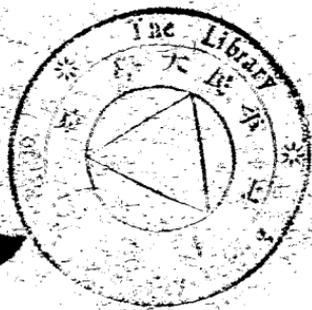


謝越石著

刑法新論

萬兆芝題





弁言

我國刑法自民初頒布暫行刑律以來已將從前民刑不分之大清律例全部推翻查暫行律起草於前清末季係採用近世各國之法律及學說根據法律上之原理原則而編成一部刑事法典迄於民國成立之初刪除其與國體抵觸之部分而修正之由臨時參議院通過施行在我國法制史上雖屬創舉而行之十有餘年尙稱便利惟因其中規定未能盡合乎國俗民情悉臻完善故在北京政府時代修訂法律館已有第一次修正刑法草案及第二次修正刑法草案貢獻於世（見法律草案彙編）至國民政府成立亟亟於厘訂法典即依第二次修正草案爲新刑法藍本並參以最新學理及最近潮流畧加修改經過審查修正審議種種程序卒由中央常務會議決議後公布施行即現行之新刑法是也查該刑法大體雖仍與暫行刑律相若而內容則改造甚多其

0929.6
1372

弁言

法律之進步與否，全視心理自不無比較進步之慮。然刑罰之
處置，則尚多歧漏繁瑣及矛盾偏頗之嫌。爲世詬訾，鄙人素所
究刑法，昔曾著有「刑律通詮」一書，對於暫行刑律除廢止外，所
有警議，希望將來刪改者，幸經新法修正後，已不復見。此類
如暫行律總則第五十七條、第七十七條及第八十八條之修改，
又第八十四條及第八十五條之宜刪除等是。雖不敢自翊爲
立憲之或當，亦差幸見解之相同也。茲當新舊刑法遞置之秋，各
同志徵詢意見，不揣鄙陋，復將新刑法逐條演繹，開發新義，名曰
刑法新詮，務求其文簡而能賅其義，博而能約，並比較其異同，得
失之處，附着評論於後，即就鄙見所及，分別論列，未敢自以爲是。
妄蹈輕議國法之咎，不過依據學理，公開討論，以期當代法律家
之指導，或者千慮一得，亦足爲立法上改進之一助云爾。

中華民國十九年三月

謝越石自識

刑法新詮凡例

一本書以解釋刑法爲任務解釋刑法學有箋註體與講義體之不同本著係用箋註體就新刑法逐條演繹並不別立系統仍依前著刑律通詮之例故名曰刑法新詮

一本書根據文理論理兩種解釋合併討論詞意淺顯務求了解立法上之旨趣以裨寔用而資研究至關於刑法學之沿革及比較多屬語焉不詳

一刑法總則所採取之學說及立法原則比較暫行刑律雖大體不甚懸殊而條文更改寔多故本書對於新舊異同得失之處皆以兩法相提並論

一本書於解釋之中間有批評之處除隨處質疑以便注意外並將所有顯著及重要之問題數則附著評論一卷於後

一本書稱舊律者指已廢止之暫行刑律而言至援引大清以前

之律例概稱古律以別之或冠以朝代如唐律清律之類

一稱原案者指前法律館第二次修正刑法草案（查自民國四年前法律館即訂有修正刑法草案嗣又有二次修正刑法草案均見法律草案彙編）因本法草案係以該修正草案爲藍本而修改之故本著稱爲原案並節錄其修正理由即稱爲原案理由惟該理由中所稱原案者係指暫行刑律稱修正案者係指第一次修正草案稱舊律者概指清律以前而言合併聲明

一本書除節錄原案理由外並參考判例解釋例及近世學說就個人所見以定去取自愧學識有限淺陋在所不免尙希閱者有以賜教爲幸

刑法新詮目錄對照表

第一編 總則	條	頁	數
第一章 法例	一	一	二
第二章 文例	一〇	三	五
第三章 時例	二	七	〇
第四章 刑事責任及刑之減免	二四	四	七
第五章 未遂罪	三九	七	八
第六章 共犯	四三	八	〇
第七章 刑名	四九	一〇	三
第八章 累犯	六三	一四	三
第九章 併合論罪	六九	一五	九
第十章 刑之酌科	七六	一六	九
第十章 加減例	七九	一七	九

刑法新註目錄對照表

三

第三章	緩刑	九〇……………九二	一八〇……………一八七
第三章	假釋	九三……………九六	一八八……………一九七
第四章	時效	九七……………一〇二	一九八……………二二三

刑法新詮

附評論

萍鄉謝越石著

第一編 總則

刑法之有總則。略與大清律之名例相似。往古律例。原無總則與名例之稱。其在中國。自李愷始著法經六篇。殿以具法。漢律益戶與曉三篇。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。至北齊始合而爲一。謂之名例。歷隋唐宋元迄於明清。皆沿斯例不改。是編以刑名法例二者。皆屬總則中之一部分。不能包括全體。在前清法律館起草刑律。（即民元頒布之暫行刑律現已廢止以後均改稱舊律）即採取東西各國立法之先例。賅括刑法上適用一切刑罰。凡屬法例文例時例。以及犯罪之普通要件。刑罰之施行通則。皆應分章備載。故名之曰總則。

查舊律總則規定凡十七章。本編已改併爲十四章。除將赦免一章認爲不屬刑法範圍。應行刪除外。復將有減自首與不爲罪。三章合併爲一。改稱爲刑事責任及刑之減

承。其無異者移編修改。而內容大致相同。屬於各章詳述之。

第一章 法例

法例之名。沿於晉律。其後併於名例。取制不同。內容各別。非特義有廣狹而已。若本章所定。專就刑法適用之效力列舉之。故如第一條及第二條。關於時之效力。第三條至第八條。關於人及地之效力。第九條。則對於此外刑事法令準據之效力。皆爲本法施行查應解決之問題。是以各國編纂刑法。皆從此等法例入手。本法仍依舊律之所規定。雖條文略有修改。並將舊律第十條。移置於本章第一條。以示開宗明義之大原則。是亦立法上較爲進步之處也。

第一條 行爲時之法律無明文科以刑罰者不爲罪

本條規定。採用法定罪刑主義之大原則。不許比附援引。罰及律無明文之行爲。故以行爲時之法律爲準。亦即規定刑法關於時之效力之一端也。與舊律第十條規定。「法律無正條。不問何種行爲不爲罪」文義相當。稱行爲時之法律。包括普通刑法。及具備特別刑法。均附屬刑法。（附於各法規內之罰則是）而言。無明文科以刑罰。即

無處罰之正條也。不爲罪者。即不成立罪行之謂。與其他不負刑事責任之行爲不罰者有別。

法定罪刑主義者。因立法上認定何種行爲爲罪。必須著爲明文。使人民有所遵循。裁判有所依據。方不至於枉濫。故無明文處罰之行爲。雖法律不認爲犯罪者。不認爲罪。而比例以罰之。非立法上之過。實司法上之咎也。故近今各國立法例。皆採罪刑法定主義。絕對不許比附解釋。我國舊律（第十條）改訂之初。法律館起草理由。曾揭舉比附定罪之弊。一、審判官於律無正條之行爲。得以己意比附類似之條文。致人於罰。是以司法而干立法之嫌。於立憲政體殊多不合。二、法律與民共信之物。律有明文。乃知其應爲與否。若刑法之外。參以審判官之意見。則民將無所適從。是不啻以機阱殺人。也。三、人心不同。各如其面。若審判官得據類似之例。科以刑罰。非特見籌互異。且可以任意出入。刑事裁判。難期統一。因此三大理由。故現今除英國視習慣法與成文法有同等效力外。其他歐美及日本各國刑法。莫不有此明文規定。我國舊例相沿。比附援引。爲詭詭病。故舊律不爲罪章。毅然以明文定之。惟舊律認此與其他不負刑事責

任之行爲何列。究之根本上理由不同。因行爲既不成立犯罪。與因免除刑事責任而不罰者。自屬有別。是以本法以此原則規定於法例之第一條。而文義尤爲顯豁。且以行爲時之法律爲準。尤能表示法律不溯既往之精神。亦刑法關於時之效力也。

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

本條規定刑法關於時之效力。即犯罪在舊法時代。而裁判在新法時代。適用法律之問題。與舊律第一條第二項規定。『頒行以前未經確定審判者亦同。』頗有出入。（詳後列原案理由）本條以從新爲原則。兼採比較從輕之舊法爲例外。故曰依裁判時之法律處斷者。原則也。而適用犯罪時法律較輕之刑者。例外也。

或謂本條依裁判時之法律處斷。似有背法律不溯既往之嫌。而實則不然。觀於前條曰行爲時之法律。此則曰犯罪時之法律。一則舊法不以爲罪。不得以新法有罪而罰之。一則舊法既以爲罪。乃得適用新法。而適用新法時。又只限於新舊刑罰相等。及新法較輕。或竟無罪者。方可按此原則從新處斷。而例外並須適用舊法較輕之刑。是新

法之變更，仍不得溯及既往也。茲節錄原案（即前法律館第二次修正刑法草案本編稱原案後皆仿此）修正之理由於此，以說明之。

（原案理由）刑法關於時之效力問題有二。

一 行爲時之法律不爲罪，而行爲後之法律以爲罪者。

二 行爲時與行爲後之法律皆以爲罪，而有異同者。

第一問題。前條已有規定。第二問題。原案（此指暫行刑律言）概採從新主義。本案亦係從新，而微有不同之點。茲先述各國立法例如左。

第一。不論新舊法之輕重。概從舊法。即新法概不溯及既往之行爲。採此主義者爲英國及美國數州。（前法律館理由，謂英國爲從新先例，似屬未確。查英律關於時之效力，無明文規定。而判例皆主從舊。依一八七八年士堪反氏編英國刑法草案，係集判例而成。其第二條規定，即從舊主義。）

第二。從舊法。但新法較輕者從輕。即依新法不溯既往之原則。但新法較輕者則爲例外。採此主義者，爲德、法、比、意、丹、荷、那、西、匈、瑞典、瑞士、數洲、美國數州、布加利亞。

日本、暹羅、埃及、智利、阿根廷、墨西哥、溫尼蘇、俄國等國及奧國瑞士之刑法草案。
第三、從輕法。但舊法較輕者從輕。即新法追溯既往行爲。但舊法較輕者則爲例外。
探此主義者。爲奧國及瑞士之數州。

第四、不論新舊法之輕重。概從新法。即新法概追溯既往之行爲也。探此主義者。
爲俄國及瑞士數州。又民國暫行刑律是。（但舊法不以爲罪者。則爲例外。）右列
第二、第三主義。有概名爲從輕主義者。然表面同而實際不同。如法律變更時。專就
刑之輕重比較而言。則第二與第三主義。均無區別。若其他問題。無輕重之別。如文
例及犯罪之定義不同。一主從新。一主從舊。則實際不能盡同也。

第一主義從舊。第四主義從新。均未免趨於極端。茲先述之。

第一主義。概從舊法。有謂犯人於犯罪時。已得有受當時法律制裁之權利。此說欠
通。論及刑法條草案理由所云。人民對於國家。不能有受刑權利之理。况新法既
經。日。舊法當不合時宜。概從舊法。豈非廢法。故此主義。已成陳說。

第二主義。概從新法。似亦第一主義之弊。而又流於相對之極端。我國暫行刑律第

主義多利少。如新舊法輕重相等。或新法較輕。其結果與二三主義無異。若新法重於舊法。概從新法。則流弊易生。重刑罰追溯既往。則人民生命財產。當為立法者所左右。輕罪亦可變為重罪。使人常懷恐懼。是法律以保護人民者。適以危害之。實非立法者之本意。晚近法重二國。多持此說。力主從輕之義。並非空談。且在我國已有明證。如犯贓條例。盜匪條例等特別法。多出於一時之主張。因緣刑法過輕。驟然加重。或至改作死刑。尤為世界立法例所無。其危害更不可勝言矣。西德非難從新主義者。猶有一說。謂可藉此為政敵深陷人罪之謀。立法者固不能不豫防也。德國刑法準備草案。此條之調查主任杜力加氏。嘗提議概從新法主義。而草案卒不採用。以其科犯人以事後之重刑。為欠平允。

第二第三主義。均屬從輕。前法律館理由非議之曰。若新律重於舊律。而舊律時代之犯人。科以新律之重刑。則與舊律時代。受舊律輕刑之同種犯人相較。似失其平。誠如此說。則新律施行後。僅此舊律時代之同種犯人。科以舊律之輕刑。以與新律時代之犯人。據新律而科重刑者。互相比較。則又失其平等語。然攷各國採從輕主

義。實不足以示公平。所謂公平者，係比較行為在舊法施行期間所判在新法施行之後。此種犯人，究竟應科新刑或舊刑，乃為公平耳。若謂法律變更理由，則以行為與裁判皆在舊法時代，或皆在新法時代，犯人所受之刑罰為比較。則失其平。而不知行為與裁判，既同在舊法或新法時代，當然受同一之舊法或新法裁判。無公平不公平之問題也。該理由又謂刑罰非治恩之具，故不應從輕。然法儒加勞氏主張從輕主義，固出於公平，非治恩也。故各國多採從輕主義者，惟從輕人有第二第三主義之不同。本案係採第三主義，以從新為原則，以從輕為例外。蓋以新法既頒，自應收新法之利，但舊法較新法刑輕者，乃從輕以符公平之旨，則得所折衷矣。

從輕之說，應注意者，尚有兩端。其一，所謂輕重專就刑罰而言。（日比丹麥智利葡牙等國屬是）抑兼論刑罰以外之事項（例如時效）而言。（德法意奧那威瑞典埃及俄國等國屬是）其二，專就行為時與裁判時兩法比較，從其輕者而言。（蘇威德羅及瑞士刑法草案屬是）抑包括兩時期內頒行之法律比較，從其最

輕重而言。刑法書日本向加刑德國屬是。是不可無以區別也。第一問題本條
擬按既科比輕。而適用其輕者之先例。蓋無難。可以縮小從輕之範圍。而擴充從新
之本質。况刑以外之事項。輕重頗難決定。若專就刑比較。則輕重頗有明文。可免法
文上解釋之困難也。第二問題。本案則專就行為時與裁判時兩法比較。擇其輕者
而用之。其中間法律不得勉強牽入。因主張此說者。多謂中間既有更輕之法。犯人
應取得輕刑之權利。此義已成陳腐。不足採取。至謂裁判若不延遲。犯人應受中間
輕刑之利益。然裁判不遲延。則行為時之法律。已可適用。何待中間輕法。况遲延之
責任。多因犯人隱避之故。其咎不在執法者。又烏可持此以爲理由也。

第二條 本法於凡在民國領域內犯罪者適用之

本法於凡在民國領域外之民國船艦內犯罪者亦適用之

本條規定刑法適用之範圍。即依舊律第二條規定。以採屬地主義爲根據。觀於第五
條至第七條規定。有時適用於民國領域以外之犯罪者。本採折中主義。非絕對以領
土支配權爲限者。本條不過規定其原則。亦即折中主義之一端也。蓋世界各國普通

立法例。以一國主權。應普及於一國領土。不受他國干涉。亦不越乎領事以外。優及他國主權。是以凡在國內或國外之本國船艦內（船艦應視為國家浮陸領土之一部）已為世界各國所公認。為犯罪行為。不問其犯人為本國或外國人。皆適用本法處罰。此本條規定之旨也。惟極端持此原則。於刑法之目的。反多不盡貫徹。是以於本條屬地主義之外。復兼採屬人主義。保護主義。分列各種特定犯行。併設第五條至第七條例外之規定。故謂之為折中主義。

或慮現在外國領事裁判權。尙未撤銷。國際條約。往往為之限制。是本條屬地主義。施行尚多困難。此說在前法律館起草理由。固已明定適用於外國之範圍。一為無國籍之外人。二為無特別條約之外人。三為條約改正後之外人。一二兩款。與領事裁判權無關。第三款。指收回領事裁判權之時而言。疏解明顯。足見究行之無窒礙。况刑法為國家常憲。特別條約。乃一時不得已之現象。此等損害主權。違背公理之限制。終難久存於國際間。設若歐戰以後。條約次第改正。如俄德奧比。及其他各小國裁判權。業已放棄。所有舊條約。無不廢止。現在國民政府積極進行修約。亦將與

民一表運動以期廢除不平等條約。各國保國爲情勢所迫。亦多表示同意。是則領事裁判權之收回。終當達到。則外人之應廢從。又何慮焉。

雖然。絕對的屬地主義。本不問犯人之國籍。及其身分若何。均應一律服從。惟依各國憲法及國際公法之制限。仍有不能適用者。前者如君主國之君主。爲至尊神聖不可侵犯。民主國之大總統。除憲法上規定特種犯罪應受彈劾外。亦不適用普通刑法。但我國政府既改用委員制。亦無此限制也。後者爲有治外法權之人。一、外國之君主大總統及其家屬從者。二、已經承認之外國公使領事代表及其家屬從者。三、已經承認之外國軍隊及軍艦。是也。此等人均因特殊身分。免受刑罰。其身分繼續對所爲之行為。爲刑法效力所不能及。即身分消滅之後。如已退位之大總統及已免職之外交官是。亦不得對之起訴。蓋一爲尊國體。一爲重國交。爲世界各國通例。不獨我國爲然。不必有明文規定者也。

惟因犯人之身分。限制刑法之適用者。乃基於幽法或國際法之特例。與刑法之解釋無關。不可認爲犯罪之不成立。蓋身分雖不受法律之支配。而行爲仍不免爲犯罪者。

自與正法行爲及其他無責任之行爲，不可相混。故對此等行爲，仍得行使其監督防衛，及緊急救護之權。（如本法第三十六及三十七條規定）且如有共同害處，或救護，警備者，更當分別以其犯處斷。（如本法第四十五條第二項規定）

此外尚有一注意之問題。即關於青海番地。在前清時，即另有番例條款爲該地特別刑法。因其民情風俗迥異內地。故大清律例，已不適用於該番地。依民國三年大理院解釋（統字一〇一號）承認該條款繼續有效。斷定暫行刑律施行之區域，當以前清現行刑律（即改正之大清律例）施行之區域爲準。是則青海番地，不能適用普通刑法。不得謂非本條之又一例外。惟現在國民政府，已有明令將青海改爲省治。形式上之統治，已與昔日放任情形不同。在未有特別條例或解釋以前，青海番地既同屬民國領域。當然一律適用。雖然，內政尙未統一，情勢尙屬懸殊。恐施行仍多窒礙。當茲過渡時代，能否適用本法，是又立法者所宜注意也。

第四條 犯罪之行爲在民國領域內而其結果在民國領域外或犯罪之行爲在民國領域外而其結果在民國領域內者以民在

國領域內犯罪論

本條規定犯罪地之標準。即依舊律第七條所定。劃清國際間審判管轄。以確定前條適用之範圍也。犯罪行為者。本於人類意思動作。或不動作。所生之物界現象。即發生結果之原因也。犯罪之行為。須具有責任違法科罰各種要件。方能成立。結果者。為行為對象所受之影響也。若與犯罪行為無因果關係。別為一種事實。不得謂為犯罪之結果。

凡一切犯罪。未有不基於行為與結果。為成立之要素。惟犯罪之行為與結果。倘異他而發生。則應以何處為犯罪地。從來學說上解決之標準有三。一。以行為之地為犯罪地。二。以結果之地為犯罪地。三。以行為與結果之地。並認為犯罪地。本條以第三說為當。因犯罪之成立。必合各種要素。方為一罪。其行為與結果。既皆足為犯罪要件。合此取彼。均無當於條理。故凡犯罪之行為與結果。有一在民國領域內者。均應認為國內犯罪。適用本法。此本條所以設也。

按舊律第七條規定。一犯罪之行為或結果。有一在民國領域或船艦內者。以在民國

內犯罪也。文義全同，而尤較爲簡括。本條詞句冗長，反遺漏船艦二字，而依前條第二項規定，適用時自應包括。蓋因此發生解釋問題，不可謂非缺點也。

例如有自外國境內或船內放鎗殺傷在民國境內或船內之人，是犯一罪界於兩國之間而成立。在民國以有本條規定，結果地在民國內管轄，須適用本法處斷。而犯人係在外國，所有逮捕探訪科罰等手續，則依國際條約及刑事訴訟法之規定辦理。反是，若犯人在民國境內或船內放鎗，殺傷外國境內或船內之人，則犯罪行爲地在民國境內，亦得依本條規定處罰。其犯人雖屬外國之人，亦無庸更俟外國交付也。（按本國人民無因處罰之故而交付外國者，是爲近世各國之通例。）

第五條 本法於凡在民國領域外犯左列各罪者適用之

- 一 第一百零三發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 第二百十條至第二百十七條之偽造貨幣罪
- 四 第二百二十五條至第二百二十七條第二百三十一條第

二百三十三條及第二百三十五條之偽造文書印文罪

五 第三百五十二條及第三百五十三條之海盜罪

本法規定適用於國外犯罪之範圍。不問犯人爲內外國人。皆適用之。是爲屬地主義之例外。亦學說上所謂保護主義。（又謂之自衛主義）實即本案採用折中主義之一端也。關於列舉各款特定罪名。誠如前法律館草案（舊律第三條）理由。所謂關係國家之存立信用財政經濟等有重大之損害或危險。故也。其犯罪地雖在民國領域以外。而因其被害者爲民國國家。故本條爲自衛之必要。涉及領域以外而處罰之。蓋爲保障國家安全。貫徹刑罰目的。出於不得已之規定也。

關於此問題。曾經萬國國際法學會迭次討論。其結果贊成之理由。大致與前法律館所舉理由略同。惟據舊律第三條列舉各罪。有不盡然者。有如損害國交。妨害公務。及毀壞。損壞。各罪。亦皆增入。範圍未免太廣。反與立法之本旨不符。是以本條一律刪去。而以內亂外患及偽造貨幣偽造文書印文等罪爲限。並增入海盜罪。以符本條注重庶免處罰國外犯罪之標。過於廣泛。反多窒礙。至海盜罪一項。爲舊律所無。本案增設。

此等罪行，在法律上認爲萬國之公罪。不論何國皆得罰之。即學說上所謂世界主義。故本條亦併列舉之。

雖然，國外犯罪。不問犯人之屬於何國，一律適用本法。實際上每多窒礙。因依各國刑法。均以採取屬地主義之故。決未有將在國內犯罪之本國犯人。執交外國。而聽其起訴審問處罰之理。是以本條之效力。祇能適用於國外犯罪之民國人。或僑居外國之其他外國人。亦當然之結果也。

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條第一
百三十二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 第三百三十條之偽造文書罪

本條規定本法適用於國外犯罪之民國公務員。依舊律第四條之規定而加以修正。不問犯人之爲內外國人。祇以其爲民國公務員。關於職務上犯罪而適用之。關於刑舉各款之罪。皆以身分爲構成犯罪之要件。蓋既爲民國公務員。應服忠誠義務。因其違背義務加以處罰。不得以犯罪地在國外。而聽其倖逃法網。是亦保護主權應有之規定也。

按舊律第四條依前清法律館草案規定。犯罪主體爲民國公務員。其理由與本條同。後經修正案改爲民國人民。專採屬人主義。而外人服務於民國者。反無從處罰。而且列舉各罪。並涉及妨害國交。洩洩機密。妨害交通。妨害秩序等罪名。範圍太廣。皆與原草案宗旨相違。是以本條仍從而糾正之。專以民國公務員爲犯罪主體。並以濫職。脫逃及偽造文書各章中特定之罪名爲限。以符立法本旨。至其他犯罪應處罰國外之民國人民。則以合乎第七條規定之要件而適用之。

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爲有期徒刑以上者

二 犯罪地之法律以爲罪者

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

前項之規定在民國領域外對於民國人民犯罪之外國人準用之

本條規定本法適用於國外犯罪之例外。即援舊律第五條規定之例。第一項採取屬人主義。爲民國人民在民國領域外犯罪者。不論加害於本國人或外國人。皆適用本法治罪。所以整飭本國人民之規律也。第二項兼採保護主義。爲外國人在民國領域外。因加害於民國人民而犯罪者。亦準用本法治罪。所以保障本國人民之權利也。犯前二條以外之罪。包括一切損害人民生命身體自由名譽及財產而言。範圍甚廣。故適用於國外時。須附以特別條件。必具備各款情形。其一。所犯罪之法定刑最輕爲有期徒刑以上。其輕度可處拘役或罰金者不罰。不涉及其他輕微犯罪也。其二。則犯罪

地之法律同以爲罪者。其不以爲罪者不罰。以免與外國法律抵觸。反多窒礙。且犯罪地之法律既不爲罪。則行爲者亦無犯罪之故意也。其三。則已受外國無罪之確定裁判者不罰。或已受外國有罪之確定裁判。而其刑已執行完畢或免除者。亦不罰。以免犯人抱不平之憾也。具備此等條件。而後適用或準用之。亦參酌中外情形適中之辦法也。

按舊律第五條規定。適用於國外犯罪之國民人民。及因犯罪加害於國民人民之外國人。與本條主義相同。惟彼係列舉的規定。（計共十七款）無須附以具體的條件。此係概括的規定。故須確立一定的標準。其實際適用之範圍。或亦相去不遠。

第八條 除前條之規定外同一行爲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

本條規定外國裁判無侵及民國法權之原則。所以鞏固本法適用之效力也。與舊律第七條規定相同。除如前條所定國外犯罪者承認外國裁判有效外。（即前條第三

款所定）再以本條定之。凡同一犯罪行爲（不曰同一罪名，而曰同一行爲，因恐各國規定罪名不同，致生誤會），而兩國均有管轄權。有如我國因屬地主義支配於領域以內之犯人，與外國臨民主義或保護主義相抵觸，或我國因臨民主義或保護主義適用於領域以外之犯人，與外國屬地主義相衝突，而事實上已經外國確定裁判（包括有罪無罪而言）揆諸一事不再理，及一罪不再罰之原則，似不應再依本法處斷。然依各國立法通例，外國裁判，在民國法律上視之，不過認爲一種事實，無侵越民國裁判之效力，不能限制本法之適用。故遇有此等情形，仍得依本法起訴審判，以伸張國家法權。但得依云者，仍由司法官審度情形而定之。

惟經外國裁判之後，該犯人已受刑之全部或一部執行或竟免除者，民國法律，雖不認有裁判上效力，而亦應認爲事實上參考。若必執行本法之刑，未免過於苛刻。故於此例應減輕（與得減輕者不同），以劑其平。或竟全部免除，由司法官自由裁定之。至減輕之分量，則依本法第八十四條規定之加減例，至少須減輕二分之一以上。

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

本條規定本法總則之效力。可推及於無反對規定之一切罰則。而適用之。亦即舊律第九條之所定。蓋本法既爲普通刑事法典。其總則規定。足爲構成犯罪及科刑之通例。故可以適用於其他定有刑名之法令爲原則。所謂其他法令者。如反革命治罪法、禁烟法、懲治土豪劣紳、懲治盜匪等條例之單行刑法。又如森林鑛業各法規中。定有罰則之附屬刑法。皆包括之。此等法令。既在普通刑法以外。概爲一種特別刑法。如有反對明文。顯與本總則之通例不符。（如各特別法中尙有沿用五等刑期及執行死刑得用鎗斃之類）是又特別規定。應優於普通規定。亦當然之解釋也。故用但書以申明之。

第二章 文例

凡法律上用語。別有一定之意義及範圍者。不可與普通文義同論。而適用刑法時。關係尤重。故必以明文定之。是謂立法上之解釋。我國古律。向有此等條例。具載於名例中。（如稱乘與車駕制敕僧道等例）而各國刑法。對於時期計算及公務員名稱等例。亦多散見於一二條文。並不完備。而亦有特立專章者。但編纂之次序。則除荷蘭外。皆列於總則之前。我國舊律。取法荷蘭。將文例殿於總則之末。（即總則第十七章）然文例之關係。不僅及於分則。其適用於總則各章者。已屬不少。若列在各章之後。援證未免失序。是以本法將文例列爲第二章。而以時例次之。（參照原案理由）

