

趙 琛 編 著

刑  
法  
總  
則

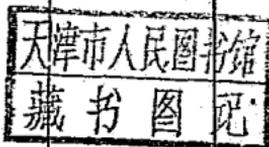
司法院法官訓練所主編  
商務印書館印行



趙  
琛  
編  
著

刑  
法  
總  
則

司法院法官訓練所主編  
商務印書館印行



# 目次

第一章 法例	一
第一條	一
一、罪刑法定主義	二
二、不遑既往之原則	三
三、刑法之淵源須爲法律	六
第二條	六
一、新法優勝於舊法	二
二、從新兼從輕主義	三
三、行爲時法中間法裁判時法	四
四、行爲跨於舊法新法之間究應適用何法	五
五、本條	六
何者有利之比較適用	六
六、保安處分適用新法	七
七、舊法處罰之裁判確定而新法不處罰其行爲者如何執行之問題	七
第三條	一九
一、刑法關於地之效力	二
二、刑法及於國內之效力	二
第四條	二一
一、隔地犯之主義	二
二、隔地犯之解決	二
第五條至第八條	二二
目次	二二

## 刑法及於國外之效力

第九條.....二五

一、經外國確定裁判之案件不適用一事不再理之原則 二、本條之適用

第十條.....二六

一、司法解釋與立法解釋 二、本條之立法解釋

第十一條.....三九

一、刑法總則之效力 二、特別刑法優先於普通刑法

第二章 刑事責任.....四四

一、刑事責任之主觀的要素與客觀的要素 二、刑事責任之一般要素與特別

要素 三、本法關於刑事責任之基礎觀念

第十二條.....四六

一、責任意思之種類 二、犯罪之主體爲自然人

第十三條.....五〇

一、故意之主義 二、直接故意與間接故意

第十四條.....五六

一、不認識之過失 二、注意程度之標準 三、認識之過失 四、未必之故

意與認識之故意的區別 五、過失行為之處罰

第十五條.....六〇

一、積極行為與消極行為 二、行為與結果之連絡 三、積極行為與因果關係

係 四、消極行為之準因果關係 五、因果關係中斷之問題

第十六條.....七一

一、錯誤之概念 二、錯誤之分類 壹、法律錯誤 甲、幻覺的法律錯誤

乙、錯覺的法律錯誤 貳、事實錯誤 甲、法定的事實錯誤 乙、具體的事

實錯誤

第十七條.....八一

一、加重的結果犯之意義 二、加重結果犯加重其刑之限制

第十八條至第二十條.....八三

一、責任能力之觀念 二、未滿十四歲人之行為不罰 三、十四歲以上未滿

十八歲人之行為得減輕其刑 四、滿八十歲人之行為得減輕其刑 五、心神

喪失人之行為不罰 六、精神耗弱人之行為得減輕其刑 七、癡啞人之行為

得減輕其刑

第二十一條.....九〇

目次

一、阻卻違法之原因 二、依法令之行為 三、依所屬上級公務員命令之職務上行爲

第二十二條.....九五

業務上之正當行為

第二十三條.....九六

一、正當防衛之要件 二、誤想防衛誤解防衛與恐怖之過當防衛

第二十四條.....一〇

一、緊急避難之要件 二、不許適用緊急避難規定之例外

第三章 未遂犯.....一六

第二十五條.....一六

一、未遂犯之要件 二、未遂犯之狀態 三、未遂犯與各種犯罪之關係

第二十六條.....二三

一、未遂犯之處罰 二、不能犯處罰之標準

第二十七條.....二八

一、中止犯之要件 二、中止犯之狀態 三、中止犯之處罰 四、中止犯與

間接正犯 五、中止犯與共犯 六、中止犯與數行為一罪

第四章 共犯

一三七

一、共犯之觀念 二、共犯之種類 三、共犯與訴訟之關係

第二十八條

一三九

一、共同正犯之要件 二、共同正犯與意思連絡之範圍 三、共同正犯之處

罰 四、共同正犯與過失

第二十九條

一五四

一、教唆犯之獨立性 二、教唆犯之要件 三、間接教唆犯之責任問題

四、教唆犯之未遂犯與未遂犯之教唆犯 五、教唆犯之犯罪時與犯罪地的問題 六、教唆犯之處罰 七、被教唆者犯罪與教唆之範圍不一致者如何解決

之問題 八、間接正犯存在與否之問題

第三十條

一五六

一、從犯之從屬性 二、從犯之要件 三、事前從犯與事中從犯 四、一方

從犯與間接從犯 五、教唆犯與從犯之罪數 六、實施教唆與幫助相競合時

如何處斷之問題 七、從犯之處罰 八、從犯與共同犯區別之標準

第三十一條

一九二

一、身份或其他特定關係之涵養 二、因身份或其他特定關係成立之罪無特

目次

三

定關係者與有特定關係者能否成爲共犯 三、因身份或其他特定關係致刑有輕重或免除者其無特定關係之人如何處罰

第五章 刑……………一九五

一、刑罰之意義 二、刑罰與懲戒罰強制罰秩序罰行政罰之區別 三、防衛社會主義與主觀主義下之刑罰觀念 四、刑罰合理化之原則

第三十二條至第三十四條……………二〇〇

一、主刑從刑之意義 二、主刑之種類 三、從刑之種類 四、刑罰之執行

第三十五條……………二〇四

一、本條規定之實益 二、主刑重輕之順序

第三十六條至第三十七條……………二〇七

一、褫奪公權之內容 二、褫奪公權之宣告 三、褫奪公權發生效力之時期

第三十八條……………一一一

一、沒收與物的關係 二、沒收與人的關係

第三十九條至第四十條……………一二四

一、專科沒收之特例 二、沒收之宣告

第四十一條……………一二六

一、換刑處分之種類	二、易科罰金之歷史的法理的根據	三、易科罰金之條件	四、易科罰金折算之標準	二二〇	
第四十二條	一、易服勞役制度之變遷	二、罰金易服勞役之過程	三、罰金易服勞役折算之方法	四、易服勞役之執行	二二六
第四十三條	一、易以訓誡之要件	二、易以訓誡之諭知及其執行	二二八		
第四十四條	一、換刑處分之效力	二、換刑處分與累犯之關係	二三九		
第四十五條	一、刑期之起算點	二、未受拘禁日數不算入刑期之特例	二四〇		
第四十六條	一、羈押日數折抵刑期之標準	二、羈押日數折抵罰金之標準	三、羈押抵刑應否載明於主文之問題	二四五	
第六章	累犯	二四五			
第四十七條	二四五				

一、累犯之要件 二、累犯之加重處罰

第四十八條至第四十九條.....二五一

一、裁判確定發覺累犯之處罰方法 二、不適用累犯規定之例外

第七章 數罪併罰.....二五五

第五十條.....二五五

一、一罪數罪之標準 二、一罪之處罰及其與訴訟之關係 三、數罪併罰之要件

第五十一條.....二六五

一、數罪併罰方法之主義 二、本條數罪併罰之方法 三、數罪併罰之裁判

與上訴之關係

第五十二條至第五十四條.....二七二

一、數罪併罰於裁判確定後發覺餘罪之處罰 二、數罪併罰有數裁判時併合

處罰之方法 三、數罪併罰各罪中有赦免者餘罪如何執行之問題

第五十五條.....二七八

一、本條爲數罪併罰之變例 二、想像的競合犯之要件 三、想像的競合犯

之處罰 四、想像的競合犯與法律競合 五、牽連犯之要件 六、牽連犯之

處罰 七、牽連犯之起訴與裁判 八、牽連犯關於時地之效力 九、牽連犯

與吸收犯不同	十、牽連犯與結合犯不同	三一八
第五十六條	一、連續犯之要件	二、連續犯之處斷
	三、連續犯與繼續犯不同	四、連
	續犯之起訴與裁判	五、處斷上一罪之競合
第八章	刑之酌科及加減	三三九
第五十七條至第五十八條	一、科刑之標準	二、科罰金之標準
	三、罰金之酌量加重	三四九
第五十九條至第六十條	一、裁判上之酌減	二、裁判上酌減與法律上減輕之並用
第六十一條	一、裁判上之免除	二、酌科酌減酌免之運用
第六十二條	一、自首減輕之要件	二、自首減輕之原則及特例
第六十三條	一、對於老幼不得處死刑或無期徒刑之限制	二、不適用前項規定之例外
第六十四條至第六十八條		三五五

一、死刑無期徒刑加重之限制 二、死刑無期徒刑減輕之標準 三、有期徒刑拘役罰金減輕之標準 四、有期徒刑之加減例 五、拘役罰金之加減例

第六十九條至第七十二條.....三三九

一、二以上之主刑併加減之例 二、遞加遞減之例 三、主刑加減之順序  
四、加減後不滿一日或不滿一元之零數不算

第七十三條.....三六三

一、酌減之標準及方法 二、加減時應先加減而後科刑

第九章 緩刑.....三六六

第七十四條.....三六六

一、緩刑之要件 二、緩刑之期間 三、緩刑時徒刑是否同緩之問題

第七十五條至第七十六條.....三七四

一、撤銷緩刑宣告之案件 二、緩刑宣告撤銷之效果 三、緩刑宣告未撤銷之效果

第十章 假釋.....三七九

第七十七條.....三七九

一、假釋之條件 二、羈押抵充刑期日數於假釋時不算入執行刑期之內

.....三七九

三、許可假釋之權屬於司法行政最高官署	
第七十八條	三三八
一、撤銷假釋之條件	
二、撤銷假釋之效果	
第七十九條	三八四
一、假釋之期間	
二、假釋未經撤銷之效果	
三、假釋中因他罪受刑之執行	
者其執行之期間不算入前項假釋期內	
第十一章 時效	三八六
一、刑罰消滅之原因	
二、時效之性質	
第八十條	三八八
一、追訴權之時效期間	
二、追訴權時效期間之起算	
三、追訴權時效完成之效果	
第八十一條至第八十二條	三九四
一、計算追訴權時效期間之標準	
二、六刑應加重或減輕時其追訴權時效之計算標準	
第八十三條	三九六
一、追訴權時效之停止	
二、追訴權時效停止原因繼續存在之期限	

