為無易科罰金之必要者，自應依宣告之刑罰執行，受刑人不得以具備要件為理由請求易科。如審判官認為有易科必要時，則另以裁定諭知，以一元以上三元以下折算一日易科罰金。

易科罰金制度之得失，學者間不一其說；然受短期自由刑宣告之人，必使入獄，容或沾染惡習，不僅預防犯罪，難以見效，反而易罹再犯，危險孰甚。故在此不定期刑未實施以前，採用易科罰金之制度，實為唯一最善之辦法。且受短期自由刑或拘役宣告之人，如因身體教育職業或家庭關係，執行顯有困難者，必使入獄拘禁，深恐得不償失。良以犯罪之人，或不諳法令，誤觸刑章，或偶爾疏忽，致罹法網，論法雖應處置，衡情不無可憫，若更具特種情形，不予矜宥變通，抑恐與民情相背馳，難昭翁服。現當監獄擁擠之際，採用流刑，已為事實所不能，恢復易科制度，固亦可藉為疏通之一法。惟法律上對於易科之情形，僅舉其原則，故施行之際，應審酌受刑人實際上之狀況，以為准許與否之標準，不能率予准許，致損

刑罰之威信，及易科之原旨可耳！

## 第一 易服勞役

易服勞役者，即受罰金刑之宣告，無資力不能完納罰金時，易科勞役以代罰金刑之執行是也。新刑法第四十二條著有明文規定曰：「罰金應於裁判確定後兩個月內完納，期滿而不完納者，強制執行，其無力完納者，易服勞役，易服勞役者，以一元以上三元以下折算一日，但勞役期限，不得逾六個月；」誠以巨額之罰金，而力不能納者，勢必至罰金其名而長期自由刑其實，有戾立法之本旨。故法律對於勞役之期限有所限制，以臻平衡。前於財產刑中已詳述之矣！不再贅述。

## 第二 易以訓誡

易以訓誡者，即受拘役或罰金之宣告，而犯罪動機在公益或道義上顯可宥恕者，得易科訓誡，以代拘役或罰金之執行是也。新刑法第四十三條有明文規定曰：「受拘役或罰金之宣告，而犯罪動機在公益上或道義上顯可宥恕者，得易以訓誡；」故易科訓誡，須具備下列三

要件：

一、須受拘役或罰金之宣告者。若受徒刑以上之宣告，自不得易以訓誡。惟法定刑是否爲拘役或罰金？抑或徒刑？則可不問。僅以受拘役或罰金之宣告者爲標準也。

二、須犯罪動機在公益或道義上顯可宥恕者。犯人雖受拘役或罰金之宣告，而受刑人犯罪動機，在公益或道義上若顯無可以宥恕之情狀者，仍不得易以訓誡，致失刑罰之威信。

三、雖具備右述要件，而准許易以訓誡與否？仍屬於審判官之自由裁量，觀條文上之得字自明，固無必許其易科也。

#### 第四 易科之效力

易科之效力如何？觀新刑法第四十四條之規定自明。其文曰：「易科罰金，易服勞役，或易以訓誡，執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論；」蓋易科罰金，其本質實係徒刑或拘役。故雖易科罰金，其效力仍以受徒刑或拘役之執行者論。若日後再犯有期徒刑以上之罪時，則應以累犯論。易服勞役，其本質實係罰金。故雖易服勞役，其效力仍以受罰金之執

行者論，不得因其易科，即視為受徒刑或拘役之執行，異日苟再犯罪，亦不發生累犯問題。至易以訓誡，其本質實係拘役或罰金。故雖易以訓誡，其效力仍以受拘役或罰金之執行者論也。

## 第二節 羈押折抵

羈押折抵者，謂被告人於犯罪裁判確定前，在看守所受羈押之日數，准予抵徒刑或拘役之日數或罰金之額數也。依新刑事訴訟法第一百零一條規定：「被告經訊問後，認為有第七十六條所定之情形者，於必要時得羈押之；」第七十六條所定之情形有四：（一）無一定之住居所者。（二）逃亡或有逃亡之虞者。（三）有湮滅偽造變造證據或勾串共犯或證人之虞者。（四）所犯為死刑無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。四者之中具有其一，而又有羈押之必要者，得羈押之。羈押之本體既非刑罰，在原則上自與所科之本刑無影響。惟遇案件之重大者，往往因偵查審判之時日延長，致被告人久羈押所，幾與受刑之執行者無異，



此我新刑法第四十六條，所以有羈押折抵徒刑或罰金之規定也。

關於羈押折抵本刑，在各國立法例，有裁判主義與法定主義之分。裁判主義者，即羈押之日數折抵本刑與否，一任審判官自由裁量之謂也。採此主義者，如德國荷蘭刑法，日本現行刑法是。法定主義者，即依法律所定一定之要件，以羈押之日數折抵徒刑或罰金刑期金額之謂也。採此主義者，如日本舊刑法是。蓋採裁判主義，則審判官須將羈押日數准予折抵徒刑拘役之日數或罰金之額數記載於裁判主文，主文中無此項記載時，則須為全部刑罰之執行。若採法定主義，則審判官祇須宣告刑罰已足，無須將羈押折抵之字樣記載於裁判主文，檢察官執行時，即可依據法律之規定，扣除羈押之日數而執行之。我國舊刑法採裁判主義，故須將羈押折抵記載於裁判主文。新刑法則採法定主義，在裁判主文中，自無須有羈押折抵之記載。觀新刑法第四十六條曰：「裁判確定前，羈押之日數，以一日抵有期徒刑或拘役一日，或第四十二條第四項裁判所定之罰金額數；」其為採用法定主義無疑！至裁判確定前羈押日數折抵徒刑或拘役之標準，依舊刑法第六十四條之規定，係得以二日折抵徒刑或拘役

一日，新刑法則改爲以一日折抵有期徒刑或拘役一日。蓋以羈押與執行自由刑之性質雖異，而使其喪失自由之結果則無殊。故改以一日折抵一日，殆著重於人民之權利使然。

雖然，羈押於看守所與在監獄執行自由刑，待遇不同，若許以一日折抵徒刑一日，則犯罪人於裁判確定之後，故作無益上訴，以遂其遷延之心，健訟之風，勢將日熾，姑無論已。然法律所以尊重民權者，反予狡黠者以舞文弄法之機會，能勿失之偏倚耶？故羈押日數折抵徒刑或拘役，在刑事政策上言，應以二日折抵一日爲原則。若以看守所設備尙未臻完善，正不妨積極設法改良，而以一日折抵一日，爲一時權宜辦法。然對無益上訴期中之羈押，仍須另定折算之標準，庶不致輕於嘗試，則於尊重民權之中，仍不失維持刑罰效用之意焉。

## 第七章 刑期之計算

新刑法第四十五條曰：「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；」蓋裁判非經確定，不得執行，爲訴訟法上之原則。而裁判確定距離開

始執行，因須經種種程序，自須經相當之時期。若無明文規定，則執行開始之日始起算刑期，未免於受刑人不利，此本條之所以設也。惟刑期之所以自裁判確定之日起算者，係注重於受刑人於裁判確定之日原受拘禁，而開始執行時仍在繼續拘禁中，俾得將確定後之拘禁日數，皆算入刑期內也。若裁判雖經確定，而并未拘禁，則無論距離開始執行若干日，其尚未受拘禁之日數，均不得算入刑期內。至裁判確定後，未受拘禁之情形有四：（一）自裁判確定至開始執行，始終未受拘禁者。（二）先未受拘禁，後受拘禁者。（三）先受拘禁，後未受拘禁者。（四）先後均受拘禁，而中有間斷者。凡此未受拘禁之日數，均在不得算入刑期之列，不問情形之如何，此觀於第四十五條後段，不對於前段別爲自何時起算之例外規定，而僅規定未受拘禁之日數不算入刑期內，可得當然之解釋。至若法文中於未受拘禁之上冠以尙字，一似偏重於前二種情形者，則僅修詞之關係也。

## 第八章 刑之執行

刑之執行者，謂於裁判確定後，依裁判之內容，對於被處刑罰之犯人，而執行其所宣告之刑罰也。關於刑罰執行之方法，舊刑法則於刑法詳加規定。新刑法以關於刑之執行，已規定於刑事訴訟法，故概予刪除，僅於罰金之執行時期及方法，設有明文規定。茲依新刑事訴訟法之規定，略述刑罰之執行如次：

## 第一 關於死刑之執行

### 一、執行之程序 死刑執行之程序有四：

(1) 諭知死刑之判決確定後，檢察官應速將卷宗送交司法行政最高官署，經司法行政最高官署令准，於令到後三日內執行之。(新刑事訴訟法第四六四條第四六五條)

(2) 死刑用絞或電。於監獄內執行之。執行時應由檢察官蒞視，并命書記官在場。除經檢察官或監獄長官之許可者外，不得入行刑場內。(新刑事訴訟法第四六六條第四六七條)

(3) 執行死刑，應由在場之書記官制作筆錄，此項筆錄，應由檢察官或監獄長官簽名。(新刑事訴訟法第四六八條)