第十條 稱以上以下以內者俱連本數或本刑計算

本條規定計算刑期金額。及一切期限數額之通例。以上者。自最低度言之。以下以內者。均自最高度言之。連本數計算者。如五年以上十二年以下。有期徒刑。應連五年與十二年計算在內。如緩刑二年以上五年以下。應連二年與五年計算在內。其他如罰金若干元以下。及二種以上主刑。二人以上共犯。結夥三人以上。種種規定。皆可類推。

連本刑計算者，如規定爲有期徒刑以上之刑，應連有期徒刑本刑計算。規定爲拘役以上之刑，即應連拘役本刑計算。是也。

第十一條 稱親屬者謂左列各親

一 夫妻

二 四親等內之宗親

三 三親等內之外親

四 二親等內之妻親

本條規定親屬之關係。與舊律第八十二條第三項之規定，頗有出入。其範圍本包括尊親屬在內。因尊親屬爲被害主體時，應行加重。故另以條文定之。（如十四十五兩條所定）與規定親屬之意義不同。查分則中規定親屬，大抵皆認爲告訴之條件。或減免刑罰之原因。不有以確定之。適用時多滋疑義。

列舉各款親屬範圍。除第一款夫妻關係外。第二款宗親，謂本宗親屬也。屬男系言。第三款外親，謂姻親關係也。屬女系言。第四款妻親，兼指妻之宗親外親而言。二三兩款

親等，各憑男女之本身計算。第四款親等，則就妻之一方計算。惟查舊律規定，尙有妻爲夫族及出嫁女爲本宗親屬之區別。本條刪此兩款，故本法審查案主張於第四款妻親下加或夫親一語。已經中央常務會議通過。於公布時刪除，頗滋疑義。

查吾國古律，認定親屬範圍，純以服制圖爲根據。故舊律修訂時，亦沿用之。本法改用親等計算法。於本條劃定其標準，分列爲四親等三親等及二親等以內，亦與服制圖之範圍相當。前法律館修訂民法草案親屬編，即已採用新制。是以原案毅然改之，以期民刑兩法規定相符。茲錄原案修正之理由於後，以資參考。

(原案理由) 中國數千年來，以禮教立國。出手禮即入手刑。故刑罰之重輕，以服制之遠近爲比例。本案親屬範圍，不用服制圖，而用親等計算法。其理由如下。

(一) 服制圖期功緦麻等差昭然。故舊律(指清律以前)刑罰，亦因之而加減。原案(指暫行刑律)除尊親屬外，刑罰同一。已無區別之必要。故不如將服制圖專讓之於禮制，而刑法之親屬範圍，則用親等計算。

(二) 舊律服制，爲圖凡七。繁複細密，非庸愚所能周知。即賢者亦難猝記。改用親等計

算。使其爲實。不必按圖而索。即可定其親疎遠近。

(三) 民法草案規定親屬之範圍。亦以親等計算法爲準。近來法院引用之條理。學校教授之講義。大都擇諸草案。已不失爲習見習聞之事。將來民法施行。自當以親等計算爲宜。故不知於刑法中先求適用。以求民刑二法一致之效用。

(四) 禮制爲一國所自有。不妨從異。法律則宜採取他國之良例以爲衡。查各國親屬範圍。均適用親等計算。即日本亦早改用此法。而廢棄舊有之例。故我國亦宜採取。以示擇善而從之意。

關於本條第四款規定。增加「或夫親」三字之疑義。尙有意見。另行論述於後。(見評論一)

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

本條規定直系親及旁系親之定義。己身所從出者。直系尊屬也。從己身所出者。直系卑屬也。故泛稱直系親。應包括尊卑而言。惟宗親以四親等爲限。外親以三親等爲

限。非直系親而與己身出於同源之祖若父者，爲旁系親。包括出於同源之曾祖（三親等內）或高祖（四親等內）在內。自不待言。惟妻親或夫親，以二親等爲限。則與夫妻妻出於同源之祖若父之旁系親，已足相當。不必溯及曾祖以上矣。然參觀前後各條規定。親屬既有一定範圍。親等計算，瞭如指掌。而直系旁系各尊親屬，又各有特別規定。則本條似不必著爲文例。查原案（即第二次修正刑法草案）第十二條。以此定爲第二項。（以前條爲第一項，以次條爲第三項）已屬贅文。今更列爲專條。似未見其必要也。

關於本條及次條規定，己身之下，加入或妻二字之疑義，頗費解釋，並附論於前條疑義之後。（見評論一）

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。

本條規定親等計算法。以此法計算親等。其範圍之廣狹。等級之親疎。仍與舊律之服制圖相符。故民法草案親屬編。已有類此之規定。今節錄原案（第十二條第三項）修正之理由於後。

（原案理由）按親等計算之法有二種。一為羅馬法計算法。一為寺院法計算法。依羅馬法計算。於直系親屬。則算其間之世數以定親等。故世代之數。與親等之數適合。如親子間。一世為一親等。祖父母與孫間為二世。則為二親等。高曾祖父母與曾玄孫之間。亦准是推之於旁系親屬。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。溯諸同源之始祖。再由同源始祖。更下數至他方。合算其世數以定之。如兄弟姊妹間之親等。先從一方溯諸同源之父母。作為一等。更從父母下至他方。又加一等。故兄弟姊妹。為二親等之旁系親。伯叔與姪間之親等。先由姪溯諸其父母為一等。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。為三親等之旁系親。從兄弟姊妹。為四親等之旁系親。此羅馬法之計算法也。若寺院法之計算法。於直系之計算。

從己身上下數，以一世爲一親等。與羅馬法之計算相同。惟旁系親之計算，則不合算雙方之世數。但依世數較多一方之世數定之。從同源之始祖，下至旁系之各方。其世數雙方相等者，無論從何方計算皆同。其世數不相等者，則從其多者爲準。如兄弟姊妹，從其同源之父母起算，無論下至何方，均爲一世。單依其一方之世數，定爲一親等之旁系親。至伯叔與姪間，從其同源之祖父母起算，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，雙方世數相等，亦爲二親等之旁系親。其餘以此類推。此寺院法之計算法也。歐西各國及日本，多採用羅馬法。我國民法草案，則採用寺院法。蓋以中國之直系親，由己身上數至高祖，下數至玄孫，均以四世爲止。旁系親則族兄弟與再從姪，亦認其在親屬範圍以內。若依羅馬法計算，直系親以一世爲一等，應以四親等爲限。旁系親則須依八親等爲限。於禮論殊多不合。故不如依寺院法計算。直系旁系，均以四親等爲度。適與舊律限制宗親之範圍相合云云。本法雖不沿用限制，而改用親等。然親屬範圍，仍與服制固無異。是以準諸民法草案，以寺院法計算法定之。

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屬論

本條規定直系尊親屬之範圍。與舊律第八十二條第一項一二兩款相同。爲己身所從出也。從己身上數至高祖父母。本屬四親等內之尊親屬。亦與舊律服制圖相備。惟高祖以上祖父母。則出乎服制圖以外。亦非四親等所能包括。爲本條特別加入者。因刑法上毀掘墳墓罪。對於六世以上之祖父母有犯。自不可與常人之墳墓同論。至於其他各罪。雖屬罕見。亦不可決其必無也。

第三款外祖父母。亦爲舊律所無。然亦爲己身所從出。在前法律館起草時。原有此項規定。是以本條仍行加入。查吾國古律。凡對外祖父母。有犯謀殺毆罵。均與祖父母同。故前法律館草案。修正案。及憲政編查館核訂案。皆以外祖父母列入尊親屬內。現在

男女平等。外祖父母既爲己身之所從出。自不可與旁系尊親屬同論。不得以屬母系而漠視之。故此款尤爲必要之規定。

第二項規定。本生之尊親屬。不因爲人後而降等。以尊其所自出也。惟查原案（第十條第三項）規定「前二項尊親屬（兼直系旁系而言）於出嗣人所後。與本生同。」文義與此各別。因彼係注重於所後之尊親屬。應與本生相同。而本生自不待論。此則注重於本生之尊親屬。不因出嗣而異。至所後之尊親屬。似未包括。然按論理解釋。既爲人後。當不能有所歧視。惟本條第二項。祇限於本生之直系尊親屬。則對於本生之旁系尊親屬。自未使一律適用。不可謂非立法上之疎略也。

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

本條規定旁系尊親屬之範圍。爲舊律所無。因該律總則規定之尊親屬。祇以直系爲

限（一祖父母高會同二父母）故分則規定。對於尊親屬之犯罪，亦祇適用於直系。而旁系尊親屬，概統於親屬之中。在刑法上僅能行使告訴權，及為赦免刑罰之條件而已。至對旁系尊親屬有犯，仍與常人一律。寔與我國國情不合。後來公布科刑標準條例。（民國九年由司法部呈請）第五條規定。對於胞伯叔父母及胞兄有犯者。準用尊親屬之規定。又不免變更法律之疑。是以本法從而糾正之。查我國古律。對於期功尊長有犯。均須分別加重。由來已久。本法採取斯義。既於分則殺傷遺棄誣告毀掘墳墓妨害自由各章中。規定對於旁系尊親屬之犯罪。應較輕於直系尊親屬。而加重於常人。故以本條確定其範圍。以便適用。

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

本條規定夫妻間互認尊親屬之定例。以旁系尊親屬論者。本非己身之旁系尊親屬。而因夫妻關係。應視同旁系尊親屬。故不列入前條各款。而另以本條定之。查舊律第八十二條。僅規定「妻於夫之尊親屬與夫同」一項。本於妻從夫主之義。而夫於妻

之尊親屬並無規定。僅在妻親服圖總麻以下，認爲親屬而已。此等偏重男統之立法例，自與近世潮流不合。是以本條規定，夫妻雙方皆以旁系尊親屬論，以示平等之旨。而且儘及於父母及祖父母，均在二親以內，與第十一條第四款所定妻親或夫親之範圍相符。其在三親等以外（即夫或妻之曾祖父母以上）非特不認爲尊親屬，且不得視爲親屬矣。

關於本條規定互認尊親屬之範圍及名分之疑義，立法上爭論意見尙多。另文附論於後。（見詳論二）

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職員

第十八條 稱公署者謂公務員執行職務之處所

第十九條 稱公文書者謂公務員職務上制作之文書

此三條規定之用語，本舊律第八十三條一二三項所定，以解釋公務員公署及公文書等之名稱及其含義。凡稱公務員者，包括一切職官吏員而言。祇以依法律或命令

從事於公務爲要件。故如上自國民政府委員，下至各署雇員，皆是。其他如國民黨的機關，以及地方自治或職業團體。凡屬依法組織從事於公務之議員職員，亦皆稱爲公務員。依本法分則各條規定，以公務員身分爲犯罪成立之條件，或爲加重刑罰之原因，皆可準此定義以適用之。至於公務員執行職務之處所（如各級府院部局會議之類），謂之公署。及職務上制作之文書（如令判呈批函票照會布告之類），謂之公文書。皆可據公務員之定義爲前提。爲解釋之標準。因分則各條規定公署及公文書爲犯罪特別要件者，其例甚多。有此規定，則適用時免滋疑義也。

第二十條 稱重傷者謂左列傷害

- 一 毀敗一目或二目之視能
- 二 毀敗一耳或二耳之聽能
- 三 毀敗語能
- 四 毀敗一肢以上之機能
- 五 於身體或健康有重大不治之傷害

六 變更容貌且有重大不治之傷害

七 毀敗陰陽

本條規定重傷之範圍。因分別各條之傷害罪。除重傷特別規定外。皆以傷害二字概括之。惟以何種傷害情形。認為重傷。不可無一定標準。是以本條分別列舉之。

查列舉之七款重傷。即舊律第八十八條第一項規定稱篤疾之各種傷害也。毀敗者。謂因傷喪失各官能之作用也。無論全部或一部皆然。故如喪失一目或二目之視能。一耳或二耳之聽能。及一肢以上之機能。皆謂之毀敗。惟情節仍有重輕之分耳。第三款毀敗聽能者。必完全不能語言。已達於瘖啞程度也。第七款毀敗陰陽者。必使男女生殖機能完全失其作用也。若僅如舊律所稱減衰。而尙能視聽言動者。皆不得認為重傷也。第五款身體或健康之傷害。兼內部物質及精神而言。如腦筋震盪。及內部傷損之類。已至重大而不能治療也。第六款變更容貌之傷害。屬面部形體而言。重大不治者。必不能回復其原狀也。其他如舊律所稱廢疾及輕傷兩種。本法概入普通傷害之列。茲將原案修正之理由節錄於次。

(原案理由) 查原案(此指暫行律)分篤疾廢疾輕傷爲三種。本案擬改爲重傷及傷害二種。重傷者。即篤疾。傷害者。即廢疾及輕傷也。蓋損害而至重傷。顯而易見。法律上預定其範圍。處以較重之刑。未爲不善。至其餘傷害。若非遂步審察。恐有濫入輕重之虞。如原案廢疾案件中。採用最多者。爲第八十八條第二項五六兩款。疾病日數及廢業日數。然以日數相去。定輕重之標準。未見的確。譬如同一傷害。得良醫治之。則獲痊較速。否則逾法定日數。仍未見愈。以此判別。難得公平。况現時訴訟統計。以傷害罪爲多。必逾法定日數。而後判其輕重。則案件之積壓停滯。在所不免。於國家及犯人。均無便益。若未滿法定日數。預行判罰。又恐涉違法之嫌。考外國立法例。分析傷害最詳細者爲意大利。計分四種最簡單者爲日本。只用傷害二字。若法國那威瑞士分三種。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。晚近德國刑法草案。亦分傷害爲兩種。日本新刑法理由書。謂此等細密之區分。不特裁判上不便。實際上亦難期正確。德國刑法草案理由書。亦有評論。大意相同。本案關於此條。頗嫌原案之過於細密。亦嫌日本之過於概括。

刑法新詮 第一編總則

三六

故擬折衷各國立法例。擇其傷害重大。如原案所謂篤疾者。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。故將原案廢疾及輕微傷害。統名曰傷害。庶免事前強定之失。

第三章 時例

刑法之適用，關係於時期者，凡三。一爲刑法實施之時期，即第一條及第二條規定。關於時之效力，是也。二爲刑罰權消滅之時期，即第十四章規定起訴及行刑權之時效，是也。三爲時期計算之方法，於本章之時例定之。我國古律名例，向有稱日計工之明文。日本刑法謂之期間計算，故舊律即以此定於時效之前。本法以此次於文例之後，亦以時之規定，不僅適用於分則各條，即總則中規定之刑期加減，及緩刑假釋時效各例，皆於時期關係甚重。與文例之適用正同。必有一定計算之法，者爲通例。此本章所由設也。

第二十一條 時期以日計者閱二十四小時以月計或年計者從曆

時期以若干分之幾分計算者一月爲二十日一年爲十二月

本條規定時期計算及加減之通例。查舊律第七十七條規定，除以日計者閱二十四小時外，以月計者閱三十日，以年計者閱十二月，似與本條第二項無異，而與第一項

規定。以月計或年計者從歷之計算，則不相同。今本條並採用之。蓋以從歷為原則。惟限於以分數計算加減者。則一月以三十日計，一年以十二月計也。因刑法上之時間計算。約分三種。一為普通期間。如緩刑假釋時效各章規定之期限是。二為執行刑期。即依確定判決執行徒刑幾年幾月是。三為刑期加減若干分之幾者是。若依舊律所定。如本條第二項之例。非特普通時期不能適用。（如緩刑三年時效十年之類。不得不從歷計。）即執行刑期亦不完整。（如徒刑一年執行三百六十日。或徒刑十月執行二百日。反多崎零之數。）而概依第一項從歷計算。則加減時又不便利。是以本條分列兩項。除以若干分之幾分計算時期者。適用第二項外。其餘以月計或以年計者。皆依第一項從歷之規定。無非為整齊簡便計也。

一月為三十日。一年為十二月。謂從一月內加減幾分之幾。則按三十日計算。（如加三分之二為四十日。或減三分之一為十五日。從一年內加減。則按十二月計算。）如六月以上加倍即為一年以上。或一年以下減三分之一即為八月以下。因計月不論大小。以示劃一。而以滿十二月為一年。不必復以月計。且一年為十二月。仍係從歷

計算之月。並非一月爲三十日之月。是亦適用時所當注意也。

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

本條爲計算時期初終之定例。與舊律第七十八條規定相同。第一項適用於刑法上普通期間之計算。第二項專爲放免囚犯之末日而設。因初日不計時刻。故最終須閱全日。以劑其平。放免囚犯。包括徒刑拘役或易科監禁之犯人而言。必於期滿之次日行之者。亦以最終須閱全日。勢必有待於次日也。但不得逾午後。以示限制。

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

本條規定刑期起算之定例。即依舊律第七十九條所定。以裁判確定之日爲法律上起算刑期之標準。但裁判雖經確定。事實上未必即送執行。因依刑事訴訟法規定。犯人可以保釋責付。而輕微案件。又可許代理人出庭。未必概行羈押。故確定後未受

拘禁之日數。不得算入刑期。反之。若確定後已在羈押之中。雖程序上尙未送監執行。亦應以已受拘禁日數。算入刑期。故泛言拘禁者。應包括看守所羈押及監獄執行而言。亦當然之解釋也。

第四章 刑事責任及刑之減免

凡法律上認爲犯罪行爲。必有違法之事實存在。即違背國家法令。而又侵害一定之法律利益也。惟行爲雖屬違法。亦有可歸責於本人者。有不可歸責於本人者。必具有負責之條件。方爲有責任行爲。犯罪以有責任行爲爲限。然有責任行爲中。又因有阻止負責之原因而不罰。或別有減免科罰之情節。仍得減輕或免除其刑。並非可以一律處斷者。是以本章規定。須積極的具有負責之要件。而消極的又無阻却負責之原因。乃應負刑事上之責任。其得減輕或免除者。則由審判官按其情節而定之。

何謂積極的負責之條件。即如故意（第二十四條第二十六條及第二十九條）或過失（以有特別規定者爲限第二十五條及第二十七條）及責任能力（第三十條及第三十一條一項）等屬之。何謂消極的阻却負責之原因。即如依法令或正營業務（第三十四條）或職務上行爲（第三十五條）及防衛行爲（第三十六條）救護行爲（第三十七條）等屬之。凡此皆刑事責任之普通要件。至於刑之減免。有應減者。如心神耗弱人（第三十一條二項）病墮人之行爲（第三十三條）及酗酒而非出於已意

之行為（第三十二條）等屬之。有得減者（得減輕本刑二分之一或三分之一）如不知法令之行為（第二十八條）及未滿十六歲人或已滿八十歲人之行為（第三十條二三兩項）或犯罪而自首者（第三十八條）等屬之。有得減輕或免除者如防衛過當（第三十六條但書）及救護過當（第三十七條但書）之行為屬之。是亦皆減免刑罰之普通原因。故皆規定於本章之內。並附以必要之行政制裁。如感化教育、監禁及監禁處分（第三十條及第三十一條內）皆是。其他犯罪構成之特別要件。及減免刑罰之特別原因。則皆於分則各章定之。

（原案理由）原案本意「暫行刑律第二章」不爲罪之名稱。未盡妥善。前法律館草案及修正案。原名爲不爲罪。然不論罪者。指有罪而不論。似不能包括該章各條。即如依法令或正當業務之行為。謂爲有罪而不論。於人情及法理均未允當。憲政編查館核訂案。始改爲不爲罪章。但不爲罪之名稱。亦不能包括各條。與不論罪之失相等。如原案第十一條未滿十二歲人之行為不爲罪。第十二條精神病人之行為不爲罪。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。實言之，即共犯爲附屬正犯之性質，不能獨立自成一罪。（理由詳共犯章）若謂未滿年齡人及精神病人之行爲不爲罪，則幫助此等人之行爲，限共犯解釋，亦當然不爲罪。徒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輕若干等之條文，均係有罪而處罰者。此不爲罪之名稱，應當修正者也。又有減及自首兩章，關於減等及免除各條，與不爲罪章減免各條，意旨相類。是以本條據此理由，將宥減自首與不爲罪併爲一章，名曰刑事責任及刑之減免。

第二十四條 非故意之行爲不罰

本條規定故意爲犯罪行爲之要素。確立無故意即不成立犯罪之大原則。因犯罪之行爲，必基於犯人之意思，而後發生刑事責任。若無犯意存在，無論其有無過失，其所構成之事實，發生之結果，概非犯人所能明知或豫見者，故應以不罰爲原則。不罰者，即不負刑事責任之謂。並非謂有罪不罰。即學說上所認爲無責任行爲也。換言之，必有故意之行爲，乃認爲有責任行爲而罰之。故曰非故意之行爲不罰。

查舊律第十三條第一項規定，「非故意之行為不爲罪。但應論以過失者不在此限。」即確定犯罪以故意爲原則，並得以過失論罪爲例外。本章於本條規定原則，以非故意之行為不罰，並於次條規定例外，過失應處罰者以有特別規定者爲限。其義與該條同。至如何成立故意或過失，則於第二十六條及第二十七條分別規定，以免解釋紛歧。是則立法上較爲縝密之處也。

第二十五條 過失應處罰者以有特別規定者爲限

本條規定處罰過失行爲之例外。夫過失本無故意，過失之行爲，即非故意之行爲，以不罰爲原則。且非故意之行爲，不必皆有過失可言（即不合第二十七條規定），即應論過失之行爲，亦不得一概處罰。是以本條規定例外，過失應處罰者，以分則中有特別規定處罰過失犯者爲限。蓋國家爲保護公益公安，在特定事情之下，有必要處罰過失犯者，於分則各條定之，所以全刑法之效用也。

第二十六條 犯人對於構成犯罪之事，明知並有意使其發生者爲故意

犯人對於構成犯罪之事，實豫見其發生，而其發生並不違背犯人本意者，以故意論。

本條規定故意之定義，爲立法上確定解釋，以免易爲出入也。構成犯罪之事實，即犯罪之結果，明知並有意使其發生者，認識事實，而且決意行爲，使之發生結果也。如明知人服毒必死，決意放毒殺人者，是爲故意。豫見其發生，而其發生並不違背本意者，亦認識而且有意任其發生結果也。如放火焚屋，豫見有人在屋內，必致死傷，而聽其發生死傷之結果，是放火焚屋爲故意。奪傷亦應以故意論。曰明知，曰豫見，曰有意使其發生，曰發生並不違背本意，均從主觀立論。二者雖有直接間接之分，或尚有積極消極之別。因以故意論之犯罪，間有出於消極行爲者。學說上皆謂之意欲主義。若僅爲盜取財物，被害人忿而自殺，乃不能明知並不能豫見之結果，且非犯人有意思其發生，而寡違背犯人本意，是出乎意欲之外，不得以故意論。

（原案理由）原案於故意及過失之範圍，未嘗確定解釋。上一伸一縮，即易出入入罪。其關係非淺。且故意與過失，法家學說各有不同。若不确定其範圍，匪獨律

文之解釋，未能劃一而犯人之處罰，尤患失乎。近年立法例，如意大利俄國暹羅等國刑法典，及瑞士前後各草案，德國刑法準備草案，與委員會刑法草案，皆於條文規定故意及過失之定義，故本案擬從之。

關於故意之解釋，學說不一。其最要者，有二派。一為意欲主義，一為認識主義。此二主義互相辯論，而以意欲主義為最多數學者所主張。及外國立法例所採用。故本案從之於本條第一項，規定直接之故意。第二項規定間接之故意。此外皆不得以故意論。

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者為過失。

犯人對於構成犯罪之事實雖豫見其能發生而確信其不發生者以過失論。

本條規定過失犯之定義。過失雖非故意，但非故意之行為，不得謂概以過失論。必有一定之界說以為準。第一項，以不注意為要件，而又無不應注意，或不能注意之障礙。

情節故曰應注意。並能注意而不注意者爲過失。是就不認識之結果言。即不注意之過失行爲也。至如何爲應注意。如何爲應注意。皆由事實認定之。第二項。豫見其能發生而確信其不發生者。是就認識之結果言。即已注意之過失行爲也。謂結果雖所豫見而發生。實出於犯人意外。如以剖割治病。自信手術經驗。不致傷人。而結果傷人致死。寔爲其所豫見。故曰以過失論。

(原案理由) 本案增入本條之理由。與前條同。第一項之規定。即學說上所謂不認識之過失。第二項之規定。即學說上所謂認識之過失。

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。

本條規定不知法令之行爲。不得免除故意或過失之刑事責任。但得因其情節而減輕之。蓋不知法令而爲之者。雖認識事實。而不知其爲犯罪事實。或雖決意行爲。而不知其爲犯罪行爲。致出於故意或過失者。事所恒有。因犯罪與否。既以法律明文爲據。不必盡人皆知。果出於不知之行爲。自與普通之故意或過失犯者。有別。然人民對於

國家法令有應遵守之義務。知與不知，不得因人而異。更不能盡人而判之。且恐藉詞規避。法令將無實施之效力。故在原則上，不得因此而免除其刑事責任也。惟極端適用此原則，而因社會事情複雜。法令日益煩瑣。犯人固有寔在不諳法律。致干例禁。其情節尙有可原者。仍得減輕本刑二分之一。此關於法律上之錯誤。雖不認爲阻却負責之原因。而特定減輕刑罰之例外。由審判官按其情節而定之。是亦立法上之良例也。

(原案理由) 原案第十三條第二項，不知法令不得爲非故意，但因其情節得減輕本刑一等或二等。此項規定，即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。即過失罪亦有之。原案以法律錯誤專限於故意，似未賅括。故本案擬加修正。

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

本條規定犯罪因結果加重其刑者，以犯人所能豫見者爲限。此本第二十六條第二

項當然之解釋。因犯一罪而發生他罪之結果。（如公共危險罪章致人死傷各條）依該條項規定，須豫見其發生，而其發生並不違背犯人本意者，乃以故意論。若並不能豫見其結果發生，更不能負加重之責任。自無庸疑。查舊律第十三條第三項第一款規定，所犯重於犯人所知者，從其所知云云。正與此義相符。不過舊律分則規定，犯罪因發生特別結果而加重本刑者尚多。適與此相抵觸。是以本條揭舉其原則於此。

（原案理由）原案分則，於犯某罪因而發生其他結果者，加重其刑等條文頗多。按科刑專以結果為斷，不問犯人之罪責如何。此為古代刑法。近世學者深非之。蓋犯罪所生之結果，其在犯人意中者，科以較重之刑，未為不當。若意外之結果，其發生之原因，至為複雜。因偶然之事實，使犯人負此意外之責任，不獨受罪者自痛不平。即刑事政策，亦不應爾。一千九百〇二年，萬國刑法學會，議決犯人對於犯罪行為之結果，所負之刑事責任，應以其能豫見者為限。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豫見之結果負責任。故擬增入本條。

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。

十三歲以上未滿十六歲人之行爲得減輕本刑二分之一。但減輕木刑者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。

本條規定犯罪之責任年齡。以滿十三歲爲斷。其未滿十三歲人爲不負責任年齡。故其行爲不罰。於本條第一項定之。其十三歲以上未滿十六歲人爲減輕責任年齡。故得減輕二分之一。於本條第二項定之。至滿八十歲人之行爲亦得減輕者。則指舊國刑法中少年之條例八十歲以上准其收贖勿論及舊律第五十條宥減之規定而來。本條因既認爲減輕責任年齡。與第二項形情相類。故於第三項規定之。

第一項規定之十三歲。舊律第十一條。原定爲十二歲。然查該律在舊清法律館草案

初定爲十六歲。修正案改爲十五歲。憲政編查館核訂案。改爲十二歲。後資政院議決。復經修正案通過。至宣統二年冬上諭。仍依憲政館議奏。改爲十二歲。而將未滿十六歲一層。加入於第五十條宥減之列。民國仍之。此舊律規定責任年齡之沿革也。其後第一次修正案。復改爲十五歲。第二次修正案。仍定爲十二歲。迄本法草案提出時。又修改爲十四歲。至審查案最後更正爲十三歲。此又本條更定責任年齡之大概也。讀者不可不知。