第八十四條.....三九九

一、行刑權之時效期間 二、行刑權時效期間之起算

第八十五條.....四〇〇

一、行刑權時效之停止 二、行刑權時效停止原因繼續存在之期限

第十二章 保安處分.....四〇二

一、保安處分立法之重要性 二、我國刑法上保安處分之性質 三、本法保

安處分之種類

第八十六條.....四〇七

一、未滿十四歲人之感化教育處分 二、未滿十八歲人之感化教育處分

三、感化教育之期間

第八十七條.....四〇九

一、心神喪失人之監護處分 二、精神耗弱人瘖啞人之監護處分 三、監護

處分之期間

第八十八條.....四一一

一、服用毒品者之禁戒處分 二、本條禁戒處分之期間

第八十九條.....四一一

一、酗酒犯罪之禁戒處分	二、本條禁戒處分之期間	四一二
第九十條	一、強制工作處分	四一三
二、強制工作處分之期間		四一三
第九十一條	一、強制治療處分	四一三
二、強制治療處分之期間		四一三
第九十二條至第九十四條	一、保護管束之意義	四一三
二、代替保安處分之保護管束	三、緩刑與假釋之保	四一三
護管束	四、執行保護管束之主體	四一六
第九十五條	一、受驅逐出境處分之要件	四一六
二、驅逐出境之理由		四一六
第九十六條至第九十九條	一、保安處分之宣告	四一八
二、保安處分之免除執行	三、保安處分期間之酌量	四一八
延長	四、保安處分之消滅	四一八

# 刑法總則

## 第一章 法例

法典之制定，必有統貫全部法文之規定，是曰總則。刑法總則者，即揭櫫關於適用刑罰法規之一般原則，除有特別規定外，其效力不僅及於分則各章，且及其他定有刑罰之特別法令，故置於篇首，以爲刑罰法令共通適用之法則。

法例爲本法之凡例，用以規定刑法之效力及其適用之範圍。

第一條 行爲之本法之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。

一、罪刑法定主義 本條規定行爲之處罰，概須法律明定，法律無明文者，任何行爲不得處罰，卽罪刑法定主義是也。其用意一在禁止司法者，以其意思與職權，創設犯罪與刑罰，免生司法干涉立法之嫌，二在法律明文與民共信，人民有所適從，當知趨避，三在禁止比附援引，恣意出入，以免同罪異罰，而有枉法濫刑之弊，新派學者，頗嫌本條係基於自由主義或

保守主義之思想，與現代刑事思潮，已不相容，而主張應如蘇俄刑法第十六條及一九三五年德國刑法第二條破壞罪刑法定主義，容許法官可引類似條文，對於行爲，加以處罰，殊不知立法基礎，不能離開本國之時代與環境，吾國人之智識程度法治觀念，均落人後，正宜提倡法治之不暇，如果不顧國情，盲從新制，恐任意出入，擅斷罪刑之黑暗情形，必將重現，故毅然維持罪刑法定主義之原則，使司法權力有所限制，民衆權利，有所保障，然刑法於犯罪雖採絕對法定主義，而於刑罰則採相對法定主義，此於總則編法官自由裁量之權限甚大及分期刑度之範圍甚廣，可以見之，蓋以求法治與人治之調劑耳。

(一)(新例)地方官吏，將人民所出公益捐，撥充地方放賑之用，別無犯罪意思，應認爲處分不當，不能構成犯罪(司法院二十四年，第一三二九號解釋)。

(二)(新例)押打花會之黃某，攜帶已押花會單前往花會場所押打花會，係賭博之預備行爲，不能論罪(司法院二十五年院字第一四〇一號解釋)。

(三)(新例)包工制度，現行法無禁止明文(司法院二十八年院字第一九〇七號解釋)。

(四)(新例)舊有制錢，早經財政部禁止行使，自非修正妨害國幣懲治暫行條例所稱之銅幣，其單純收集銷燬之行爲，法無論罪明文，應不爲罪(司法院三十年院字第二一三六號解釋)。

(五)國民兵團自衛隊，係以已受國民兵教育者志願所組織，該隊士兵私逃與妨害兵役治罪條

例第十二條第一項第一款之意图，避免兵役，於應徵後入營前逃亡者不同，自不成立該條款之罪，其他法令對於此項行爲，亦尙無論罪明文，應不爲罪（司法院三十年院字第二一九九號解釋）。

（六）業主撤佃自種，如無強暴脅迫情形，不能成罪（司法院院字第一〇二二號解釋）。

（七）單純運贓製造紅丸質料，並無毒性成分者，應不爲罪（司法院院字第一〇三七號解釋）。

（八）單純買賣軍用鎗砲零件，法無明文，應不爲罪（司法院院字第一一八三號解釋）。

（九）雀牌除用以賭博財物，應認爲賭博之器具外，其單純由磁道運輸者，法無處罰明文，自不含有違法性（司法院院字第一一九六號解釋）。

（十）未滿十六歲人與人結婚，不成立犯罪（司法院院字第一二八二號解釋）。

（十一）代匪購送食品，而未加入實施擄勒行爲，不能論罪（最高法院二十一年上字第六二七號判決）。

二、不遑既往之原則 行爲應否處罰，應以行爲時之法律決之，故曰「以行爲時之法律有明文規定者爲限」，卽所以揭示刑法不遑既往之原則也。人民固有守法之義務，然必以法律之存在爲前提，苟行爲時並無明文處罰，而依行爲以後頒行之法律，爲處罰之根據，則爲始料所不及，將使人民疑懼，手足不知所措矣。故本條特樹不遑既往之原則，以符法守共償之

旨。  
判解舉例

(一)關於刑事特別法令，既無追適既往之特別規定，凡事犯在前者依刑法第一條應不處罰（司法院二十六年院字第一六三八號解釋）。

(二)查單純偽造商標，在刑法（舊）施行前，並無處罰明文，刑法（舊）第二六八條之規定，依不遑及之原則，自不能適用於其施行以前之行為，同法第一條行為之法律無明文科以刑罰者，其行為不為罪云云，亦即此意（最高法院十八年上字四九號判例）。

(三)刑律（失效）第一條第二項規定凡犯罪在以前法律不以為罪者，雖未經確定裁判，而認為有罪之律預行，仍難援用新律論罪，上告人和姦姪婦，在刑律補充條例（失效）頒行前，既無論罪明文，該條例又應適用刑律總則，為刑律總則第九條所明定，則上告人等和姦行為，按之該條例現在有罪，而依刑律第一條第二項，仍難論罪（大理院四年上字一〇〇五號判例）。

三、刑法之淵源須為法律 人民非依法律，不得逮捕拘禁審問處罰，為訓政時期約法第八條第一項所明定，刑法第一條與約法之規定，互相呼應，即揭示須經適合法之立法程序，制定法律經政府公布施行者，始足為刑法之淵源。其為普通刑法抑係特別刑法，均所不問，至若法律不以為罪而以命令制定罰則者，於法究屬無據，即不得認為有效，蓋命令不得變更法律，

及命令不得制定罰則，已成法治國家之盛則也，然各國刑法，不無以緊急命令或委任命令之形式制定公布者，因其在根本法有所根據，即應有效適用。民國二十七年中央執行委員會常務委員會第八十次及八十一大會議決議修正之國防最高委員會組織條例第七條，規定「作戰期間關於黨政軍一切事項，國防最高委員會委員長認為有緊急處置之必要者，得不依平時程序，以命令為便宜之措施」，是則依該條規定，發布緊急命令，制定特別刑法，亦應認為有效也。法律上倘無處罰之明文，則行為人縱經被人告訴發涉有犯罪嫌疑，檢察官即應以行為不罰為理由，為不起訴之處分（刑事訴訟法第二百三十一條第八款），若在審判程序中，知被告之行為不罰者，法院應即諭知無罪之判決（刑訴法第二百九十三條）。刑法之淵源，固有普通刑法特別刑法之別，惟新刑法施行後，其頒行在前之特別法未經明令廢止者，其效力如何，則依左列標準以定：

(1) 特別法發生時如係屬於舊法加重或減輕規定者，在新法施行之後，如無明令廢止，該項特別法應認為繼續有效。

(2) 特別法發生時如係屬於舊法之補充規定（如舊軍用槍砲取締條例），而新法內已有此補充之規定者，該項特別法雖無明令廢止，亦應認為失效。

(3) 特別法發生時，其特別法內之規定對於舊法有一部為加重規定，一部為補充規定，而新法對於補充部分，雖已吸收在內，然其他部分未經明令廢止者，仍應認該特別法為繼續有效。

效。

實例如左：

(一)某省禁煙條例並未經國家立法程序制定，自不能成爲法律。該省審判廳於暫行刑律（失效）施行後對於販賣鴉片煙犯仍適用此種規則，科斷管屬違法（前大理院二年上字第九號判例）。

(二)查裁種器粟刑律（失效），已有處罰明文，當然有支配全國之效力，至地方行政官廳僅有依法禁種之責，並無另定罰則之權，無論該省行政長官有無准其擇尤竄墜煙犯之通令，既與刑律抵觸依命令不得變更法律之原則，自無優越之效力（前大理院七年上字第五六四號判例）。

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

保安處分，適用裁判時之法律。

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

一、新法優勝於舊法 法律既於施行之日，發生效力，人民即應遵守新法，國家亦應適用新法，以適應新時代新社會之要求，而符新法優勝於舊法之原則，本條第一項前文及第二項之

規定，理由在此。

二、從新兼從輕主義 「適用裁判時之法律」，即以裁判時之法律溯及既往之行為，然此特就裁判時之法律，較諸裁判前之法律對於行為人並無不利或反為有利時始可適用，若裁判時之法律與裁判前之法律齟齬，或竟有不利於行為人之規定時，究應適用裁判時之法律，抑適用裁判前之法律。立法例上雖有從舊主義從新主義從舊兼從輕主義及從新兼從輕主義之分，本條則採從新兼從輕主義。蓋絕對從新，則在舊法時代不為罪而新法以為犯罪，或舊法時代所犯輕罪，本可依當時法律處斷，徒以未經確定裁判，即遇法律變更，若必按照新法處罰，非徒於行為人有所不利，且人民權利常受立法者所左右，此與法律不溯既往之原則，殊有背馳，亦不可不設例外之規定，此第一項但書之所由設也。