(4) 受死刑之諭知者而未經羈押者，檢察官於執行時，應傳喚之。傳喚不到者，應行拘提。於認為必要時，並得不經傳喚，逕行拘提。如受刑人逃亡或藏匿者，得通緝之。(新刑事訴訟法第四七三條)

二、執行之停止 死刑執行停止之原因有三：

(1) 受死刑之諭知者，如在心神喪失中，於其痊愈前，由司法行政官署命令停止執行。

(新刑事訴訟法第四六九條第一項)

(2) 受死刑諭知之婦女懷胎者，於其生產前，亦由司法行政最高官署命令停止執行。

(新刑事訴訟法第四六九條第二項)

(3) 依前二項規定停止執行者，於其痊愈或生產後，非有司法行政最高官署命令不得執行。(新刑事訴訟法第四六九條第三項)

## 第二 關於自由刑之執行

一、執行之程序 自由刑執行之程序有二：

(1)處徒刑及拘役之人犯 除法律別有規定外，於監獄內分別拘禁之，令服勞役。但得因其情節，免服勞役。其應免服勞役者，由指揮執行之檢察官命令之。(新刑事訴訟法第四七〇條第四八二條)

(2)受徒刑或拘役之諭知而未經羈押者，檢察官於執行時，應傳喚之，傳喚不到者，應行拘提。於認為必要時，并得不經傳喚，逕行拘提。如受刑人逃亡或藏匿者，得通緝之。(新刑事訴訟法第四七三條)

二、執行之停止 自由刑停止執行之情形有二：

(1)受徒刑或拘役之諭知而有左列情形之一者，依檢察官之指揮，於其痊愈：或該事故消滅前，停止執行。(新刑事訴訟法第四七一條)

(2)依右述第一款及第四款情形停止執行者，檢察官得將受刑人送入醫院或其他適當之處所。(新刑事訴訟法第四七二條)

### 第三 關於財產刑之執行

本論 第三編 刑罰 第八章 刑之執行

一、罰金之執行 罰金之執行，應於裁判確定後兩個月內完納，期滿而不完納者，強制執行，其無力完納者，以一元以上三元以下折算一日，易服勞役，但勞役期限，不得逾六個月，爲新刑法第四十二條所明定。易服勞役者，由指揮執行之檢察官命令之，並應與處徒刑或拘役之人犯分別執行。（新刑事訴訟法第四八三條第四四條）

二、沒收之執行 依裁判宣告之沒收物，或應廢棄，或應破毀，或應以適當方法，歸入國庫，皆應由檢察官處分之。其就偽造或變造之物而爲一部沒收之處分者，應將偽造或變造之物發還。檢察官於發還時，應將其偽造或變造之部分除去，或加以標記。例如商業帳簿有偽造之帳數頁，檢察官得將其偽造部分截留，而以其餘之部分發還原主是。（新刑事訴訟法第四七六條第四七八條）

沒收物，於執行後三個月內，由權利人聲請發還者，除應破毀或廢棄者外，檢察官應發還之。其已拍賣者，應給與拍賣所得之價金。（新刑事訴訟法第四七七條）

三、罰金及沒收之執行 罰金沒收之裁判，應依檢察官之命令執行之。但罰金於裁判宣

示後，如經受裁判人同意，而檢察官不在場者，得由推事當庭指揮執行。（新刑事訴訟法第四七四條第一項）

罰金沒收，並得就受刑人之遺產執行。而其執行，皆可準用執行民事裁判之規定。故檢察官之命令，與民事執行名義有同一之效力。至執行所需之必要費用，應由受執行人負擔，於執行時一併徵收之。（新刑事訴訟法第四七四條第二項第三項，及第四七五條）

#### 第四 關於其他處分之執行

一、撤銷緩刑之執行 受緩刑之宣告，如依刑法應撤銷者，由受刑人所在地或其最後住所地之地方檢察官聲請該法院裁定之。（新刑事訴訟法第四八〇條）

二、更定刑罰之執行 依新刑法第四十八條應更定其刑者，或依新刑法第五十三條及第五十四條應依第五十一條第五款至第七款之規定，定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。（新刑事訴訟法第四八一條）

三、保安處分之執行 依新刑法第八十六條第四項或第八十八條第三項免其刑之執行，



第九十六條但書之付保安處分，第九十七條延長或免其處分之執行，第九十八條免其處分之執行，及第九十九條許可處分之執行，均由檢察官聲請法院裁定之。（新刑事訴訟法第四八五條）

四、訓誡處分之執行 依新刑法第四十三條易以訓誡者，由檢察官執行之。（新刑事訴訟法第四八六條）

## 第九章 緩刑

緩刑者，即法院對於具備法定要件之輕微犯罪人宣告短期自由刑，同時定一相當期間，宣告緩其刑之執行之謂也。緩刑制度，乃為補救短期自由刑之弊害，使之不至因偶然犯罪而失其固有之人格名譽信用以及生活地位。蓋短期自由刑之犯人，類多愛惜名譽，一旦置身囹圄，自覺其在社會上之地位從此墮落，異日重歸社會，將不齒於良民，因而自暴自棄。加之日與囚人為伍，常被他人之惡化，徵之犯罪統計，受短期自由刑之執行，出獄再犯，幾達半

數，即可想見短期自由刑之弊害。此各國刑法，所以有緩刑制度之規定，以資補救也。

緩刑制度之主要目的，因免使受短期自由刑之人入獄沾染惡習。然則所謂短期自由刑，本為確定之標準，刑法上規定其適用範圍，不得不以國內之情形，以為立法之資料。我國監獄設備，尙待改良，監犯擁擠，亦亟須疏通。加以年來農村破產，社會經濟崩潰，犯罪者多困於生活，挺而走險，其情不無可原。故適用範圍，應酌予寬大。而我新刑法對於有期徒刑，沿舊刑法之例，仍以二年以下為準，未免過於狹窄，實為缺憾！

學者有謂緩刑制度，違反有罪必罰之主義，又有謂其與防止犯罪政策相矛盾者，有謂其將惹起被害人不平之忿者，更有謂其受益者，恐多屬於有勢力之人，其說皆有未當。蓋緩刑者，非不罰之謂，不過緩其刑之執行而已。其行為之為罪如故，其刑罰之宣告如故，其警戒之意亦不少減，初非置犯罪於不顧。况國家科刑，所以謀社會之利益，非為個人之報復，至謂恐有勢力之人，始得受緩刑之利益，是則在用法之官，非在緩刑制度之不善，似不得以此為非難之理由也。

## 第一 緩刑之主義

各國立法例，關於緩刑所採用之主義，約有三種，分述如次：

一、英美主義 此主義，對於應科短期自由刑之罪，緩其刑之宣告，與其他諸國緩其刑之執行者不同。故此主義可謂爲試驗的釋放，偶爾犯罪者，先寬免之，不宣告其刑，以觀其後。

二、德國主義 此主義，緩刑之權，操諸國家元首，與其他各國操諸法院者不同。故此主義，可謂爲條件附之赦免。

三、比法主義 此主義，則緩其刑之執行，非緩其刑之宣告。故此主義，可謂爲刑之執行猶豫。

以上三主義，各有所長。英美主義，主張緩其刑之宣告，犯人遷善較易。蓋以其主義絕無刑罰之意，既不科刑，亦不裁判，實能竟緩刑制度之功用。惟遇社會組織不健全，司法設備欠完善之國家如吾國者，則難免流弊百出也。德國主義主張有罪必罰，乃行使司法權不易

之原則，社會欲圖補救短期自由刑之弊害，惟有讓之國家元首利用特赦之權，從而赦免之。故對於受刑罰宣告之犯人，猶豫其刑之執行，在猶豫期間內，若無不法事由發生，則以特赦免除刑之執行。如是刑事政策與行政權之完整，均得兼顧。若緩刑權在法院，必將妨害元首特赦之大權。此主義妨害司法獨立，似無可取。比法主義，謂依英美主義於犯人違背緩刑條件，撤銷緩刑，重行宣告其刑時，難免有事過境遷，證據散失之弊，故主張刑之執行猶豫。即仍爲罪刑之宣告，但同時定一猶豫時間，以定刑之執行與否，較爲得策。故現時各國立法例採用法比主義者爲最多，如西班牙、葡萄牙、荷蘭、瑞士、意大利、奧大利亞、匈牙利、希臘、埃及、法國、日本，及我國暫行刑律，舊刑法等皆是。新刑法亦然。

### 第一 緩刑之要件

緩刑之要件，各國規定不同，有不加限制而僅以某罪爲例外均准緩刑者，如英美二國是。有規定犯二年以下有期徒刑之罪均可緩刑者，如日本意大利那威及我國舊刑法是。又有限制重罪不得享受緩刑之利益者，如法國比利時是。我新刑法沿舊刑法之例，於第七十四條規

定可得宣告緩刑者，須具備左列要件：

一、須受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告者；所謂受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告者，係指宣告刑而言。故法定之本刑或最重本刑雖或過之，而因減輕或選科，以致宣告二年以下有期徒刑拘役或罰金者均屬之。又所謂受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告，係指各別宣告者言。然罰金有併科時，則受併科之宣告者，自由刑如予緩刑，併科之罰金，亦應併予緩刑。如在數罪併罰而科多數有期徒刑之情形，不特各個罪之刑，均須在二年以下，即定執行之刑，亦須在二年以下，始與第七十四條規定之要件相合。蓋所謂受刑之宣告，實包括定執行之刑而言也。