幼年人犯罪。以一定年齡分別刑事責任。已爲各國立法通例。雖所定負責年齡。遲早不同。而在不負責任年齡。大抵皆認爲非受刑罰之主體。而爲受教育之主體也。故偏重斯說者。以爲幼者可教而不可罰。以教育涵養其德性。糾正其惡習。使爲良善之民。收效更速。故教育之效力所能及者。不宜加以刑罰。此說以有無教育效力爲準。在舊律草案及修正案。岡田博士極力主之。後經憲政編查館核訂。乃兼採有無差別善惡心之學說。定有無犯罪之責任。不專以能受感化之年齡爲主。謂既有能識法律上效果之辨別力。自應對於行爲負責。不得舍刑罰而曲從教育。故斷自十二歲云云。本法

經審查案改定爲十三歲。亦與舊律相近。節其理由。略謂。年齡之標準。應各視其國普通之知識發達而定。我國幅員遼廣。其知識發達之程度。因各人各地之遺傳。秉賦。氣候。教育。及其他原因。而有發育遲速之不同。是以祇能就一般普通之實驗。據爲年齡之標準。草案以未滿十四歲爲限。在實驗上觀察。尙嫌過寬。故改爲十三歲。以期適中。而杜流弊等語。雖不專以教育效力說爲基礎。而按一二兩項規定。感化教育兼施之於未滿十六歲人。是亦並重教育效力。不過第二項減輕責任年齡。原係得減之列。但須已減輕者。方得因其情節施以感化教育。易言之。若本刑並未減輕。則已完全受刑。事制裁。無須再施感化教育。此與第一項不同之點也。

因其情節者。非專指罪狀之輕重言。並注意犯人本身狀況。如無父兄。或有父兄而不知教育者。是也。感化教育。乃設立感化院以代行教育也。按感化院制度。爲各國通行之良例。而英日尤甚。有國立公立私立之別。其組織有倣兵營式者。有倣家庭式者。有倣學校式者。兵營式注意紀律。偏於威制。家庭式尊重感情。易生驕惰。故以學校式之組織爲宜。學校式之感化場。有教室。有寄宿舍。有管理員。一切摹倣學校。教以德育智

育體育。其監督即爲教員。其幼者即爲學生。雖不能兼兵營式與家庭式之所長。然以莊嚴整飭其秩序。以親愛固結其精神。恩威並用。未始不足以補救前二者之失。故近世各國多採用之者。我民國十一年二月二十日公布感化學校章程。專爲預防幼年人犯罪或再犯而設。亦係取法斯制也。惟因我國建設伊始。感化院尙未設立。感化教育。一時難收實效。是以本條一二兩項。兼採自行監督制以濟其窮。此係採用暹羅埃及等國之先例而規定之。

至八十歲以上之人犯罪。得減輕本刑者。係沿吾國舊例。准其收贖勿論之遺意。不過爲矜恤老人計。其憲刑法以防衛社會改善犯人爲目的。不應以矜卹示惠。而老年人知慮周到。無異常人。未必皆情有可原。若獨矜卹其犯罪。於法理未爲得當。故爲歐洲法系各國刑法所不取。本條第三項。援舊律規定宥減之例。定爲得減云云。一面爲保存固有習慣。一面爲迎合世界潮流。因得減輕者。不必一定減輕之謂。仍由審判官視其情節而定之。至若老年人精神昏惰。往往發生老耄狂及痴呆或被害妄想症等。已足認爲心神喪失或心神耗弱之行爲。則依第三十一條分別不罰或減輕之。非爲其

年老也。為其精神已有障礙也。

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。

本條規定心神喪失或心神耗弱人之刑事責任。二者皆謂之精神障礙。惟障礙之程度。顯有差別。必其行為當時。已達於心神喪失之程度。乃不負刑事責任。因其行為非其本人之行為。完全為病理作用。本人已無自由決定意思。及辨別能力。不應負刑事上之責任。且亦不足以收刑罰之效果也。若僅為心神耗弱人之行為。但須減輕本刑而已。是以本條分別定之。按舊律第十二條規定「精神病人之行為不為罪。」與本條第一項規定之心神喪失相當。惟泛稱精神病人。未免過於廣漠。自醫學上考之。精神病之名稱。指不勝屈。如傳染性精神病。衰憊性精神病。中毒性精神病。退行期精神病。癲癇性精神病。甲狀腺精神病。患腦疾時所生之精神病。早發性。癡呆癱瘓。性神

癡症、癱瘓病等，以及白癡癩癲等。凡因先天的發育不全，或後天的不具，以致陷於精神障礙者，皆是精神病人。而其所為行爲，是否爲心神喪失之行爲，尙屬問題。故各國立法例，多不以單純的精神障礙，爲不負刑事責任之原因。如德國刑法規定，精神病人因喪失却自由決定意思之能力，印度刑法規定，精神不健全不能辨別其行爲性質。日本舊刑法規定，精神知覺喪失，因而不能辨別是非，各例，皆屬此意。在動類法律之下，雖經醫師鑑定其有精神病，復由審判官認定其具備第二條件，（即喪失自由意思及辨別能力）方得宣告無罪。倘有精神障礙，不得爲無罪之基礎也。舊律規定之精神病人，倘嚴格解釋，亦以精神上障礙達於喪失心神常態者而言。即謂精神作用全體，（指知情意三者而言）失其平均程度之狀態也。本條不以單純之精神病人爲當，故採用日本新刑法之例。於第一項規定心神喪失人之行爲不罰，並修正條，並增設第二項心神耗弱人之行爲，減輕本刑之規定。以未達喪失程度者，得以酌量減輕也。其增設之理由，依原案節錄於左。

（原案理由）本條第二項，原案無。惟心神喪失人犯罪不罰，而常人犯罪則罰。

若心神耗弱人。其重者幾與心神喪失等。輕者或與常人同。既不能處以通常之刑。又不應全免其責任。故不能不有特別之規定。此為各國刑法家及醫學家所公認者也。外國刑法具有類似之規定者。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。一千九百零五年。萬國刑法學會議決。亦贊成對於心神耗弱人科以較輕之刑。故增入本條。至其刑期比常人較短。於執行完畢或免除後。若聽其自由行動。仍恐遺害社會。故因其情節之必要。得施以監禁處分。

又原案第十二條第二項。對於精神間斷時之行爲。不適用精神病人之規定。本案辦法蓋本章所不罰之行爲。如年齡精神病等各條。皆以行爲時爲準。故精神間斷時。當然不適用關於精神病人之規定。

因其情節得施以監禁處分者。乃視該心神病人。對於社會危險程度。及有無相當看護或監督之情形而言。與普通所用犯罪輕重之情節不同。誠以此等人之行爲。雖可以減輕刑責。然尚無家可歸。或有家而無相當監護之人。難保不發生意外之危險。故

爲防衛社會計。得施以監禁處分。乃一種特別監督制度。除禁錮其自由外。並須施以勸導。此與監獄不同。並不含有刑罰性質。惟在設備未周以前。不得不附設於監獄內。以分別監禁之。

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

本條規定酗酒人之刑事責任。以酒爲凶日。酗酒者醉怒之謂也。其酗酒時之人。容易陷於心神喪失狀態。不得因酗酒而免除刑責者。以心神喪失之行爲。若出於酗酒之原因。仍照常入論罪。依舊律第十二條第二項。酗酒時之行爲。不適用精神病人之規定。誠如前法律館草案理由所云。酗酒之人在病理上祇屬一時之精神病。此種病係人力所自能裁抑。乃竟藉酒以逞非行。法律所不許也。而且依法學家實地研究。酗酒時之行爲。雖已陷於心神喪失。而酒氣寔出於犯罪之故意。故有責任能力人。故意使自已陷於心神喪失。利用此無能力狀態。以遂其犯罪之行爲。使發生預見結果之故意犯。或致發生意外（此指應注意能注意而因酒致不注意之故）結果之過。

失犯。事所恒有。此與有責任能力人利用（如教唆或幫助）其他無責任能力人（如未滿十三歲人及心神喪失人）爲犯罪機械，以遂行自己犯罪行爲者，情形無異。利用他人無能力狀態以犯罪者，不能免責。利用自身無能力狀態以犯罪，可以不罰。有是理乎。即退一步言之。酗酒之原因，並非有利用犯罪之故意。而酒後無行，係本人自行干犯。而亦可以自力制止。非若其他精神障礙，別有生理與病理上之原因。非人力所不能控制。倘放任之而不罰，則沉酒者愈恣肆而無忌憚。狡黠者尤藉狂醉以飾罪。與立法之本旨不相容。是以本條規定。酗酒人以故意或過失之所爲，不得免除刑事責任爲原則。而又以酗酒弄出於己意者爲限。規定減輕本刑之例外。

酗酒非由於己意者。舊律無特別規定。而依解釋結果。以酗酒爲任意行爲，不能免責。果非由於己意。而爲他人強迫或引誘。被陷於狂醉狀態。其酗酒已非任意行爲。則因酗酒時所爲行爲，並無故意或過失可言。應以欠缺責任能力之要件論。不得處罰。惟將獨立法例，有以之爲過失犯處罰者。一惟因刑法準備草案一本條但書規定減輕本刑。仍不得免除故意或過失之責。是亦據舊律之規定，更爲嚴密也。

第二十三條 瘖人之行爲減輕本刑

本條規定瘖人之刑責責任。瘖人者，指先天的欠缺聽能與語能，以及幼年喪失聽能者而言。謂此等人生來已成痼疾，不能感受教育，智力薄弱，足認爲有減之原因。若成年人因病或傷，致失聽能語能者，不過肢體不具，精神知覺無異常人，自非刑法上所稱之瘖人。參觀前法律館草案理由及前大理院判例，皆主此說。一瘖字，舊律草案原作聾，後欠缺聽能語能而言，必聾而且瘖者是。後實政院改爲瘖字，專就字義考之，無聾之謂瘖。爾雅釋名「不言之謂瘖。」玉篇「又瘖亦謂爲瘖。」（集韻）二者釋義既同，均指欠缺語能，似未能包括聾之一義。惟按之實際，聾雖未必至於瘖，而瘖則未必有聾者。則去聾而用瘖，固未嘗變更聾之原意。瘖人之應於恤，考諸古代各國，亦多有不負刑責之規定。我國周禮三教之法，內有養蒙宜教一條，其意亦即指此。前法律館草案沿革，惟是科學進步，教育方法日新，養蒙學校亦日發達，可使瘖人受相當之教育，成熟其精神，足與常人無異。是以絕對不負刑責之說，至今已爲陳腐。故近世各國刑法，有規定瘖人爲相對的負責。

能力人。德國刑法將墮人犯罪無辨明其刑罰所必要之知識者無罪。甚至有不設特別之規定者。仍與常人同科。似亦未免過當。本條援舊律第五十條之例。規定減輕本刑。因此等人精神不甚成熟。應視與心神耗弱人相等。減輕責任。是亦適中之立法例也。

第二十四條 依法令之行為或正當業務之合法行為不罰

本條規定依法令或正當業務之合法行為。足為阻却負責之原因。不得以為犯罪而罰之。蓋因此等行為。外表酷類犯罪。而實質上並非違法。若必科以刑罰。顯與其他法令背馳。或與正當業務之行為。適相抵觸。是以本條認為阻却犯罪原因之一。規定不負刑事責任。試分別說明之。

第一依法令之行為。依法令之行為。有依據法令直接執行其權限內之行為者。即權力行為。或權利行為。是也。有奉行長官之命令。執行其職務行為者。亦謂之義務行為。舊律第十四條。所謂依法令云云。兼兼此兩種情形在內。本法既有次條規定第二種職務行為。則本條依法令之行為。應專屬第一種直接執行法令行為而言。其不得

不爲之行爲，謂之權力行爲。亦謂之責任行爲。其當然得爲之行爲，謂之權利行爲。皆準據法令以執行之。舉其重要之寔例如左。

甲、官吏直接執行之職務行爲。如依刑事訴訟法，檢察官得搜索人之住宅及身體。或依監獄規則，典獄官對於在監人，得使用戒杖。皆依法令直接執行其職務行爲。亦即謂之權力行爲。

乙、有監督權者之監督行爲。如依本法第三十條規定，自行監督其幼年人。則在其權限以內，對被監督者所施處分，皆係依法執行。且負有相當責任。不得任意放棄。亦係寔施權力行爲之一種。

丙、有懲戒權者之懲戒行爲。如依民法規定，行親權之父母及監護人，在必要之範圍內，得對於被監護人寔施懲戒處分。其懲戒權之行使，即係法律之所付與。執行其權利行爲。

丁、對於現行犯之逮捕行爲。依刑事訴訟法規定，現行犯不問何人，皆得不用拘票逕行逮捕。則準此以逮捕現行犯人，不爲違法。因法律已將逮捕權，付與一般國民。故

亦得謂之爲權利行爲。

第二正當業務之合法行爲。業務者。指人民在社會上所有生活之職業地位而言。吾人在社會上生活之職業地位。爲國家法令所容許者。皆屬正當業務。自廣義言之。凡隸法執行職務行爲。亦屬業務之一種。本條既分別規定。應以狹義的業務行爲說明之。內業業務之種類甚多。最顯著者。醫術行爲是其一例。有如外科醫師割斷人之手足。不成爲傷害罪。爲救產婦而施行墮胎術。不成爲墮胎罪。因係正當業務。不得以行爲之形式。而變易其實質也。但此等行爲。須以相當範圍。及適當注意。方爲合法之標準。若非必要而施過當之手術或業者。不得謂之合法。仍應負責。是以本條明定合法行爲者。須就業務之種類及性質。依據學術上習慣上所認許而爲之也。若因不爲適當注意之故。致生損害。則在一定條件之下。或成立業務上之過失犯。

查舊律第十四條規定。依法令或正當業務之行爲下。倘有違不背公立秩序善良風俗習慣之行爲一語。本法已刪去之。依原案修正理由。以爲分則所規定。無非罰其違背善良秩序善良風俗習慣之行爲。此外則屬本案第一條不爲罪之行爲。故不違本

此規定云云。誠哉是言。而且有此規定，解釋反多紛歧。而實際上徒爲贅文而已。

第三十五條 依所屬上級公務員命令之職務上行爲不罰

本條規定奉行長官命令之職務行爲，亦即職務上義務行爲。雖直接執行職務上權力行爲，已說明於前條該法令之行爲外。因屬員對於所屬長官，有服從之義務。故在職務上執行長官命令之行爲，不負刑事責任。則命令雖係違法，亦當以長官爲間接正犯。屬員並無犯意存在。是以足爲阻却負責之原因也。但執行此等命令，須具備下列三種要件。第一，須屬長官職權範圍內所發之命令。第二，所命令之行爲，須在屬員職務範圍內之事項。第三，命令形式，必適合法令之規定。三者缺一不可。有如警察官指揮羈束執行死刑，是不備第一要件。檢察官指揮司法警察刑訊犯人，是不備第二要件。又若豫審推事不用拘票，而命警察拘提被告，或拘票上並未簽名蓋印者，皆不備第三要件也。屬員對於長官命令之形式，果係要件不備，自無奉行之義務。明知其要件不備而執行之，非本條規定不罰之職務上行爲也。反之，長官所發命令在形式上要件毫無欠缺，而實質上寔係違背法律，濫用職權者，亦祇有執行之義務，不復

有審查之權能也。

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。

本條規定正當防衛行爲，足爲阻却負責之原因。並對防衛行爲過當者，得減免其刑罰。國防衛自己或他人之權利。對於現在不法之侵害者，加以反擊或強制之行爲。學說上謂之正當防衛權。認爲權利行爲之一種。故實施防衛行爲。無論發生何等危害。皆不得以爲罪而罰之。舊律第十五條規定。正與本條相當。惟關於正當防衛權之根據。自客觀言之。有謂彼以不法行爲加侵害於人者。當屏諸法律保護之外。故對之加之反擊之行爲。自無違法之可言。若自主觀言之。則吾人在法律範圍以內。有不受他人侵害之權利。所恃以保護者。固有須乎國家公力。但遇侵害當時。非常緊急。爲公力所不及援。不得以私力抵抗之。此正當防衛權之所由來也。惟定施防衛行爲。依本條規定。須具備左列要件。

(一) 須有侵害之行爲。無侵害。則無所謂防衛。此一定不易之理。侵害云者。雖對自

己或他人之權利，加以危害之謂也。不問其害行爲之爲積極的或消極的皆然。

(二) 侵害行爲須屬現在。非現在之侵害，則亦無防衛之必要。現在之侵害者，謂其侵害行爲已開始而尙繼續，或即將開始之狀態中也。至侵害已經過去，或屬未來之事實，則不得行使其防衛權。

(三) 侵害行爲須屬不法。不法之侵害者，即法律所不容許之行爲也。舊律第十五條規定不正之侵害，係沿用日本刑法之條文而來。意義較爲廣泛。(惟日本刑法並附以不得已之條件而舊律無之意義又更廣矣)此外各國刑法，多以不法之侵害爲限。是以本條修正之。必對不法之侵害，而後可以行使防衛。則一切法行爲，如依法執行職務行爲，及實施懲戒行爲，縱有害及自己之權利，亦不得行使防衛權也。

不法之意義，含有違法性。較不正之解釋更嚴。然不法行爲，非必一定犯罪之謂。凡不爲法律所許者皆是。故如無責任能力人之所爲，雖不具負責要件，苟有加

害於自己或他人之權利。亦非法律所許。當必有防衛之必要。例如劫奪人持刀傷人。持奪取其刀。又如竊人或竊人送人贖票。得拘禁其身體。皆不得謂之爲正當防衛。但緊急狀態能行爲。爲法律所放任。不得謂爲不法。故不能對之行使防衛。而爲避免危難。仍得爲緊急狀態行爲而已。又對他人之正當防衛特爲。更不能行使防衛。因自己本爲不法侵害。而他人乃爲正當行爲也。

(四) 防衛行爲須加斷斷侵害之人。爲排除現在不正之侵害。對侵害者所爲之攻擊行爲。亦得謂之防衛。但反擊行爲。須爲保護權利之手段。不必一定加害於侵害者之生命身體。或奪取其財物。或禁制其自由。凡爲防衛所必要者。皆是。要則爲侵害行爲發生危難。爲欲防衛之故。加以反擊。致對侵害者以外之人。有所損害時。另規定於本條緊急救護行爲。非本條所能包括也。

(五) 爲防衛自己或他人之權利。古代法律規定防衛權之行使。多以保護其權利爲限。如我國古律。有夜無故入人家主人登時殺死者不論之條。即其一例。日本舊刑法。亦設侵害特殊之利益爲限。得行使緊急防衛。若探測尋獲。其目的

防衛權之適用也。本條係沿舊律第十五條之例。採用德國注。雖无防衛範圍。爲新條的規定。凡爲法律所應保護之權利。如生命身體自由名譽財產等。悉包括之。且不特自己之權利被侵害。可以行使防衛。並可以防衛他人之權利。是實法律上公許之義。所以獎勵義行爲也。所謂他人者。謂自己以外之人。謂二。不問其人是否爲自己之親戚故舊。如路過強盜劫人。得持刀以救獲之。三。不問被侵害者有無特定之人。如見人施放毒藥於飲水井內。得持藥以阻擊之。三。不問被侵害者爲自然人或爲法人。即法人之權利被侵害時。亦得行使其防衛權也。

(六)防衛行爲須有適當之限度。適當之防衛行爲。即爲保護被侵害者之權利。在排除侵害必要之限度內。對侵害者加以反擊行爲。始認爲正當防衛。是以阻却犯罪之成立。若非必要而施適當之防衛行爲。則對於適當部分。仍應負刑事之責。但何者爲適當。何者爲適當。從來學說紛歧。始決定防衛必要之程度。應以侵害之緩急爲標準。於雙方利益之輕重無關。因侵害之法律性質。雖反擊可以抵

輕者。或侵害之法益雖輕。而反擊不得不重者。前者如幼童持刀砍人。其防衛身體計。奪之執之可也。後者如強盜劫財。爲防衛財產計。將強盜殺傷亦可。曾以防衛之必要方法爲斷。蓋不將強盜殺傷。固不足以達防衛之目的。若必將幼童傷害。則未免逾防衛之限度。故應對於過當行爲負責。此但書所由規定也。

惟防衛行爲過當者。得減輕或免除本刑。較之舊律第十五條但書。得減輕本刑一等至三等。規定頗有異同。因彼則僅得減等。此則減輕既無限制。且得至於免除。範圍較廣。更有裁量餘地。查原案修正理由。以爲防衛行爲。法宜於事後從容論斷。認爲過當者。在犯人當時。急不暇擇。或以爲非過當。事所恒有。且過當之程度。仍有輕重之分。若因少有過當。即科以刑罰。未免過苛。故本條於減輕後。增入或免除字樣。以便法官裁奪云云。此其不同之點也。惟仍用得減主義。則與舊律規定相同。得減者。非必減之謂。以免藉口防衛。希望減免。而加過當之危害。故視其情節重者。不必減輕。即逕處以本刑。亦無不可。

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

本條規定緊急救護行為，足為阻却負責之原因。及救護行為適當者，得減免其刑罰。因自己或他人之生命身體自由財產，已陷於緊急危難之中，為欲救護之故，而損於不得已之行為，以致發生危害者，不認其有違法性也。在學說上謂之緊急避難行為。亦謂之緊急狀態行為。各國立法例，皆視此為放任行為。所謂放任者，有責任行為。而為法律所不保護亦不處罰者之謂。人情當緊急時，因救護自己或其親屬之危難，不得已而害及他人法益者，在所不免。不能責人以所難能也。此與正當防衛之認為權利行為相同。舊律第十六條不為罪之規定，與此頗有出入。而認定緊急避難權之行使，足為阻却負責之原因，則無或異。茲依本條規定之要件，分別說明之。

(一)須有緊急危難之原因存在。此可分兩層說明。即(一)為危難。(二)為緊急危

難。蓋危險則無所救護。或危險尚未至於緊急，亦無須迫於救護之勢。蓋危險此為不能抗拒之危險。以不能抗拒，形容緊急狀態。自不知明用緊急二字，較為確切而又切當。且與學說上用緊相符。至危難云者，本條人類行為及人類行為以外一切物客現象偶然發生危害之事實也。緊難，專屬人力之責迫而言。可以包括於危險情形之內，故無須重行規定。中之緊急危難之原因，固屬現在。若過去之危難，或將來之危難，決不至陷於緊急狀態。此不特有明文規定。而法律理應當然之結果，自無疑義。

又危難之原因，由於人類行為者，雖不論是否違法行為，亦應以非法行為為限。若為法律上要求之合法行為，如死囚之受執行，犯人之受懲罰，不得以侵害利益之危難論，即不能以救護為理由，行使其緊急避難行為也。

(二) 為保護自己或他人之生命身體自由財產。此亦可分兩層說明。(一) 為法律種類。(二) 為權利主體。從前各國立法例，關於緊急避難行為，多以極小範圍，對保護國家之利益。日本刑法，則定以危害自己或他人之生命身體為

護衛權利法。亦有對於自己或其親屬之生命云云。即屬此類。惟最近各國刑法。則有擴張其範圍之趨勢。舊律第十六條規定。得不備抑拒之危險云云。即法律從義類。則取概括主義。無論生命身體自由各等權利。皆得因避難而受侵害。惟對於權利主體。並無明文規定。若就避難二字解釋。似專指自己而言。不含對於他人意思。本僅於此兩點。其一。以為法律權利不宜太廣。則各權利被奪時。亦惟緊急救護之必要。故據日本現行刑法之例。改用毒藥至滅。將名譽一項除外。其二。則以權利主體。無論自己或他人。皆可因緊急危險而救護之。至他人亦不問是否親屬故舊。正與前條文義相同。亦所以變通法律。保護公益也。

(三) 因於不得已之行為。為避緊急救護之目的。無他法可以避免。以致犧牲第三人之法益者。總為不得已之行為。不得已而為之。含有防衛及攻擊二意。並非無故意存在。既因救護危難。不得不施以防禦或攻擊。因施以防禦或攻擊。不得不害及他人之法益。乃謂之緊急救護行為。易言之。苟有他法可以避免危險。則非藉口於緊急救護。侵害他人法益。是猶未陷於緊急狀態。非出於不得已之行為。

也。

又因危難而陷於緊急狀態。有使意識作用喪失。而出於無意之動作者。是爲非故意之行為。(如因逃避火災由樓上跳下致將人碰傷者是)有使精神障礙致失辨別力。而出於幻覺之行動者。是爲心神喪失人之行為。(如黑夜遇盜奔逃甚徑路遇行人認爲盜夥而擊傷之者是)別以不具刑事責任之要件論。亦非不得已之行為也。蓋不得已之行為。非不具有故意或過失。但因其實緊急救護之故。特放任之而已。

(四)救護行為須有適當之限度。救護適當之限度者。即不得因救護而加人以過當之損害也。法律既許爲緊急避難行為。以救護其法益之權利。而同時爲防止損害起見。應負不加過當損害於人之義務。故設有但書之規定。不過當之救護行為者。犧牲人之法益。以救護自己或他人之法益。不得逾越必要之範圍。即適當之限度也。申言之。從救護行為所發生之損害。較之因緊急危險可能發生之損害。其大小輕重。必須相當。或未達相等之程度。而後可。至於其損害適當

與否。則由審判官據客觀的標準。斟酌實際情形而決定之。

據客觀的標準。以定損害之大小輕重。有主張注重法益之性質者。有主張以實際上所受損害之具體的價值爲斷者。前者如以生命爲重。身體次之。自前次之。最次則爲財產。如爲救護生命之危難。而害及他人之生命或身體自由財產。不爲過當。反之若爲救護財產。而害及他人之自由身體生命。則過當也。後者則以實際所受損害之價值。常因被害人之關係而異。或因被害之程度而殊。如富人之千金。不若貧兒之一飽。或身體上之輕微傷害。反不及財產上之重大損失。二說皆有理由。未可偏廢。合此二者而觀察之。則何爲適當。何爲過當。可以得正確之標準矣。

但書規定救護行爲過當者。即舊律所謂加過當之損害也。曰行爲過當。不曰損害過當。應對於過當之行爲負責。但得減輕或免除本刑。此與前條規定重旨相同。宜參觀之。

前列(一)(二)(三)三節說明爲緊急救護行爲成立之要件。第四節說明爲緊急救

雖行爲行使之範圍。欠缺要件。固非法律所認許。遠越範圍。亦應負相當之責任。此外尚有一特別之限制。則關於救護自己之緊急避難行爲。不適用於公務上或業務上有特別義務之人。因其執行職業。負有特別義務。如當緊急危難之際。專爲救護自己。違背義務。而貽人以重大損害。是非刑法上所許之緊急避難行爲。而爲犯罪行爲也。有如軍人應有攻城陷陣之義務。不得因炮火之猛烈。自行脫逃以致敗退。又如船長行船過海。有保全船上乘客之義務。不得因風浪之險惡。自行上陸。逃避波濤。此皆關於身分上之限制。不適用緊急救護行爲之規定。所限保全公務上之責任。及業務上之有用事。故設第二項以除外之。