三、行為時法中間法裁判時法何者有利之比較適用 「法律有變更」，指法律之修正而言，裁判前之法律，往往有數度之變更，故裁判時法行為時法，固應依本條第一項定其適用，即中間法亦應適用本條，更非僅普通法之變更為然，即特別法之頒行足以影響裁判前法某一部分之效力時，依本法第十一條規定亦應適用本條。至法律之修正，為全部修正，裁判前法因明令廢止抑為當然失效，均所不問。本條既須就中間法比較適用，則為法官者須熟諳二十年內所頒行各種刑罰法令之罪刑（因起訴權時效最長者達二十年），更須明悉孰者有利於行為人，孰者不利於行為人，雖不無繁瑣困難之感，然於人民權利，保護至周，運用適當，存乎

其人。

查夜刑法（十七年九月一日施行現已失效）第二條僅比較犯罪時法與裁判時法之刑，從其刑輕者處斷，本條不曰「適用較輕之刑」而曰「裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」，則其比較有利與否之範圍，不限於刑之一端，舉凡刑事實任，未遂犯共犯之處罰，刑之易科，羈押折抵刑期之日數，累犯連續犯之加重，數罪併罰，刑之酌科及加減，緩刑，假釋，追訴權時效完成與否，告訴乃論與否，以及諭知無罪免訴不受理或免刑等問題，均為新舊法上比較孰者為最有利之標準，如僅有較有利者，固適用較有利之法律，若更有最有利者，即適用最有利之法律，試舉例明之：

- 甲、行為時法中間法處罰而裁判時法不罰者，依裁判時法宣告無罪。
- 乙、行為時法中間法不罰而裁判時法處罰者，依行為時法宣告無罪。
- 丙、行為時法刑重，中間法不罰，而裁判時法刑輕者，適用中間法。
- 丁、行為時法不利，中間法有利，裁判時法最有利者，適用裁判時法。
- 戊、行為時法最有利，中間法不利，裁判時法有利者，適用行為時法。
- 己、行為時法有利，中間法最有利，裁判時法不利者，適用中間法。
- 庚、行為時法中間法與裁判時法刑罰相同或無他項利與不利之分別者，當然適用裁判時之新法，餘例可以遞推。

上開情形比較適用時，應先審查應否諭知無罪，次審查應否諭知免訴不受理，再次則審查、有無法定必應免刑之情形，如無此項情形，則比較新舊法之罪刑孰最有利，其適用新刑法裁判時，應引用新刑法第二條第一項，適用在舊刑法時並須註明但書。例如十三歲以上十四歲未滿者之行爲適用新法教唆未遂之行爲適用舊法，此係應諭知無罪者。又如舊刑法有效時犯一年以上三年未滿有期徒刑之罪，舊法第九十七條第二款，其起訴時效爲十年，新法第八十條第一項第三款，則爲五年，如於新法施行後發覺而其時效已滿五年，即應諭知免訴。又如公務員執行職務時傷害人，依舊法三〇二條二九三條第一項須告訴乃論，新法第二八七條但書則否，如未經告訴或撤回告訴者應適用舊法，諭知不受理之判決。若已依法告訴且未撤回時，仍須就其罪刑比較。又如犯人之配偶圖利犯人而犯贓匿犯人之罪，在舊刑法第一七七條免除其刑，新法第一六七條爲減輕或免除其刑，應適用舊法，此關於有無法定必應免刑之情形也。

刑之比較，主刑依第三十三條之重輕定之，同種類之刑，依第三十五條第二項規定定之，其他則依第三項之規定定之，故應先比較其最高度，最高度相等者，比較其最低度，若有一種以上主刑時，依舊刑法施行條例第二條則明定最重主刑，或其刑期金額不相等者，以最重主刑較輕或其刑期較短金額較少者爲輕，其刑期或金額相等者，以最輕主刑較輕或其刑期較短金額較少者爲輕，本法施行法不設補充規定，蓋解釋上所當然耳。至主刑與從刑，若一於行爲人有利，一於行爲人不利，可就其有利部份，分別適用新法及舊法處斷，始符立法本旨。暫行例（民

國元年三月十日施行現已失效）有期徒刑採等級制，因與輕重無關，故縱須適用舊律裁判，無須記明等級，僅宣示若干年月日爲已足。此外如易以訓誡（第四十三條），輕罪免刑（第六十一條），爲舊法有無，易服勞役及期間，數罪併罰之定執行刑及緩刑，亦較舊法爲寬，均應適用新法，毋庸更加比較，至褫奪公權，除應否褫奪，足爲比較之資料外，惟依舊法褫奪公權時，其期間及資格，應悉依新法之規定（刑法施行法第二條），關於牽連犯之新舊刑法比較，應先就新刑法上之目的方法各罪定一較重之條文，再就舊刑法上之目的方法各罪定一較重之條文，然後再就此兩條較重之條文比較其輕重。

## 判解舉例

(一) (新例) 依刑法第二條第一項但書適用舊刑法處斷時，關於舊刑法總則之規定，亦應適用，但法律別有明文限制（例如刑法施行法第二條第三條第四條等）或舊刑法之規定，不利於行爲人者（例如第六十四條），不在此限（司法院二十四年院字第一三六二號解釋）。

(二) (新例) 在舊法時代之犯罪依舊法須告訴乃論而依新法無須告訴乃論者仍應經過告訴程序（司法院二十六年院字第一六三五號解釋）。

(三) (新例) 刑法第二條第一項但書所稱之法律係指實體法而言，程序法不在其內（司法院二十八年院字第一八五四號解釋）。

(四) (新例) 懲治貪污暫行條例上所列各罪係以軍人或公務員在作職期內所犯者爲限，如在作職期前縱犯與條例相當之罪，至該條例公布後始行裁判，仍不適用該條例之規定，自無援用刑法第二條第一項之餘地（司法院二十九年院字第二〇九四號解釋）。

(五) (新例) 於舊刑法有效時期，犯侵占公務上持有物，及隱匿公務員職務上掌管文書罪，裁判時新刑法已公布施行，其牽連部份之隱匿文書罪，新法固較舊法爲輕，然其所犯從重處斷之侵占罪，舊法尙較新法爲有利，應依新刑法第二條第一項但書仍適用舊刑法（最高法院二十四年度上字第二八十七號判決）。

(六) 於舊刑法有效時期，犯連續強盜罪，裁判時新刑法已公布施行，依新刑法第五十六條第二百二十一條第二項第一項尙得加重本刑至二分之一，與舊刑法第七十五條第二百四十條第二項第一項比較，舊法尙較新法爲有利，依新刑法第二條第一項但書，仍適用舊法（最高法院二十四年度上字第三五二號判例）。

(七) 於舊刑法有效時期，犯假借公務員之權力機會而爲誣告之罪，裁判時新刑法已公布施行，新舊法誣告之刑，雖輕重相等，但依刑法第一百三十四條得加重其刑至二分之一，舊刑法第一百四十條祇加重其刑三分之一，兩相比較，舊法尙較新法爲有利，應依刑法第二條第一項但書，仍適用舊法（最高法院二十四年度上字第三九四號判例）。

(八) (新例) 關於牽連犯案件比較新舊法律孰爲有利於行爲人，應先就新舊各擇一較重之

罪，然後比較其輕重再定應適用之法律，並非先將方法結果各罪相當之新舊法條文分別比較適用，再從一重處斷（最高法院二十四年上字第四五〇一號判例）。

(九) (新例) 按行爲後法律有變更者，原則上應適用裁判時之法律，爲現行刑法第二條第一項所明定，雖該條項但書規定裁判前之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律，惟其所謂最有利於行爲人之法律係指行爲時應適用之法律而言，關於擄人勒贖之罪舊刑法第七三一條第一項規定之本刑，固較新刑法第三四七條第一項爲輕，惟舊刑法施行期內此項罪名已因懲治盜匪暫行條例第一條第一款規定之結果而停止適用，而該條例又係於新刑法施行時同時廢止，是故關於擄人勒贖之案件如其行爲在該條例有效期內而裁判在新刑法施行之後，即應以該條例與新刑法比較適用，決無再行援用舊法處斷之餘地（最高法院二十四年上字第六〇四四號判例）。

(十) (新例) 查刑法第二條第一項但書規定裁判前之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律，是行爲時至裁判時各法律，關於追訴權時效之規定孰爲最有利於行爲人，亦應爲之比較，以定適用之標準，此與舊刑法第二條但書僅應比較刑之輕重者迥不相同（最高法院二十五年上字第三二一一號判例）。

四、行爲跨於舊法新法之間，究應適用何法？行爲者發端於人類意思之身體的動止狀態也。有積極行爲與消極行爲之別，法律變更，在行爲前，抑在行爲後，於該行爲應適用之法律，關係

至爲重要，如法律變更在行爲之前，則變更之法律，卽爲行爲時之法律，當然依該法適用。必法律變更在行爲之後，始爲「行爲後法律有變更」，而入於適用裁判時法律，或最有利法律之範圍。此在卽成犯其行爲卽時終了，卽以其行爲當時有效之法律，爲比較的根據，消極行爲之卽成犯亦然。餘若間接正犯，以被其利用之無犯意者實施行爲，爲論罪之前提，故不應以利用無犯意者時爲行爲時，教唆犯係採獨立處罰主義（第二十九條第三項），原則上應以教唆時爲行爲時，從犯則以實施幫助之時爲行爲時，其與法律之適用，辦之尙易。所成問題者，則爲犯罪行爲，跨於舊法新法之間，如單純的一罪及連續犯牽連犯繼續犯常業犯結合犯等數行爲一罪，其行爲之一部分，實行於舊法之時，而其行爲結果，則成立於新法時期，究應適用舊法乎？抑應適用新法乎？頗涉疑問。依余之見：無論爲單純的一罪，或數行爲一罪，其爲一罪一也，法律對於一罪之適用，只限於一次，萬不能分割而對於各部分爲分別之適用，況其犯罪之完成，已在新法施行之時，則依新法優勝於舊法之原則，當然以適用新法爲合法也。但牽連犯從重處斷之結果行爲，成立於新法時期固應適用，新法倘其從重處斷部分爲方法行爲，且實行於舊法時期，而舊法又較新法爲有利時，則又不妨適用舊法也。實例如左：（最高法院十九年非字第一百五十六號判例）被告某甲，委係觸犯刑法（舊）第三百六十三條第一項之罪，其犯罪行爲雖起於刑法施行以前，但在刑法施行以後，仍連續犯同一之罪，合於刑法第七十五條規定，應以一罪論，其刑法施行前之犯行，屬於連續犯之一部，最終之