二、須未曾受有期徒刑以上刑之宣告，或前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告者；蓋緩刑制度，本為獎勵犯人之悔過遷善而設。倘曾犯罪且受有期徒刑以上刑之宣告，則非初犯可知，既非初犯，則其無悔過遷善之希望，證諸既往，已可概見，自不得再予適用緩刑之規定。若以前雖曾受有期徒刑以上刑之宣

告，而自執行完畢或赦免之日起，已有五年未再犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，則亦不能謂非悔過遷善之效。故再犯輕微之罪已逾五年者，亦得適用緩刑之規定。

三、須認爲以暫不執行爲適當者；犯人縱令具備以上二要件，不得即謂其可享緩刑之利益也，猶須審判官認爲以暫不執行爲適當者，始可宣告緩刑。惟所謂認爲以暫不執行爲適當者，究依如何之標準乎？此種抽象的規定，本難有確定之標準，且易引起解釋上之爭論。即就此要件而論，似以緩刑應付客觀的事由，而非兼顧犯人主觀的環境。其目的在乎刑之執行，而不在犯人之悔悟。苟監獄設備完善，受短期自由刑宣告之人，入獄不致再行沾染惡性者，在立法論上，自無宣告緩刑之必要也。

### 第三 緩刑之期間

關於緩刑之期間，各國刑法規定不一，約有三主義：(1)法定主義；即由法律預定緩刑之期間，審判官毫無自由裁量之權也。採此主義者，如法國、丹麥、定爲五年，保加利亞、那威、及瑞典等國定爲三年是。(2)裁定主義；即法律不爲期間之規定，一任法官之自由裁

量也。採用此主義者，如美國是。(3)折衷主義；即由法律規定一相對期間，由審判官於此期間內自由裁定也。其中又分二派：一爲刑法僅規定期間之最高度者。採此主義者，如比利時定爲五年以下，英國定爲三年以下是。二爲刑法兼規定最高度及最低度之期間者。採此主義者，如葡萄牙、瑞士、日本、及我國暫行刑律、舊刑法是。我新刑法亦然。於第七十四條後段規定緩刑期間，以二年爲最短期，五年爲最長期，審判官於此法定期間內，視犯罪情形，犯罪狀況，酌量決定期間之長短可耳！至期間之起算點，則自裁判確定之日始，即裁判確定之日，爲緩刑期間起算之日也。

#### 第四 緩刑之撤銷

緩刑制度，爲獎勵犯人自新之刑事政策，已於前述。故在緩刑期內，該犯人之品行如何？即是否自新，應即重視之，以觀緩刑之效果如何？若受緩刑之宣告後，而有左列情形之一者，則應撤銷已宣告之緩刑。(緩刑法第七十五條)

一、緩刑期內更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者；蓋緩刑期內既再犯罪，則犯人之

不能改善，已可證明，自可撤銷緩刑之宣告。

二、緩刑前犯他罪，而在緩刑期內受有期徒刑以上刑之宣告者；蓋於緩刑前曾犯他罪，於緩刑期內，始行發覺，並受有期徒刑以上刑之宣告者。則宣告緩刑條件，自始即不具備，自應予以撤銷緩刑之宣告，以符法律之規定。

右述二條件，有一具備，即應撤銷其宣告之緩刑。惟因過失犯罪者，不適用右述之規定。良以過失犯罪，既非具有若何惡性，尙有可以原恕，故不在撤銷宣告緩刑之列。又更犯罪或犯他罪，均須受有期徒刑以上刑之宣告者，始可撤銷緩刑。如受拘役或罰金之宣告，則亦不得撤銷已宣告之緩刑，自不待言。

除右述撤銷情形外，依新刑法第九十三條規定，受緩刑之宣告者，在緩刑期內，得付保護管束，違反保護管束規則情節重大者，得撤銷緩刑之宣告。惟應否撤銷，屬於審判官之自由裁量，與右述具備撤銷條件即應撤銷其緩刑之宣告者不同。

## 第五 緩刑之效果



緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其效力如何？各國立法例不一；有以所緩之刑，以既執行論者。有認刑之宣告無效，以未嘗犯罪論者。兩種主義，於犯人所處法律上地位，實有至大之關係。論其優劣，自以第二主義爲優，尤合於獎勵自新之旨，故多數國從之。我新刑法亦然。於第七十六條以明文規定曰：「緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力；」蓋受緩刑者，既不復犯罪，則滌蕩舊恥，勉力自新，自宜寬其既往，使與未嘗犯罪者回復同一之地位。外國立法例，有不獨以刑之宣告失其效力，且更將刑事判決錄完全註銷者，其意即在於此。惟所謂刑之宣告失其效力者，祇對將來而言。故因宣告而喪失之權利，則不可得而回復之也。

## 第十章 假釋

假釋者，犯人未屆滿出獄之刑期，如具備法定之要件，而許其權爲出獄之謂也。若出獄後能平穩經過殘餘刑期，未發生不良行狀，即以執行完畢論。蓋自由刑之設，原以感化爲歸

宿，則當刑期執行之中，果有悛悔實據，足信其悔過遷善而無疑。則裁判後救濟，自以此制爲最合宜。其理由有二：（一）有匡正量刑失當之弊害；蓋以犯人所以至於犯罪之心意，在宣告裁判當時，尚難十分明確，往往俟刑罰之執行中，始能發見其真相。故假釋制度，實爲一獎勵犯人匡正裁量之一最良制度。（二）有獎勵犯人改善之功用；蓋犯人有縮短刑期之希望，故能遵循獄規，勤勉工作，馴至於改善其心意而不自覺。其與緩刑有異者，卽一爲執行前之試驗，一爲執行中之救濟也。

## 第一 假釋之起源

假釋制度初昉於法，（一八三二年）惟對於幼年囚行之。其採用斯制，施用於一般犯人者，自一八五三年英國始，其後漸次爲歐洲大陸諸國所做倣，推廣之速，幾與緩刑制度無異，現已成爲各國之通例。惟有訂於刑法中者，如日本是。有另纂爲單行法者，如法國是。又有依恩赦之形式行之者，如瑞典是。名雖異而實際則同，實爲比較的最新之制度，而在刑事政策上有重要之價值者也。故我新刑法亦依舊刑法之例，設專章規定焉。

## 第二 假釋之要件

假釋之要件，依我新刑法第七十七條規定，可分爲實質上之要件與形式上之要件二種。分述如次：

一、實質上之要件 即須具有悛悔之實據者；如無此項實據，則假釋之，適足以助長其僥倖，未流所及，亦必完全變爲監獄官循情市恩之具，此實質上要件，所以成爲假釋之前提也。

二、形式上之要件 形式上之要件有二：

(1) 須受徒刑之執行者；假釋以執行徒刑之囚人爲限，若死刑拘役罰金等，不能適用假釋之規定。蓋死刑係剝奪犯罪人生命，自無所謂假釋。拘役刑期甚短，在此最短之刑期中，欲知犯人是否確能悔悟，殊屬無從考察，所以不適用假釋。至受罰金之宣告者，無須入獄受執行，自無假釋之足言。

(2) 須無期徒刑執行逾十年後，有期徒刑執行逾二分之一後，且已滿一年者；蓋假釋

制度，本以救濟長期自由刑之弊，故非達於一定年限程度，執行其刑時，犯人果有懊悔與否，不能認定也。新刑法規定無期徒刑爲十年，有期徒刑爲二分之一，且執行已滿一年者。故於此年限以前，犯人雖能十分懊悔，而不得予以假釋。

又假釋要件所定之執行刑期，應否將裁判確定前之羈押日數算入？各國立法例，有以准抵之日數算入執行刑期之內者。而無其規定之國，學說於應否算入，遂分兩派：有主張算入者，有主張不算入者，但主張不算入者居多數。蓋假釋要件所定之執行期限，如欲知犯人受刑後，是否實能懊悔，則非解爲事實上執行不可，故新刑法第七十七條第二項規定，以所餘之刑期計算。所餘云者，即無期徒刑除去折抵之日數外，尚須執行十年，有期徒刑，除去折抵之日數外，尚須逾二分之一之謂。例如科無期徒刑者，在裁判確定前，雖羈押一年，仍須算足執行十年。又如科有期徒刑十年，裁判確定前受羈押一年，折抵徒刑一年爲九年，則以九年之二分之一爲計算執行期限之標準是。

### 第三 假釋之機關

假釋之聲請，各國大都均由監獄官爲之。因犯人係在監獄執行，則有無悛悔，及其悛悔有無實據，惟監獄官能知之。然監獄官雖爲國家公務員，不必皆賢，則其調查事實，是否確實，勢非再有審查之機關加以許可，不能謂毫無弊害。惟許可之機關，各國規定不同，有以元首特權行之者，如瑞典、英國及芬蘭等是。有以其權屬之司法部者，如德國、荷蘭及意大利等是。亦有以其權屬之內務部或行政官廳者，如法國及日本是。我新刑法第七十七條第一項規定，則以許可之權屬諸司法行政最高官署，係採德荷等國之例也。其文曰：「受徒刑之執行，而有悛悔實據者，無期徒刑逾十年後有期徒刑逾二分之一後，由監獄長官呈司法行政最高官署，得許假釋出獄；」是假釋出獄之呈請，雖由監獄長官。而准許與否之機關，仍屬諸司法行政最高官署也。」