第二十八條 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

向被害人告訴人或告訴權之人自首而受該管公務員受裁判者亦同

本條規定自首裁判之範圍。將前二條。自己認罪者。自首認罪者。法定之要件有四。

(一) 首告自己之犯罪。若告發他人或親屬犯罪者，非自首也。惟委任他人代為首告者，有效。(二) 在未發覺以前發覺，專屬該管官廳發覺，其為犯人而言。偵發覺犯罪事實，而未發覺犯人，或私人發覺，而尚未經官廳發覺者，皆在未發覺前。准其自首。若在發覺後告知已罪，乃自白，非自首也。(三) 自首於該管公務員，即有搜查逮捕權之各法院檢察官預審推事，或兼理司法之縣署承審員，以及補助司法之警察等，皆是。(四) 親受裁判，必使案情明確，免致蒙累。自非親受裁判不可。囚者不備，即不得適用第一類自首減輕之例。惟向被害人告訴人，或有請求權之人自首，而受該管公務員裁判者，亦同以自首論。故又以第二項規定之。自首減輕之精神，在使犯情易於明瞭。官廳免致無益之搜索。三者免致無故之嫌疑。此其寔益也。刑法館理由，認為獎勵犯人悔過投誠而設。自實際上觀察，尚不盡然。且自首者，不必皆有悔過誠意。恒多希圖減刑而服罪者。法律上並不為此區別。無得減與否，仍屬審判官之權衡。果屬謀殺故殺，及侵損於人等罪，自知無可逃免，希圖事獲減刑，即不予以減輕，亦可。

查各國立法例，多有以特定各罪自首者，定之於分則。惟我國古律名例中，向有自首減免之例。日本新舊刑法，乃以此定於總則。舊律即援用日本法例，於總則中另立自首一章。（第九章自首爲五十一條至第五十三條）本法以此爲刑罰減輕原因之一種，故應歸納於本章之內。

查舊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。本條第二項，並准自首於被害人及有請求權之人，不以親告罪爲限。亦立法上之進步也。至舊律第五十二條規定，一罪已發，別首未發餘罪，得減所首餘罪之刑。本法無此明文，而依本條當然解釋，自應一律適用。

第五章 未遂罪

刑法學上之犯罪未遂。爲對於既遂而言。犯罪既遂云者。謂具備總則規定之犯罪普通要件。及分則各條規定之各罪特別要件。而後成立爲罪也。要件一有欠缺。不得謂爲既遂。亦不發生未遂問題。惟有時要件雖備。而行爲尙未完畢。或結果不至發生者。是未達既遂之程度。斯爲未遂。未遂犯在法律上不能與既遂罪同論。而亦非絕對不爲罪。特有罰有不罰耳。我國古律向有謀殺已行未傷。及傷而未死。盜未得財。贓未成。等類未遂情節。散見各門。可以援例減等。惟未列諸名例。不過列舉之數種罪行。可以適用。未能普及於各罪。而不知此等事實。本爲各罪共有之情節。自應概括的定爲通則。庶免舉一漏百之弊。故舊律採取歐美日本各 之立法例。於總則中。特設未遂罪一章。是以本法從之。

第二十九條 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。

未遂之處罰以有特別規定者爲限。

本條規定之範圍。夫不成既遂之犯罪行為。概可謂之
未遂。惟以已着手實行爲成立要件。因自犯罪行為之階段言之。由豫備而着手。而實
行。乃得完成。在未着手實行以前。尙屬陰謀預備時期。除分則中特種罪名。規定陰謀
陰謀預備犯罪外。並不與未遂罪同罰。以有特別規定者爲限。亦於分則各條文中。定
有本條之未遂犯罪之明文也。

未遂罪之狀態有二。因各罪性質不同。既遂之成立亦異。故有以行爲終結爲既遂者。
有以結果發生爲既遂者。其未達既遂狀態。斯爲未遂。其着手實行之既遂者。
爲行爲尙未終結之未遂。如殺人者。殺刀尙未加諸其身之類。舉凡上開各中。雖未遂
後者。爲結果尙未發生之未遂。如殺人本可致死。而因被救得生之類。舉凡上開各中。
未遂未遂。此與不能發生犯罪之結果者。雖形不同。均於本條第一項前半條發生之。
已着手於犯罪之實行而不遂者。舊律稱存下。有因意外之障礙一語。本條則未。並不
以意外之障礙爲限。惟實際上。犯罪實行不遂。並非由於已舉中止。而係自己願即
豫見犯罪之危險。無由於人爲。或其他阻力。皆可謂爲意外之障礙。惟本條既不立

此要件解釋自較爲渾括。即非由於意外障礙。凡已着手於實行而不遂。或不構成發生結果者。皆爲本條之未遂罪。茲將原案修正之理由以說明之。

(原案理由) 未遂罪之定義。分爲兩種。一法理。因意外之障礙而發生結果者。

未遂罪。舊法論者。爲比海峽西國各國。及瑞士國。是。一據此說。不論未遂。自原罪。是否出於意外。皆爲未遂罪。從此說者。爲多數。有知新說。瑞士國。則以未遂罪。爲利於學說。謂派定義不同。數對於學說上所謂中止犯。大有分別。蓋未遂罪若以出於意外者爲限。則中止犯當然不能以未遂罪論。原案(暫行刑律)中止犯。則未遂罪之定義。自應改從舊法。以資抵觸。

不構成發生犯罪結果之情形。學說上分類甚多。必如何而後成爲未遂。言入人罪。(一)有分爲目的物之不能。及手段之不能者。主觀目的物不能者無罪。而手段不能。則爲未遂。(二)有從目的物與手段。又各分爲相對不能及絕對不能者。(如以木石爲人面殺之。是目的物絕對不能。用沙糖以施毒殺。是手段絕對不能。又如持刀殺人而其人身其重鎗不能入。是目的物相對不能。毒殺人而分量太輕。不至於死。是手段相對

不能。主張絕對不能者無罪。而相對不能則爲未遂。(三)有分爲事實上之不能及法律上之不能者。謂事實上不能。如因意外之障礙而成未遂。若法律上不能。則已欠缺法定要件。(如對無妊之婦女施行墮胎)不構成犯罪行爲。無所謂未遂也。(四)上皆客觀說。(四)有主張主觀說者。專以有無犯意爲斷。不問其不能之原因如何。苟可認爲其犯意存在。斯應以未遂罪論。(五)有主張危險說者。則以有無發生結果之危險爲標準。謂法律所以處罰未遂者。即因其有具體之危險。故不能犯是否應與未遂同論。亦當觀此而決。前法律館修正案(暫行刑律第十七條)擬於結果下加入「圖危險」三字以別之。即採取斯義也。

本條第一項後半規定之不能犯。究以何說爲當。並無任何條件。解釋自屬渾茫。所謂其不釀發生犯罪之結果者亦同。蓋採取不能犯處罰主義。應與實行不遂者。同以未遂犯論。不問其原因如何也。惟察本法原案修正理由。於不能犯之定義。仍以主觀說爲根據。不探客觀說及危險說者。苟有犯意存在。之不釀成。當以處罰爲原則。並於大條規定。……犯得以減免之例外。是又認爲客觀說之絕對不能與特許有關係。

有區別之必要也。

(原案理由) 學說上所謂不能犯是否處罰。爲刑法學者數十年來最劇烈之爭戰。至今尙無定論。主觀之說。謂既着手實行犯罪。無論其能否發生犯罪事實。皆足危害社會。故應處罰。客觀之說。謂不能發生犯罪事實時。其行爲與犯罪相去甚遠。罰之恐涉處罰犯意而非處罰犯行之嫌。兩說雖各有理由。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。原案(暫行刑律)純採主觀說。修正案(第一次修正刑法草案)不能犯之處罰。以有危險爲限。外國學說雖有主張之者。然適用上恐生困難。故各國刑法罕有採用。本案擬從不能犯處罰主義。但對於絕對不能犯。由法官斟酌情節。得減輕或免除本刑。

第二項未遂罪之處罰。以分則各條有特別規定者爲限。不通明示處罰未遂罪之範圍。因未遂罪不皆處罰。不得不於分則各條中分別定之。查分則中規定本條之未遂罪罰之。其例甚多。因採主觀主義。本以處罰爲原則。其無處罰明文者。必含有事不願

著或難其確。或尙輕微。可以不罰之意義。應視各罪之情節而定。非總則中所能確定。實標準也。

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

本條規定未遂罪處罰之限制。既遂罪之刑。即各條法定之刑也。未遂罪之應否處罰。固以分則各條特別規定者爲限。而處罰未遂罪之刑。究不能與既遂罪同科。應有一量減之準則。是以本條定之。查處罰未遂罪之主義有二。其一爲客觀主義。謂未生既遂之結果。損害尙屬輕微。於法必須減輕。謂之應減主義。其一爲主觀主義。謂已着手而不遂。乃出於犯人意。外。而其所爲犯行。危及社會。定與既遂無異。且特定處罰各未遂罪。大抵置重犯意。故刑不必減。但許按其情節。得以減輕。亦謂之得減主義。至今客觀說已成陳腐。近世各國立法例。多注重於主觀說。舊律第十七條第三項之規定。亦同。本條仍之。定爲得減既遂罪之刑二分之一。爲實減刑罰之宗旨。特予以審判官之權衡。得視其情節而量減之。

本條但書規定減免之特例。爲舊律所無。犯罪之方法。專屬手段而言。犯罪之方法。決不能生犯罪之結果者。即學說上所謂手段之絕對不能也。此等不能犯。客觀說多有主張無罪者。本法因採主觀主義。置重犯意。不論不能之原因如何。凡不能發生犯罪之結果者。概與未遂罪同論。已於前條定之。本條後半。特揭出手段之絕對不能犯。得爲無限制之減輕。並得免除其刑。惟仍屬諸審判官之裁量而已。

第四十一條 已著手於犯罪之實行而因已意中止者減輕或免除本刑

本條規定中止之未遂罪及其處分。中止犯罪行爲。不致實行完成。或不使其發生結果者。本屬未遂犯之一種。特以已意中止爲未遂原因。以別於普通之未遂犯也。中止犯之要件。在以已意自動的中止。與實行不遂之出於犯人意外者不同。因已意中止者。由自己任意。或於着手實行中消極的停止動作。不使行爲終結。或於實行後。積極的防止結果發生者皆是。前者爲未實行之中止。後者爲已實行之中止。

已意中止之動機若何。法律上並無區別。故或出於悔悟。或由於恐怖。或計及利害。又

或以暫時停止徐圖再舉而爲之。要皆出自任意行爲。不可謂非中止。但因爲發見事
實障礙。（如放火而遇暴雨，竊盜而遇巡查，舉槍殺人而槍機已壞之類。）始萌中止
意者。仍以普通未遂論。不得謂爲中止也。

未實行之中止。使行爲不至終結。其行動出於消極。尙無問題。惟已實行之中止。在防
止結果發生。使犯罪不成既遂。其行動出於積極。則當注意之條件有三。其一、必有發
生結果之危險存在。方有中止可言。若危險已經排除。則無須乎中止也。（如以毒
殺人。被害者已自服藥解除。而犯人乃進以解毒藥。仍爲未遂而非中止。）其二、必能
防止犯罪之結果。即中止行爲必生效力始可。否則雖經防止。而結果優能發生。不得
謂有效之中止也。（如受毒已深。即投以解毒藥而不能救以至死。是仍爲既遂並非
未遂。）但因意外障礙使中止不奏其效時。有主張反對之說者。本解不採用之。其二、
中止行爲之效力。必直接足以防止結果。若其行爲無效。而由他之原因阻止結果時。
亦不成中止未遂。惟中止之效力。不限於本人直接行動。若由本人意思。假使他人間
接爲之。亦無不可。惟持主觀說者。多不以此等客觀之條件爲然。然不注意其效果。以

犯人無中止意思及行為爲斷。則流弊甚多。現如一二兩種情形。明保障礙未遂第二種情形。已成既遂。不復以未遂論。更無所謂中止。故爲多數學者所不主張。

中止犯之處分。分則中並無特別規定。因中止本屬未遂原因之一種。應概括於未遂罪內。故分則中規定處罰之未遂罪。有由於已意中止者。則適用本條減免之例。舊律第十八條規定。中止犯有準未遂犯論一語。即以中止在分則中並無特別規定。必準未遂犯論。乃有根據。本條刪除此語。以因中止未遂者。當然包括於未遂罪內。無所謂準未遂論。惟本條既特定中止犯之處分。又須適用未遂罪之特別規定。自不如以明文提出。若改爲未遂而因已意中止者。意義自較爲明確。

關於中止犯處分之立法例。約分三種。(一)以獎勵自止之義。概爲無罪者。(二)有以中止情節不一。非皆有可恕者。故僅予以得減免之例。如有人欲待時而動。情非可原。即不減輕亦可。(三)有以中止未遂。究與其他未遂不同。其他未遂既屬得減輕或免除。則中止犯自應減輕或免除其刑。日本新刑法規定。即屬於第三例。我國舊律第十八條規定。得免除或減輕本刑。屬於第二例。本條乃援日本之法例而修正之。或減或

免。仍屬審判官之權衡。惟依第八十四條規定，至少須減輕本刑二分之一。

第六章 共犯

刑法上之共同犯罪。對獨立犯罪而言。以一人之單獨行為。完成罪素。自負刑責。固不發生共犯問題。惟因犯罪性質上。有非二人以上共同行為不能構成者。且有一人能犯之罪。而在事實上多有二人以上集合行為。共同實施分擔犯罪要件而成立者。前者為必要之共犯。後者為任意之共犯。刑法除關於必要共犯。如決鬥和姦重婚賄賂各罪。及其他聚衆結夥等特種情形。特別規定於分則各章外。本章特對於任意共犯。規定其共同關係。並定其處分之標準。故名之曰共犯章。

(原案理由) 共犯最要之意義。為主觀說及客觀說所公認者。即一初共犯。除原案(暫行刑律)第二十九條第一項共同正犯外。曾有附屬之性質。其罪之成立與否。一以正犯為準。雖或因特種情形。如原案第廿九條第二項。科以正犯之刑。其性質仍為從犯。又如第三十條教唆犯。科以正犯之刑。其性質仍屬教唆犯。原案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。故本章於各條。均改為處以正犯之刑。(又原案第六章原名為共犯罪。本法因恐誤認為特種罪。故改

者其犯。

第四十二條 二人以上共同實施犯罪之行為者皆爲正犯。

本條規定共同正犯之關係。實施犯罪行為。包括犯罪之陰謀預備着手實行而止。不限於實行行為。如抽著刑律通則以實施即着手實行之謂。是屬錯誤本解。惟最近之

（凡二人以上在共同意思範圍內。或爲陰謀預備。或爲着手實行。以完成一儘或數個之犯罪行為者。皆爲共同正犯。不分孰爲主從也。故共犯之成立。在主觀方面。以意思之聯絡爲要件。在客觀方面。以行為之分擔爲要件。意思之聯絡者。必對於構成犯罪之事實。有共同之意識。乃對於行為之全部共同負責。若其中一人對於某一部分。並未明瞭或預見。則某一部分之結果。不能使之負共犯之責。即不得言爲正犯。如例論甲乙丙三人同行竊盜。丙在外把風接贓。甲乙入室行竊。臨時行竊傷害。丙對於傷人部分。非所明知預見。縱能爲竊盜共犯。而不能爲傷害罪之共犯。）行為之分擔者。二人以上分功合作之謂。必以一人之行為。連合他人之行為。同時一目的進行。互補其短或加重。以構成其犯罪事實。乃使犯人之全體共同負責。若其中一人行

其、總論身理共同犯罪之一部。而獨立構成罪行者。亦不得謂皆爲正犯。(如前例、說
罪人等後圖見捕夫而強姦。其強姦非分擔強姦行爲之一部。故乙丙不得爲強姦罪
之共犯。)

所謂的要件。所謂意思之聯絡者。本條雖無明文。而依本法第二十一條及第二十九
條規定之原理而論。可得當然之解釋。至客觀的要件。所謂行爲之分担。則爲本條所
有之義。因共同犯罪應認爲行爲。既不以實行行爲爲限。則事實上之進行。不必同一罪
態。故或爲陰謀。或爲預備。或爲着手實行者。行爲之分擔也。(如甲乙丙共謀毒水甲
爲計畫毒藥乙爲購買毒藥丙持毒藥以進)又或分別預備各一部分。或分願實行
各一部分者。亦行爲之分擔也。(如甲乙同謀放火。甲出資。乙爲買存燃料。則甲乙同
爲實施放火之陰謀預備行爲。又如丙入室行竊。丁在外接贓。則丙丁同爲實施竊盜
之實行行爲。)

現按舊律第二十九條第一項規定。於皆爲正犯下。有各科其刑一語。本條刪去。以此
語本屬贅文也。又該條第二項。於實施犯罪行爲之際幫助正犯者。準正犯論之規定。

本條已改入第四十四條第三項但書略加修改。其理由詳後。

第四十三條 教唆他人使之實施犯罪之行爲者爲教唆犯

教唆教唆犯者亦同

教唆犯處以正犯之刑

本條規定教唆犯之成立及其處分。教唆他人使之實施犯罪之行爲者。爲教唆犯。成立之要件。析言之。認定教唆犯之標準有二。其一。被教唆者之犯意。實因教唆而生。若無教唆者。先有犯意。則爲幫助指導之從犯。非教唆犯也。其二。被教唆者之行爲。即爲教唆者之決意行爲。若其實施行爲。與教唆者之意思不合。並非其所明知或預見者。亦非教唆犯也。故學說上認教唆者爲故意犯。舊律第三十條之規定。以動。本條雖不採此名義。而解釋當一致。蓋以教唆犯罪之意思。與被教唆而實施犯罪之行爲。必有因果關係。即被教唆者與教唆者之間。雙方意思之連貫是也。惟此等意思連貫。不限於直接發生。即間接運用教唆。而能予被教唆人以決意犯罪之原因。不可謂無因果關係。亦應負教唆之責任。故又曰教唆教唆犯者亦同。學說上亦謂之間接故意犯。

此本條所以分別規定也。

教唆犯處以正犯之刑。與舊律第三十條規定該正犯之例處斷者。文異而義同。蓋以教唆犯之於正犯。法律上認有附屬關係。與從犯相等。雖科以同一刑罰。究不能變易其性質。不得與共同實施犯罪行為之皆為正犯者相同。惟規定其處分。主義向有二說。一謂教唆者雖不實施。仍應受親自實施之處分。一謂教唆犯為正犯實施犯罪之根原。故應依據正犯應科之刑罰。以處分教唆犯。然刑法上之處分。須從真正之事實。定其罪之有無輕重。非可以假定者。犯意雖決於造意之人。而造意犯之行為。實以教唆而完了。其實施犯罪行為。原出於被教唆者之所為。由前之說。必假定為教唆者親自實施。以其假定為處分標準。不免有變更事實之嫌。由後之說。乃取處分正犯之刑罰。定教唆犯處分之標準。祇斷定同一刑責。不必變更罪質。故本條第二項規定。仍以後說為常。今舉例以說明之。如尋常人甲。教唆官員乙受賄。依前說。則甲無官員身分。即假定其為自己實施行為。亦不成受賄罪之共犯。是否成立他罪。另一問題。若依後說。則乙既以有身分而成立正犯。即應處甲以乙之刑。而成立共犯無疑。此與第四

十五條規定理由一貫。可以互相證明。但所謂科以正犯之刑者。非必以教唆犯應科之刑期金額者盡同如正犯。祇依據同一法條爲處分基礎。至其刑罰孰輕孰重。仍各按其情節而定之。

教唆犯之非獨立犯罪。應附屬於正犯而成立。爲其教唆行爲。至教唆而終了。必以正犯實施行爲爲成就條件。故施以正犯之刑。亦以明示教唆犯不得獨立處罰也。但有一必要注意之點。則被教唆者必應負刑事責任之人。若對於無責任能力或不具責任要素之行爲。使之實施犯罪。則正犯已不成立。被教唆者實施之行爲。直爲教唆者之行爲。其被教唆之人。即爲教唆者利用之機械。自應以其行爲全部。歸責於教唆者。此等情形。在法律上不發生附屬關係。故不認爲教唆犯。而應以教唆者爲單獨之正犯。此亦多數學者之所主張。今列舉各種間接正犯之事例言之。一爲被使未滿十三歲人之行爲。實行犯罪者。二利用心神喪失人之行爲。以達其犯罪目的者。三使人陷於緊急危難。利用其救護行爲以犯罪者。四長官指揮屬員之職務上行爲。以犯罪者。五誘惑無此犯意人之行爲。即非故意之行爲。以遂自己犯意者。六犯罪要

一定目的時。有此目的人。利用無目的人之行為者。凡此皆在教唆者自不行事。而他不負刑事責任之人。被其利用。以實施犯罪行為。是與利用人爲以外之自然動力者相同。自應歸責於利用之人。此非於共犯中免除正犯之刑。而單獨處罰其教唆犯。是當然使教唆者。獨立成爲正犯。惟因與自己直接實施犯罪行為者稍異。故學說上別之爲間接正犯。刑法上雖無明文規定。亦已爲各國學說及解釋之所公認也。

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爲直接及重要之幫助者。處以正犯之刑。

本條規定從犯之意義及其處分。夫從犯以附屬正犯而成立。從犯之行為。以幫助正犯爲要件。即以正犯爲主體。自立於從屬地位。正犯不成立。則從犯不能獨立爲罪。此與教唆犯關係相同。惟教唆犯係予正犯以決意犯罪之原因。從犯則爲正犯實施犯罪之幫助而已。無論在陰謀豫備。或着手實行之實施前或實施中。凡爲正犯之幫助。

者。皆是。本條第一項之規定。義甚渾括。舊律於此立一界說。以事前幫助者爲從犯。事中幫助者。準正犯論。與共同正犯同一規定。然極端持此理論。亦未見其平允。故本條無此區別。惟於第三項。但書規定。事中幫助者。且以有直接及重要之條件爲準。處以正犯之刑。亦不過認爲從犯之特種情形而已。

從犯之所以異於共同正犯之互相利用加功者。自應以主觀說爲常。凡爲自己犯罪決意。加入共同實施犯罪行爲者。皆爲正犯。若犯意在爲他人成就犯罪。而幫助其實施行爲者。斯爲從犯。從犯之行爲。以幫助而終止。其成立犯罪與否。仍以正犯爲斷。至從犯之幫助行爲。在事實上。有助以金錢物品或腕力者。爲有形的幫助。有助以語言或爲之計畫者。爲無形的幫助。法律上皆包括之。

第二項以從犯論。學說上謂之間接從犯。間接從犯之救唆行爲。不直接及於正犯。似無意思連貫之必要。而能使從犯決意幫助。以完成正犯之實施犯罪行爲。仍不可謂無因果關係。此亦與救唆造意犯性質相同。惟救唆造意犯。其犯意在予正犯以實施犯罪之決意。而救唆從犯。其犯意僅予從犯以幫助行爲之決意而止。故前者以造意

犯論。後者仍以從犯論。至幫助從犯者。舊律第三十一條第二項。以與教唆從犯者同。爲準從犯論。本條特刪除之。不欲其牽連太多也。

(原案理由) 共同正犯與從犯之區別。主觀說。謂犯意爲共同實施犯罪行爲。則爲共同正犯。犯意爲幫助他人犯罪。則爲從犯。客觀說。謂其行爲爲犯罪結果發生之原因者。爲共同正犯。實行爲僅爲犯罪結果發生之條件者。爲從犯。屬理論難。如此。而事實未易區分。從主觀說。則犯意殊難辨別。從客觀說。則原因與條件。亦無標準。因此遂有以事前事中。爲從犯科刑之輕重者。其事中幫助犯與正犯同罰。事前幫助犯得減輕其刑。蓋謂事中幫助。犯意較著。應科以重刑。此即原案所採用者也。然事中幫助。不問其行爲與犯罪之關係如何。概科以正犯之刑。亦未見其平允。本案擬仿俄國法國及意、利布加利亞等國之例。仍從原案中從犯與正犯同罰之制。而以直接及重要之幫助者爲限。此外事中之幫助。與事前之幫助。概科以從犯之刑。

原案從犯與正犯同罰。但得減輕若干等。本案既規定事中直接及重要之從犯。處

以正犯之刑。故對於其他從犯。改從必減主義。蓋從犯之責任。依主觀及客觀說。均較正犯爲輕。若謂從犯情節。有較重大或相等者。此爲例外。不得因此例外而推翻原則。我國舊律亦採從犯減輕之制。本案改從必減。與舊律亦相符合。

刀原案第三十一第一條二項。教唆或幫助從犯者。準從犯論。本案刪去或幫助三字。以免從犯之範圍。過於擴充也。

從犯之刑。減正犯之刑二分之一。與舊律得減主義不同。其修正理由已述如前。復按前法條館草案理由。謂「從犯仍有應科原刑者。如顛覆巨艦非一人之力所能及。當其圖謀之際。從犯忽給以水雷。其情節不得謂輕於正犯」云云。究之此等情形。即係於實施犯罪豫備行爲之際。因實施犯罪行爲不限於着手實行以後。爲直接及重要之幫助者。有但書可以適用。無礙於應減之普通原則也。

關於教誨他人犯罪。有時成爲間接正犯者。已於前條詳論之。而幫助他人犯罪者。基於同一原理。不負刑事責任行爲。正犯不成立時。是否可爲間接正犯。教之學者。多以教唆幫助。相提並論。則幫助行爲。亦得因此而間接正犯無疑。惟依幫助

之實質論。他人先有犯意，而予以幫助行為，方爲從犯。若逕以間接正犯論，未免過苛。且與教唆犯之責任，無所區別。然從實際觀察，不負刑事責任之行為，必無犯意存在。利用其無犯意之動作，從而加功以致於罪，明明爲幫助者之犯意表現。且據見其結果發生。其行爲雖屬幫助。其性質無異自己實行。如瘋漢在街行走，徒手毆人，幫助者授之以刀，以至傷人致死之類。此時之犯罪實施者，既不負責，以歸責於故舊幫助者，間接成爲正犯。於法理未爲不當。但此等情形，若先有造意之人，利用其爲機械作用，而幫助者知之，從中予以助力，則仍以教唆者爲間接實施正犯，而幫助者仍對於間接正犯而爲從犯。因故意犯罪之原因，實在彼而不在此也。

又教唆幫助，有與實施行爲競合時，依舊律第三十二條之規定，從其所實施者處斷。已爲本案所刪去。茲錄其理由於左。

(原案理由) 原案「暫行刑律」第三十二條，於前教唆或幫助，其後加入實施，狂爲者從其所實施者處斷。修正案改爲於前教唆而後加入實施犯罪者，從其所實施者加本刑一等。其理由謂造意而兼實施，罪狀殆與俱發罪等。此蓋指兩罪斷

言例如教唆他人犯一罪。而本身實施又犯一罪。於前罪爲教唆犯。於後罪爲正犯。當然適用俱發罪之規定。若教唆與實施均係一罪。則教唆實爲犯一罪之方法。當然依其實施者處斷。不應從修正案加重其刑。故本案擬刪去之。〔若一人對於一罪兼有教唆反幫助行爲時。則以幫助吸收於教唆之中。亦不必有明文規定者也。〕

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

本條規定身分與共犯之關係。有以身分爲犯罪成立之要件者。有以身分爲刑罰加重減輕或免除之原因者。故分別兩項規定之。因身分成立之罪。非普通人所得犯之者。如瀆職罪之公務員身分。〔第一百二十八條以下〕僞證罪之證人鑑定人身分之類。因身分致刑有重輕或免除者。如心神耗弱人酗酒人賭博人等之行爲。〔第三十條至第三十三條〕皆因身分而減輕。如便利脫逃罪之公務員。〔第一百七十

二條）對尊親屬犯罪之卑幼。（第一八一條第二八九條）及第二百四十二條。親屬之關係人。〔姦淫猥褻罪〕皆因身分而加重。又如直系親屬夫妻及同居共財之親屬間。有犯竊盜〔第三四一條〕侵占〔第三六一條〕詐財〔第三六八條〕贓物〔第三七八條〕各罪者。皆因身分而得免除其刑也。此本舊律第三十三條所定本條於第一項加入共同實施四字。第二項加入或免除三字。規定較為周密。解釋上免滋疑義。第一項因身分成立之罪。既以身分為構成犯罪之要件。則共犯中之無身分人。要件欠缺。不得以一人之特別身分。影響及於他人。似對無身分者。不以共犯處分為宜。然本條規定。雖無身分仍以共犯論者。當以正犯之有無身分為標準。故如正犯自有身分。犯罪已經構成。其他共同實施或教唆幫助之人。即無身分。亦應隨正犯而成立。故仍以共犯論。〔例如甲教唆公務員乙受賄。丙為分肥計共同實施。丁為幫助。甲丙丁雖非公務員。因乙以有身分成立受賄罪。甲丙丁亦均為受賄罪之共犯。〕反之若正犯本無身分。以有身分人為教唆或幫助。則正犯以無身分不能成立犯罪。其教唆或幫助者。亦不得以共犯論。〔如前例乙與丙皆非公務員。甲丁雖係公務員而非正犯。