行爲，既在刑法施行以後，原判決依刑法第三百六十三條處斷，不予比較舊刑律之輕重，尚無不合。

五、本條第一項「裁判」之範圍 裁判係指國家司法機關所爲之審判而言，如法律變更在行爲後，且在第一審裁判之前，其變更後之法律，自屬裁判時之法律，應生適用之關係，即在第一審裁判後，第二審裁判前，遇有法律變更，亦應以變更後之法律，爲裁判時之法律，而據本條第一項以定其適用與否，蓋就第二審之性質以觀，對於第一審，乃係續審，凡第一審所審理者，均屬第二審應行審理之範圍，自得以法律變更爲理由，撤消在法律變更前之第一審裁判，而適用變更後之法律，自爲裁判，刑事訴訟法第三編第二章對此雖無明文規定，然係當然之解釋，無待明文也。判解舉例如次：

(一)(新例)上訴案例如第二審認原判決權係不當，或第一審判決後法令已有變更，均應認上訴爲有理由，依刑事訴訟法第三百六十一條將原判決撤消，自爲判決(司法院院字第一四四一號解釋)。

(二)第一審判決雖在新刑法(舊)施行前，若經當事人上訴，無論有無理由，第二審應依新刑法(舊)科斷(最高法院院解字第二〇五號解釋)。

(三)原審於審理時刑法(舊)業已施行，自應將第一審判決撤消，改依刑法判決，方爲適法，乃原審併論罪與科刑爲一談，以第一審量刑尚稱允協，於理由中敘明，引用刑法條文

之外，仍維持第一審判決，顯屬違背法律（最高法院十八年度上字第七〇九號判例）。

至於第三審，依刑訴法第三百六十九條之規定，原則上須以判決違背法令爲理由，始得上诉于第三審法院，同法第三百七十三條「原審判決後，刑罰有廢止變更或免除者，得爲上訴之理由，」乃特別之規定。是則第三審裁判，並非當然可認爲本條第一項之裁判，惟法律變更在二審裁判之後，所爲之裁判，又適未確定，自不應聽任該第二審裁判歸於確定，以符法律改善之本旨。故關於「刑罰有廢止變更或免除」之情形，除於刑訴法第三百七十三條，特設「得爲上訴理由」之規定外，並於第三百八十五條第五款，定爲職權調查之事項，第三百九十條第三款，復定爲自爲判決之情形，是第三審之裁判亦爲本條第一項之裁判，蓋基於特別之規定也。

判決確定後，因具備法定之原因而開始再審時，適遇法律有變更，依刑事訴訟法第四百二十九條「開始再審之裁判確定後，法院應依其審級之通常程序，更爲審判」之規定，則其裁判既爲通常程序中之裁判，自得適用刑法第二條第一項而爲裁判也。

非常上訴其目的求統一法令之解釋，審查違法與否爲主，其判決效力以不及於被告爲原則（刑訴法第四百四十一條參照），非常上訴違法，則將上訴駁回，原審判決違法，則將原審判決撤銷（刑訴法第四百三十四條第四百四十四條參照），故在原則上，即不得以確定判決後法律有變更爲理由，而提起非常上訴，經將原確定判決撤銷，加以糾正時，亦應以該確定判

決當時之法律糾正之，但刑訴法第四百四十條第一款有「原判決違背法令者將其違背之部分撤銷，但原判決不利於被告者，應就該案件另行判決」之規定，是則原審判決違法且不利於被告者，在例外上又不妨適用變更在後之法律，而為有利於被告之判決也（有反對說）。

判解舉例

一、非常上訴意旨，認為違法，自屬正當，原審判決，係不利於被告，應予撤銷，另行判決，又現在法律既有變更，自應適用裁判時法律處斷（最高法院十八年非字六十四號判例）。

二、第二審法院審理基於非常上訴程序發交更審之案，因間接受刑事訴訟法第四百三十九條第一款及四四〇條（即刑訴法第四四〇條第一款及四四一條）之限制，自不得為不利於被告之判決（最高法院二十三年度非字第二三五號判例）。

六、保安處分適用新法 保安處分，為刑罰以外防止犯罪之方法，對於特定人發生侵害法益之事實後，認為其人無刑罰之適應性，或非僅用刑罰所能改善者，乃採用一定的保護安全之手段，以消失其反社會的危險性，而達防衛社會目的之處分也。主張以保安處分代替刑罰，甚至主張刑罰制度之根本消滅者，為保安處分立法一元論，主張保安處分與刑罰有差別者，在立法上為二元論，世界各國現行刑法，除蘇俄不分刑罰與保安處分，統稱為社會防衛處分，係採一元論外，餘若德意波蘭等國，大抵皆採立法二元論，我新刑法一面根據正義觀念的要

求，按照防衛社會的目的，對於刑罰制度，加以合理的改革，一面於刑罰之外，另行制定有異於刑罰之保安處分，以期相輔爲用而維持社會秩序，蓋亦屬於二元論之立法也。刑罰固以社會責任爲目的，然在本質上多少含有道德責任之意義，故刑罰足以剝奪犯人之生命自由，具有痛苦之意味，在新舊法交替之時，自以適用最有利於行爲人之法律爲宜，至保安處分，則純以防衛社會爲使命，對於特定行爲人施以感化治療，俾成有用之人，性質上具有保護教養之意義，故本條第二項仿各國立法例，定爲「保安處分適用裁判時之法律」，但應注意者，宣告保安處分，必須確有應付保安處分之必要原因，始可適用新法而宣告之，如並無必要，擅爲宣告，則在受之者，遺無謂之拘束，精神上亦成痛苦，司裁判者，亦難辭枉法裁判之咎也。

七、舊法處罰之裁判確定而新法不處罰其行爲者如何執行之問題 所謂處罰之裁判確定，指科刑之判決不能依通常上訴方法推翻者而言，至有無提起再審，或非常上訴，在所不問，處罰之裁判確定後，法律有變更不處罰其行爲，如已執行完畢，或已經赦免，則亦已矣。若未執行，或執行尙未完畢，其未執行，或未執行完畢之刑，究竟應否繼續執行，頗生疑問，在舊刑法，只有呈請特赦之一法，新刑法特仿意波之例，於第二條第三項增設「處罰之裁判確定後，未執行，或執行未完畢而法律有變更不處罰其行爲者，免其刑之執行」之規定，蓋其行爲本身，因法律之變更，時境之推移，已無反社會的危險性，行爲者縱更爲同一之行爲，亦

無實害之可言，無須再藉執行刑之力，予以教誨預防，故應免其刑之全部，或一部之執行也。所謂法律變更不處罰其行為，無論新法根本不以為罪及以其行為為不罰均屬之。所云免其刑之執行，與免除其刑不同，一為執行之問題，一為實害判決之問題，再免其刑之執行，僅生免除執行之效果，不能影響於刑之宣告，若於法定期內再犯，仍須以累犯論。實例如左：

(一) (司法院院字第一三〇四號解釋) 關於數罪併罰之裁判確定後，未經執行，或執行尚未完畢，其中有一罪，因刑法不處罰其行為，而免除其刑之執行，設仍餘數罪，應依刑法第五十四條及刑事訴訟法第四百八十一條規定，聲請該法院以裁定更定其刑，若僅餘一罪，則依其宣告之刑執行，又牽連犯案件，輕罪之刑，已被重罪之刑吸收，如其處刑之重罪，因法律變更而不罰，應遞免其刑之執行。

(二) (司法行政部二十四年六月十九日訓字第一二二號訓令) 查新刑法雖未設同謀犯專條，但其行為，仍應按其情形，分別論以教唆或幫助之罪，並非不予處罰，自不得適用刑法第二條第三項之規定，免其執行，於以前曾依懲治土豪劣紳條例懲治綁匪條例特種刑事控告治罪法判處罪刑之人犯，應先審查其所犯各該條之罪責，如其構成犯罪之行為，為新刑法施行時之刑罰法令所不罰者，自應免其執行，經呈奉司法院六月七日第三四三號指令內開呈悉該部所見甚是，仰轉飭遵照。

綜上以觀，行為後裁判前，遇有法律變更，而其變更中有不處罰其行為者，無庸係裁判前

之法律，或係最有利之中間法律，在偵查中檢察官對之，應為不起訴之處分（參照刑訴法第二百三十一條第四款），於公訴提起後，在第一審辯論終結前發現有犯罪後法律廢止其刑罰者，檢察官並得撤回起訴（參照刑訴法第二百四十八條）。在審判中，法院應為免訴之判決（參照刑訴法第二百九十四條第四款）。若處罰，裁判早經確定，後經法律變更，不處罰其行為，除有特別規定外（例如再審），雖不能適用變更後之法律，更為判決，但處罰之刑如未執行，則全免其執行，如執行尚未完畢，則免其殘餘部分之執行，以符新法改善之旨。至應否免其刑之執行，由職司指揮執行之檢察官查明辦理可也。

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

一、刑法關於地之效力 第一條及第二條係規定刑法關於時之效力，本條至第八條，則係規定刑法關於地之效力，關於地之法律，主義有五：一、以犯人之國籍為準者為屬人主義。二、以犯人之所在地為準者為屬地主義。三、以侵害本國國家法益或本國人民法益為處罰之標準，而不問犯罪地主權誰屬犯罪人屬何國籍者，為保護主義。四、對於任何場所發生之犯罪，不問為如何地，為如何人，無論何國均得適用本國刑法處罰者，為世界主義。五、折衷主義，統觀我刑法規定，以屬地主義為基本，並有幾分屬人主義，保護主義，世界主義之傾向，蓋折衷主義之立法也。

二、刑法及於國內之效力 本條首定屬地主義之大原則，蓋國家本有獨立完整之主權，故其所預行之法律在本國領域之內，除有屬地的特別法以外，自有普遍的效力也。所謂「領域」指國界以內，受本國主權支配之地域，上自領空下至領土，旁及領海，均包括在內。領土謂我國固有之疆土，領海謂低潮時由沿岸以達六海里之處，領空以圍繞領土領水之界線與天空之垂直線爲其範圍。所謂「領域外」者，凡不屬於中華民國領域之範圍者均是，至是否屬於外國領域可不問也。船艦在領域外者，如軍艦郵政船，依國際法原則，享有治外法權，故可視爲本國領土之伸張，即私船如商船之類，雖應服從所在國之主權，惟在公海上，應視爲領土浮動部分，航空機亦同此例，故曰「在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，以在中華民國領域內犯論」，即該犯罪者，如受中華民國裁判時，應視同中華民國領域內犯罪，適用本法也。