#### 第四 假釋之撤銷

假釋制度，本因受徒刑執行之犯人悛悔有據而設。若犯人改善不終，或貌爲改善，亦不能竟釋，此釋之所以爲假也。故各國皆規定假釋期內，遇有某種情形發生時，應撤銷其假釋

。惟各國立法例，亦有必撤銷主義與得撤銷主義之別，我國舊刑法採用後主義，新刑法則採用前主義，於第七十八條第一項以明文規定曰：「假釋中更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，撤銷其假釋；」一蓋已受徒刑之執行，不知痛改前非，於假釋中更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，足徵其人在獄內之懊悔情狀，係貌爲改善，非出自真心悔悟，故應撤銷其假釋。惟因過失而更行犯罪，則出於一時之疏忽懈怠，並無何等之惡性，另科以刑罰，已足資以懲儆。若更撤銷假釋，將以前改過遷善之行，因一時之過誤，盡置不論，揆諸情理，寧非過酷。故新刑法特於第七十八條第二項，設有例外之規定曰：「因過失犯罪者，不適用前項之規定；」一即因過失犯罪者，不得爲撤銷假釋之原因也。至假釋撤銷後，則犯人須再投入監獄，受刑之執行，自不待言，其出獄日數，亦不得算入刑期之內。（第七十八條第三項）

又假釋出獄者，依新刑法第九十三條規定：在假釋期中，須付保護管束，監督其品行，若假釋出獄人違反保護管束規則，情節重大者，亦得撤銷其假釋，此不可不知者也。

## 第五 假釋之效果

假釋期滿，未經撤銷假釋者，在無期徒刑假釋後滿十年，或在有期徒刑所受刑期內，其因假釋而未執行之刑，以已執行論，爲新刑法第七十九條第一項所規定。則所以獎勵被假釋人之法，亦卽假釋制度之真精神也。於此之際，凡假釋之期，皆視作受執行之期，易言之，卽因假釋後滿一定年限或所餘之刑期，皆已消除於假釋中矣！惟假釋中因他罪受刑之執行者，其執行之期間，不算入假釋期內。（第七十九條第二項）所謂他罪，指假釋所犯之罪外一切犯罪而言，假釋後更犯之罪無論矣，卽假釋前所犯之罪亦屬之。又所謂受刑之執行，指執行之關於自由刑並有期限者而言。蓋必如此而後發生執行期間算入假釋期內與否問題也。夫假釋本所以驗其是否改善不終及是否貌爲改善，凡假釋之期，皆係受驗之期，且凡假釋之期，皆可作爲已執行之期。若因他罪受刑之執行，其執行之期間內所受執行者，他罪之刑也。受刑自不能同時受驗，且更不得論爲本罪之刑之執行。設非然者，假定假釋之期爲二年，而他罪之刑爲三年，受他罪之刑之執行尙未滿時，假釋期已滿，亦得依第七十九條第一項以未執行之刑，視作已執行，寧有是理耶？此第七十九條第二項，所以特設不算入假釋期內之規定

也。茲更舉例以明之；例如甲在上海犯罪，受有期徒刑六年之宣告，執行三年，因懊悔有據，呈准假釋，假釋未久，復在南京犯罪，受有期徒刑五年之宣告，及五年刑期執行完畢，始由上海發覺假釋期內更犯他罪，依第七十九條第二項規定，自得由上海撤銷假釋，而執行其未執行之刑期三年，否則將認爲假釋期滿而無從再事撤銷矣。

## 第十一章 刑罰之消滅

刑罰之消滅者，即國家基於法令上或事實上之原因，對於犯人之刑罰權，歸於消滅之謂也。刑罰之消滅，有廣義與狹義之分；廣義之消滅，包括行刑權消滅與請求權消滅而言。狹義之消滅，則單指行刑權消滅而言。行刑權消滅者，即消滅對於一定犯人判決確定後之刑罰執行權之謂也。請求權消滅者，即消滅訴追犯人之權之謂也。本章所述，則就廣義之刑罰消滅而言。

刑罰消滅之原因，不外下列六種：（一）刑罰執行終了，（二）緩刑期滿，（三）假釋出獄，



(四)犯罪人死亡，(五)赦死，(六)時效，茲分述之：

### 第一 刑罰執行終了

刑罰執行終了，爲刑罰消滅原因之一。刑罰既經消滅，刑罰權已不復存在，其理至顯，無待詳述。

### 第二 緩刑期滿

緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。刑之宣告既失效力，刑罰之執行權當然消滅，自不得再爲刑罰之執行。

### 第三 假釋出獄

假釋出獄後，無期徒刑滿十年，有期徒刑經過殘餘之刑期，未經撤銷假釋者，其未執行之刑以已執行論。未執行之刑，既以已執行論，自不得再爲刑罰之執行，其刑罰權亦當然消滅。

### 第四 犯罪人死亡

犯罪人死亡於裁判確定前者，則消滅刑罰請求權。犯罪人死亡於裁判確定後者，則消滅刑罰執行權。蓋犯人一旦死亡，則犯罪之主體消滅，犯罪主體消滅，對於犯人之刑罰，自亦隨之而消滅也。

## 第五 赦免

赦免者，國家依大權作用，以命令消滅，刑罰執行權或刑罰請求權之謂也。赦免在各國大都爲元首大權，多規定於憲法中，中華民國訓政時期約法第六十八條，亦有赦免之規定。其文曰：「國民政府行大赦特赦及減刑復權；」至赦免之手續，依國民政府組織法第二十二條規定：「提出於立法院之大赦案，應經行政院會議議決；」同法第二十五條規定：「立法院有議決大赦案之職權；」又同法第三十三條規定：「關於特赦減刑及復權事項，由司法院院長提請國民政府核准施行；」是赦免既爲消滅刑罰之原因，在刑法雖未規定，然爲說明便利計，不得不涉及之也。茲分述如次：

一、大赦 大赦者，即對於某種類犯罪，消滅刑罰執行權及刑罰請求權之謂也。一經大

赦，則無論起訴與否或裁判確定與否，根本上對於犯罪人均消滅其訴追或裁判之大權。如民國元年三月十日大赦令：除真正人命強盜罪外，無論已發覺未發覺，已結未結者，一律赦免。又如民國二十一年六月二十五日國民政府公布大赦條例第一條 凡犯罪在中華民國二十一年三月五日以前，其最重本刑為三年以下有期徒刑拘役或專科罰金者，均赦免之。即其例也。由是以觀，可知大赦不獨對於確定裁判或執行刑罰中之犯人，消滅其執行刑罰權，即尚未起訴或正在審理中者，其請求刑罰權亦當然消滅，可無疑義。且一遇大赦，罪跡全無，故大赦後而再犯罪者，亦不得以累犯論。惟大赦僅有消滅刑法上效果之效力，其因犯罪之被害事實，不得因之消滅，故被害人之損害賠償權，仍得依據民法而行使其請求之權利也。

二、特赦 特赦者，對於已受刑罰宣告裁判確定之特定犯人，免除其刑罰之執行也。特赦與大赦之異點有二：（一）大赦有消滅犯罪之效力，特赦僅免除刑罰之全部執行，若特赦後再犯罪時，仍以累犯論。（二）大赦有消滅裁判確定前犯罪之效力，特赦之效力，僅及於裁判確定後之犯罪也。

三、減刑 減刑者，對於已受刑罰宣告裁判確定之特定犯人，減輕其刑罰之一部執行或變更其刑之種類者也。例如民國二十一年六月二十五日國民政府公布之大赦條例第二條載：其最重本刑爲死刑無期徒刑或七年以上有期徒刑者，減刑三分之一，七年未滿者，減刑二分之一是。減刑，與法律上規定減輕其刑或審判上酌量減輕其刑不同，蓋無論法律上減輕其刑或審判上減輕其刑，均行之於裁判確定前，而減刑則行之於裁判確定後也。

四、復權 復權者，對於受褫奪公權宣告之犯人，回復其被褫奪之公權也。其效力不過將來得以享有公權而已。而當時被宣告褫奪之公權，仍不能回復。例如被褫奪其公權者，不得因復權之故，而回復其原公職，不過其將來有得爲公務員之資格，或公職候選人之資格耳！

右述赦免之制，如運用得當，則有下述之利益。(一)可糾正裁判之錯誤；蓋糾正裁判錯誤，通常僅有上訴與非常上訴或提起再審之途。然上訴有一定期間，非常上訴與再審，則須具備一定條件，而赦免則無此限制，祇須發見裁判有錯誤時，即可隨時運用赦免以糾正之。

(二)可期犯人之改善；獎勵犯人改善之方法，雖有假釋制度，然假釋有一定限制，受無期徒刑之執行者，非逾十年後，受有期徒刑之執行者，非逾刑期二分之一後，不得呈請假釋。而赦免則無此限制，祇須審查犯人一有改悔之情狀，即可運用赦免以減輕其未執行之刑罰也。