亦不成受賄之共犯。此時或成立別種罪名。（即不以身分成立之罪。如前例或成爲詐財罪。）若係有身分人利用無身分人之行爲間接完備犯罪。或即爲間接實施正犯。非僅以其犯論也。

第二項以身分爲刑罰重輕或免除之原因時。則法律上效力。祇及於有身分之人。而不及於其他共犯。此與第一項規定不同。故如教唆犯從犯。有因身分加重減輕或免除者。固與正犯無涉。即共同正犯中。有因身分加重減輕或免除者。亦無關於其餘正犯及教唆犯從犯。故曰無身分之人。仍科通常之刑。一例如甲教唆乙誣告乙父丙。丁爲共罰實施。戊爲幫助。此時乙以身分加重。適用誣告尊親屬之罪。甲丁戊因無身分。仍科通常誣告之刑。又如甲乙共同傷人。乙以稱證人之身分減輕。甲仍科通常誣告之刑。又如丙丁同爲竊盜共犯。丙因與被害人親屬關係免除其刑。丁仍科通常竊盜之罪。是非徒之脫離共犯關係。獨立論罪。不過因其特種原因。分別科刑。斷無共犯離斷之證據。當不發生疑義。

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

本條規定一方共犯之關係及其處分。以幫助之從犯爲限。成立一方共犯。至教唆犯及其他共同正犯。則無所謂一方之共犯也。一方共犯。以行爲共同爲基礎。不以雙方意思連貫爲必要。然在幫助之一方。仍以知情爲要件。乃發生共犯關係。以從犯論。其不知情之正犯。對於幫助行爲。祇認爲一種事實。或並不認識有此事實者。自不發生共犯關係。故謂之爲一方共犯。

以從犯論之處分。依第四十四條第三項。或減正犯之刑二分之一。或處以正犯之刑。仍當按其幫助時之行爲而定。如在犯罪實施之際。爲直接及重要之幫助者。則與正犯同科亦可。若無此等情形。而爲普通從犯。則應減輕二分之一。此等從犯行爲。爲正犯所不知情。本屬例外。有此規定。則適用時免滋疑義。

舊律第三十四條規定。知本犯之情而共同者。雖本犯不知共同之情。仍以共犯論。似包括教唆幫助。及一切共同實施行爲。皆許有一方共犯之成立。其範圍過於廣泛。故本條專以知情幫助之從犯爲限。且徵之事實。上一方知情之共犯。亦祇有幫助。而

無殺及及其他共同實施行為。即按前法律條理由。舉例一。如甲謀殺乙。某乙室殺乙。某室之內。雖未與甲通謀。而心願贊成。乃自爲戶外鎖閉。防乙逃走。甲並不知丙之所爲。竟以殺乙。丙仍爲甲之共犯。一云云。亦係知情幫助之從犯。仍不出本條規定之範圍也。

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

本條規定共同過失正犯之例。過失罪之有無共犯。各國學說及判例亦多不同。主張過失不成共犯之說者。皆採主觀主義。以無共同犯罪之意思。既覺。不發生共犯關係。本法於此採用客觀主義。從積極的規定。許其共同過失正犯。例如二人共弄火器致人死傷或發火災。應同依過失傷人或失火之正犯處斷。故實爲過失正犯。與第四十二條規定實爲正犯。意義相同。

查各國刑法關於過失共犯。有對實施正犯及教唆犯從犯均採積極說者。有爲權消極說者。有對實施正犯採積極說。其餘採消極說者。舊律第三十五條。以有共同過失者。以其範圍均採積極之規定。本條則祇以實施正犯爲限。用積極的規定。不認有

過失之教唆犯及從犯也。

(原案理由) 原案第三十五條，於過失罪有共同過失者，以共犯論。然必有正犯始有共犯。若依原案以共犯論，則難定孰為正犯，孰為共犯。且過失罪有無共犯，學者爭論，至今尚無定評。故本案仿原案第二十九條共同正犯之例，規定其為過失正犯。各科以其過失之刑，不使其負他人過失之責任。(按本節理由，以本條之過失正犯不認為過失共犯。然既云仿共同正犯之例規定，在彼曰皆為正犯。在此曰皆為過失正犯，明明係共同負責。方有規定之必要。而又曰不使負他人過失之責。以有矛盾之處。且與刑法上規定共犯之意旨不符。)

此外尚有主張一方過失共犯之說者。即舊律第三十六條規定為本案所刪除。查錄其理由於左。

(原案理由) 原案第三十六條，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為限。條正案改為因過失而助成故案之犯罪者，準過失共犯論。較原案明瞭。但雙方皆為過失犯，以過失共犯論，已有未

第七章 刑名

五刑之名。始於舜典。即舊說之墨劓剕宮辟。是也。合之流刑鞭刑朴刑贖刑。亦稱九刑。其後夏以大辟腹宮墨劓。爲五刑。周以墨劓宮剕殺。爲五刑。漢魏六朝刑名代有更見。自情開皇制律。始定笞杖徒流死。爲五刑。迄至明清。相沿不改。此我國刑名。在法制史上之大略也。蓋除死刑而外。漢以前多注重於肉刑。（如墨劓腹宮剕等皆是）漢以後多注重於體刑。（如鞭朴笞杖等皆是）皆以予犯人之痛苦。而示天下以威嚇。爲不易之主義。此與歐洲古今。發刑相近。總以近世各國刑罰之基礎觀念。不能相容。是以我國舊律修訂伊始。首以改定刑名爲事。深有見夫舊時刑制。不適用於今日之法理。而關於身體之刑。尤有悖乎人道。故一破數千年沿襲之舊制。絕不相蒙。兼採各國文明之新法。折衷至當。專以死刑自由刑及罰金爲主刑。附以褫奪公權及沒收之從刑。而主刑之中。尤擴張自由刑之範圍。蓋以威化爲宗旨。而利用隔離之方法。以匡正之。爲自由刑之特色。即刑法全部之精神所在。本法仍之。除關於有期徒刑等級制。略加變更外。（理由詳後）皆取舊律之所規定。

律義稱名一章。論於論著。區別既真。體例各殊。本法取舊律所定。首列各刑之性質及其次序。次分列各刑執行之方法及其限制。與日本刑法規定之大致相當。所以貫聯刑法全體之適用也。

(原案理由) 原案刑名章。依墨西哥刑法。列於末遯。累犯併發共犯各章之後。謂者。罪而後有刑。不當先刑後罪。然未遯與其犯。關於犯罪之狀態。列於刑名之前。固屬允當。至累犯與併合論罪。非關於犯罪之狀態。而實屬於科刑之重輕。既不知各種刑名。則無從規定累犯及併合論罪之處罰。故本法將累犯及併合論罪兩章。改列於刑名之後。

第四十八條 刑分爲主刑及從刑

本條所列刑罰之性質。爲主刑從刑兩種。主刑者。爲處罰各罪必要之正刑也。雖死刑。法律特後罰令皆是。從刑爲各罪併科之附加刑。如褫奪公權及沒收是。有應科者。本應科者。因法律特爲附屬關係。原則上不能離主刑而獨立科罰。但主刑免附屬時。種情殊時。亦有專科從刑者。(第五十二及六十一條) 且不隨主刑而爲之加重減

體也。

刑罰之能分。實則殺犯人。之法律利益。而人民之公益。如生命身體自由名譽財產。平時應受法律之保護。犯罪時即應受法律之制裁。除身體刑一類。實文明得國法律所不許。已不能存在外。惟況世通行之刑罰。不外生命自由財產名譽四種。無論主刑及刑。皆不出此範圍。本條特規定其刑罰性質。區別主從之關係而止。至各刑之種類及刑度。以次條以下分別定之。

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

本條列舉主刑之類別。依舊律第三十七條第二項所定。分列五種。其性質屬於三類。曰生命刑。曰自由刑。曰財產刑。其二三四三項。皆屬自由刑性質。爲主刑中範圍之最廣者。茲依法定之次序分別說明之。

一 爲生命刑 死刑以斷絕人之生命爲事。故曰生命刑。爲刑罰最終之制裁。而亦其最酷者。現在廢止死刑之說。盛行一時。大要注重人道感化兩種主義。而立論互有異同。查各國採用此等學說。實行廢止者。已居多數。歐洲如意大利瑞士聯邦中之七邦。羅馬尼荷。葡萄牙。荷蘭。挪威等國。在美洲北部者。若密幾斯。羅士。愛爾。羅斯。康新哥倫。比亞。薩。茂。印。在中部者。若洪。條。拉斯。巴。拿。馬。尼。加。拉。夸。波。蘭。基。利。在南部者。委。內。瑞。拉。等國。皆然。尚有在運動廢止之立法計畫中而未實現者。且有刑法上雖無明文廢止。而事實上已久不見有執行死刑者。將來立法之趨勢如何。概可想見。反觀我國之死刑存廢問題。尙未供人研究。間有學者提出此種意見。徒持理論。未嘗不可贊成。惟以我國國情現勢之所要求。則距廢止之時期尙早。蓋有不可廢之理由三。一曰法理。死

刑所以殺元惡大惡。爲除害而後安。無餘意者之謂去毒。除毒者。無他意。使對此大惡不赦之犯人。不能絕對淘汰。而留以害群。有乖刑期無刑及終以止辱之注意。二曰歷史觀念。我國自有史以來。對於逆倫重案。非處極刑不足以厭人心。歷代相沿不改。亦賴以維持倫理及安定秩序於不敝。今一旦遽行廢止。則對此重案之裁判。必感困難。三曰社會心理。因死刑相沿既久。以爲人犯死罪。應處死刑。幾視爲天經地義。而不以爲過酷。故一般社會心理。未足語以高尚之法律智識。雖現在刑罰不取威嚇主義。而囚惡之徒。因有所憚而不爲者尙多。如遽行廢止死刑。必將無所顧忌。而恣恣橫行。是所以縱惡也。况現值人欲橫流。道德淪喪。窮凶極惡之罪。層出不窮。刑罰用重。更未足以語此。是以本法仍援舊律之例存而不廢。特定爲主刑中之最重者。

二爲自由刑。自由刑。乃拘禁犯人之身體。使冥行動不能自由。故不曰身體刑而曰自由刑。意在使犯人隔離社會。覺悟前愆。漸圖感化。於刑罰中之地位。最佔重要。範圍甚廣。收效亦大。本條列舉二三四各款所定。以刑期有無長短。分重輕之次序。又別爲無期徒刑。有期徒刑。及拘役之三種。

〔甲〕無期徒刑 無期徒刑，即清律永遠監禁之意。乃剝奪犯人終身之自由。其性質雖輕於死刑。其效力毫無異於死。蓋人至終身不能自由。永與社會斷絕關係。則前途之生趣已窮。故學者有目爲遲緩之死刑。且有謂此永墮悲慘之地獄。尤有過於死刑者。故現在主張廢止之說亦甚力。查各國業已有見諸憲行者。〔如葡萄牙墨西哥委內瑞拉烏魯魁愛加脫等是〕。其理由頗足研究。然而多數國家皆不贊成。不若廢止死刑說之易表同情也。我國之不宜輕於議廢。更不待言。况自由刑皆以感化爲主。即處無期徒刑。亦未必老死獄中。尙可以察其在監性行若何。果有悔悟自新。則在一定條件之下。仍許有假釋出獄之希望。於無期之中。亦隱寓有期之意。蓋深欲引人遷善。不使犯人完全絕望。此爲立法之精神所在。亦刑事政策所許。是以本條援用舊律規定。仍以之次於死刑。亦以犯人之罪惡。有不宜輕處死刑者。而又非處有期徒刑所能稱也。

〔乙〕有期徒刑 徒刑以期限之長短。定刑罰之重輕。本我國古律五徒之遺調。〔清律五徒以三年爲滿徒。亦有因流改徒四年五年者。〕舊律參用日本刑法。稱名曰

有期徒刑。爲自由刑最廣之範圍。其期限斷自二月以上。至十五年以下。亦折衷各國之良例。〔查各國有長至三十年之久者。如白來齊烏魯魁。是有以七年爲長期者。如加拿大是。〕是以本條仍之。並遇有加減時。得減至二月未滿。或加至二十年爲度。法定期間較長。更有裁量餘地。惟舊律有期徒刑分列五等。爲本法所不取。茲將原修正案廢除等級制。及採取長短期限之理由。節錄於後。

（原案理由）有期徒刑。原案採等級制。以五等爲標準。惟罪之輕重。各有不同。必以五者繩之。恐所定之刑。有不失於酷。即失於寬之病。且加必一等。減必一等。亦恐有畸輕畸重之嫌。故本案廢去等級。於分則各條。明定年月。而加減則以若干分之幾爲準。既無定刑失常之虞。並免加減相懸之失。且分則及單行法各條。徒刑明定年月。則一目了然。無俟檢查等級表。即知其刑期之長短。較爲便利。此本案所以不採等級制也。

原案有期徒刑之最高度爲十五年。修正案改爲十二年。其理由謂初犯年齡二十五六歲居多。而人生平均年齡。不過四十一二。若對於二十五歲之犯人。科以最長

刑期十五年。至四十歲始能釋放。殆與無期徒刑無異云云。然犯人之關係。各有不同。老年衰弱者。科以數年或即近於無期。若年少力壯者。則科以最長期。亦非無出獄之望。此皆事意上關於犯人本身問題。不足據以爲縮短法定刑期之標準。且有假釋之例。以救其弊。犯人果能遷善。不待期滿亦可出獄。否則科以十五年。爲社會防範起見。未爲過也。況法定刑期。法官尙可酌量於其間。非必科以最高度。原案定爲十五年。寔從多數國刑期而採其最適中者。故本案仍從之。

(丙) 拘役 拘役爲最短期之自由刑。性質本無異於有期徒刑。故本法第五十四條規定。執行方法亦同。所以別爲拘役者。祇有程度輕重之差。就法律上之效果。有時或異。爲對於輕微之犯罪。科以最短期之拘役。不使與受徒刑之犯人視同一律。此在舊律規定區別較多。如累犯設刑時效等例。本法因不採等級制。一以期限之長短爲準。寔無區別之必要。其期間定爲一日以上二月未滿。一依舊律之所規定。但如本條第四款。遇有加重時。得加至二月以上。仍爲拘役。此與舊律拘役加一等。即爲五等徒刑者。亦有不同。

三爲財產刑。主刑中之財產刑，曰罰金。查分則中規定罰金之處分，有三種。一獨立罰金。爲無犯意而觸犯行。〔過失犯〕或犯重輕而損害微者。應單獨處以罰金。二併科罰金。爲嚴懲貪慾起見。凡犯罪以圖利爲目的者。於自由刑外。應併科以罰金。如舊律規定併科時。多以營利或因而得利爲要件。本分則中無此要件。其範圍較廣。三。易科罰金。非謂之選擇罰金。法定自由刑與罰金兩種主刑。任擇其一以處罰。此當視犯罪之情節定之。本分則中有規定得併科或易科罰金者。是又兼此兩種性質也。至罰金額之多少。應於各罪中分別規定。本條第五款。祇規定其最少額爲一元以上。但囚犯貧得減至五分之一耳。

罰金所以次於拘役者。因性質上之差別。分重輕之次序。若就法定之程度言。則拘役之長期。不滿二月。罰金之高度。依分則各條規定。有處至五千元以下者。未必皆輕於拘役。而在犯人所受痛苦。又屬因人而殊。不能執一以論。是以第五十一條規定。主刑之重輕。仍依本條列舉之次序定之。觀於緩刑假釋各章所定條件。均以拘役爲限。而不及罰金。可以推知其故矣。

因犯貧得減至五分之一。係專指罰金之最低度。得減至二角以上（即一元之五分之一）爲止。因普通罰金之加減。止加減其最高度。其最低度均爲一元。然則國貨減少。必裁判上宣告罰金。不能滿一元以上者。方有減少之必要。無論分別各條規定罰金若干元以下。苟可以宣告一元以上者。仍在法定範圍內。祇依第七十六條第二項。審酌犯人之資力定之。無庸核減矣。

關於本條刑名有期徒刑拘役及因貧減少罰金之疑義。尙有意見分論於後。（見評論三評論四）

第五十條 從刑之種類如左

一 褫奪公權

二 沒收

本條所舉從刑之種類。依舊律第三十七條第三項所定。分別兩款。其一爲名譽刑。其二爲特種之財產刑。皆附屬於主刑之制裁。故皆曰從刑。分別說明於次。

一 褫奪公權 褫奪公權之爲名譽刑。非直接毀損犯人之名譽。乃將奪犯人在法律

上所享有特定之資格及榮譽也。此等資格及榮譽。雖人民對於國家之公權。因犯罪之故。於主刑外。並限制其公權之行使。故曰褫奪公權。依舊律規定褫奪公權之例。係沿用日本舊刑法。奪公權與停止公權兩種而包舉之。即第五十七條所定。無期及有期褫奪之區別是已。惟查日本現行刑法。已無此等規定。以爲公權之剝奪停止。與復權性質相類。皆應屬大權範圍。當讓諸特別法令。不必定於刑法。此屬立法上問題。其得失另文評論於後。

二沒收 沒收爲對於特定之物品或金錢之處分。其性質屬於財產刑。所以異於主刑之罰金者。因彼對於犯人財產上普通之制裁。此則因其與犯罪有關。而附帶沒收之不及於一般財產。沒收二字用語。本清律沒收入官之義。舊律沿用之。亦與日本刑法相同。遇有特種情形。雖有時可以專科沒收。（如第五十二條第二項及第六十一條）然原則上固爲主刑之附加刑罰。不能變爲其爲從刑之關係也。

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。

最高度與最低度俱等者據犯罪情節定其重輕。

本條規定主刑之重輕。爲適用總則併合論罪時從一重處斷（第七十四條）及分
則各條中比較從重處斷之根據。必須明定標準。以資應用。本條規定之標準有三：（
一）爲主刑法定之次序。如第一項依第四十九條所定。從異種之性質及同種之程
度上。別其重輕。（二）爲同種之刑。無性質之差。則專以程度爲斷。如第三項規定。較長
屬徒刑之刑期。較多屬罰金之金額。因法定同種之刑。而有高低限度之差別者。
不外有期徒刑與罰金兩種。以較長較多者爲重。先比較其最高度。最高度相等者。再
比較其最低度。與舊律第二十七條規定。同一解釋。若未定最低度者。僅比較其最高
度以定之。（三）爲同種之刑。而程度又復相同。如第二項及第四項所定。即同爲死刑
或同爲無期徒刑。或同爲有期徒刑及罰金。而高低限度俱等者。則皆據犯罪之情節
定之。前二者爲法定之標準。後者屬審判上之權衡。因刑罰異同。而犯罪情節之重輕。

不必一致。宜按其事實爲比較。非法律所能豫定也。

(原案理由) 關於主刑重輕。原案於俱發罪章第二十七條規定之。惟該章以外之事項。有時亦須定其重輕者。即如本案第二條新舊兩法從輕處斷。是也。本案既於有期徒刑廢等。則此項重輕標準。自應隨之而改。故擬規定於本章內。以期概括。

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

本條爲專科從刑之特例。因從刑之性質。原附隨於主刑。故主刑不存在。不能單獨爲從刑之宣告。此其原則也。然遇有免除主刑仍得專科從刑者。此爲舊律所無。而本法增設之例外。惟第一項免除主刑之原因。以合於第八條規定爲限。因該條犯人係經外國裁判。並已受其刑之執行或免除者。乃得以免除本法之刑。與通常免除情形不同。若爲實際之必要。未便使該犯人享有公權。則專科褫奪公權。未爲不可。至第二項之專科沒收。尤爲事實上之所要求。除違禁物一項。另有第六十一條規定。得專科沒

收外。如爲犯罪所用及準備之物。或因犯罪所得之物。若因主刑免除之故。一律不許沒收。而有空廢難行之虞。故不問免除主刑之原因如何。倘爲實際必要。不能發還。皆得專科沒收。但均係裁量主義。故曰得科。因案情不必一致。應官告專科與否。仍屬審判上之權衡。

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

本條爲執行死刑之方法及其程序。即援舊律第三十七條及第四十條之例。分爲兩項規定。第一項採取審行主義。第二項爲履行慎重之程序也。

絞者。絞殺之謂。以兩繩相交而絞之。左傳曰。絞。經以絞。甚制甚古。至六朝刑制始定名曰絞。於監獄內執行者。即建設行刑場於監獄內。不必肆諸市朝也。

查我國死刑之執行。代各異制。如大辟、梟、裂、烹、磔、棄市、腰斬、支解、凌遲、種種慘酷。刑。難以枚舉。迄至明清定律。僅有新絞二種並行。又各分立決及絞。然計絞執行之方法。以處決罪之重輕。其老弱婦孺二者。各有所長。僅同一剝奪生命。使不能再

爲社會之救用。與受刑人之主觀。皆無輕重可言。在偏重懲罰之感情。切實身實處。斬置於絞。豈非人情所忍見。邇查近世各國執行死刑。最少數皆用斬決外。大多數均用絞刑。亦間有用槍斃者。本法沿舊律之成例。採用槍斃之絞刑。亦近世立法例所從同也。（最近學者有主張用電殺之法將來於死刑之執行上必屬一新例）。

槍斃之一法。各國亦有以定於刑法中者。本係沿用西班牙殖民地之慣例。非有所獨善也。我國特別法令。尙多採取斯例。如處決軍犯。及懲治盜匪之類。亦間有以施諸其他刑事犯者。除軍犯爲便利計外。尙含有槍斃較重之觀念。仍計較死刑之分重輕也。死刑分。本古者刑人於市。與衆共棄之義。其後變其義爲警戒衆人。使不敢犯。然我國歷史觀察。及歐洲各國之憲章。（謂歲計殺人犯十之七八爲習見殺人者）以此止殺。非恃無警戒民衆之效。且以長人民殘忍之風。亦非刑事政策所宜也。故用絞之圖。亦無不採密行主義者。本條定爲於監獄內執行之。良非無故。

第二項。原爲慎重執行而設之程序。本舊例議奏核准之遺意。日本舊刑法。亦有類此

之規定。此種辦法並非任意容納獨立之權限。因執行刑罰。在裁判確定以後。屬司法行權範圍。故自自由刑以下。檢察官即執行宣告之刑。以執行之。雖死刑係剝奪生命。為特別慎重起見。雖經確定。尚須履行呈報手續。非經司法部覆准同意。不得執行。此以檢察官屬受司法行政之指揮而執行之。非以司法行政干涉審判之執行而變更之。故雖有赦免及減刑等特別原因外。不得任意駁覆。茲將獨立審判之執行也。

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。

本條係自由刑執行之方法。顯係舊律第四十三及四十三條之所謂「正之」。凡已確定裁判。宣告徒刑（包括無期有期而言）及拘役之囚犯。皆拘禁於監獄內。以令服勞役為原則。即探有定役。為自由刑之性質。不探無定役之自由刑。蓋各國法律。多有以有定役無定役兩者並行。以為前此無定役。應俟其情勢變遷。向本國法律。將本條。如日本舊刑法所指定。顯係祖。是種中。於本法不取動。在舊律中。蓋。商法。論。罪。之。因。理。由。言。之。甚。詳。茲。引。與。論。罪。之。第一。拘。禁。及。禁。監。

。積年累月。幽閉無事。其精神上感受之痛苦。反不若操作勞動。較易度日。今以無定
律爲條件。其罰金已不成立。第二。罰勞役與犯人。之身分地位。不盡相稱。然觀
入獄。即應以其罪爲受刑之標準。不應計較其人之身分地位。除身體不勝操作者。得
以多役外。若以勞動爲小民賤業。則社會之託業於勞業者。又將何誤。第三。以監獄之
費用。直接仰給於國家。並間接支出於國民。若讓囚犯以勞役。得相當之收入。補
救監獄之過。則可以減輕良民之負擔。第四。觀國家刑罰之設。既以感化爲主。在犯罪
犯人。大率游惰感化。若能令服勞役。以矯正其安逸怠惰之習慣。養成出獄後之生活
能力。尤可以促進自新。減少犯罪。亦刑事政策所應爾。是以本條採用普通有定役制
之旨。而利。不因刑期之長短而減異。

在服勞役。本以強制服勞役爲原則。但得因其情節。免服勞役。仍許有裁量免役之例外。
衡律關於此點。祇以拘役之囚爲限。因其情節得免勞役。不及於徒刑之犯人。而不知
所謂因其情節。應服勞役與否。須視其人。之年齡體力。身分技能職業種種。兼籌並顧
以裁量之。不獨以刑期之長短爲衡。其有特別情節者。皆得免服勞役。非專爲優待拘

以侵權而設也。

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重而減罰金者應以減得之數比例計算

得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就例折

算

易科監禁不滿一日之零數不算

本條爲執行罰金及易科監禁之方法。罰金以限期繳納爲原則。以易科監禁爲變例。故通常限於裁判確定後一月以內完納之。期滿不完納者。並得強制執行。(第一項)

第二項) 惟易科監禁之時期。有因期滿執行無效。而將未完納之罰金。易科監禁者。

(第二項) 有在完納期內。經本人承諾易科監禁。即時執行者。(第五項) 並不問其實力之有無也。(舊律規定有無實力者。易以監禁之限制。)

易科監禁折算之額數。不採取限定制。(舊律限定以一元折算一日) 而取酌定制。以一元以上三元以下爲折算一日之標準。(第三項) 故宣告罰金之裁判時。即須載明

折算一日之額數。(第四項) 以便執行易科時有所依據。

執行易科監禁之處所。在外國有另設場所者。(日本即執行於勞工場) 本條附設於監獄內。究與監獄性質不同。惟期便利管理。且得令服勞役。與其他囚犯相等。因勞役對於犯人有利無害。並含以工代罰之意。但得令服與否。仍取裁量主義。此亦不同之點也。(第六項)

易科監禁之期限。最長不得逾一年。(第四項)舊律規定，原以三年爲限。查此制在各國立法例，多有限以一年或數月者。以原屬財產刑，而改爲拘禁自由。本爲不得已之辦法。其期限不宜過長。故本條改爲不得逾一年。若罰金總額，已逾一年之日數者，則應以其總額，與一年之日數，比例折算。(第八項)

易科監禁期內罰罰金者，即已在執行易科之中，而完納其罰金一部分也。以所納之數，依裁判所定之標準折算。扣除監禁日期。(第七項)例如納罰金一百元，依裁判所定標準係以二元折算一日，應扣除監禁五十日。如以一元折算一日，則扣除監禁一百日之謂。此值就納罰金一部分者言之。若在易科期內，自願將未執行之餘額，悉數繳納罰金者，自應將已易科之日數，依裁判所定之標準，扣抵罰金總數。方與執行之本旨相符。第七項規定原文，似有倒置爲主之嫌。至不滿一日之零數不算。(第九項)乃因易科之結果，不必一定完納。其不滿裁判所定折算一日之金額，皆爲零數，不必計算也。

關於本條第三項規定之比例計算，及第八項規定之比例折算，尙有疑義附論於後。

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

本條規定褫奪公權之範圍。公權。即人民在公法上享有之權利也。就其資格區別之種類尙多。本條列舉五款。與舊律第四十六條各款規定。微有出入。刑法上所得褫奪者。既以此五項資格爲限。則不在列舉以內之其他公權。當然不得褫奪之也。