第三條既爲屬地主義之原則，故其犯罪者不問爲本國人或外國人，均應適用本法，然在國際法或國內法上不無例外（參考拙著中國刑法總論五十九頁以下），查前清會頒布理藩院則例，處理蒙古地方訴訟事務，又有番例條款，係對於青海西藏之特別法規，至今均繼續有效，在未廢止前不適用本法，亦國內法上之一例外也。實例如左：

（司法院院字第一百四十三號解釋）查理藩院則例及番例條款，原爲特別法之一種，在未經頒布新特別法令前，自應按照民國十六年八月十二日國民政府通令，就各該地隸屬國民政府

前所適用者，酌予援用。

第四條 犯罪之行為或結果有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪。

一、隔地犯之主義 本條規定，即學者間所謂「隔地犯」，因犯罪行為地與犯罪結果地不同故也。隔地犯之主義有四：一、行為地主義以實施行為之地定犯罪地之標準。二、結果地主義以結果發生之地為犯罪地。三、中間現象主義，謂行為至結果之間，每有中間現象存在，故以發生結果之中間現象之地為犯罪地。四、折衷主義，行為或結果有一在國內者，均認為國內犯罪，細察本條之規定，蓋折衷主義無疑。

二、隔地犯之解決 本條揭示犯罪地之原則，而不及船艦或航空機，然依論理解釋，行為或結果，有一發生於民國領域外之民國船艦或航空機者，亦當以在民國領域內犯罪論，以符前條之立法旨趣。各種犯罪之隔地犯，其犯罪地如何解決，舉例如左：

- (1)消極行為 以犯人為消極行為時之所在地或結果發生地為犯罪地。
- (2)間接正犯 以被利用者之行為地或結果地為犯罪地。
- (3)未遂犯 以未遂行為之地或其結果發生之地為犯罪地。
- (4)共犯 以共同正犯教唆犯或從犯之行為地或其結果發生之地為犯罪地。
- (5)過失犯 以過失行為之地或其結果地為犯罪地。
- (6)連續犯繼續犯 以連續或繼續為各行為之地或其結果地為犯罪地。

(7) 結合犯 以結合各行爲之地或其結果地爲犯罪地。

隔地犯之外，又有所謂隔時犯者，究以何時爲犯罪時，通說以行爲實施時，或結果發生時，均爲犯罪時，惟消極行爲之犯罪，則以法律上應履行義務而不履行時爲犯罪之時，隔地犯與隔時犯，學說上統稱爲隔際犯。於法律適用上，均有密切之關係。

第五條 本法於凡在中華民國領域外犯左列各罪者適用之。

一、內亂罪

二、外患罪

三、偽造貨幣罪

四、第二百零一條及第二百零二條之偽造有價證券罪

五、第二百零一條第二百零二條第二百零四條第二百零一十六條及第二百零一十八條之偽造文書印文

罪

六、第二百零九十六條之妨害自由罪

七、第三百三十三條及第三百三十四條之海盜罪

第六條 本法於中華民國公務員在中華民國領域外，犯左列各罪者適用之。

一、第一百二十一條至第一百二十三條第一百二十五條第一百二十六條第一百二十九條第

一百三十一條第一百三十二條及第一百三十四條之瀆職罪

二、第一百六十三條之脫逃罪

三、第二百十三條之偽造文書罪

四、第三百三十六條第一項之侵占罪

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

第八條 前條之規定於在中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人準用之。

一、刑法及於國外之效力 我國刑法，因採折衷主義，若在國外所犯之罪侵害我國或我國人民之重大利益者，亦得適用我國刑法，定罪科刑，始足以補第三條屬地主義之所短，惟其適用範圍係採限制的規定，即第五條至第八條之犯罪如受我國之裁判時，始得適用耳。

(一)第五條列舉各罪不問爲本國人或外國人，均得適用本法，第一款至第五款，與我國之生存、財政、經濟信用，有莫大之利害，故採保護主義之精神，至第六款第七款，因禁止奴隸、緝捕海盜，已爲國際上共同之要求，故特爲規定，以符世界主義之立法精神，本條各款規定，如無條文之限制，則以該章所規定者爲限，如有一定之範圍，則僅以各該本條所規定者爲限，惟均須具備各該本條所定之構成要件，至特別刑法，與列舉之罪質相當者，依第十一條規定，亦得適用本法，且其適用之範圍，並不限於直接實施正犯，即教唆犯間接正犯，亦得適用。

(二)第六條之公務員，不以中國國籍爲限，外國人爲我國公務員者，亦在適用本法之例，第一款至第四款列舉之罪，非有虧忠實努力之職守，即違背清廉自矢之義務，故加以處罰，其目的既在於保護國家之公務，自屬保護主義之立法例。

(三)第七條之適用須具備四要件，即(一)行爲者須爲中華民國之人民，何者爲中華民國人民，依國籍法之所定。(二)犯罪地在中華民國領域外。(三)犯最輕本刑爲三年以上有期徒刑之罪，本刑卽法定主刑，縱依法有應加減之原因，仍須以法定刑爲計算之標準，最輕在單一刑間，指最低度而言，在選擇刑間，其輕重依第三十三條之次序定之，法定最輕本刑是否爲三年以上有期徒刑，須比照分則各該條觀察之。(四)犯罪地法律亦加處罰，苟犯罪地法律，規定爲不罰，則其行爲在外國本無危險性，自無干涉之必要，本條之設以處罰本國人民爲限，蓋於保護主義之外，兼採屬人主義也。

(四)第八條準用第七條規定，適用於外國人之犯罪者，以保護本國人民之利益，故爲保護主義之立法，惟須具備下列要件：(一)犯罪主體爲外國人，其有無國籍，或隸何國籍，均所不問，但根據不平等條約享有領事裁判權之外國人，目前暫難適用。(二)在中華民國領域外對於中華民國人民犯第五條第六條列舉以外之罪。(三)犯罪地法律，非不罰者。(四)最輕本刑爲三年以上有期徒刑之罪，蓋保護本國人民法益之餘，仍須泯除犯人不平等之感，並避國權之衝突也。

二、除上述第五條至第八條規定外，對於在中華民國領域外之犯罪者，不無亦得適用本法之例，如陸海空軍刑法第四條規定「陸海空軍人在中華民國軍隊占領地域內犯罪法或其他法令之罪者，以在中華民國內犯罪論，其在中華民國軍隊占領地域內之本國人民與從軍之外國人及俘虜犯罪者亦同」，即基於國內法之例也。中華民國駐外使館之區域，享有治外法權，在使館內犯罪者，亦應適用本法處罰，則基於國際法也。

再犯人在民國領域外犯罪亦適用本法者，非謂本法之施行力，可及於領域之外，除犯人自來本國，得以逮捕審問處罰外，須經請求外國引渡犯人之手續，受本國裁判時，始得適用本法，此點須特別注意也。

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

一、經外國確定裁判之案件，不適用一事不再理之原則 同一行為，往往觸犯二國之法律，設其行為，已受外國確定裁判，能否仍依本國刑法處罰。立法例上有承認外國判決力與不承認外國判決力之分，本條則採後例，蓋外國法院之確定裁判，只足供事實上之參考，決不能與本國之裁判同視，致自損其國權，故普通所謂「一事不再理」之原則，不適用於外國之確定裁判，而仍得依本法處斷也。

二、本條之適用 同一行為，經外國裁判尚未確定者，當然得依本法處罰，本條則指經外國確

定裁判之行為，仍得依本法處斷，然非有必須處罰之義務，如其行為已經大赦或起訴權時效消滅者，自亦無從論罪科刑也。惟犯人經外國確定裁判，並已受刑之執行完畢，或執行一部者，若使其受兩重處罰，未免有失情法之平，故設但書規定，以資調劑。所謂「已受刑之全部或一部執行」，與「得免其刑之全部或一部之執行」並非互相針對，故已受執行之事實，縱或存在，並非必須免其執行，如認為有免其執行之必要者，亦非已受全部之執行者，必免其全部之執行，已受一部之執行者，必免其一部之執行也。本條但書「得免其刑之執行」非檢察官指揮執行之問題，不過一方為科刑判決，同時諭知得免其刑之執行而已，究竟應否再理及可免其刑之執行，一任法官之自由裁量。舊法探必誠免主義，本法則探得免主義，可為本法第二條比較有利於行為人與否之資料。實例如左：

（大理院九年統字第一三九〇號解釋）華工在英國犯罪，經英國裁判所判處罪刑，執行未完，遞解回國，仍得依刑律（已失效）處斷，但已受其刑之執行，或徑免除者，得免除或減輕本刑。

第十條 稽以上以下以內者俱連本數或本刑計算。

稱公務員者謂依法令從事於公務之人員。

稱公文書者謂公務員職務上製作之文件，

稱重傷者謂左列傷害：

一、毀敗一目或二目之視能。

二、毀敗一耳或二耳之聽能。

三、毀敗語能味能或嗅能。

四、毀敗一肢以上之機能。

五、毀敗生殖之機能。

六、其他於身體或健康有重大不治或難治之傷害。

一、司法解釋與立法解釋 司法解釋者，指司法院統一解釋法令疑義，及最高法院依法所爲之判決，足爲先例者而言。司法解釋在刑法上，只許爲文理解釋，論理解釋，或當然解釋，而不許類推解釋，雖較一般學者的解釋爲有拘束力，然終不及立法解釋之效力。蓋立法解釋者，立法當時所爲之解釋，有以條文特定解釋者，有附於理由書內者，有載於報告書者，其效力之大，以特定條文爲最，立法解釋有絕對的效力，故亦曰有權解釋。

二、本條之立法解釋 本條僅揭示數項重要用語之解釋如左：

第一項規定以上以下以內之計算標準，稱「以上」「以下」者如第一百二十四條第一百二十五條之「一年以上七年以下有期徒刑」，第十八條第二項之「十四歲以上」，第四十一條之「最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之罪」，其以數計算者連本數計算，以刑罰計算者，連本刑計算。稱「以內」者，如第四十七條之「五年以內」，五年當然在以內之數也。此外條文