## 第六 時效

時效者，因時間之經過，發生法律上一定之效果之制度也。有民事上之時效與刑事上之時效之分；民事上之時效者，因時間之經過，或因之取得權利，或因之消滅權利之謂。刑事上之時效者，因時間之經過，即可消滅其刑罰訴訟追權或刑罰執行刑權之謂。故刑事上之時效，僅生消滅刑罰訴訟追權及刑罰執行權之結果，非如民事上有所謂得權時效也。

刑法上認許時效制度之理由，學者間不一其說。有謂因犯罪已為社會所遺忘者，有謂因犯罪證據久經消滅者。有謂對於國家怠忽義務之制裁者，有謂犯人在期間內所受痛苦已足償其刑罰者，又有謂維持社會生活之現狀者，諸說紛紜，均未能闡明認許時效制度理由之何在。惟維持社會生活現狀說，立論較為正確，自以此說為當。蓋犯人犯罪以後，為日既久，或

犯罪之證據湮滅，訴追手續之不便，或犯人既感悔悟，世人亦覺遺忘，時過境遷，早無處罰之必要。況有多種生活關係，以犯人爲中心而發生，若遽爾羅織，付之典刑，匪特於第三人之利益感情，致有妨害，恐於社會現存之秩序，更形擾亂。故爲維持社會之生活必要計，與其強爲刑罰之實行，毋寧以維持經久之社會現狀爲愈也。

關於刑事時效之規定，各國立法例不一。有以時效全部規定於刑事訴訟法中者，如法國、土耳其刑事訴訟法是。有以追訴權時效規定於刑事訴訟法中，以行刑權時效規定於刑法中者，如比利時、日本刑事訴訟法及其刑法是。有以時效全部規定於刑法中者，如德國、瑞典、荷蘭、匈牙利、意大利、那威各國刑法是。我新刑法仿德荷諸國刑法之例，以追訴權時效及行刑權時效全部規定於刑法之中。蓋以刑法雖爲各種犯罪定其所科之刑而設，然入追訴權及行刑權之時效者，其科刑不必實施，故其時效，卽屬刑法上之一種也。

我新刑法規定之時效有二：一曰追訴權之時效，二曰行刑權之時效。追訴權時效者，卽於一定期間內不提起公訴或自訴，因而消滅其追訴犯罪之權利也。行刑權時效者，卽於一定

期間內不執行刑罰、因而消滅其執行刑罰之權利也。茲分別說明如次：

一、追訴權時效

(1) 追訴權時效之期間 新刑法第八十條第一項曰：「追訴權因左列期間內不行使而消滅；」

(一) 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者二十年；

(二) 三年以上十年未滿有期徒刑者十年；

(三) 一年以上三年未滿有期徒刑者五年；

(四) 一年未滿有期徒刑者三年；

(五) 拘役或罰金者一年；

考各國立法例，關於追訴權之時效，有多至七項者，亦有少至二項者，多數國以五項為準。我國暫行刑律分爲六項，舊刑法分爲三項，新刑法則改爲五項，較爲折衷。又各國所定期間之長短，其最長期間，有定爲三十年者，有定爲十年者，多數國以二十年爲準，我新刑

法亦以二十年爲長期，以一年爲短期，蓋探多數國之立法例也。

追訴權之時效期間，以本刑之最高度計算。（新刑法第八十一條前段）所謂依本刑者，指依法定之本刑而言，非依所宣告之刑爲準也。例如新刑法第二百七十八條使人受重傷罪，法定本刑爲五年以上十二年以下有期徒刑，則計算時效期間，須以十二年爲標準，因十二年爲本刑之最高度，必逾二十年不追訴，始可因罹時效而消滅其追訴權是。若有二種以上之主刑者，依最重主刑或最重主刑最高度計算。（新刑法第八十一條後段）例如新刑法第三百二十條之單純竊盜罪，法定主刑爲五年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金，其最重主刑之最高度，爲五年以下有期徒刑，則其時效期間，即應以五年有期徒刑爲標準，以十年計算是。

又本刑應加重或減輕者，追訴權之時效期間，仍依本刑計算。（新刑法第八十二條）所謂本刑，係指法定主刑而言。本刑有加重時，其時效期間，固應依本刑計算，即遇減輕時，亦不能因減輕而將本刑之時效期間有所變更。蓋追訴爲訴訟之行爲，而加減則爲裁判之結果，在裁判未宣告以前，不能預定將來之應加應減，且未經確定，即加減亦復有變動，自不能以



之定時效之標準，故規定仍依本刑計算時效期間。

(2) 追訴權時效期間之起算 新刑法第八十條第二項曰：「前項期間，自犯罪成立之日起算，但犯罪行為有連續或繼續之狀態者，自行爲終了之日起算，」

關於追訴權時效期間之起算點，在立法例上有以犯罪行為完畢之日起算者。(如德國現行刑法第六十七條是) 此以用之於犯罪成立於行為既終之時，或行為既終於犯罪成立之後(繼續犯)者，固自正當。然各犯罪之態樣，亦有犯罪行為雖已完畢，而犯罪尚未成立者。例如殺人既遂罪，須被殺人死亡而後成立，而行為則殺害是也。設殺害行為既終，而被殺人經過若干時日後始死，若自犯罪行為完畢之日起算時效期間。是犯罪尚未成立，而時效期間即已進行矣。於理論殊有未洽。故新刑法以自犯罪成立之日起算爲原則，而例外限於特種犯罪，如連續犯或繼續犯等，則自行爲終了之日起算也。

(3) 追訴權時效之停止 追訴權時效之停止，可分爲二：

(甲) 停止之原因 新刑法第八十三條曰：「追訴權之時效如依法律之規定，偵查起訴或

審判之程序，不能開始或繼續時，停止其進行；一所謂追訴權，包括公訴及自訴而言。（參照新刑事訴訟法第二編）公訴及自訴案件中，均有告訴乃論之罪，而告訴乃論之罪，依刑事訴訟法第二百十六條規定；「其告訴應自得爲告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內爲之；」一設告訴人知悉犯人已逾六月後告訴，既不足爲公訴之追訴條件，自訴亦當然不得行之，是所受者二重制限也。於此情形，除注意追訴權時效期間外，更應注意告訴期間。所謂依法律之規定，偵查起訴或審判之程序不能開始或繼續云云。例如依新刑事訴訟法第二百四十條，規定犯罪是否成立，或刑罰應否免除，以民事法律關係爲斷者，檢察官得於民事訴訟終結前停止偵查之程序。又如依同法第二百八十七條規定，被告心神喪失者，應於其回復以前，因疾病不能到庭者，應於其能到庭以前，停止審判之程序是。此等原因未消滅前，爲依法律規定偵查起訴或審判之程序不能開始或繼續之期間，自不能不停止時效之進行。否則被告所犯之罪，法定刑係處拘役或罰金者，如逾一年，病仍未愈，則追訴權時效完成，不能訴追，寧得謂當。故遇有上述停止進行原因時，自應停止其時效之進行。然若絕對依此原則，則時效

停止進行之原因未消滅者，其時效亦永無完成之日。故第八十三條第三項又規定一例外曰：「停止原因繼續存在之期間如達於第八十條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因視為消滅；」易言之，即仍繼續進行其時效，不受停止原因繼續存在之影響也。

(乙)停止原因消滅後之計算 新刑法第八十三條第二項曰：「前項時效停止，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間一併計算；」所謂時效停止，與時效中斷不同。時效中斷，以前已經過之期間，須俟中斷行為停止時更新起算，而時效停止，則自停止原因消滅日起，對於以前經過之期間，一併予以通算，即時間接續進行。採中斷之制，則中斷之原因，時時發生，即須時時更新計算，時效不易完成，勢將等於虛設。故近世立法例中，有將時效中斷之制，併入時效停止之制，俾時效易於完成者，如智利那威等國是。有延長時效期間，逾此期間，則時效完成，不得再有中斷者。如比利時意大利瑞士墨西哥及西班牙草案德國刑法準備草案等是。我新刑法以時效期間，既因刑之輕重而有短長，則中斷之設，固有永無成立之嫌，而延長之制，亦非重視社會秩序之道。故採用併入之制，俾已經過之時間，仍得

算入期間內，使時效易於完成，允稱至當。

## 二、行刑權時效

(一)行刑權時效之期間 新刑法第八十四條第一項曰：「行刑權因左列期間內不行使而消滅，」

(一)死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者三十年；

(二)三年以上十年未滿有期徒刑者十五年；

(三)一年以上三年未滿有期徒刑者七年；

(四)一年未滿有期徒刑者五年；

(五)拘役罰金或專科沒收者三年；

右爲行刑權時效之規定，亦以刑之重輕分爲五類，而期間則分爲三十年、十五年、七年、五年、三年。其較之追訴權時效略長者，因彼僅有犯罪行爲，而此則已受科刑之確定裁判，得以執行之期間，應略予推展耳！又右列各刑，除專科沒收外，皆就主刑言，而不及從刑