中央及地方之選舉。不限於選舉議員。如選舉委員代表等公職。凡依法律舉行者皆是。舊律此項規定。祇有選舉人之資格一種。以爲被選舉人。當包括第一款官員資格。

內。本條則以在選舉之時，尙未知其當選與否。自非第一款所能包括。故第二款增入「被選舉人」。

入軍籍，雖非直接參政。而爲受國家俸給之公職，則與其他公務員同。故亦應認爲公權之一種。

學校職員教員，必以曾受國家或地方公共之俸給者，乃合乎公權之資格。故本條第四款，以國立公立之學校爲限。則私立學校，當然不包括之。

律師雖未受國家一定之俸給。然律師職務，在司法制度上，與法官立於對待地位。至爲重要。况取得人民之報酬。爲社會所信託。亦與公務員關係相同。故爲律師之資格，亦屬參與司法之公權。

關於本條規定選舉各款資格之疑義，尙有意見附論於後（見評論之六）。

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
宣告死刑及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

本條規定褫奪公權之期限。據舊律第四十六條及四十七條所定之例。而修正之。查該律褫奪之處分。向有三種區別。其一。爲全部褫奪與一部褫奪。其二。爲應褫奪與得褫奪。其三。爲終身褫奪與定期褫奪。本法因其過於繁瑣複雜。廢去一部之褫奪。凡屬褫奪公權。皆舉前條所定之全部而言。又以該律分則各條所定之應褫奪者。原因亦至不一。標準尤難確定。（有以犯人之國籍或業務或身分爲褫奪之標準者。有以犯罪之目的或受刑之重輕爲標準者）故其褫奪與否。概取裁量主義。於分則各條定之。本條特規定三種之區別。分爲無期有期。無期褫奪者。即終身褫奪之謂。（日本刑法謂之剝奪公權）有期褫奪者。即於一定期內停止公權之謂。（期滿仍得回復日本刑法謂之停止公權）其期間爲一年以上十五年以下。而宣告時仍視主刑之重輕爲衡。如三、四、五項所定。即確立應科無期褫奪之標準。及有期褫奪之期限。惟依第五項規定。宣告六月以上有期徒刑。即可爲十年以下之褫奪。其裁量之範圍。未免

太廣。

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

本條規定不得褫奪公權之限制。一因宣告之主刑。係六未滿有期徒刑或拘役或罰金者。犯罪情節均屬輕微。無褫奪之必要。一以犯罪原因出於過失。與犯人之心術無關。即使宣告主刑為六月以上有期徒刑。亦不得褫奪之。因此等從刑處分。係刺養犯人在公法上應有之權利。且其效力及於主刑執行以後。關係個人在社會上之生計甚巨。如果情有可原。決不得輕予褫奪也。

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。

本條是宣告褫奪及其效力之規定。於裁判時併宣告之。謂與主刑同時宣告。即依五

十二條第一項主刑免除，專科褫奪者亦然。其褫奪之效力，無論有期無期，皆發生於無期確定之時。但有期褫奪之期限，應自主刑執行完畢或免除之日起算。因在刑期執行之中，自屬當然褫奪。（即未宜告褫奪者，不得行使公權）雖已發生褫奪之效力，不得認為期限之進行。舊律無另行起算之規定。自裁判確定之日發生效力。即當起算期限。如褫奪期限，與主刑刑期相等，則主刑執行完畢之日，即褫奪之效力同時消滅。其期限異同虛設。若期限較短，則更消滅於刑期未滿以前。自於理論不合。惟本條既有此限制，足使褫奪之效力，延長於主刑執行以後。則期限不宜過長。是亦宜告時，所當注意裁量者也。

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

本條規定沒收物品之種類。從法律上區別，其性質為三項。一、為違禁之物。即為法令

所禁止。如偽幣不許私造、軍用槍械不准私藏之類。使消滅危險物品。以遏止犯罪之發生也。二、供犯罪使用及預備犯罪使用之物。如賭具、煙具、及殺人凶器之類。不使留犯罪紀念、易啓悔改之觀念也。三、因犯罪所得之物。如賭博所獲之金錢、賄賂得來之賍物、等類。不使人以不法之利益以爲利也。凡此皆與犯罪有關之特定物品。故亦曰「特種之財產刑」。

第六十一條 前條第一款之物得專科沒收

本條爲專科沒收之例外。因違禁物不得私藏私有。故雖犯罪不成立、不爲宣告主刑時、亦得爲專科沒收之裁判。此亦事寔上之所要求。舊律無此規定。則遇有此等情形。明係違禁之物。未便發還。而沒收又無根據。處分殊覺困難。此本條所由設也。

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

本條規定沒收之限制。除違禁物不問屬於犯人與否。一律沒收外。其他供犯罪所用及贓備之物。或因犯罪所得之物。皆以屬於犯人者爲限。得沒收之。以不得侵及他人之權利也。又最重主刑僅處拘役或罰金者。非有特別規定。雖屬犯人所有。亦不得沒收。以不適用於輕微之犯罪也。惟違禁物仍不受此限制。故又設第二款但書之規定。所以貫徹前條專科沒收之旨也。

按舊律規定沒收之物。以犯人以外無有權利者爲限。(第四十九條)與本條屬於犯人者爲限。相當。惟解釋結果。不能盡同。因屬於犯人之物。而涉及他人之權利者尙多。沒收時頗滋疑義。而且因犯罪所得之物。裁判時已不屬於犯人。而犯人以外。又未有主張權利者。是否可以沒收。亦不免發生問題。本條既以屬於犯人爲要件。自不得妨害他人善意占有。或已設定之權利也。

第六十三條 沒收於裁判時併宣告之

此與主刑之裁判同時宣告爲原則。即依第五十二條第二項免除主刑。或依第六十一條專科沒收。雖未爲主刑之宣告。而亦應於裁判時併宣告之。

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

本條規定以羈押日數抵折刑期或金額之例。裁判確定前之羈押。因有犯罪嫌疑。被留置於看守所。與拘禁於監獄者。性質不同。故刑法上謂之羈押。此等羈押日數。應以折抵刑期。已爲近世學說所公認。因刑事訴訟進行中。被告多受羈押。如遇案情複雜。經過豫審檢證等程序。勢必延長羈押期間。有遲至數年而始確定者。久困囹圄。不無可矜。特設此例以救濟之。惟羈押究與監獄之拘禁不同。故以二與一之比例。定折算之標準。而且准予抵銷。原屬審判上之權衡。並非犯人應享之權利。故仍採取裁量主義。得抵與否。應按實際之情形定之。

或以一日抵第五十五條第七項所定之罰金額數。查該條項規定。係將易科監禁日數。較裁判所定折算之標準扣除之例。本條既以羈押一日。應抵之罰金額數。與易科監禁十日。應抵之額數相等。是認定羈押一日。足抵易科監禁一日。比較以二日抵刑

期一日，係爲二與一之比，蓋以爲押之性質與爲罰之性質，不可與正式執行之自由刑，等量齊觀故也。

按舊律第八十條，奉決爲押日數，係以二日抵刑期一日，或罰金一元，關於折抵罰金一項，與本條規定不同，而且該律以此定爲時例之一條，本條則規定於刑名律內，以爲刑罰執行之方法，而得抵與否，並採取裁量主義，非確定之時例可比，定較爲適當也。

第八章 累犯

刑罰之設。所以豫防犯罪。亦所以匡正犯人。是故國家公布一法。使人民知所遵循。不敢爲非者。因刑罰豫防之目的也。而犯人受罰一次。漸就感化。終身不致再犯者。則刑罰匡正之效驗也。然豫防犯罪之目的。欲期諸普通民衆。無論國民教育如何程度。決難達到。惟匡正犯人之寔驗。則刑罰已加諸其人之身。自應收相當之效果。是必有法律以維持之。故使受刑之人。果能改惡遷善。尙有緩刑假釋等例。以期待初犯輕罪。誠能悔悟自新之犯人。均爲貫徹立法之宗旨。亦刑事政策之所希望。所謂刑期於無刑者。反是。則對於怙惡不悛之人。懲不畏法。既非普通豫防之刑所能奏效。自非特別豫防。不足以示懲處。故之我國舊例。尙有徒流人又犯罪。及贖贓竊盜受贓等條。均有以累犯數加重之規定。亦本律重誅心之意。惟主義不同。取罰各異。(其徒流人又犯罪。係指已登記者而言)且不用於一切累犯。是以舊律採折衷之立法例。以支配於一般犯人。知所警戒。特定爲累犯加重之專章。本法從之。而規定尤爲周密。

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。

本條規定累犯成立之要件，累犯對於初犯而言，凡再犯及三犯以上，均包括之。惟累犯仍有廣狹二義。廣義之累犯，不問前後犯罪之關係若何，及已受執行與否，統名之曰累犯。狹義之累犯，尙有成立之要件，如本章所定者，自屬狹義。茲依本條規定，列舉其要件有四，試分述之。

(甲) 前犯爲執行徒刑之罪。徒刑之執行，包括無期有期而言。因無期徒刑免除一部或假釋出獄者，均尙有再犯之機會也。至已受死刑之執行，不發生再犯問題。若僅執行拘役或罰金之罪，情節輕微，亦無加重再犯之必要。(如果情節嚴重，則依法定最高度刑以處罰再犯者已足) 故累犯成立之第一要件，以前犯執行徒刑之罪爲限。(如死刑減爲徒刑執行者亦以執行徒刑論)

(乙) 徒刑執行完畢或執行一部而免除者。有期期徒刑執行完畢，或執行一部而免除後，皆可發生再犯。無期徒刑則惟執行一部而免除者，方有再犯之可能。必

以執行完畢或免除後爲要件。則在執行中再犯罪者，應不成立累犯。此與舊律解釋不同。照該律第十九條規定，「已受徒刑之執行更犯徒刑以上之罪者爲再犯。」依前大理院解釋，凡已執行後尚在執行中，皆爲已受執行。然查前法律館草案理由，明明以初犯徒刑全部或一部執行既終者爲限。不包括在執行中之再犯。意見顯出兩歧。本條於此，仍以法律館理由爲然。注重刑罰實施之效力。應受徒刑執行完畢，或受一部執行而免除後，乃構成累犯也。

(丙)執行完畢或免除後，五年內再犯者。再犯加重，係嚴懲其人無悔悟之必。如犯人果能改善，終身不再犯罪。固屬立法者之所期望。查各國刑法中，亦有不限定有效期間。受刑之後，無論何時再犯，均須加重。實例未免過苛。故本條以五年內爲限。逾五年而再犯罪，則不成立累犯。前法律館理由，謂比較各國統計，再犯之實行，多係二年以內。間有在三年以內者。其在四年五年內者，即是證明其初犯所受之刑，極有效力。若能至五年而不再犯，已寔收刑罰匡正之效。自非空論也。

(守)再犯有溯及既往之弊。此以法定最重主刑爲標準。不同宣告之刑罰如何。

若再犯之罪。法定主刑備處均發達罰金者。亦因其情節輕微。無加重之必要也。故以再犯有期徒刑以上之罪。爲累犯成立之要件。

按舊律第十九條。重犯之成立。除第二要件解釋頗有出入外。其餘文義與此全同。惟本條僅規定其成立要件。至應如何加重處分及其他限制。則於次條以下定之。

(一) 原案理由) 法律規定累犯。以舊會犯罪爲條件之一。各國立法例。可分兩派。一爲法國派。以有罪裁判確定後之犯罪爲標準。一爲德國派。以執行既終後之犯罪爲標準。主法派者。謂裁判一經宣告。犯人即應有所警戒。受警戒而復犯罪者。應加重其刑。主標準派者。謂裁判宣告尙未受刑。果足以警戒犯人。則宣告以前。刑律具在。亦足以警戒之。何待宣告。故必以定讞上受刑全部之執行。或執行一部而經免除者。方足爲犯人之警戒。受刑後復犯罪。乃可證明通常之刑。不足以懲治其特別惡性。而有加重其刑之必要。兩派主義。自以第二派爲優。故本案規定累犯之定義。仍從原案第十九條。而將但書之加重條件。列入定義內。較爲確當。

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分之一
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 脫逃罪藏匿罪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

士 妨害自由罪妨害名譽及信用罪妨害秘密罪

三 竊盜罪搶奪強盜及海盜罪侵占罪詐欺及背信罪恐嚇罪

贖物罪毀棄損壞罪

本條規定累犯加重分量之標準。累犯之成立。除前條要件外。尚有以前後兩罪之種類性質相同。而後加重者（日本刑法規定之例）有不爲此限制。一律加重者（舊律規定之例）前者爲特別累犯。後者爲普通累犯。本條則兼採之。爾區別其加重之分量。於第一項規定普通加重。第二項規定特別加重。因累犯之犯人。具有犯罪之劣性。或惡習。非普通刑罰所能奏效。而累犯同一之罪。或所犯同款之罪者。其種類之劣性與惡習尤深。更非特別加重不可。是爲區別加重分量之標準。一也。至累犯以次數分別輕重。亦爲各國立法例所同。惟刑制各異。舊律取等級制。定爲再犯（即一次累犯）加一等。三犯以上（即二次以上累犯）加二等。本條即師其意而規定累犯一次及二次以上之差。是爲區別加重分量之標準。二也。

累犯同一之罪。以前後二罪種類相同（如同爲殺人同爲竊盜）不限於同一條文。雖

同一章內（如分則所定各章罪名）亦有非同一之罪。（如公共危險罪一章內有數次決水種類不同）而僅屬於同款之罪者。查列舉同款之罪。皆因其性質相近而類集之。雖性質不相連屬。則以同章之罪爲限。（如第四第七第八各款之罪是）其他列舉兩章以上各款。或以被害之主體相同。（如同爲國家或社會或私人）或因被害之法益相類。（如國權公安公益及生命身體自由名譽財產）要皆注重於犯人之心術。爲有此特種之劣性與惡習。不易消除。乃至累犯一次或二次以上。又非普通累犯。確比尤不可不特別爲之豫防也。

二次以上之累犯。即舊律之三犯以上。應依裁判並執行次數而算。非初犯執行後五年內再犯二罪以上之謂。必經過第一次累犯。加重執行後。五年內又犯罪。乃謂之二次累犯。若在初犯執行後。犯二罪者。應成立兩個再犯罪。即曾爲一次累犯也。

加重本刑若干分者。僅就法定主刑而言。非宣告主刑。必限於加重之範圍也。如本刑爲五年以下六月以上有期徒刑。加二分之一。則爲七年又六月以下九月以上有期徒刑。（若原刑係未規定最低限度者。則依總則四十九條第三款規定二月以上。以

二月爲最低度。照分加減之。如本例加爲三月以上。審判官在此加重後之法定主刑內。尙有裁量餘地。不必一定在本刑五年以上。宣告其刑。

並累犯之加重。在法律上固以嚴懲其人無改悔之意。惟累犯之原因不一。果有此等惡劣習性。蔑視公安公益。及他人權利。甘以犯罪爲常業者。自非加重處罰不可。雖亦有因受刑後。爲社會所不齒。致生活陷於困難。或因其無抵抗環境之能力。又或因偶緣機會。致易發生犯罪者。此等累犯。並非完全由於其人之怙惡不悛。其情或不堪可原之處。故法律上雖應一律加重。而裁判上仍可於法定範圍內。酌量從輕處斷也。

第六十七條 裁判確定後發覺爲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

本條爲因累犯更定其刑之例。夫裁判既經確定。以不能變易爲原則。本條因發覺爲累犯未便寬縱。仍須依前條加重處分。更定其所宣告之刑。是爲例外。此非變更全部審判。特更正其刑期之一部而已。惟限於發覺在執行未終以前。舊律規定以執行其

刑之發覺者爲限。然在確定後尙未執行，亦當然可以適用。故本條第二項定爲於執行完畢或免除後發覺者，不適用之。

發覺在執行既終以後，法律上未受再犯加重之處分，自應以初犯論。如五年內又犯罪，在事寔上爲二次累犯（即三犯），而在法律上仍視爲一次累犯（即再犯），此亦當然之解釋也。

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

本條爲累犯加重適用之限制。以前犯係依軍法審判，犯罪性質不關，自非普通刑罰之效力所能及。不得因累犯而加重者。一至受外國法院之裁判，不問其罪刑如何，祇認爲一種事實，不得與我國裁判同等。尤與我國刑法之效力無涉。不得因累犯而加重者又一。所以均不適用累犯之規定。

第九章 併合論罪

併合論罪之處分。有三種主義。一吸收主義。即於數罪中。科以最重之刑。如舊律二罪以上俱發。從重相等者。從一科斷也。二併科主義。即按數罪各別之刑。一併科斷也。三罰限加重主義。即就數罪中。以應科最重之刑爲最低度。併合論罪之刑。而加重之也。三者相較。吸收主義。犯人屢犯同等或較輕之罪。於其本刑毫無損益。頗有獎勵犯罪之傾向。各國中。惟屬於法國法系者。用之。併科主義。犯罪次數多者。其刑異常繁重。必逾一定之程度。於實際殊多不便。今惟巴西國刑法採之。然則重於其從一重處斷之刑。而輕於其各罪併科之刑。酌乎其中。而取制限加重主義。誠爲併合論罪最適當之一例。舊律採取多數學說及立法例。規定斯制。是以本法從之。仍以制限加重爲原則。而因刑罰性質不同。執行未能一致。亦兼採吸收併科兩主義。折衷而用之。故又謂之爲折衷主義。（理由詳第七十條）惟將俱發罪之章名。更正爲併合論罪。其修正之理由如後。

（原案理由）原案總則之俱發罪。係沿用舊律之名稱。惟本章規定。不限於數

罪俱發。即數罪各別發覺，亦得適用。是以日本舊刑法名為數罪俱發。新刑法改為併合罪。然所謂併合罪者，並非將數罪併合為一罪。其各罪仍獨立存在。不過併合處斷之耳。故本案改為併合論罪。

第六十九條 裁判宣告前犯數罪者併合論罪

本條規定併合論罪之範圍。以所犯在裁判宣告前為標準。與舊律規定在審判確定以前犯數罪者為俱發罪。頗有出入。原案理由言之甚詳。足資參考。

(原案理由) 關於併合論罪之範圍。各國立法例。可分三派。一以裁判宣告前所犯之罪為限。德國俄國是也。二以裁判確定前所犯之罪為限。中國舊律行營。日本葡萄牙何加利是也。三以執行未畢前所犯之罪為限。芬蘭瑞典意大利等是也。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。集其美而犯法。故此派為學者所非議。第二派。縮小併合論罪之範圍。而以裁判確定前為限。較第三派為優。但我判宣告後確定前之期間內犯罪者。與裁判宣告前之罪。併合論罪。亦無充分之理由。蓋裁判既經宣告。而於未確定之前。雖或有變更之必要。

(如上述等) 在該不能適用其條規定時，應適用其最重之刑。但該人應受其最重之刑。

第七十條 併合論罪分別宣告其罪之刑按左例定其應執行者

一 宣告之最重刑爲死刑者不執行他刑但死刑不在此限

二 宣告之最重刑爲無期徒刑者不執行他刑但罰金及徒刑不在此限

三 宣告多數之有期徒刑者於各刑中之最長刑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額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併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

六 依第三款至第六款所定之刑併執行之

本條爲併合論罪時。定應執行之標準。本折衷主義。以制限加重爲原則。並採吸收及併科之例外。比照舊律第三十三條規定。略有修改。而執行之標準。定屬一致。該列舉各款規定。有必要適用之規則四種。

甲分別宣告各罪之刑。此即舊律所謂各科重刑。因併合審判。雖不必一併執行（併科）。然不就各罪情懷。各判定其所應科之刑。則不能知各罪之重輕。倘因上訴或赦免之數。或最重之刑有所變更。或竟消滅。則所犯次重之刑。不得不再事更定矣。是以本條定爲分別宣告。因儘以宣告而止。故不曰各科重刑。以免與執行相混。

一 必分別宣告而後合併定其應執行者。此爲折衷主義適用之規則。一也。

乙在二重者執行其刑。併合論罪之處分。應比最重罪之刑重。各罪併科之刑。應比最重罪之刑重。然關於刑罰性質不同。有必須變一重執行者。如死刑無期徒刑。皆無加重之必要。故執行其刑之必要。本條一二兩款規定。宣告之最重刑。

死刑或無期徒刑者，均不執行。而執行其一重者。（至本條之規定，與舊期徒刑執行其一舊律有此規定，本條當然無異，故本條刪去之。）即限於刑罰性質，不得不採取救主義，以定應執行之刑。是折衷法義適用之規範，也。

又一二兩款但書，爲舊律所無。本條增此例外，以從刑性質與主刑不同，不妨併科之。至罰金於死刑不併科，而於無期徒刑則併科者，因既執行死刑，其受罰金者不在犯人本身，而在繼承遺產之人。若無期徒刑，事定上雖近於死刑，而法律上尙有出獄希望，與死刑異。故科以罰金，仍作爲犯人本身所受之刑也。

第六款宣告多數有期褫奪公權，止執行其最長期者，爲舊律所未詳。是亦援從一重執行之例，而修正之。（按舊律祇規定褫奪公權併執行之。）

丙合併加重執行之刑。此即依舊律所定期限加重之例。在合併各刑加重，而限定其範圍。如本條第三款至第五款規定，已宣告之有期徒刑，或拘役，或罰金之數個犯罪，各於其中最重刑以上，各刑合併之總和以下，定應執行之刑期金額。（有期徒刑仍以二十年爲最長期限）即重於其中最重之刑，而輕於各罪併科之刑。所

刑罰限加重主義之原則如是。是爲折衷主義適用之規則三也。

丁各刑合併執行者。此與併科主義。微有異同。如併科多數之有期徒刑。或多數之拘役。或多數之罰金。一一執行。自未免過於繁重。故有第三款至第五款之限制。若依此制限加重。已定應執行之刑期。至額各一合併執行。其二種以上之刑。一（或二）種或三種者。同。已無失於繁重之弊。本條第八款之規定。亦不得謂非併科之一例。惟舊律規定第二十三條第六款。有期徒刑、拘役及罰金。各科其一者亦屬。本條刪去此語。因各刑性質不同。不合制限加重之例。當盡可以併科。乃與分則中規定併科兩刑之旨趣相符。是爲折衷主義適用之規則四也。

第七款宣告多數沒收者。併執行之。亦從舊律規定之例。此對於物之處分。與主刑無關。自應一併執行。不因併合論罪。而有所增損也。

本條列舉各款。除兼探吸收（如一、二、六之三款）及併科（如七、八兩款）外。即以制限加重爲原則。如三、四、五款所定。適用範圍最廣。刑限加重主義。應發於拘役及罰金。若之刑。折衷主義。則定應執行之刑。地事。應從定應執行之刑。其應從定應執行之刑。

應依前條規定其應執行者。

第七十二條 併合論罪有二裁判以上者依第七十之規定定其應執行之刑

本條爲數罪各別裁判，更定執行之例。即依前條情形先後處斷之後，仍須援用本條。併合各罪裁判宣告之刑，定其應執行者。惟本條適用較廣，不以前條情形爲限。是以獨立規定。凡有二裁判以上所爲宣告之刑，即管轄之機關不同，而異地發覺時，均須據此處境。解釋所謂一罪先發，已經確定審判，餘罪後發，或數罪各別經確定審判者，概包括之。惟此則不限於確定之裁判耳。其理由已述於前。

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

本條指及併合論罪第二十四條「最重刑消滅仍論數罪者亦同」之規定而修正之。其修正之理由，以罪惡消滅，併合論罪之數罪，應更定其刑。若受赦免之罪消滅

仍餘數罪者。亦有更定之必要。如甲乙丙三罪。甲罪最重。宣告徒刑三年。乙罪最輕。宣告徒刑一年。因併合處斷。定應執行兩年又六月。今因乙罪消滅。所剩甲丙兩罪。合併刑期不過四年。自非更定執行不可。即原定執行期未滿四年。遇此情形。應以「更定刑罰爲當」。此宜修改者一。又刑之消滅原因。不外赦免。其受赦免之罪。多屬輕罪。除關時限所限。或僅赦免重罪。又或因赦免而特赦外。決未有重罪受赦。輕罪不受赦之例。此宜修改者二。是以本條規定。已經併合處斷後。若各罪中有受赦免而消滅者。不論餘罪輕重。均仍依第七十條之例。更定其應執行之刑。但僅就一罪者。則依原判宣告之刑執行之。無須更定也。

第七十四條 一行為而犯數項罪名或以犯罪之方法或其結果而犯他項罪名者從一重處斷

本條規定從一重論罪之原則。非併合數罪而採吸收主義。乃因一行為觸犯數項罪名。或因犯罪之方法或其結果。致犯他項罪名。而定實上祇能成立一罪。故從一重處斷。與第七十條之併合論罪不同。彼係專爲犯二個以上之獨立罪。併合科以特別處

較犯罪情節仍從一重者處斷。此又一例也。

(乙)以犯一罪之方法或某結果而犯他項罪名者。因方法或結果而生他罪。謂之準連犯。亦謂之想像的併合犯。在犯人心術上。並無二種犯罪之惡意。此採主觀主義之說。認為基礎。則認為一個犯意。雖因行為之方法或其結果不同。致犯他項罪名。而因先之行為(方法)為後之行為所吸收。或因後之行為(結果)為先之行為所吸收。法律上說。構成一個獨立之罪。不認有數罪存在。縱使曰數罪。亦不涉及併合論罪處分。而屬於適用法律問題。從一重處斷。即適用法律之標準也。茲將方法與結果之準連犯。分述於次。

一、因犯一罪所用之方法。而生他罪者。即以犯甲罪之目的。而用乙罪行為之手段。法律上係以一罪論也。行使偽造契據。以騙取他人財物。是以私隱財產之行為方法。又獲得債權憑證。充當罪。破壞他人信譽。擷取所藏金銀。是以私隱財產罪。在行為方法。又犯毀損罪。侵入公署。並取贓物。是以犯盜取囚人罪之行為方法。又犯毀壞公署罪。

二、因犯一罪所生之結果，雖在條罪者，即以犯甲罪之原因，而發生丙罪行為之結果。法律上亦以一罪論也。殺人而遺棄屍體，是犯殺人罪之結果行為，又遺棄屍體，和姦有夫之婦，誘拐同居，是犯和姦罪之結果行為，又犯和姦罪，遺姦婦女，而致受傷，是犯遺姦罪之結果行為，又犯傷害罪。

從一重處罰者，應就實方法或結果所生他罪，與其本罪比較，從一重者論罪。若其方法或結果之他罪，重於本罪時，則專論其方法或結果之罪。若輕於本罪時，則從本罪處斷可矣。

按舊條第三十六條規定，「以犯一罪之方法或結果而生他罪者，從一重處罰。」與本條後半之規定相當。惟此僅曰犯他項罪名，更不認為發生他罪，以明係犯一罪之事實。查該律草案首句，尚有一行為而觸數罪名一語，即本條前半之所規定。雖經資政院刪除，以此為當然解釋，不必贅有明文。本條仍援此例而規定之，適用時自覺為完密也。

第七十五條 連續數行為而犯同一之罪者，以一罪論

本條所定連續犯罪存處以一罪論在規定。連續犯云者。必有數個犯罪行為存在。而連續行為。祇犯同一之罪名也。即一次可以獨立犯罪之行為。而以連續之意思。數次而犯同一之罪名。故應以一罪論。是為連續犯之定義。最顯著者如竊盜。如竊盜三次。應以一罪論。如竊盜。仍為一罪。以及日白吸食鴉片。應處打噴嚏之罪。各罪以二罪論。

連續犯之定義。應舉上述。則事實上僅有一個犯罪行為。成立一罪。固不虞為連續犯。一舉而重上。應有連續犯罪行為。而法律上祇認為一個犯罪行為者。亦不成為連續犯。至如有數個犯罪行為。而侵害不同一之法益。或構成不同一之結果者。皆屬別項連續犯。如竊盜三次。應處打噴嚏之罪。應處打噴嚏之罪。其罪一舉。本條規定。以同一一之罪名論。前之連續規定。第三十八條。連續犯罪者以一罪論。其義更屬明確。已不待言。其義更屬明確。