中，常有稱「滿」稱「內」亦連本數計算，稱「未滿」及稱「外」者，則不連本數計算。

第二項之解釋公務員，係採概括主義，因公務人員，不能一一列舉也。無論為政務官，或事務官，為選任特任前任委任或聘任，或其他無官階之公職人員，舉凡依本國合法之法律或命令從事於公務者，不問為中國人，或外國人，均為刑法上之公務員。公務員所從事者既為公務，故營個人利益事業之律師，固不得稱為公務員，即本於國民義務之兵士國丁，亦不得稱為公務員。公務指國家行使公法上權力之一定的事務，而執行公共團體事務之人不能謂為公務員，惟中國國民黨之黨務，依判例解釋，認為公務，執行黨務人員，亦得當以公務員論。至商人向政府認包捐稅係政府與人民之契約行為，既將其事務移轉於私人經營之範圍，自不得稱為從事於公務矣。

判解舉例

(一)(新例)上海租界捕房之探目華探等難認為刑法上之公務員(司法院二十四年院字第一三三四號解釋)。

(二)(新例)鄉長既經縣長擇委應認為公務員(司法院二十四年院字第一三四二號解釋)。

(三)(新例)縣監所協進委員會建設委員會及糧食管理委員會之委員由縣長選聘，倘於法令有據自可認為公務員(司法院二十五年院字第一四五四號解釋)。

(四)(新例)救濟院院長及副院長各所主任暨所屬職員既係依法令從事於公務，無論有無俸

給均得認為公務員（司法院二十五年院字第一四九三號解釋）。

(五) (新例) 堽首經理委員董事等既僅由出資修堤之堽衆公推，報由政府例案，並非受有委任，自不得認為公務員（司法院二十五年院字第一五一五號解釋）。

(六) (新例) 郵局信差係郵政法所稱之郵政人員並係刑法所稱之公務員（司法院二十七年院字第一九四六號解釋）。

(七) (新例) 一各縣與軍法審判機關之看守所及陸軍監獄之看守所均應認為公務員，二隨時指派看守禁閉室人犯之士兵不得認為公務員（司法院二十七年院字第一七六一號解釋）。

(八) (新例) 聯保辦公處主任及書記既按組織規則委用應認為刑法上之公務員，至義園團長原由糧戶推舉之甲正補充不得認為公務員（司法院二十七年院字第一七八二號解釋）。

(九) (新例) 湖北省銀行之科長由行長依銀行章程任用應認為刑法上之公務員（司法院二十八年院字第一八八二號解釋）。

(十) (新例) 保甲長係依法令從事於該保甲之公務自屬刑法上之公務員，不因其由居民補充而有異，至他人代其處理公務仍與該保甲長之公務員身分不生影響（司法院二十八年院字第一九四〇號解釋）。

(十一) (新例) 公路局係國營事業機關其所用之汽車司機自係刑法上之公務員（司法院二十九年院字第二〇八二號解釋）。

(十二) (新例) 中國運輸公司爲獨營事業其在該公司修車廠服務之機工應認爲刑法上之公務員(司法院二十九年院字第二〇八四號解釋)。

(十三) (新例) 後方之稅警隊長警察局長因維持平時及空襲時治安，將所在地之聯保主任保長團丁等編爲基地防空指揮部警備總隊部，內設指揮隊長班長等，即以該隊長局長聯保主任保長團丁充。此項部隊爲消極防安及維持治安，並非陸海空軍之編制，各該指揮隊長團丁等除原有軍人身分或原職具有公務員資格外，不得認爲軍人或公務員(司法院三十年院字第二一五四號解釋)。

(十四) (新例) 縣國民兵團所委之鄉隊部教練員既非縣市國民兵團各級幹部規定之人員，即不能視同軍人，但其在鄉隊部任教練員之職核與戰時各隊部協助國民兵補訓辦法第九條第三項所載鄉隊附員訓練之責者相當，並係受該縣國民兵團所委派，究不失爲依法令從事公務之人員，至保書記名義在縣各級組織綱要雖無規定，但既辦理該保書記事務，亦係依法令從事公務，依刑法第十條第二項均屬公務員，其同犯藉端勒索罪依懲治貪污暫行條例第一條第二條第四款第八條應由有軍法職權之機關審判(司法院三十年院字第二一六七號解釋)。

(十五) 省立學校校長，如經中央或省政府任命，即係依法從事公務之職員，當然包括於刑法(舊)第十七條公務員範圍之內(司法院院字第二三九號解釋)。

(十六) 依現行之縣保衛團法，縣爲總團，以縣長爲總團長，而原呈內稱團總云云，非依縣保

衛團法編制，自不能認爲刑法（舊）第十七條之公務員，即無須依第一百四十條加刑（司法院院字七〇〇號解釋）。

（十七）縣保團軍事訓練員，既從事於公務，無論聘任委任，均爲公務員（司法院院字第九二五號解釋）。

（十八）各縣清鄉人員，由縣政府依清鄉條例選派者，應認爲公務員（司法院院字第九二六號解釋）。

（十九）保甲長暨縣保衛團隊官長，其從事於公務，若有法令可據，即屬於刑法（舊）第十七條所稱公務員（司法院院字第一〇二〇號解釋）。

（二十）黨部之執監委員，依黨章組織，當然爲公務員，至肅反專員及幹事錄事等，是否公務員，以其資格在法令上有無根據爲標準，如果黨部肅反專員派遣偵緝之幹事，錄事並無法令上之根據，即不得爲刑法（舊）第十七條所規定之公務員（司法院院字第一一四六號解釋）。

（二十一）保甲守望隊護勇隊及善後委員會，如其組織於法有據，則保長守望隊長護勇隊長善後委員，當然爲刑法上之公務員（司法院院字第一一八四號解釋）。

（二十二）官紳組織之清鄉委員會，既無法令上之根據，其充任該會之委員不能認爲公務員（司法院院字第一二〇〇號解釋）。

- (二十三) 刑法(舊)第十七條規定，稱公務員者，謂職官吏員及其他依法令從事於公務之職員及職員，至於律師，不能包括在內(司法院院字第一九五號解釋)。
- (二十四) 縣鹽務局，如係私人承包性質，其雇用之丁役，不得視為公務員。人民因其搜查私鹽，啓封入店毆打，自不能成立妨害公務之罪(司法院院字第八一三號解釋)。
- (二十五) 莊長既非職官吏員，又非依現行法令從事於公務之職員及議員，自不能認為公務員(司法院院字第七三〇號解釋)。
- (二十六) 總商會商會之會長，或常務委員，其所處理之事務，並非公務，當然不能認為公務員(司法院院字第八四九號解釋)。
- (二十七) 士兵不能離軍隊而獨立，故現役士兵，不能視為刑法上之公務員(司法院院字第一〇六三號解釋)。
- (二十八) 村街長從事於村街公務，既有該省單行法令可據，如與中央法令尚無抵觸，自應認為刑法上之公務員(司法院院字第一二九五號解釋)。
- (二十九) 商人向官署認包捐稅，係屬官署與人民之契約行為，不能視為公務員(司法院院字第一三七七號解釋)。
- (三十) 服務於國營事業機關之人員，亦應視為公務員(司法院院字第一〇六一號解釋)。
- (三十一) 業務得認為公務之一種，對於正式黨部有妨害行為，可依妨害公務論罪(最高法院

十七年解字第十七號解釋)。

(三十二) 上訴意旨，雖謂印花稅分局局長，係依章程招商承包，並無俸給，不能謂爲刑律上之官員，然查刑律第八十三條所載稽官員之文例，與刑法(舊)文例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，條件相同，於有無俸給，均非所問，按印花稅爲國家之收入，其承辦是項稅收者，當然爲從事於國家之公務，而據上訴人提出之部訂各省區印花稅處招商包銷各縣印花章程第二條，凡承辦支處印花稅，須遵守印花稅法及各項章程辦理，其資格以家道殷實，具有稅務經驗者爲限云云，則招員承包，不過上訴人取得局長資格之程式，其爲依法令從事於公務之職員，即依該條規定亦極明顯(最高法院十九年上字第一五五六號判例)。

(三十三) 上訴人既充警所巡長，自係依法令從事於公務之職員(最高法院十九年上字第一九五四號判例)。

(三十四) 刑法上所稱之公務員，有一定之條件，非依法令從事於公務之職員，不能列入公務員之內，據上訴狀稱，伊在公安局充當偵探，係公役性質，僅由偵探長給以探證，並無委任，則該偵探名目，是否根據於法令，尙不明瞭，設在法令上並無根據，祇因一時便利，而雇用幫同探訪之人，即非刑法上所稱之公務員(最高法院二十年上字第一三二一號判例)。

(三十五) 鄉長副鄉長，依縣組織第四十條所規定，顯係依法令從事於公務之人員，乃假借職務上之權力，故犯妨害人自由及傷害人身體之罪，自應依刑法(舊)第一百四十條加重本刑二分之一(最高法院二十二年上字第三一三三號判例)。

(三十六) 刑法(舊)第一三三條第一項瀆職罪之成立，係以有訴追犯罪職務之公務員為前提，保衛團教練員，係由各區聘任，既不得謂為公務員，尤非有訴追犯罪之職務者可比，則其對於被害人，縱屬意圖取供而施強暴脅迫，要不能構成該條之罪，又教練員無逮捕犯罪人之權，無論被害人是否竊盜，既非現行犯人，乃竟逮捕毆傷，其觸犯非法剝奪人行動自由及傷害人之罪，自無疑義，且其將被害人拿獲後，因不承認行竊，始加以毆打，是其逮捕行為與傷害行為，並無方法結果關係，自應併合論罪(最高法院二十一年非字第八號判例)。

(三十七) 查上訴人承包全縣牲畜稅，全年認繳正稅一千八百五十元，地方教育附捐六百二十元，警備附捐一百五十元，至應徵之正稅，省政府核准施行之徵收牲畜稅簡章，既有規定，自應依章徵收，其地方教育警備附捐，亦應按照正稅比例附徵，方為正辦，乃上訴人假公濟私，以欺罔之方法，取得他人財物，原審以上訴人係以商人資格，招標承包稅務，非刑法(舊)第十七條之公務員，依據刑法(舊)第三百六十三條第一項處斷，尙無不合(最高法院二十一年上字第二五二號判例)。