者。蓋行刑權本包括主從各刑而言，法文姑以主刑爲期間長短之標準耳。對於主刑之行刑權消滅時，對於從刑之行刑權亦當然消滅也。至專科沒收，因沒收係屬專科者，故特定之。

所謂行刑權因左列期間內不行使而消滅者，亦僅免其刑之執行耳，而有罪之裁判如故。故與追訴權消滅未受宣告罪刑者有別。且追訴權時效期間之長短，以法定最高主刑爲準，故新刑法第八十條所謂某刑某刑，係指法定主刑而言，若行刑權時效期間之長短，則以宣告之刑而分。惟其爲宣告之刑，則有罪之事實既明，無復證據散逸之虞，因之時效期間，亦較追訴權之時效爲長。人類生活關係，異常複雜，倘歷時久遠，對於舊惡仍不寬貸，則所以保護安寧秩序者，適以妨害安寧秩序，此行刑權時效期間之所以設也。

(2) 行刑權時效期間之起算 新刑法第八十四條第二項曰：「前項期間，自裁判確定之日起算；」蓋因刑於裁判確定後，始發生執行之力，故行刑權時效期間之起算點，亦當然以裁判確定之日爲準也。

(3) 行刑權時效之停止 行刑權時效停止之情形，亦分爲二：

(甲)停止之原因 新刑法第八十五條第一項曰：「行刑權之時效，如依法律之規定，不能開始或繼續執行時，停止其進行；」所謂依法律之規定不能開始執行時。例如受死刑宣告之人，依新刑事訴訟法第四百六十五條規定，應經司法行政最高官署令准，方可執行，在未奉令准以前，不能開始執行是。所謂依法律之規定，不能繼續執行時。例如依新刑事訴訟法第四百六十九條規定，受死刑之諭知者，如在心神喪失中，於其痊愈前，受死刑諭知之婦女懷胎者，於其生產前，由司法行政最高官署命令停止執行，均爲不能繼續執行是。凡此之類，皆係不能行使行刑權，非不行行使行刑權也。故應使之停止，自停止原因消滅之日起再爲進行。雖然，此指停止原因爲期尚短者而言。若停止原因繼續存在之期間，如達於第八十條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因視爲消滅。卽仍繼續進行其時效之期間，不受停止原因繼續存在之影響。故又有第八十五條第三項例外之規定，俾時效易於完成。否則時效停止進行之原因一日不消滅，而時效亦將永無完成之日也。

(乙)停止原因消滅後之計算 新刑法第八十五條第二項曰：「前項時效停止，自停止原

因消滅之日起，與停止前已經過之期間一併計算；「此與追訴權時效停止之原因消滅時相同。即除停止期間不計外，合停止前與停止後之期間，一併計算，以充第八十四條所定期間之數，不使前後期間爲之中斷也。例如受死刑諭知之犯人，裁判確定後逾二年未執行，迨司法行政最高官署令准文到，犯人在心神喪失中，依刑事訴訟法規定，應停止死刑之執行，閱一年始痊愈，痊愈後又不行刑，復越二十八年，以此二十八年與裁判確定後心神喪失前之二年合併計算，是爲三十年不行刑，死刑時效完成是。

又各國立法例，於行刑權時效，於停止外，有兼採中斷制者，恆以執行行爲或逮捕犯人定爲時效中斷之原因。其中又分二派，第一派，凡執行行爲，皆爲時效中斷之原因，不問犯人事實上已否逮捕者，如德國、意大利、及日本舊刑法是。第二派，須因執行而犯人已逮捕，始爲時效中斷者，如日本、比利時及我國之暫行刑律是。就第一派言，以發出捕票時，卽得中斷時效，若時時發捕票，則時時中斷，恐時效永無完成之日，與法律規定時效之本旨相違。就第二派言，必待犯人事實上已就捕，方能時效中斷，若因一時逃亡，而時效滿期後，

雖被捕竟無從處罰，而於較短之時效期間，尤易倖免，似近獎勵犯罪。我新刑法故均不採用，而僅設時效停止之規定也。

## 第十二章 保安處分

### 第一節 保安處分之意義

保安處分者，以預防犯罪及類此危害爲本旨之行政處分也。蓋犯罪行爲，危害國家社會或私人法益，國家依刑罰權之作用，不得不予以制裁，以維持社會之安寧與秩序。然僅恃施刑罰於犯罪成立之後，欲達預防再犯之目的，效力殊感薄弱。且或種情形，行爲雖構成犯罪，依法定其他原因，尚難論罪科刑者有之，原情略跡，減免刑罰者有之，非於刑罰之外，施以必要之處分，實難期鎮壓犯罪，消滅犯罪，減少犯罪，是以保安處分之制度尙焉。保安處分，大別之可分爲教養處分與保護處分，雖與刑罰之性質異其旨趣，亦爲預防犯罪之利器，



與刑法相依爲用，相輔而行。我國舊刑法與暫行刑律，對於無責任能力人及限制責任能力人等，雖有類似保安處分之規定，然至爲簡單，未始非立法上之缺點。新刑法從而擴充其適用，採用各國最新立法例，於第十二章規定保安處分，以殿於總則編之末，此在我國刑法史上，實開一新紀元也。

## 第二節 保安處分與刑罰

保安處分與刑罰之性質，從來學者，固有不同之見解。然以吾人所信，保安處分與刑罰，均同以防衛社會爲其唯一之目的，其本質不應有所差別。惟就實用上體驗，保安處分，自亦有其特點，駕乎刑罰效力之上。例如對於犯吸食鴉片煙罪及有酒癖之犯人，施以強制戒除，對於惰性之犯人，命其強制工作，對於外國籍之犯人，驅逐出境，均非刑罰效力所能及。故保安處分在刑罰法令中，能佔一極重要之地位。且保安處分之實質，亦無非剝奪犯人之法益，惟刑罰則單純的剝奪法益，而保安處分，則尚有教育醫療等方法，爲其特徵，宜其爲近

世學者所提倡不懈也。

夫欲消滅犯罪，以達其防衛社會之目的，則單純科處犯罪人以刑罰，猶感不足。故於刑罰之外，別定保安處分，以示周密。蓋刑罰之適用，本有一定之範圍，在此罪刑法定主義之大原則下，尤不能稍有超越法定限度。然在或種情形之下，對於犯人雖有犯罪行為，不能科以刑罰、雖經執行刑罰，仍有再犯之虞。則於刑罰之外，更輔以保安處分，實為事實上所迫切要求，抑為刑事政策上當然之結果。

### 第三節 保安處分之目的

保安處分之目的，大別為二：一以適合社會為目的，一以隔離社會為目的。前者如惰性的犯罪人 強制勞作，有不良癮癖之犯罪人，實施禁戒等處分屬之。後者如心神喪失之犯罪人，施以監護等處分屬之。要須視其情形，因人而施，猶如醫者之對症下藥，方可達預期之目的也。

## 第四節 保安處分之種類

我新刑法所規定保安處分之種類，計有左列七種：

- 一、感化教育；(第八十六條)
- 二、監護處分；(第八十七條)
- 三、禁戒處分；(第八十八條、第八十九條)
- 四、強制工作；(第九十條)
- 五、強制治療；(第九十一條)
- 六、保護管束；(第九十二條、第九十三條)
- 七、驅逐出境；(第九十五條)

至應受保安處分之人，則爲(一)未滿十四歲人，(二)未滿十八歲人，(三)心神喪失人，(四)精神耗弱人，(五)瘖啞人，(六)吸食鴉片或施打嗎啡或使用代用品之犯罪人，(七)酗酒

人，(八)有犯罪常習或以犯罪爲職業之犯罪人，(九)遊蕩或懶惰成習之犯罪人，(十)患花柳病癩瘋之犯罪人，(十一)受緩刑宣告之人，(十二)假釋出獄者，(十三)外國人犯罪者。茲分別述之於下：

### 第一款 對於幼者犯罪之保安處分

新刑法第八十六條第一項曰：「因未滿十四歲而不罰者，得令入感化教育處所，施以感化教育；」第三項曰：「感化教育期間爲三年；」此規定對於幼者犯罪之保安處分也。蓋幼者可教不可罰，加以刑罰，不足以收刑罰之效果，易以教育，乃克有濟，故規定對於幼者犯罪，施以感化教育。感化教育者，以改良惡癖爲宗旨之特種教育也。惟對於幼者施以感化教育，必先有感化教育場所而後可，我國感化教育場所尙未設立，故新刑法第九十二條第一項，又規定按其情形，得以保護管束代之，以濟其窮。其不能收效者，並可隨時撤銷，仍執行原處分。

## 第二款 對於少年人犯罪者之保安處分

新刑法第八十六條第二項曰：「因未滿十八歲而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入感化教育場所，施以感化教育。但宣告三年以下有期徒刑拘役或罰金者，得於執行前爲之；」第三項曰：「感化教育期間爲三年以下；」第四項曰：「第二項但書情形，依感化教育之執行，認爲無執行刑之必要者，得免其刑之執行；」此規定對於少年人犯罪者之保安處分也。蓋一般刑法學者僉謂動輒有犯罪之危險者，即在此妙齡時期內，以十四歲至十八歲數年中爲尤甚。加之年少之人，性情未定，投之監獄，易染獄內之惡風，出獄後復行犯罪，有如響應，故規定對於此等人犯罪者，須施以感化教育，以改善其心性。但例外仍得按其情形，以保護管束代之。（新刑法第九十二條）