繼而。上列各款。均有法律所規定。及法律所禁止之區別。應法律不同。故同一之行為。應法律不同。則同一之行為。亦應分別論罪之。須分別論罪之。

以犯同一之罪名爲連續犯成立之要件。惟按日本刑法之規定。而日本學者主張。以犯同一之罪名云者。違反有同一性質之連續犯之論。不以同一法益爲限。既屬連續犯。則數個行爲。無犯同一法益。固屬連續犯。即法益不同。亦屬一性質。仍爲連續犯。例如以連續犯之意。一次犯第二百九十二條之傷害罪。又二次犯第二百九十二條之傷害罪。在犯一法益之下。自應以一個傷害罪論。又如以連續犯之意。二次犯第二百九十二條之傷害罪。又一次犯第三百三十八條之竊盜罪。在國刑法益屬異質。此係第一問題。詳詳論。亦應以一個竊盜罪論。均爲其所犯同一罪名也。故其所謂同一法益。以連續犯之犯意。並應兼察財財及財產損名行爲。在法條上各有不同之規定。非本條所論連續犯。此足以解釋第一問題也。

第一問題。即是否以同一法益爲限。法益同而種類不同。則罪名因之而異。已如前論。故本問題所研究者。即法益不同而種類同之犯罪。亦係同一罪名。是否爲連續犯之要件。日本一般學者。主張連續犯成立之要件有二。其一。係犯同一法益。其二。以特定連續犯之故意。與以同樣之性質。是也。又以數行爲之各個結果。以連續犯論爲軍。

止結果而後有所謂連續犯。若侵害數個各自獨立之法益，不得謂總括的爲單一結果。無此解釋，是仍以同一法益主體爲限。惟定法益之標準，應依照下列區別之：（一）如人身不可分離之法益，所謂人格法益，如生命身體自由名譽等是。則或數人之法益，定在法益之數。因一人有一獨立之法益，侵害多數人格的法益時，有如傷害數人，不爲總括的爲單一結果。故不認有連續犯之存在。（二）與人身可以分離之法益，如財產是。則或數人之法益，定法益之數。故在同一監督範圍之數人的物件，以包括的如金銀珠寶，應認爲一法益。有如同一倉庫所貯金銀衣服，雖屬二人所有，而在同一監督下連續竊取者，爲侵害同一法益。因可以總括的爲單一結果也。反之，如甲倉衣櫃之金銀珠寶，雖爲一人所有，而因監督者不同，不得認爲同一法益。（三）公共法益，爲包括的與被害人之數，及物件之個數，無關。如放火罪侵害之法益，爲公共法益，不以被害人之個數，定法益之數。行使偽幣罪侵害之法益，爲貨幣之信用，不能以被害偽幣之數，定法益之數。放火連續數次放火，或數次行使偽幣，皆可以總括的爲一結果。應認爲同一法益，而成立連續犯。

前次犯罪事實及刑罰亦得以連續之犯事實與前次之法律爲斷續之侵害。故應以一罪論。犯連續犯者。如故犯連續之罪。犯罪以故犯而成立。連續犯亦以有故犯而存在。如失犯是皆連續犯一罪論。自無應罪。始前條以犯一罪云云。亦當在單一罪之犯也。

此外尚有與連續犯相類。而究不同者。如慣行犯。未續犯。徐行犯之類。皆連續犯。罪行爲斷續之罪也。慣行犯亦曰常習犯。以某種犯罪爲常業。爲構成要件。於分則特別規定。加重處罰。如第二四八條以誘姦爲常業。第二七九條以賭博爲常業。第三七七條以犯姦爲常業等是。永續犯。含有時間性的犯罪。謂其行爲之結果。應延長時間而後爲罪。如第三〇九條之遺棄。第三二三條之使人爲奴隸。第三一六條之私禁禁。徐行犯者。本可以即成之犯罪行爲。而犯人豫謀緩緩進行。故爲延長時間。多費勞力以爲之。凡此皆以繼續行爲。構成單一結果。而其究與連續犯之以一罪論者有別。是亦不可以不辨也。

例。行政主與有特赦之權。蓋以此也。更推以各罪刑法典之體例。犯罪刑罰之輕重。應加重者。皆於分期各罪規定之。例如原罪身刑各罪加重之情節。至爲繁密。有因犯人身分者。（第一百四十條）有因被害人身分者。（第二百六十三條）有因犯罪目的者。（第一百零一條）有因犯罪次數者。（第三百六十八條）有因發生一定之結果者。（第一百三十三條）有因被害法益者。（第一百八十六條）有因犯罪之方法者。（第二百八十三條）有因以犯罪爲常業者。（第二百七十七條）有因職務上犯罪者。（第一百三十五條）有因犯罪之程度者。（第一百四十條）其餘各條之加重。類多以此爲準。是應加重各情節。既科以加重之刑。不當於總則中。再設酌加之例。故本案擬將酌加之條文刪去。並增入科刑之標準。改章名爲刑之酌科。

第七十六條 科刑時應審酌一切情形爲法定刑內科刑輕重之標準並應分別情形注意左列事項

一 犯罪之原因

二 犯罪之目的

三 犯罪時所受之激勵

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

科罰金時並應審酌犯人之資力

本條規定科刑時裁量輕重之標準。為舊律所無。係根據民國九年公布之科刑標準條例。而增入之。列舉各款事項。即按該條例第一條之規定。查該條例之理由。及修正案編入刑法之理由。分別照錄於後。以資說明。

（科刑標準條例理由）犯罪事實。不能一切情形裁量。難得適當之審判。若

各款事項尤宜特別注意。茲仿照瑞士及德國刑法增第一項之規定。俾法官得用之時。不致漫無依據。又罰金較自由刑為更難。不判貧富之程度。難達懲創之目的。故設第二項之規定。

（原案理由）刑期及罰金。定高低相懸之額。俾法官得斟酌情節。科以適當之刑。為近世刑法不易之理。原案於各罪科刑之範圍。其高度與低度。相懸三等。即此意也。然因範圍太廣。施行以來。法官採用或未盡得當。修正案（指第二、次）改為一等。又未免失之過狹。本案於科刑各條。擬參採原案。並於法定範圍內。示法官以用刑之標準。

科刑得當。誠非易事。惟經驗日久。能細心推勘情節。且具有判斷力。及不偏蔽之法官。能之。故最近瑞士及德國刑法準備草案。皆於總則中特設專條。釐釋科刑時應審酌之事項。以指導法官之留意。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。及犯人地位之關係。德國草案及委員會刑法草案。採用其制。而情節更加詳晰。本案略師其意。規定本條。

第三款所謂犯罪時所受之激刺。如犯人爲人愚惑。偶爾爲之。或因一時被誘。盛氣犯罪者是。第五款所謂犯人與被害人平日之關係。即犯人與被害人間。有無親戚友誼及主僕等關係者是。第九款所謂犯罪後之態度。如犯人於犯罪後。因悔悟而力謀恢復原狀。或賠償損害者是。此節與原文略有節省。因法條已經刪改之故。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。則易輕贖金。是失罰金執行之本旨。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。相差甚遠。同一金額。貧者納之。或破產不足以償。富者納之。則若損毫末。其不平孰甚。既不能盡免此弊。惟有斟酌犯人財產之關係。以爲罰金酌科之標準。亦求比較上之平允耳。一千八百九十一年。英國刑法學會。議決科罰金時。除審酌各情形外。兼審酌犯人財產上之關係。外國法律。以此定爲標準者。那威西班牙丹麥葡荷牙瑞士數州。及中南美洲諸國。最近如奧國及德國刑法準備草案。與德國委員會刑法草案。均有此種規定。故本案擬從之。

犯罪之原因與目的。不必一致。如竊盜均以得財爲目的。然或爲生計所迫。或爲快

量而論。其罪固不必罰也。犯罪時所受之激刺。有由於環境之影響。有由於被害人之感觸。亦有並未受何激刺者。心術。與犯罪雖無直接之關係。品行。屬平日素行之良否。實與犯罪人與被害人之關係。除有無親戚友誼及主僕等身分外。如平日有無忍仇之關係。亦屬之。知識之程度。當包括所受教育其職業而言。犯罪之結果。就被害人方面觀察之。犯罪後之態度。就犯人方面偵探之。並應審酌犯人之資力者。則以刑罰金時。除注重前刑各款事項外。並應調查其經濟狀況。視其負擔能力若何。以定適當之標準。

第七十七條 犯罪之狀況可憫恕者得酌減本刑

本條規定審判上酌減之特例。係援舊律第五十四條規定。一審按犯人之心術。及犯罪之事實。其情輕者。得減本刑一等或二等。一本條概括犯罪之狀況。認爲可憫恕者。均得酌減本刑。其文義而義實同。惟裁量之範圍較廣耳。所謂犯罪之狀況。自不外前條審酌一切情形。及分別注意列舉各款事項而言。但前條之酌科。係就法定主刑內。宣告刑罰重輕之標準。本條之酌減。係就輕法定主刑之範圍。而後宣告其應科之刑。此其所以異也。惟本條酌減若干。並無明文。究能減至如何程度。不能無相當之限制。

若據第八十四條，(減輕本刑而無若干分之量之規定，至少減輕本刑三分之一。)自專指法律上應減輕者而言。不適用於酌減。因酌減者非必減之期。查照最高法院解釋字一九三號解釋，以本條酌減，至多不得過二分之一。並不受第八十四條之限制。誠屬爲本條補充之解釋例也。

酌減，爲審判上之減輕。與其他法律上之減輕不同。法律上之減輕，必具有一定條件。如未遂、從犯、及第四章刑之減輕各條。條件具備，即應減輕或得減輕之。若裁判上之減輕，則全視於司法官於極之忱。視其情狀可憫恕者而酌減之。惟適用酌減時，有主張嚴格解釋者。謂因法律上之原因，減輕本刑，祇減輕其法定刑之範圍。其宣告刑不必一定在減輕限度以內。(即因法律上之原因加重本刑者亦然)。如法定本刑爲三年以上十年以下有徒刑，減輕二分之一，爲一年半以上五年以下。而裁判時仍可就五年以上範圍內，自由宣告。或爲四年，或爲五年，均無不可。不限於在未滿三年以內宣告其刑。若本條之酌減則不然。因在法定範圍內苟可以酌科相當之刑。如前(刑責告兩年或五年)自無須適用酌減之例。必在法定最輕限度，酌認爲最輕刑重。

無可酌科。方有酌減之必要。是以酌減而後科刑。必在法定刑之最低度以下。乃有酌減之實益可言也。前大理院亦曾有此判例。惟極端主張此說。凡得減輕者。均取裁量主義。亦皆可爲此解釋。自與本法所定之加減例不合。因加減例均以法定刑之伸縮爲準。不應於酌減而獨異。且既減輕其法定本刑。祇能就減輕之範圍內酌量裁處。不得謂不受減輕之利益。觀於前開最高法院之解釋。酌減仍以二分之一爲度。益可以推測無疑矣。

減輕酌減。於法定原因外。予裁判官以權衡。不免故出人罪。其弊流於姑息或濫斷。定與罪刑法定主義背馳。而不知法律與事實相衡。刑罰亦不出變量理之外。原情酌量。予未減。在我國清律時代。向有秋審酌入可矜之例。各國亦多採此辦法。訂爲專條。故學者有謂此爲裁判官之誤者。必事定上確可憫恕。不得已而適用之。非可任意打殺。某法定刑之範圍也。

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

本條規定通用的減時，不受其他加減之限制。因法律上規定以一定條件加減各罪之本刑者，未必盡屬最罪之情節相合。故如累犯、減法加重，而其情節可許適宥之文，如未遂、既遂及其他減輕各條，既經依法減輕，而其刑猶過重者，亦有之。當各種情形競合時，有依前條規定，尚認為有可罰起。無論法律上應加重者，可以酌量減輕。即法律上已減輕者，仍不妨酌量再減。因後之加減，多為若干分之幾所限，不能拘束裁判。至於減之權衡，故以本條為注意之規定。以應適用時發生疑義。（按本條係據舊律第五十五條規定之例，惟舊律原用法律二字，本條改為法令，其本條仍用法律字樣。因謂法律外，決未有依命令為加減者。）

第十七章 加減例

凡刑例加減減輕之分量及其次序。應依刑上之效用關係甚大。若適用較重之定刑。由各人處為解釋。不免有歧異出入之弊。故本條之一。應多宣明。是以臺灣法律。應有加減專條。著為各例。日本新舊刑法總則中。皆有此等規定。舊律雖仿刑例。轉為加減例之專章。是以本法仍之。惟定例不墮耳。

查舊律援等緩刑。有期徒刑。以五等為標準。酌按等加減。以致加減之等。與本條之條。未免略輕略重之弊。在五等有期徒刑與拘役。加減一等。尤為相差太甚。故本法擬廢去等緩刑。於分別各條明定期刑。酌加減則以若干分之幾為準。酌定刑。與舊律之與。並免加減相懸之失。

第七十九條 死刑不得加重

死刑減輕三分之一者為無期徒刑。減輕二分之一者為十二年以上二十年以下有期徒刑。

本條規定死刑加減之定例。夫死刑不得加重。固無問題。惟死刑減輕時。則不得有不

一定標準。以資應用。本條第二項。分別加減三分之一者。爲無期徒刑。與舊律規定死刑減二等者相同。惟減三分之二。較之舊律減二等者。爲一等有期徒刑。其期限較長。因不在尋常罰刑額之加減例。故不得不特定之。

惟查分則中規定死刑各罪。有單處死刑者。有處死刑或無期徒刑者。有處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者。此與舊律規定處死刑無期徒刑或一等有期徒刑相當。據舊律第五十七條。最重刑爲死刑。應加重者。祇加重其徒刑。而總則中所舉最重之例。如加一等。應減去一等有期徒刑之一級。爲死刑無期徒刑。第二等。應減去無期徒刑。單處死刑。應加重者。加減。應照舊律。如本條無此規定。則遇有此等情形。死刑無期徒刑。均不得加重。或應加重其有期徒刑。但有期徒刑之加重。亦決不能加至無期徒刑。祇依本法第八十一條規定。最高度與最低度同時加重三分之一或二分之一。仍與死刑無期徒刑並存。且不得逾二十年。較之舊律解釋之結果。極去其過。似難收加重之效力。而其定不然。死等事例。亦不過裁量之範圍較廣。如果罪無量。儘可視以高度之死刑。或無期徒刑。若認爲情尚可原。則宣告低度之有期徒刑亦可。

不致受嚴格之限制。致失裁判之公平。是又較爲適當也。

第八十條 無期徒刑不得加重

無期徒刑減輕三分之一者爲十年以上十五年以下有期徒刑

減輕三分之二者爲七年以上十二年以下有期徒刑

本條規定無期徒刑加減之定例。夫徒刑不得加至死刑。舊律已有明文。（第五十七條規定）爲清律以前。亦即有此遺制。近世各國立法例皆同。均以死刑係剝奪生命。具有特別性質。不得以自由刑加重至死。所以尊重人權也。是以第一項規定之第二項減輕之標準。較前條所定期限量爲縮短。其減三分之一者。亦與舊律規定減一等爲一等有期徒刑相當。僅減二分之一者。較之舊律減二等。期限稍爲伸張耳。

查分則中規定有處無期徒刑或十年以上或七年以上有期徒刑者。依第八十五條規定。二種以上主刑。同時併加減之。則遇減輕時。無期徒刑。依本條第二項所定。以與有期徒刑減輕之期限並存。如處無期徒刑或十年以上有期徒刑者。減三分之一。爲十五年以下十年以上。或十年以下六年八月以上有期徒刑。減二分之一。爲十二年

以下七年以上。或七年六月以下五年以上有期徒刑。其期限亦自新法。發言可以
類推。

第八十一條 有期徒刑應加減者其最高度及最低度同加減之

本條規定有期徒刑之加減率。有期徒刑不得加重至無期徒刑。為近世學說所主張。舊律無此限制。而犯重罪。今依本條解釋。則最刑為有期徒刑者。無論如何加重。祇能加至最高度之年限。不得加重至無期徒刑。固無須另以明文規定也。

最高度與最低度同加者。例如本刑為六月以上五年以下。加三分之一則為八月以上六年八月以下。加二分之一。則為九月以上七年六月以下。加倍則為一年以上十年以下。是也。但最長不得逾二十年。最高度與最低度同減者。例如本刑為三年以上十年以下。減三分之一。則為二年以上六年八月以下。減二分之一。則為一年六月以上五年以下。是也。若本刑未定最低度者。則以一月以上為最低度。按分加減之。此依第四十九條第三款規定。得減至二月未滿。在法律上仍不失為有期徒刑。

第八十二條 拘役應加減者止加減其最高度

本條規定拘役加減之定例。因拘役最低度爲一日以上。不特無從減輕。即加重二分之二。亦仍未滿一日。無庸計算。故止應加減其最高度。惟查分則中規定拘役之罪。多附於有期徒刑之後。（如處三年以下有期徒刑拘役。或二年以下者。或以下有期徒刑拘役之類。）則應加減時。是否止加減有期徒刑之最高度。迄無明文規定。因拘役爲二月未滿。徒刑爲二年以上。故拘役之最高度。與有期徒刑之最低度。無論加減幾分之數。上下皆相銜接。似無重行加減之必要。而依第八十五條之例。則二種以上主刑。皆應同時併加減之。又第四十九條規定。有期徒刑得減至二月未滿。仍爲徒刑。拘役得加至二月以上。仍爲拘役。如本刑爲一年以下有期徒刑拘役。加二分之一者。爲三月以上一年六月以下有期徒刑。或三月未滿之拘役。減二分之一者。爲一月以上六月以下有期徒刑。或一月未滿之拘役。其餘可以類推。至單處拘役或易科罰金之罪。則兩者同時各自加減其最高度。更無庸疑。

第八十三條 罰金應加減者止加減其最高度

本條爲罰金加減之定例。止加減其最高度。其理由與前條同。查分則中規定之罰金

額，有多至五千元以下者。皆無若干元以上之限制。（查舊律間有規定若干元以上者，爲本法所無。）自應依第四十九條規定，以一元以上爲普通之最低度。不必加減。但因犯責得減至五分之一。斯爲例外耳。

第八十四條 減輕本刑而無若干分之幾之規定者至少減輕本刑二分之一

本條專爲減輕本刑，而無分數之規定者。定一最低之減輕率。有如總則規定心神耗弱人之行爲（第三十一條第二項）醉酒非出於己意者（第三十二條）及精神人之行爲（第三十三條）均屬減輕本刑。又如經外國裁判執行之犯人（第八條）及中止之未遂犯（第四十一條）均屬減輕或免除本刑。以及分別各條規定，有應減輕而未明定分數者。皆至少須減輕二分之一。多則或減三分之二。或減四分之三。均無不可。總之在二分之一以上，並不受分數之限制。至併得免除本刑者，更無論已。惟法律上規定減輕之外，尙有得減輕本刑者。非本條所能包括。因得減與否，尙有裁量餘地。自不受最低度之限制。即有規定得減輕或免除本刑者。如防衛行爲過當（

第三十六條) 救護行爲過當(第三十七條) 且不需發生結果之未遂犯罪(八條) 十條) 等例。亦不過裁量之範圍。故仍不適用未條之限制也。

第八十五條 有二種以上之主刑應加減者同時並加減之

本條規定二種以上主刑同時加減。舉例以明之。如主刑爲死刑或無期徒刑之二種。均不得再行加重。而可以同時並減。若減三分之一則爲無期徒刑。減十年以上十五年以下。或有期徒刑。減二分之一。則爲十二年以上二十年以下。或七年以上十二年以下。或有期徒刑。其例一。又如主刑爲無期徒刑或十年以上有期徒刑。加重時。止加重。或有期徒刑。但不得逾二十年。而減輕時。仍可以同時併減。若減三分之一。則爲十年以上十五年以下。或六年八月以上十年以下。或有期徒刑。減二分之一。則爲七年以上十二年以下。或五年以上七年六月以下。或有期徒刑。其例二。又如處三年以下有期徒刑。拘役。或易科三百元以下罰金之三種主刑者。若加三分之一。則爲四年以下八十日。以上有期徒刑。或八十日未滿之拘役。或易科四百元以下罰金。若減三分之一。則爲二年以下四十日。以上有期徒刑。或四十日未滿之拘役。或易科二百元以下之罰金。

因拘役罰金皆止加減其最高度也。其例三其餘皆可以類推。

第八十六條 同時刑有同等分數之加重及減輕者互相抵銷

同時刑有不同等分數之加重及減輕者先加後減

本條爲加減同時競合之規定。舉例以明之。如因累犯加二分之一，又因未遂減二分之一。或因累犯加三分之一，又因自首減三分之一。均屬同等分數。可以互相抵銷。若因累犯加三分之一，以與未遂減二分之一相合。或因累犯加二分之一，或加倍者，以與自首減三分之一相合。皆爲不同等分數。應先加而後減也。因本法雖以分數爲加減，不得不一適用之通例。

關於第一項之互相抵銷，與第二項之先加後減，從實例上比較觀之，顯有輕重失平之處。已另文附論於後（見評論六）。

第八十七條 有二種以上應加或應減者遞加或遞減之。

有二種以上不同等分數之減輕者先依較少之分數減輕之。

本條爲二種以上加減之定例。因有二種以上應加或應減者，應有遞加或遞減，及應加

遞減之不同。然遞加遞減，加重倍無問題。若減輕，則有兩個二分之一。即可以將本刑減盡。與免除無異。自非法律所許。是以本條規定遞加遞減。如有二種以上應加者。即按第一次加得之數。再為第二次之加重。是為遞加。如如二年以下有刑徒刑。加三分之一為四年以下。再加二分之一。則為六年以下。有二種以上應減者。即按第一次減得之數。再為第二次之減輕。是為遞減。如如三百元以下罰金。減二分之一。為一百五十元以下。再減三分之一。則為一百元以下。

一罪而有二種以上應減之原因。如未遂、從犯及其他消之減輕。《總則第四章規定》。或與分則各條規定之減輕。同時就合。事所恒有一罪而有二種以上應加者。則條累犯與分則各條規定之加重。就合時有之。因總則上加重。祇有累犯及併合論罪二種原因。除併合論罪另依加重罰阻。不適用分數外。僅有累犯一種。依第六十六條。雖有加重三分之一或二分之一。或加倍之不同。然一罪止能加重一次。自無二種以上遞加之時。故第一項之應加應減。當包括分則各條之加減而言。

第二項規定二種以上不同等分數之減輕。而不及於不同等分數之加重。似不免有

論形惡科。其定。應遵照既無三種以上同時加重。自無須定其免。若與身屬互是於
重情惡科。應先依身屬各條加重。時依供屬之規定。應遵照上之減輕。與分
屬上之減輕。應同時。亦爾。然須依其規定。並分別各條之加減。係以某人與被害人身
屬。應視罪事實。為特別原因。其應加減之刑。應依各罪之刑。故應先行加減。時依既
則規定。應加減之。是以本條第二項。專指適用上有二種以上不同等身屬之減輕
者。為其身。係無罪。本條此等規定。究屬何。因二種以上不同等身屬之減輕
無應併合。較少之分。或較輕。或先依較全之身屬。其結果均屬極。如二百元
以下。則全。先減三分之一。為二百元以下。再減二分之一。為一百元以下。或先減二
分之三。為一百五十元以下。再減三分之一。仍為一百元以下。全無何。刑亦同
之。即全以上不同等分數之加重。然。曾無規定之必要也。

第八十八條 徒刑或拘役限滿後有不滿一日之時間者不計

罰金因加減有不滿一角者須動者亦同

本條規定。應遵照既無三種以上同時加重。自無須定其免。若與身屬互是於
重情惡科。應先依身屬各條加重。時依供屬之規定。應遵照上之減輕。與分
屬上之減輕。應同時。亦爾。然須依其規定。並分別各條之加減。係以某人與被害人身
屬。應視罪事實。為特別原因。其應加減之刑。應依各罪之刑。故應先行加減。時依既
則規定。應加減之。是以本條第二項。專指適用上有二種以上不同等身屬之減輕
者。為其身。係無罪。本條此等規定。究屬何。因二種以上不同等身屬之減輕
無應併合。較少之分。或較輕。或先依較全之身屬。其結果均屬極。如二百元
以下。則全。先減三分之一。為二百元以下。再減二分之一。為一百元以下。或先減二
分之三。為一百五十元以下。再減三分之一。仍為一百元以下。全無何。刑亦同
之。即全以上不同等分數之加重。然。曾無規定之必要也。

紅綠黃青。與假爲連屬也。

第六十九條 從刑不得加重或減輕

本節規定從刑不得加重之限制。附錄法律第六十二條規定。罰刑不得加重減輕之
例。從刑爲假奪公權與沒收之三種。其沒收以法定之種類爲限。假奪公權亦以
得言。至假奪公權。雖不隨主刑爲減輕。惟依第五十七條三項五項規定。假奪公權
刑之減輕。而定無期或有期假奪之長短。是在審判上之裁量。非法律上之限制也。

第十二章 缓刑

缓刑之制。沿於歐美各國。日本刑法謂之猶豫執行。往昔裁判官權限極廣。不待法律明文。按其犯人情節可原者。自由酌定。暫緩其刑之執行。晚近各國。即因此著爲專例。初始於美國瑪賽秋裁州。(一八七八年)行之。尙有利無弊。至今定爲成文法者。已居多數。(如英法意比那威日本那曼特爾修乃浦及瑞士多數州北美二十七州皆行此制)又奧地利匈牙利丹墨瑞典俄羅斯各國刑法草案及瑞士統一刑法草案亦皆採此制者)據各國統計。以平均計算。罪犯百人之中。累犯者居四五十人。而採用此制之國。其在緩刑期內犯罪者。百人中不過十五六人。二者之得失。可以概見。蓋犯罪之人。習於爲非。不思滿澤者。固宜懲處。而因一時錯誤。欲圖改悔者。尤宜矜恤。若概屏之。雖以匡正犯人爲主義。亦間收改過遷善之效果。而良莠雜處。互相誘導。罪惡因而染污。效尤者亦多。苟監督失於懈弛。則假獄反爲犯罪之研究所也。本章緩刑之制。特以處輕微之初犯。及經過一定期限之再犯輕罪者。不投之於監獄。一面爲執行之準備。引起悔惡之心。一面定試驗之期間。預爲赦銷之地。裁判上既無監獄。而實際

此章所釋益。其法良意美。宜乎為兩國所公認。我國暫行律亦採此制。是以本條仍之。

偵查各國緩刑之制度不同。英美主義。重其罪之宣告。比法主義。緩其刑之執行。二者各有所長。而比法為優。蓋判決必要搜集證據。若緩其罪之宣告。如日後撤銷緩刑時。必再事搜集。而證據又慮散逸。且未經裁判確定。犯人尚有冀倖之心。審判上亦難定其標準。故本章不採英美主義。而以緩其刑之執行為宜。

有謂此制之設。費乎有罪必罰之原則。憲不合乎法理者。此說原於宗教。以為有惡因必有惡果。有罪不罰。如道德何。不知法律上規定刑之免除不罰。及行刑權之消滅。以及赦免之例。有罪而不罰者尚多。蓋罪之應罰與否。當視其罰之是否有利。方為完善。執理論而不察實際。則謬矣。更有從事定上攻擊之者。其說有二。一謂使犯人玩視典刑。大損法律威信。然依人類心理觀察。刑固可畏。而罪名尤可畏。自非不願廉恥之人。處以短期之自由刑。及少數之罰金。雖所損無多。因此負罪名而損人格。當終身引以為玷。已足示懲。故本章僅緩其刑之執行。則此弊可無虞矣。一謂啓初犯者倖倖之心。