(三十八) 團正督練等名目雖非依縣保衛團法組織，自不能認爲刑法（舊）第十七條之公務員（最高法院二十二年上字第八八八號判例）。

(三十九) 刑法（舊）第十七條所稱公務員，必所從事者爲公務，且其從事於公務，非僅基於國民義務者，始足當之，如係基於國民義務執行一定事務者，則不能認爲公務員，充當團丁係由每鄉輪派，自視基於國民義務執行其團丁之事務，顯非刑法上所稱之公務員（最高法院二十三年上字第八九三號判例）。

(四十) 區公所因執行區務，設置區丁，爲縣組織法及區自治施行法所規定，不得謂非依法令從事於公務之吏員（最高法院二十二年上字第三五二八號判例）。

(四十一) 查司法警察及庭丁，皆係依法令從事於公務之職員（前大理院統字第一一〇號解釋）。

(四十二) 中央或該省有指定雇員辦理公務之章程，或成案者，其雇員自可認爲刑律上之官員（前大理院統字第一九五號解釋）。

(四十三) 依法院編制法（失效）第一百四十二條（與法院組織法第十五條相當）特設之通譯，自應認爲刑律上之職員（前大理院統字第二五〇號解釋）。

(四十四) 兵士不得以吏員論，但探訪隊乃係從事於公務之職員（前大理院統字第六六六號解釋）。

(四十五)縣署警備隊兼無法警職務，自應認為刑律上官員（前大理院統字第六八八號解釋）。

第三項規定公文書之意義 公文書以公務員之身分，及依其職務所制作為要件，「公文書」有充分證據力，偽造變造毀棄損壞公文書者，比一般文書保護較周，處罰亦較重，故於總則闡明其意義。「制作」不限於「已制作」者，即「應制作」之公文書亦屬之，更不限於實質上之制作，即形式上之制作，亦包括之，如以私文書編入卷宗，或以當事人所立文契，粘連於公文書者，亦為制作行為，該私文書，又當以公文書之一部論矣。「職務上所制作」，別於因私事而制作，即基於公法上與與權力的發動而制作之意，以公務員名義行之為公文書，以公署名義行之者亦為公文書，縱非公務員自身制作，而基於其職務，命令他人作成以公務員名義行之者，仍不失為公文書，至公務員個人之函札文件，並非基於職務所制作者，其非公文書，可不待論。

#### 判解舉例

一、地契既經官署粘連契尾，蓋用官印，即發生公文書之效力，對於此項紅契，私填丈尺，既應認為變造公文書，而變造後，復行提出，應論以刑法（舊）第二百三十三條第一項之行使罪（最高法院二十一年上字第二一〇號判例）。

二、上訴人裝運糖包，所蓋戳記，係上訴人偽造，兩審以此項戳記，為海關證明已經納稅之符

號，依刑法（舊）第二百三十八條及第十九條之規定，認上訴人偽造公文書，並以其意在漏稅，貪圖微利，情有可恕，予以酌減本刑，已屬從寬，上訴意旨，難謂為有理由（最高法院上字第三一四六號判例）。

三、菸酒公賣局將公賣事務，招商承辦，則所設之公賣分棧，尚非官員奉職務之衙署局所，其有偽造該分棧公文書者，自不能成立偽造公文書罪（前大理院六年上字第八四號判例）。

第四項規定重傷之意義 「毀敗」指受傷部分，喪失全部機能之謂，若僅喪失一部機能，則為減衰效用，不得謂為毀敗，第六款「身體或健康」之傷害，不以肉體與機能為限，精神狀態亦包括在內，「重大不治或難治」當從其結果定之，不治者根本不能治療之謂，難治者於易治與不治之間，均不外為重傷之狀態。

判解舉例

（一）（新例）變更容貌至重大不治之傷害，本應認為新刑法第十條第四項第六款之重傷，況判決在新刑法施行前，應照判執行，並非違法無庸提起非常上訴（司法院二十五年院字第一四五九號解釋）。

（二）（新例）被害人被毆當時，雖已肋骨受損，但經醫治之後已經復原，即未達於毀敗一肢以上機能之程度，尚不能律以致人重傷罪刑（最高法院二十四年上字第六六二二號判例）。

（三）精神狀態，包括於健康狀態之中，但刑法（舊）第二十條第五款，非專就精神狀態而

言（司法院院字第二三七號解釋）。

（四）打傷人手指成廢，爲手之一部喪失活動之能力，尙非毀敗全肢之機能，與刑法（舊）第二十條第四款之重傷不同（最高法院十九年非字第一三七號判例）。

（五）某氏之鼻準被割後，既不能回復原有之容貌，具有傷害重大，已成不治，自合於刑法（舊）第二十條第六款之規定（最高法院十九年上字第二〇五二號判例）。

（六）刑法上所謂毀敗機能及於身體健康有重大不治之傷害，乃指傷害之結果確係機能毀敗，或身體健康確有終身不治之傷害者而言，若僅一時不能動作不過受傷後之狀態能否認爲已達重傷程度，自非專門學識之人，詳予鑑定，不足以資核斷（最高法院二十年上字第五四七號判例）。

（七）毀敗一目或二目之視能，依刑法（舊）第二十條第一款規定，雖列於重傷之內，但所謂毀敗，指全部喪失其視能而言（最高法院二十一年非字第八三號判例）。

（八）毀敗一肢以上之機能爲重傷，刑法（舊）第二十條第四款既有專款規定，則傷害四肢之重傷，自以有被毀敗之情形爲限，其同條第五款規定於身體或健康有重大不治之傷害，自不包括傷害四肢在內，細譯法文語意，至屬明顯，而所謂毀敗者，乃指完全喪失其效用而言（最高法院二十五年上字第一二四二號判例）。

（九）（新例）五官外形均與容貌有關，若使脫落一半容貌明顯有缺陷而不能回復原狀，核與

刑法（舊）第二十條第六款所稱變更容貌，且有重大之傷害，適相符合，原審認定犯罪事實以容貌於兩耳之外，別有所指，割去右耳一半，尙未達於重傷程度，法律上之見解不能謂爲正當（最高法院二十三年上字第四五七三號判例）。

（十）照函述（有姦夫以一種藥料交由姦婦暗投入本夫之食品內，其目的並非欲毒殺本夫，其藥料亦不達殺人程度，不過欲使本夫之威嚴心性變爲放縱不羈之心性，以達其肆無忌憚之目的。）情形，如果所施毒藥，係屬有意使本夫迷失本性，自應依刑律（失效）第三百十三條並查明傷害程度處斷（前大理院統字第八二八號解釋）。

（十一）毆落牙齒依刑律（失效）第八十八條應以輕微傷害論（前大理院統字第三二二號解釋）。

（十二）割斷腳筋使其行動不能自由，係與刑律（失效）第八十八條第二項第四款規定相當，並未至於毀敗肢體之程度（前大理院二年非字第五十一號判例）。

（十三）所謂毀敗，係指全部喪失效用者言之。若僅屈伸不能自如而尙能行動，自未到毀敗之程度（前大理院八年上字第三十四號判例）。

（十四）被害人所受腿傷，是否臻於毀敗，卽是否已至篤疾，不能以驗傷時骨之斷折爲標準，須就醫治後之實在狀況斷定（前大理院八年上字第六九〇號判例）。

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

一、刑法總則之效力 刑法典總則編之規定，率爲刑法上共通之法則，其效力非但及於刑法分則，即其他有刑罰之法令原則上亦適用之。「其他法令」即法律與台法之法規命令，若各種刑罰法令，一一設置總則，爲詳盡之規定，非僅爲事實上所難能，且於適用上亦感繁瑣不便，故本條規定本法總則於其他法令有刑罰之規定者，亦適用之，以資應用簡便。

二、特別刑法優先於普通刑法 普通刑法之外，既有特別刑罰法令之存在，而此種特別法令，又分爲應付特殊情形而制定，則另設與本法總則相反之規定，自所不免，倘仍以本法總則，排除其適用，即有違特別立法之本旨，故本條復設但書規定，以示特別刑法優先於普通刑法之意。茲演繹「但其他法令有特別規定者不在此限」之義，析述如左：

甲、其他法令有死刑，無期徒刑，拘役，罰金，沒收，褫奪公權之規定，而無獨立之總則者，當然適用刑法總則，惟須注意兩點：（1）其他法令之刑度及其計算方法不必盡如刑法總則第三十三條第三十四條之規定，例如私鹽治罪法於有期徒刑尚沿用等級計算法，另有特別刑事法令刑等計算標準條例（十七年八月二十五日公佈九月一日施行），爲之準據，不能以該項法令之採刑罰等級制，與本法規定不符，遂不適用本法總則也。（2）其他法令之罰則，爲秩序罰行政罰，如罰鍰怠金拘留之類，固不能適用本法總則，其他法令中復有費用本法刑罰之名稱，而實際上並非具有特別刑法之性質者，亦毋庸適用本法。例如禁止未成年者吸紙煙飲酒規則第二條第二項規定持有之煙酒及煙具酒具均沒收之，其沒收含有

秩序罰之性質，又如違背海關緝私條例而處罰者，不稱罰鍰而稱罰金，竊其性質則為行政罰，縱與本法刑名雷同，實用時不可拘泥刑罰名稱，而應就其性質區別，以定本法總則之應否適用，宜留意也。

乙、其他法令有獨立之總則者，得於不相抵觸之範圍內，適用本法總則。如陸海空軍刑法，定有總則一編，其與本法抵觸者，當然不適用本法總則，但其無特別規定之事項，仍應適用本法總則。

丙、其他法令雖無獨立之總則，而已以明文規定不適用刑法總則之某部分者，除特別規定不適用之部分外，其他部分仍可適用。如舊出版法第四十二條規定「本法所定各罪不適用刑法累犯及併合論罪之規定」是也。

丁、其他法令雖無排斥刑法總則之明文，而推設立法旨趣，應適用其特別規定者，則在其範圍內，亦不能適用刑法總則。如新出版法第五十二條「規定本法所定各罪之追訴權，逾一年而不行使者，因時效而消滅」，是則本法第八十條追訴權時效之規定，即不能適用於新出版法也。