## 第三款 對於心神喪失人犯罪者之保安處分

新刑法第八十七條第一項曰：「因心神喪失而不罰者，得令入相當處所施以監護；」第三項曰：「監護處分期間，爲三年以下；」此規定對於心神喪失人犯罪者之保安處分也。蓋因心神喪失而犯罪，係基於病之作用始然，故不可加以刑罰，祇得令入相當處所，施以監護。所謂相當處所，如精神病院之類。但依新刑法第九十二條規定，按其情形，亦得以保護管束代之，其不能收效者，並可隨時撤銷，仍執行原處分。

#### 第四款 對於精神耗弱或瘖啞人犯罪者之保安處分

新刑法第八十七條第二項曰：「因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護；」第三項曰：「監護處分期間，爲三年以下；」此規定對於精神耗弱或瘖啞人犯罪者之保安處分也。蓋因精神耗弱而犯罪，因瘖啞而犯罪，均係基於病的原因使然。此種病態，或有非不治之症，或可用科學方法施以教養。若單純的施以監護，僅係消極的辦法，故尚須積極的令入相當處所加以療治。而依新刑法第九十三條規定亦

得以保護管束代之。

### 第五款 對於吸食鴉片或使用代用品犯罪者之保安處分

新刑法第八十八條第一項曰：「犯吸食鴉片或施打嗎啡，或使用高根海洛英，或化合質料之罪者，得令入相當處所，施以禁戒；」第二項曰：「前項處分，於刑之執行前爲之，其期間爲六個月以下；」第三項曰：「依禁戒處分之執行，法院認爲無執行刑之必要者，得免其刑之執行；」此規定對於吸食鴉片或代用品犯罪者之保安處分也。蓋以吸食毒品之犯罪人，大多具有癮癖，出獄之後，固仍不免有再犯之虞。今於執行刑罰之前，先施強制禁戒，其效力當較刑罰爲大，此可爲斷言者。而依新刑法第九十二條規定，對於此等犯人，按其情形，亦得以保護管束代之。所謂相當處所，應以公立之醫院或戒烟所爲限，如該地尚未設立公立醫院或戒烟所，祇得令入病監，嚴施禁戒而已。

## 第六款 對於酗酒人犯罪者之保安處分

新刑法第八十九條第一項曰：「因酗酒而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以禁戒；」第二項曰：「前項處分期間，為三個月以下；」此規定對於酗酒人犯罪者之保安處分也。蓋因酗酒而犯罪，行為似非出於故意，單純科以刑罰，尚不足以資矯正，必利用保安處分，實施禁戒，然亦得依新刑法第九十二條規定，按其情形，施以保護管束。夫酗酒，有沾染酒癖而然者，有偶然飲酒過量而致者，於此情形，對染有酒癖之人，應令入相當處所禁戒，對偶然飲酒過量之人，應付保護管束。就其情形，分別處分，其效力必宏。尤有言者，對於酗酒人令入相當處所施以禁戒，固為事實所必要。但尤應於一定期間內，禁止其出入酒肆飲食店，以免再行沾染惡習，亦為杜漸防微之計。如以執行困難，正不妨以此項處分，施之於刑罰執行之前，保安處分執行完畢後，如無執行刑之必要，法院並得免其刑之執行，以為獎勵之具，則犯罪人凜刑罰之加，自能恪守無違也。



### 第七款 對於習慣犯常業犯或因遊蕩犯罪者之保安處分

新刑法第九十條第一項曰：「有犯罪之習慣，或以犯罪爲常業，或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作；」第二項曰：「前項處分期間爲三年以下；」此規定對於習慣犯常業犯或因遊蕩而犯罪者之保安處分也。就刑事政策上言，對於此等犯人，施以強制工作，實爲消滅犯罪之有效方法。按犯罪之原因，有由於貧窮而挺而走險者，雖迫於生計，不無可憫。然苟係遊蕩或懶惰無正當職業者，或具有犯罪常習，或以犯罪爲常業者，雖論罪科刑，執行完畢，仍不免有再犯之虞，非令入勞動場所，強制工作，不足以矯其惡習，而收預防犯罪之實效。惟強制工作，必先設勞動場所，以便從事收容，然事實上終恐難於短時期內普遍設立，故依新刑法第九十二條規定，按其情形，亦得以保護管束代之也。

## 第八款 對於患花柳病癩瘋犯罪者之保安處分

新刑法第九十一條第一項曰：「犯第二百八十五條之罪者，（按即明知自己有花柳病癩瘋隱滿與他人爲猥褻之行爲或姦淫致傳染於人之罪）得令入相當處所，強制治療；」第二項曰：「前項處分 於刑之執行前爲之，其期間至治愈時爲止；」此規定對於患花柳病癩瘋而犯罪者之保安處分也。蓋以有傳染病之犯罪人，其犯罪之原因，既係基於病的狀態，爲防止再犯及維護民族健康起見，故須施以強制治療之處分，其期間至治愈時爲止，以期絕其根株，俾免再傳染於他人。惟新刑法對於此等犯人，無適用第九十二條保護管束之規定，立法上不無缺點。良以花柳病與癩瘋病，亦有不能治療者，苟經診斷之後，確屬不治之症，則縱加強制治療，於事何補？又此種病狀 亦有於一定期間內復發者，則一時的強制治療，又何能防患於久遠？故吾人對於第二百八十五條之犯人，主張在刑法中，應於強制治療之外，更增設「並得施以保護管束」之規定，庶可視其情形，對於不治之人及有復發性者，責付其親屬

或其他適當之團體，施以監督，則功效當更宏大也。

### 第九款 對於受緩刑宣告者或假釋出獄者之保安處分

新刑法第九十三條第一項曰：「受緩刑之宣告者，在緩刑期內，得付保護管束；」第二項曰：「假釋出獄者，在假釋中，付保護管束；」第三項曰：「前二項情形，違反保護管束規則情節重大者，得撤銷緩刑之宣告或假釋；」此規定對於受緩刑宣告者或假釋出獄者之保安處分也。緩刑及假釋之意義，已於前第九章第十章分別論之，故不贅述。茲僅就保護管束之期間方法及適用，分別說明如次：

一、保護管束之期間 保護管束之期間，依新刑法第九十二條第二項規定，為三年以下，僅有最高度之限制，而無最低度之規定，蓋便於司法官之衡情斟酌也。受其他處分而付保護管束不能收效者，得隨時撤銷之，仍執行原處分。若受緩刑宣告之人，或假釋出獄之人，違反保護管束規則情節重大者，並得撤銷緩刑之宣告或假釋，仍執行原刑罰。

二、保護管束之方法 保護管束之方法，依新刑法第九十四條規定，係將付保護管束之人，交由警察官署，自治團體，慈善團體，本人之最近親屬，或其適當之人行之。惟保護管束，僅係消極的方法，其結果與監督品行無異。而根本的方法，仍須積極的與以教誨，使對於是非善惡，知所審擇，不致再入歧途，蹈累犯之覆轍。否則用意雖佳，終恐無法實施，演爲具文而已。

三、保護管束之適用 保護管束，除適用於受緩刑之宣告者或假釋出獄者之外，依新刑法第九十二條第一項之規定：「第八十六條至第九十條之處分，按其情形，得以保護管束代之；」是保護管束，尚可適用於左列各種犯罪人。

(1) 因未滿十四歲而不罰者，或因未滿十八歲而減輕其刑者，除原則上須施以感化教育外，按其情形 得以保護管束代之。(第八十六條)

(2) 因心神喪失而不罰者，或因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者，除原則上須施以監護處分外。按其情形，得以保護管束代之。(第八十七條)

(3) 因犯吸食鴉片，或施打嗎啡，或施用高根海洛英，或其化合質料之罪者，除原則上須施以禁戒處分外。按其情形，得以保護管束代之。(第八十八條)

(4) 因酗酒而犯罪者，除原則上須施以禁戒處分外。按其情形，得以保護管束代之。

### 第八十九條

(5) 常習犯或因遊蕩懶惰成習而犯罪者，除原則上須令入勞動場所強制工作外。按其情形，得以保護管束代之。(第九十條)

右列五種 均在第九十二條規定得代以保護管束範圍之內。就實際情形而論，我國教育感化場所，勞動場所，治療所，尙未設置，卽在新刑法施行之後，一時亦難普遍舉辦，非代以保護管束，將無適當之場所可資執行，故有得以保護管束代之之規定。雖然，保護管束，施諸未達刑事責任年齡之人及酗酒人，固不無效力。若對於心神喪失人，精神耗弱人，痞啞人，犯鴉片烟罪而成癮癖之人等，則保護管束之效力，尙嫌不足。而在常習犯及因遊蕩懶惰之犯罪人，尤難見效。此與增設保安處分之原旨。不甚貫徹。是則有賴於審判官當裁判之時

，稍從嚴格 以資救濟焉！

### 第十款 對於外國人犯罪者之保安處分

新刑法第九十五條曰：「外國人受有期徒刑以上刑之宣告者，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境；」此規定對於外國人犯罪者之保安處分也。蓋對於此等犯罪之外國人，若於刑之執行完畢或赦免後，仍聽其居留國內，非特本國增一飄流無業之異國遊民，且於本國之安寧秩序亦有危險之虞。故規定將其驅逐出境，俾免危害本國之安寧秩序。