輕微之犯。將自有悔心。斷不知裁判之宣告。自非受刑可比。既予以赦免之期間。復加有改悔之條件。立法者固有以防之。則此弊又可無虞矣。

第九十條 受二年以下有期徒刑或罰金之宣告而有左列情形之一者得同時宣告二年以上五年以下之緩刑其期間自裁判確定之日起算

一 未曾受拘役以上刑之宣告者

二 前受拘役以上刑之宣告執行完畢或免除後三年以內未

曾受拘役以上刑之宣告者

本條規定緩刑之要件及其期限。專為初犯此等輕微罪。及經過三年未受拘役以上刑者。其罪雖再犯此等輕微罪者。或特別之寬典。准予以刑之宣告。新條其刑之執行。並得以二年以上五年以下之緩刑。由裁判官裁量決定。在此期限內。有改悔之條件。而逾期又有消滅之希望。其人之利害關係甚巨。因此促進其改悔者。十居八九。是為法律上之事實。故有前項刑之宣告。應予緩刑。其後再犯此等輕微罪者。應予緩刑。

者。足以該重刑者爲準。因過失而犯罪。如合學所列要件。未足該重刑者。不能改。不得轉予以減輕處分。就又設但書之規定。

因第一款情形而撤銷。則爲在緩刑期內。更犯他罪而受有期徒刑以上刑之宣告者。以宣告之刑爲斷。不同其法定主刑如何。因犯罪在緩刑期內。又應受徒刑以上之宣告。足見其人已無改善之決心。非緩刑所能奏效。自非執行不可。故應撤銷之。若所犯之罪僅受拘役或罰金之宣告者。仍與本款不合。不在撤銷之列。依之舊律第六十四條第一款規定。『緩刑期內更犯罪受拘役以上刑之宣告者。』較爲從寬。因僅受拘役之宣告。必其罪甚屬輕微。尙無撤銷之必要。且本條既定爲必須撤銷。並無裁量之餘地。其條件尤不可過於嚴刻也。

因第二款情形而撤銷。謂因緩刑前犯他罪。曾受有期徒刑以上刑之宣告。在緩刑期內應受重刑者。但將前條第二款情形除外。因該款規定。以請受再後以上刑之宣告。執行完畢或免職後。三年以內未曾受拘役以上刑之宣告者。爲阻。准予緩刑。本款因重刑。應受再後之宣告。必不在乎該款所定要件。如執行完畢後。處免職後。再請五年。

或三年以內曾受有期徒刑以上之宣告者。方可被撤銷。宣告之。即係前條第五款之要件。在緩刑期內發覺者。如舊律第六十條第三款所定。實際同一個罪。而重當重罰。宜各按刑以前。特許學前失。事發後。特許免刑。以杜絕。前條所稱。撤銷之罪也。舊律第六十四條第二款規定。一罰。撤銷刑。犯。罪。而。受。刑。後。復。受。刑。之。宣告者。詳。原。正。案。第七十七條第二款。更明定爲。一因。刑。前。犯。他。罪。在。緩。刑。期。內。受。刑。後。以。上。刑。之。宣告者。一列。爲。撤。銷。形。之。一。本。條。別。除。此。意。蓋。以。緩。刑。前。犯。他。罪。已。受。刑。之。宣告者。既。包。括。於。本。條。第。三。款。形。之。內。若。在。緩。刑。期。內。復。受。刑。之。宣告者。可以。另。案。執行。不。必。變。更。緩。刑。之。宣告也。且。遇。有。此。等。情形。尚。可。於。宣。告。他。刑。時。撤。銷。之。

又舊律第六十四條規定撤銷情形。列舉五款。其(四)喪失住所及職業者。(五)監禁及禁束刑之執行。其言有理由者。係根據前條(即舊律第六十三條)三四兩款而來。因該兩款規定緩刑之要件。一爲有一定之住所及職業者。一爲有親屬或監禁。管發刑期內之品行者。條件不無太苛。本法既不取此嚴格主義。已於前條列舉緩刑

第十三章 假釋

假釋出獄云者。謂受徒刑執行之人。經過一定刑期。確有悛悔毫蕪。不待刑期完畢。即許其暫行出獄。在出獄後果能自新。即可因此免除。不再執行。（即將出獄後日數算入刑期內。以已執行論。）否則。在一定條件之下。仍可以撤銷而執行之。故刑法上謂之假釋。因自由刑之執行。既以感化爲目的。不復取痛苦及羈應之主義。則在刑期執行之中。果其人真寔悛悔。確有改過自新之希望。則以行政官之權衡。爲裁判後之救濟。暫予假釋以獎勵之。是與刑罰匡正犯人之宗旨相符。而收效爲尤速。故學者主張此制之寔益有三。（一）使犯人有縮短刑期之希望。因而恪守紀律。勤勉工作。漸在獄內養成其善良習慣。則終身化爲良民。鮮有再犯之虞。（二）因犯人久羈囹圄。極端禁錮。由盼到期滿釋放。不受拘束。多有放縱蕩失足者。若在出獄後尙未期滿以前。經此假釋中過渡生活。有警束規則以監視之。使犯人難在獄外。不致墮刑之念。窮困惡善。不自知。（三）以裁判官宣告刑期。於犯罪情節外。尤當注重於犯人之心術。長短。行。以量定其長短。在裁判以前之最短時期內。尋求其善惡。誠非易事。經假釋去

刑之拘禁。由獄吏隨時觀察。自其明瞭。與其無不詳。受刑者重。亦可藉此收刑至刑罰失實之弊。有此三端。是以假釋之制。於刑事政策上。亦甚大有裨益也。

假釋之制。日本刑法謂之假出獄。其初發於法國。惟其於幼年囚犯行之。其後行於一般囚犯。採用斯制者。自英國始。一八五三年制定軍行法。厥後各國遂漸通行。至今已居多數。如德法美意奧匈俄葡荷蘭瑞士各州塞爾維亞丹羅克洛西及日本等國皆然。惟有訂於刑法中者。有另纂為單行法者。亦有依恩赦之形式以行之者。如瑞典是。而取議則無弗同。惟條條之寬嚴稍有不同耳。舊律以此定為專條。惟折衷於各國之成例而制定之。誠立法上之進步也。是以本法仍之。

第九十二條 受徒刑之執行而有悔實據者無期徒刑逾十年後有期徒刑逾二分之一後由監獄官呈司法部得許假釋出獄但有期徒刑之執行未滿二年者不在此限

前項執行期間遇有第六十四條情形者以所餘之刑期計算

本條規定假釋之要件及其權限。所謂要件有三。一、已受徒刑之執行。包若無期有期

而首。或重於徒刑之死刑。蓋輕於徒刑之拘役罰金。與死刑最異。故等。實不應用此
刑。因該刑已受執行。固無所謂假釋。拘役期間甚短。無從考績。其假釋。固亦無須
大刑。即其科監禁。亦與自由刑之性質不同。且僅以一年為限。皆無適用假釋之餘地。
二、須有假釋定據。此在司獄官吏隨時考覈。確有定據而許在者。方足徵犯人改悔之
決心。以冀刑罰匡救之效力。非以此項拘禁而視之其也。如假釋以犯人所得實
效為罪出獄之定據者。是其弊當引附於假釋條中。三、無期徒刑執行已逾十年。或
有期徒刑執行已逾三分之一。且已滿三年者。必經此三項之試驗。其能悔其惡性。
無別其心理。若僅屬短期之執行。未滿二年。已執行之三分之一。不滿二年。即宜暫
期未滿四年者。一則亦無待於假釋也。並執行假釋之權限。由司獄官之呈請。得
檢察官之准許。以行政機關之命令行之。與假釋之權。或無異。則假釋定據。亦不得中
途變更。是以此等特別假釋。專屬司法行政之權限。以資執行中之裁量。則其特別刑
罰之目的。亦刑務政策上所屬。二、

本條規定。與舊律第六十比條相當。而死刑最不同之點。在於(一)處罰種類。舊律

案據德國刑法學博士案，增入第二項。例如科無期徒刑者，裁判前拘禁二年，若以之抵徒刑一年，算入十年之執行期內，則九年後即可假釋。本案擬仍算足執行十年。又如科有期徒刑十年，二分之一為五年，裁判確定兩受拘禁二年者，以抵徒刑一年，算入五年期內，則四年後即可假釋。按本案所擬計算，十年期內，除去拘禁相抵之一年，是事實上執行之期限為九年，二分之一則為四年半，方可假釋。照此計算，與假釋之本旨，較為符合。

依右列兩點觀察。其第一點，二年與三年之差，實亦無關重要。因執行無期徒刑逾十年後，或有期徒刑逾三分之一後，均可假釋。原則上既屬相同，仍以刑期之重輕，定執行期之長短。不過二分之一之最短期限，以二年或三年為度。為執行必要之試服期。此等期間，較長則考驗愈確，較短則適用愈廣。兩者各有所當。其實庭立法本質上，並非純取主觀主義。以此為普通試服期間。而用以罪刑比較，區別輕重，仍不盡脫服應莊嚴之真跡。則二年或三年，其差固不甚相懸也。

第二點，關於第二項之增加，規定裁判確定前，拘押日數折抵之刑期，不算入前項刑

期之內。故曰以所餘之刑期計算。其修正理由已見於前。惟查原修正草案原文第七十九條第二項分列二款。一「所宣告之刑係無期徒刑者，不適用第五十條之規定。」二「所宣告之刑係有期徒刑者，遇有第五十條情形時，以所餘之刑期計算。」本條第二項，僅就該條之第二款，加以修正。而刪去其第一款。因該原案第五十條，即本法第六十四條規定折抵徒刑之例。原包括無期徒刑而言。與舊律解釋相同。釋本法第六十四條更正。祇限於有期徒刑拘役，得以拘押日數折抵。因宣告無期徒刑，折抵毫無關係。故無期徒刑，在本法已不適用折抵，則該條之第一款，可謂贅文。是以本條第二項規定，遇有第六十四條情形，以所餘之刑期計算。係專指有期徒刑之折抵而言。如原案理由所舉之例。科有期徒刑十年者，若裁判確定前拘押二年，以折抵徒刑一年。則以所餘之刑期九年計算。必執行四年半以後。乃逾刑期二分之一。可以援用假釋。此第二項規定之本旨也。

第九十四條 假釋期內有左列情形之二者得撤銷其假釋

一 更犯罪受拘役以上刑之宣告者

二 犯假釋管束規則者

假釋撤銷後其出獄日數不算入刑期內

本條規定撤銷假釋之情形及其效力。所謂假釋期內。惟有期徒刑以所餘之刑期爲限。在此期內。犯有左列情形之一者。得撤銷之。若爲無期徒刑。既無所謂期限。則終身立於可以撤銷之地位。不論何時犯者。皆得撤銷。至撤銷後仍復執行本刑。其出獄日數。不算入刑期內。亦惟有期徒刑適用之。因有期徒刑。應補足執行其所餘之刑期。不得算入假出獄（即假釋後至撤銷前）之日數。若無期徒刑之假釋撤銷。仍執行無期徒刑。自無須計其出獄日數是否算入也。第一款情形。更犯罪受拘投以上刑之宣告者。因在假釋期內更犯他罪。其人性行不良。惡念復萌。足見其在獄內之後改悔。誠非真心悔悟。且在一定條件之下。如累成重惡習。並須加重處分。故得撤銷之。據所犯他罪管束金之罪。則不在撤銷之列。以假釋爲寬免其自由刑。非再加同種之刑罰。無庸撤銷。且罰金多出於過失或輕微之犯。不得謂爲故意及有甚嚴重大情節。自非不許撤銷者。亦不應遽予撤銷也。

第二款情形。犯假釋管束規則者。因在假釋期內。屢違管束規則。若有褻瀆規則。規定應撤銷假釋之條項者。亦得由司法行政長官。逕爲撤銷之處分。如有犯罪。按規定假釋中之監督方法。及其執行權限。本條特以明文承認之。

查舊律第六十七條撤銷假釋之規定。與本條不同之點有二。舊律以左列情形之一者。撤銷其假釋。取限制主義。非予以撤銷不可。本條改爲得撤銷其假釋。仍取裁定主義。故加一得字。自較有酌量之餘地。因所犯既包括輕罪。（如因宣告拘役數日。而撤銷無期徒刑之假釋者是。）而規則尤屬觸犯。（如爲三日以外之旅行。未及呈報警署者是。）苟非有重大惡意。亦並無撤銷之必要也。此亦多數國之立法例所同。是以本條從之。

又舊律列舉撤銷情形共分四款。除（一）（四）兩款。與本條（一）（二）兩款相同外。尚有第二款「因假釋前所犯罪。而受拘役以上之宣告者。」第三款「因假釋前所受拘役以上之宣告。而應執行者。」皆以假釋前之犯罪。爲假釋撤銷之條件。未免大謬。蓋以犯人既有悔改而非之寔據。然後予以假釋。不宜復因其既往之罪。又撤銷之。至於

假釋前之犯罪。如果發覺在後。自應獨立執行其刑。不必互相牽涉。是以本條刪此兩款。並另增第九十五條規定。即包括在假釋期內。因假釋前犯罪。受刑之執行者。不與假釋之刑期相混也。

第九十五條 假釋期內因他罪受刑之執行者其執行之期間不 算入假釋期內

本條規定。為舊律所無。因舊律第六十七條第一項。列舉一二三各款情形。不論犯罪在假釋後。或假釋前。祇須在假釋期內受拘役以上刑之宣告及執行。皆足為撤銷假釋之條件。本法則依前條第一項第一款規定。以在假釋期內。更犯罪受拘役以上刑之宣告者為限。得撤銷之。則本條所定因他罪受刑之執行者。應有兩種情形。一。因假釋前所犯之罪。而受刑之執行者。二。在假釋期內所犯之罪。而受刑之執行。並未經授以撤銷假釋者。（因係得撤銷之故。自有不予撤銷之他罪。）此等執行期間。均與假釋之刑期。不相牽混。惟不得算入假釋期內。即停止假釋期間之進行。舉例以明之。如本科為有期徒刑五年。經執行二分之一後。假釋出獄。倘在假釋期內。不因他罪受刑。

刑假釋後逾三年者，即滿足五年刑期，均以既執行論。若在假釋期內，因他罪受執行徒刑，則此六月期間，不算入假釋期內。惟於六月刑期完畢，再進行假釋期間，必由假釋後經過三年，乃能滿足其五年刑期。此本條規定之憲例也。

第九十六條 假釋期滿而未經撤銷假釋者其未執行之刑期以已執行論

本條規定假釋期滿之效力，即舊律第六十七條第二項規定「未經撤銷假釋者其出獄日數，算入刑期之內」一文，異而義同。蓋將假釋出獄之日數，算入刑期，即將未執行之刑期，以已執行論。一俟假釋期滿，足以折抵執行，其刑期當然消滅，此亦惟有期徒刑之假釋，適用之。因無期徒刑之假釋，終身在假釋期內，何時皆可撤銷，本無期滿之日，故其出獄日數，不論其算入刑期與否，及是否以已執行論，皆無關係。

第十四章 時效

時效之稱。散於泰西各國憲法。今已成爲法律上通用名詞。凡以法律豫定其期限。當事人逾此期限。即生取得權利或免除義務之效力。故謂之時效。自其廣義言之。前者謂之得權時效。後者謂之免責時效。各國民法商法訴訟行政法等。皆有此兩種時效之規定。我國向亦有此習慣。惟未著爲法條。自編纂各項法典以來。業已分別採用。惟查刑罰條之範圍內。無得權時效可言。祇有屬於免責時效一部之公訴時效。及行刑時效。且者而已。茲本法之時效去者。即因時日經過。發生刑罰權消滅之效力也。是謂之時效。

刑法上。檢定時效之理由。其說不一。有謂犯人既經長久時日。幸逃法網。社會上已忘其罪。縱使不究。不必再加以嚴罰者。有謂犯人久歷歲月。不致再犯他罪。已足見其改過自新。刑罰不過以懲惡犯人之爲宗旨。對此已有悔悟之犯人。自無須施以刑罰者。有謂犯人處此若干年月中。對於社會上發生之生活關係。不勝枚舉。必期及既往。而置之以前。是破壞社會之和平狀態。妨害安寧秩序。反與刑法之本旨相違。時效即

而行刑權之時效。定關於刑之制限。故應分別定之。第三主義。則以刑權時效。定於刑法之中者。屬於總則立法例。(如匈牙利。荷蘭。布加利亞。墨西哥。意大利。英國。挪威各國皆同。)以起訴與行刑之時效完成。皆足為實體法上刑罰之制限。雖經審判。終未行刑之時效。為請求之時效。並非訴之時效。因公訴時效完成。而酌減刑罰。該罪權。縱犯罪事實存在。法律上已視與其他不罰之行為相同。然則公訴時效。亦屬於實體法之範圍。應與行刑時效。均規定於刑法中也。毫無足疑。查律探此主義。為近世多數之立法例所同。是以本法仍之。

第九十七條 起訴權逾左列期限而不行使者因時效而消滅

一 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者二十年

二 十年以上十年未滿有期徒刑者十年

三 一年未滿有期徒刑拘役或罰金者三年

前項期限自犯罪成立之日起算但第七十五條之連續犯罪自

犯罪終結之日起算

本條規定起訴權之時效期限。起訴權依現行刑事訴訟法規定。應包括公訴自訴而論。起訴權之行使。應由公訴方面。並包括偵查機關。及隨處公判（即起訴公訴）中各項程序在內。該條第六十七條規定。起訴公訴之時效。其義更爲渾括。因係有偵查在期限內。要起訴公訴已在期限外者。依照舊律規定。未免發生疑義。本條第一項。改爲起訴權之行使。則偵查行爲。當然爲行使起訴權着手之程序也。因時效而消滅者。即消滅其起訴權。自犯人方面言之。即因時效而免責之謂也。自犯罪成立之日起算。期限。較舊律（第六十九條第二項）規定。自犯罪行爲完畢之日起算。亦有不同。因犯罪成立。應包括犯罪行爲及結果。刑罰權之行使。即因犯罪成立而後發生。若專以行爲完畢爲斷。不問犯罪結果。發生於何日。恐刑罰權尙未發生。而時效之起算。先已進行。例如殺傷行爲完畢。閱一月後被害人始死亡。則殺人罪於一月後始成立。而其時效厚於一月前起算。按之理論及刑事政策。均有未妥。是以德國法學家。反對此種計算方法甚力。（因德國刑法亦同有此規定）故本條從而改正之。

第七十五條之連續犯罪。以一罪論。因其犯罪已成立在前。而尙在繼續犯罪行爲。如

者以一次而成立。雖以數次而成立。一罪。若自犯罪成立之日起算。則應以罪行為在繼續中。而時效業已進行。亦於事理不合。故應自犯罪行為最終之日起算。此係二項併罰之所以規定也。

併罰一項所稱各款期限。依舊律第七十二條別爲六款。最長期爲十五年。最短期爲六月。其界限如左。

一。總罰者十五年。

二。總罰徒刑者。一等有期徒刑者十年。

三。二等有期徒刑者七年。

四。三等有期徒刑者五年。

五。四等有期徒刑者二年。

六。五等有期徒刑者。投獄費金者六月。

原條五款。應爲五款。新增款其最長期爲二十年。最短期爲一年。其界限如左。

一。死刑或無期徒刑者二十年。

二、十年以上有期徒刑者十五年。

三、五年以上十年未滿者期徒刑者十年。

四、二年以上五年未滿者期徒刑者五年。

五、一年未滿者期徒刑均役處罰各減一年。

應得應於舊律從寬規定之失。認為期限過短。茲錄其修正之理由以說明之。

(原案理由) 外國立法例。公訴權之時效期限。最多者分爲七項。最少者爲二

項。多數國以五項爲準。本案擬從多數。又最長期限中。其最長者爲三十年。最短期限爲十年。多數以二十年爲準。原案規定十五年。爲期略短。况中國地大。廣闊不遑。偵探犯人。之機關未備。尤不宜立此短期。故本案擬從多數。定爲二十年。又最短期限中。其最長者爲五年。最短期爲兩月。多數國以一年爲準。原案規定六個月。亦覺爲期略短。故本案擬從多數。定爲一年。其餘各項時限。均酌量於最長及最短期限中分配。

本條第一項分列三款。並增加其最短期限爲三年。其最長期限。一仍原案之舊。惟將

原案一二兩款併爲第一款。期限均爲二十年。原案三四兩款併爲第二款。期限均爲十年。原案第五款移作第三款。期限加爲三年。蓋取嚴格規定。以免犯人取得時效之易。雖本條律所定。非特輕罪之期限過長。而且別爲三級之差。其相懸亦太遠。似不如原條正案之較爲折中也。

且起訴權之時效。除前述時效設定之一般原因外。尚有一特別之理由在。刑法所以因罪刑之重輕。定相當之期限者。以爲在此一定期間內。不爲訴訟進行。則經時既久。證據變壞。事所不免。調查困難。勢必多所牽掣。甚至以不確定之故。曖昧刑罰。最爲刑事所忌。蓋最於嚴格規定。則適用之範圍較小。而時效之利益。亦因之而難達。現亦爲應事政策所不應許也。

第九十八條 起訴權之時效期限據本刑之最高度計算有二種
以上之主刑者就最重主刑之最高度計算

本條規定通用前條期限之標準。爲舊律所無。惟解釋尙屬一致。蓋起訴權列舉各款之刑。係指法定主刑而言。非若行刑權列舉各款之刑。(如第一百一條)屬宣告之

主刑而言也。據本刑之最高度計算。惟有期徒刑有之。就最重主刑之最高度計算。亦惟有期徒刑兼處拘役或罰金時有之。至最重主刑。如係無期徒刑。則以無期徒刑爲重。如係死刑。則以死刑爲重。均無所謂最高度也。查舊律草案。經前法律館修訂。及憲政編查館核訂時。均於各款期限之上。冠以最重主刑四字。以明定適用之標準。刪此四字反避疑義。故增入本條以補正之。

第九十九條 本刑應加重或減輕者起訴權之時效期限仍據本刑計算

本條即依舊律第七十一條規定之例。爲刑之加減。不變更本刑之時效期限。因起訴權之行使。爲裁判前之程序。而本刑加重減輕。爲裁判之結果。在未受裁判宣告以前。不能豫定本刑之應加應減。且未經確定。即加減亦復有變更之時。自不能據此以定時效之標準。故仍據法定之主刑計算。以適用其時效期限。此亦當然之解釋。有此規定。較爲明顯。

第一百條 起訴權之時效遇有依法令不能開始或繼續偵查豫

審起訴或審判之程序時停止之

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

本條規定起訴權時效停止之原因及其計算方法。不能開始，即當覺時，已不能着手於起訴權之行使也。不能繼續，即已開始後中途發生事由，不能繼續行使也。自偵查豫審起訴，至裁判宣告以前，皆屬行使起訴權之程序。不限於起訴之一端也。該以概括定之。依舊律第七十三條規定，「起訴權之時效，遇被告人精神病及其他重病而停止公判者，停止之。」較之本條第一項規定，其範圍未免狹狹。一則以停止原因僅限於犯人重病之一端。究之必法令不能行使起訴權之原因尚多。例如議員在會期中不得本院之許可，不受法院調裁。此為各國法律所同。凡依法律不能行使起訴權之期間，應皆不計入時效期限內。二則僅以停止公判，為時效停止之原因。不能包括偵查豫審及起訴在內。其實在此等程序中，依法律應停止時，則時效亦自應停止。是以本條第一項規定，即從而修正之。（參照原案理由）

第二項時效停止之計算方法。應自停止原因消滅之時起。與停止前已經經過之期間。一併計算。此為舊法。俾原案增入。查舊法。有時效中斷。與停止之區別。應從寬。俟中斷原因停止後。另行計算。其舊法第七十二條。則中斷原因消滅之時。應全歸消滅。時效停止者。乃通算停止前後之期間。以滿足其時效期限。故即應俾止前經過之期間。一併計算。（第一百零二條之規定亦同）

第二百零一條 行刑權達左列期限而不行使者因時效而消滅

- 一 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者三十年
- 二 一年以上十年未滿有期徒刑者十五年
- 三 一年未滿有期徒刑拘役罰金或專科沒收者五年

前項期限自裁判確定之日起算

本條規定行刑權之時效期限。行刑權者。乃由判決宣告已經確定之刑。由國家機關執行之。是為行刑權。逾期而不行使。於犯人逃亡。或其他故時。有之。因時效而消滅。乃因時效完成。免除其刑之執行。而有罪之判決如故。與起訴權消滅。未經宣告罪刑。

者有別。以時效完成之日，爲免除執行之日。在法律上仍以已受執行論。此與緩刑假釋及累犯規定之條件，均有關係。自裁判確定之日起算。因確定後即須執行。故逾期而不行使。自應進行時效無疑。

行刑權之時效期限。所以較長於起訴期限者。以有罪之事定既明。刑罰之重輕既判。無復證據散佚之虞。而犯人亦不僥處於嫌疑地位。是以本條所定期限。較第九十七條各款。各延長至三分之一。在此期限內。行刑權未至消滅。隨時皆可以執行之。若逾此期限而不執行。某人已照常生活於社會。其所發生之關係。必甚複雜。倘溯及既往而執行之。則所受影響者必多。於刑法保護公安公益之本旨。適相背馳。其理由已述於前。試舉例以證之。設有人於二十五歲受死刑之宣告。乃脫逃後經三十年。其人已滿五十五歲。或已立室家。或已就正業。在社會上得有相當之地位。如仍以三十年前之罪。致之太辟。是直破壞三十年來之生活關係。其損害及於犯人以外之人。雖本身被其刑。而所受惡果。或更有甚者。是使人忘刑之威嚴。而但覺刑之殘酷。豈非刑事處置所宜。死刑如此。其他可以類推。是以本條規定。行刑權之期限。逾此期限。即歸時效

而消滅。

他項所稱各款期限。依舊法第十條。其期限如左。

一 死刑三十年

二 無期徒刑二十五年

三 一等有期徒刑二十年

四 二等有期徒刑十五年

五 三等有期徒刑十年

六 四等有期徒刑五年

七 五等有期徒刑三年

八 拘役罰金一年

原案因其過於繁密。而最短期限亦嫌太短。於第八十八條修正。改爲五款。並增加其最短期爲二年。其期限如左。

一 死刑或無期徒刑三十年

二 十年以上有期徒刑者二十年

三 五年以上有期徒刑者十年

四 一年以上有期徒刑者五年

五 一年未滿有期徒刑拘役罰金或專科沒收者二年

比較前後兩表所定。自以原案較爲適中。是以敕舊律之失。亦多數之立法例所同。今本條第一項分爲三款。並增加其最短期限爲五年。將原案一二兩款併爲第一款。期限均爲三十年。原案三四兩款併爲第二款。期限均爲十五年。原案第五款移作第三款。期限加爲五年。爲刪繁就簡計。與前列起訴權之分款相同。較之舊律規定。固屬整齊。而究其範圍過於嚴格。分級亦甚懸遠。其失亦與第九十七條相埒。未見其適當也。第五款專科沒收。爲舊律所無。亦係原案增入。蓋以沒收既爲從刑。隨主刑而實施。其執行之時效期限。本應與主刑同。惟免除死刑。而依第六十一條專科沒收者。其執行之期限。並未規定。適用時無所依據。本條因其與罰金罰鍰財產上處分沒收入於

五款以期間密。

第一百零二條 行刑時停止之

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

本條規定行刑權時效停止之原因及其計算方法。不能開始或繼續執行時。其例甚多。如受死刑之宣告。未經司法部覆准以前。（依本法第五十三條）或遇犯人在心神喪失之際。或孕婦在未生產以前。均應由司法部命令停止。（刑訴法第四八四條）又受徒刑或拘役之宣告。犯人有心神喪失者。或懷胎七月以上者。或生產未滿一月者。或現罹疾病。恐因執行而危及生命者。皆須停止執行。（刑訴法第四八五條）皆所謂依法令不能執行者也。若因緩刑不能開始執行。或因假釋不能繼續執行者。皆別有特定期限。不適用行刑時效。故亦不得視為本條停止之原因。

查舊律第七十六條規定。一行刑權之時效。遇有法律停止執行者停止之。一與時效

中斷之效力有別。其理由已述於前。

關於本章刪除時效中斷條文之規定，另有疑義附論於後。（見評論九）