### 第五節 保安處分宣告之程序

新刑法第九十六條曰：「保安處分，於裁判時併宣告之。但因假釋或於刑之赦免後付保安處分者，不在此限；」此規定宣告保安處分之程序，應於爲裁判時與裁判一併宣告，記載於裁判主文。但因假釋或於刑之赦免後付保安處分者，以其在裁判當時無付保安處分之必要

，故僅有科刑之裁判，而無保安處分之宣告，迨後因假釋或赦免後，始認為有付保安處分之必要，此時欲履行與裁判一併宣告之程序，事實上已不可能，故例外依新刑事訴訟法第四百八十五條規定，僅由檢察官聲請法院裁定之。

## 第六節 保安處分之免除及延長

保安處分，以防衛社會為目的，其實施既應以有無必要為依歸，其期間亦當視已未達其預期之目的為斷。苟已達目的，而宣告之期間猶未屆滿者，自應准予繼續執行。苟未達目的，而宣告之期間尚未屆滿，亦當予以延長，務求達其目的，全其效果。且保安處分，本有法定期間。然固定之期間，難律無窮之罪情，而預定宣告之期間，亦難應事後之變態。此新刑法第九十七條第九十八條，所以有保安處分之免除及延長之規定也。茲分述如次：

### 第一 保安處分之免除

保安處分免除之情形有二：

一、期間未終了之免除 新刑法第九十七條前段曰：「依第八十六條至第九十條及第九十二條之規定，宣告之保安處分，期間未終了前，認為無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行；」是依本條規定，得免予執行之範圍，為第八十六條之感化教育，第八十七條之監護處分，第八十八條及第八十九條之禁戒處分，第九十條之強制工作。而各該條之保安處分，依第九十二條第一項之規定，原可代以保護管束。故第九十二條之保護管束，亦在免予執行範圍之內也。

二、刑之執行完畢或赦免後之免除 新刑法第九十八條曰：「依第八十六條第八十七條第八十九條及第九十條規定宣告之保安處分，於刑之執行完畢或赦免後，認為無執行之必要者，法院得免其處分之執行；」蓋保安處分，有於執行刑罰之前實施者，有於刑罰執行完畢或赦免之後實施者，前者如第八十六條但書之感化教育，第八十八條之禁戒處分是。後者如第八十六條第二項之感化教育，第八十七條第二項之監護處分，第八十九條之禁戒處分，第九十條之強制工作處分是。保安處分執行於刑罰之前者，如認為無更執行刑罰之必要時，得



免其刑之執行，第八十六條第四項，第八十八條第三項，均有特別規定。此以犯人之危險性已除，保安處分之目的已達，處刑之原因已失，故認為無執行刑罰之必要也。至保安處分執行於刑罰執行完畢或赦免之後者，如法院認為無執行其保安處分之必要時，亦得免予執行，其理由與保安處分執行完畢免其刑之執行者相同，毋待贅言。

## 第二 保安處分之延長

新刑法第九十七條曰：「依第八十六條至第九十條及第九十二條規定宣告之保安處分，期間未終了前，如認為有延長之必要者，法院得就法定期間之範圍內，酌量延長之；」所謂就法定期間之範圍內酌量延長之者，例如第八十六條之感化教育，第八十七條之監護處分，法定期間均為三年以下，第八十八條之禁戒處分，法定期間為六個月以下，第八十九條之禁戒處分，法定期間為三個月以下，第九十條之強制工作處分，法定期間為三年以下，第九十二條之保護管束，法定期間為三年以下；法院就原處分如認為有延長之必要時，所定延長之期間，不得超過上述法定期間之範圍是。惟於此尚有不能無疑者，即其延長，以一次為限乎

抑得逐次延長乎？法律規定，尙欠明瞭。就保安處分之性質言，雖與刑罰有間，究不能謂無妨於人民之自由。若能逐次延長，漫無限制，深恐利未見而弊先生，得不償失。設不然者，則一度延長之後，縱令目的未達，徒以宣告之期間已屆，不能不認爲執行完畢，又適與立法之初意相違。二者難獲兩全。如法文中能增設「延長不以一次爲限」，則法律上之根據，益臻明確。而保安處分之功效，亦得藉以充分表現，當無解釋紛歧之慮矣。此外在保安處分延長期間內，若法院認無繼續執行之必要時，就法理言，自仍可依第九十七條前段之規定，免其處分之執行，惟亦須有明文規定之必要耳！

## 第七節 保安處分執行之許可

新刑法第九十九條曰：「第八十八條至第九十一條之保安處分，自應執行之日起，經過三年未執行，非得法院許可，不得執行之；」此與刑罰時效之制，雖相近似，然揆其性質，則實有不同。蓋刑罰自裁判確定之日起，經若干年後，不執行者，因時效而消滅其行刑權，

祇須時間之經過，而無法律上停止之原因，無論如何，絕對的不能再予執行。保安處分，自應執行之日起，經過三年者，並非因時間之經過而歸諸消滅，惟在執行之際，須先經法院許可之程序耳！至刑法上認許時效之理由，前已於時效內詳述，雖學說不一，然一般意見，僉謂犯人於一定期間內，既銷聲匿跡，社會上對此亦早已遺忘，再予執行，實失其保護性之本旨，不足以維持已安定之社會秩序，此乃以社會的現狀為觀察點。保安處分之執行與否？仍以受處分人之情狀為斷，苟其處分之原因已失，例如烟癖之斷癮，酒癖之戒除，固已無執行之必要。設不然者，則法院亦可准許執行，此可從第九十一條強制治療處分以治愈之時為止，及第九十七條第九十八條保安處分之執行免除等立法本旨徵之，可知與認許時效之理由，亦應有所區別。由斯以言，保安處分因時之經過而免除，與時效之性質既異，舉凡關於時效停止之規定，當然不適用於保安處分，毋待繁言。惟刑法上保安處分之宣告，初以其有此必要。自應執行之日起，雖未經執行，然此種裁判之效力，固非當然消滅，則在法理上推定其必要之情形。繼續存在。故應以執行為原則，免除執行為例外。且保安處分之執行開始時期

，新刑法本有列舉之規定，其所以不能開始執行，無非受處分人逃亡隱匿等情形，其咎不在法院。今以可以歸責於受處分人之事由，法律上反以免除執行爲原則，揆之法理事實，與社會防衛之本旨，豈能相伴？此第九十九條之規定，所以應解爲以執行爲原則，免除執行爲例外也。

## 第八節 保安處分適用之問題

新刑法關於保安處分之規定，已如上述。茲更有一問題，即應受保安處分之人，是否以受刑之宣告者爲限？實堪吾人研究者也。新刑法對於應宣告保安處分之人，雖已有列舉的規定，但應否以受刑之宣告者爲限，並無專條可資依據，而就所定執行時期之法文觀察，除第八十六條第一項（因未滿十四歲而不罰者得令入感化教育處所，施以感化教育）外。或規定於刑罰執行之前，或規定於刑罰執行完畢或赦免之後，足徵保安處分之科處，無形中非受刑之宣告者，不得爲之。在現代罪刑法定主義之下，有罪必罰，罰必有罪，此固爲刑法上之大原

則。然在保安處分，爲充分的表示其社會的防衛職能起見，初不必使同受限制，且罪刑法定主義之本質，近代立法，亦有對之設例外規定者，如蘇俄刑法是。是保安處分，又奚必守此原則而縮小其適用範圍？且依新刑法第二條之規定，行爲之處罰，行爲時與裁判時之法律有變更者，若裁判前之法律，有利於行爲人，適用最有利於行爲人之法律，固以從新爲原則，以從輕爲例外者，獨於保安處分，則適用裁判時之法律，（第二條第二項）可見保安處分，不必與刑法適用同一之原則。即在罪刑受赦免之後，仍不妨執行保安處分，尤足見不以罪刑之存在爲前提也。況處刑之原因，以其具有犯罪之行爲，實施保安處分之原因，以其具有其他之癖嗜或特殊之情形，是故科刑須以犯罪爲前提，實施保安處分，則以有無必要爲斷。設其人有特殊之癖嗜，如烟癖酒癖，雖於審判之後，因嫌疑不足而諭知無罪，或因被害人願告訴而諭知不受理，即無從單獨科以保安處分，豈非與刑法特設保安處分之初意背道而馳乎？職是之故，保安處分之適用範圍，尙待擴充，無論審判中受有罪無罪之判決，亦不問無罪之原因如何，祇須具備法定條件，均應一律適用。蓋具有保安處分各本條所定之原因者，雖或

法律上不處以刑罰，然此種原因之存在，不能謂無危害於個人與社會，如烟癮，如怠惰，非強制禁戒或命強制工作，難免將來不罹於犯罪，與其處罰於將來，毋寧預防於事先之周至也！至於性質上對於受無罪判決之人，根本不能施行者，如第九十二條規定之保護管束，卽其一例。總之保安處分與刑罰之目的雖同，實際則尙屬非刑罰性質之行政處分，現雖規定於刑法之中，固不必使與刑法守同一之原則。明乎此，則保安處分不應以宣告罪刑爲先決條件，殆無容疑矣。

新刑法總論

三八八

新刑法總論完