#### 判解舉例

(一)(新例)教唆或幫助避免兵役，應適用刑法第十一條前段第二十九條或第三十條依違反兵役治罪條例(舊)各本條規定論科(司法院二十七年院字第一七五二號解釋)。

- (二) (新例) 甲以紅丸筒代替煙槍吸食鴉片係犯持有專供吸用毒品之器具，及吸食鴉片之罪，應予併合處罰(司法院二十九年院字第一九七三號解釋)。
- (三) (新例) 縣政府所設置之軍法本審員，依縣長及地方行政長官兼理軍法暫行辦法第九條規定僅係輔助縣長辦理軍法事務，如因承辦軍法事務觸犯普通刑法上罪名，仍應由法院審判(司法院二十九年院字第二〇八三號解釋)。
- (四) (新例) 依行政法令應處之罰鍰既無刑罰之性質，自不適用刑法總則關於時效之規定(司法院二十九年院字第二〇八六號解釋)。
- (五) 依懲治盜匪暫行條例(失效)第二條死刑減等之案件，應查照特別刑事法令刑等計算標準條例第三條至第五條及刑法(舊)第七十九條第二項之規定辦理(司法院院字第四七號解釋)。
- (六) 乙婦與綁匪甲有夫婦同居關係，代為照護被綁匪小孩，應成從犯，但得適用懲治盜匪暫行條例(失效)第二條第三款及刑法(舊)第七十七條處斷(司法院院字第二六一號解釋)。
- (七) 禁煙法(失效)既無不准緩刑之規定，則吸食鴉片煙犯自得適用刑法(舊)第九十條宣告緩刑(司法院院字第三四六號解釋)。
- (八) 印花稅暫行條例(已因印花稅法施行而失效)所定罰金係行政罰，無適用刑法總則關於併合論罪規定之餘地(司法院院字第四八七號解釋)。

(九) 依懲治盜匪暫行條例（失效）第十條刑法（舊）總則第四十四條關於從犯之規定，當然適用於該條例第二條之情形，更應依該條減輕處斷（司法院院字第五一八號解釋）。

(十) 對於捲煙漏稅之罰金案件，如被告無力完納罰金，除得強制執行外，不適用易科拘留或管收諸規定（司法院院字第六九八號解釋）。

(十一) 出版法（舊）第六章所定罰則係特別刑法（司法院院字第一〇九九號解釋）。

(十二) 印花稅暫行條例（失效）所定罰金，雖係行政罰，但貼用已經貼用之印花，合於刑法（舊）第二百三十三條第二項行使已使用之各種印花稅票之情形，自應依之處斷，不得再依該條例第七條科罰（司法院院字第一一四四號解釋）。

(十三) 查特別法優先於普通法，為適用法律之原則，專供吸食鴉片之器具，應予沒收焚燬，禁煙法第十四條已有規定，當然不能再適用刑法（最高法院十九年非字第二二二號判例）。

(十四) 依懲治盜匪暫行條例（失效）第二條第三款減輕其刑之綁匪，如有合於刑法（舊）第七十七條酌減情形時，仍得依同法第九條第八十七條第一項遞減其刑（最高法院二十一年上字第三二九號判例）。

## 第二章 刑事責任

刑事責任者，人民違反刑罰法令，成爲犯罪行爲時應受刑事制裁之責任也。所謂「刑事」即「犯罪」之意，法律上所謂「犯罪」，乃刑罰法令所列舉科以刑罰制裁之有責違法行爲也。民法行政法上，雖無有責違法之行爲，惟大抵僅以負擔賠償損害責任，或受強制罰懲戒罰而止，故其行爲若非刑事法上附以刑罰制裁之規定者，即無刑事責任之可言也。

犯罪爲犯人之反社會的行爲，一方須有反社會的犯人，一方須有反社會的犯行，前者爲刑事責任之主觀的要素，後者爲刑事責任之客觀的要素。

一、刑事責任之主觀的要素與客觀的要素 刑事責任之主觀的要素，爲責任，意思與責任能力兩者，責任意思即表現惡性之意思狀態，刑法上關於責任意思，以處罰故意爲原則，處罰過失爲例外。犯罪之成立，又須有足以使受刑罰制裁之主體的資格爲要件，此主觀的狀態即責任能力是也。刑法上以精神成熟且無障礙者，始認爲具有責任能力，而可歸責任於其人，使受一定之刑罰，故亦稱爲刑罰適應性。

刑事責任之客觀的要素，即犯罪行爲之反社會性，又可分爲兩面觀察：（一）行爲之危險性，刑法規定之犯罪行爲，即此危險性之表現，刑法上科刑之標準，固以犯人之主觀的惡性爲重

要之根據，然客觀的行爲危險性，亦不能忽視也。(二)行爲之違法性，違反刑事法之行爲，非必均成犯罪，每有外形上雖似犯罪，而爲法律所容許不罰者，則其行爲即非違法，其行爲無「阻卻違法原因」之存在者，即爲行爲之違法性。

二、刑事責任之一般要素與特別要素 一般要素，爲任何犯罪共通之構成要素，大抵規定於刑法總則，如犯罪主體，犯罪客體，責任意思，責任能力，行爲之危險性，行爲之違法性等是，特別要素，爲各種犯罪之特別成立要件，如竊盜罪之竊盜行爲，殺人罪之殺害行爲是，多規定於刑法分則或其他特別刑法，外形上雖似犯罪，如未具備此種一般要素與特別要素，即不能令其負刑事責任。

三、本法關於刑事責任之基礎觀念 刑事責任之理論，本有二說：(一)道義責任論，此說以爲人類達於一定年齡且無精神障礙者，有自由意思，其依自由意思爲一定之行爲者，應負其行爲及結果之責任。蓋係根據道義以觀察其行爲之是非辨別力者也。(二)社會責任論，此說以爲危害社會者，社會有防衛自身之必要，是以對於有危害社會之能力者，科以一定的制裁，乃社會生存上必然之要求，其所論不重自由意思，而以防衛社會爲其觀察之基準，故稱爲社會責任論。

新刑法關於刑事責任之基礎觀念，上述兩說，均可說明，就本章規定未滿十四歲人之行爲不罰及心神喪失人之行爲不罰以觀，無非以此輩無自由意思，不足使其負擔刑事責任，據此以

論，因有道義責任論之意味，然此輩之不罰同時亦以其無危害社會之意思能力，故不科以刑罰，但爲防衛社會之必要，仍可施以保安處分，此則又含有社會責任論之色彩矣。要之本法之刑事責任觀念，以違反刑事法爲前提，不外爲調和道義責任論與社會責任論之法律的責任論也。

第十二條 行爲非出於故意或過失者不罰。

過失行爲之處罰，以有特別規定者爲限。

一、責任意思之種類 本條第一項規定責任意思之種類卽行爲之處罰，以出於「故意」或「過失」爲要件，否則卽應認爲無罪。故意犯之有意思存在，固無可疑，有謂過失犯爲無意思之犯罪，應稱爲「無意犯」者，實非確論，蓋過失者，欠缺注意力而已，仍有消極的意思存在也。第二項規定過失之處罰，以有特別規定者爲限，卽表示刑法上以處罰故意爲原則，區別過失爲例外，非出於故意之行爲，自應不罰，過失雖非故意可比，然刑法上若有特別規定者，仍應處罰，所謂「特別規定」者，卽於分則各本條就處罰過失之行爲，一一列舉者也。分則中關於過失行爲，雖須一一列舉，而故意爲一般犯罪之要件，故分則中無庸一一列舉規定，至本法第二百二十三條第三百四十八條第一項之「故意殺被害人」，第三百三十二條第四款第三百三十四條第四款之「故意殺人」，及第三百四十九條第二項之「故買贓物」之類，不過用語關係，於義並無出入也。

### 判解舉例

(一) (新例) 有追訴或處罰犯罪職務之公務員認爲有必要緊急情形於命偵訊前將被告暫行看管押或看守，如無濫用職權剝奪人行動自由之故意自不成立犯罪（司法院二十八年院字第一九二二號解釋）。

(二) 未滿十六歲人與人結婚，雖屬違法，然既係結婚，以無犯罪故意，故不成立犯罪（司法院院字第一二八二號解釋）。

(三) 誣告罪之成立以明知所告事實之虛僞爲要件，若輕信傳說，懷疑誤告，縱令所告不實，因其缺乏誣告故意，仍難使負刑責（最高法院二十年上字第二五三號判例）。

(四) 使犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人隱避一罪，以知其爲犯人或脫逃人而故意使其隱避爲成立要件（最高法院二十一年上字第九一號判例）。

(五) 誣告罪之成立，應以明知所訴虛僞，且出於故意爲要件，若告訴人所訴之事實未能積極的證明爲虛僞，則被誣告人未予判罪係祇以犯罪嫌疑不能證明之故，自不能推定告訴人之所訴爲誣告（最高法院二十二年上字第一八一八號判例）。

(六) 被害人所騎之車超越加害人汽車向右而行，雖屬不無過失，但加害人之過失，既足爲被害人致死之主要原因，則被害人縱有過失，亦僅足供量刑輕重之參考，要不能影響於加害人犯罪之成立（最高法院二十二年上字第二六九二號判例）。

(七)遷葬目的雖在售買原有墳地，然既將遺骨另行設墳安葬，即與法律上保護墳墓之本旨，不相違背，不能謂有發掘墳墓之故意（最高法院二十三年上字第九九五號判例）。

(八)如果雙方確有債權債務關係，其牽去債務人之車馬不過藉此以爲催促還債之手段，並無圖爲已有之意思，縱令行爲不當，亦僅應負民事上之責任，要不能謂有犯罪之故意（最高法院二十三年上字第一八六五號判例）。

(九)故意過失之分辨應調查當時之事實（前大理院院字第一一六號解釋）。

(十)惑於風水意圖遷葬發掘棺屍墳墓，因不注意碎棺毀屍者，自難論罪（前大理院院字第一一八三號解釋）。

(十一)查販賣含有鴉片煙質之藥品，論以販賣鴉片煙之罪，本因其藉爲鴉片煙之代用，故實際上仍爲販賣鴉片，若不能證明販賣者係知內含鴉片煙質應依刑律（失效）第十三條第一項不爲罪（前大理院院字第一一八〇號解釋）。

(十二)查僧道將沿門募得之煙土，攜歸施捨，苟無販賣或幫助吸食等故意，應不爲罪，惟煙土之爲物，非布帛菽粟可比，無論沿門募得已屬不易，即無故施捨，亦豈人情，則煙土究從何來，施捨是否實在，均應注意（前大理院院字第一五五一號解釋）。

(十三)查犯罪之成立，以有犯罪之故意，爲普通要件，惟有特別規定者不在此限，律師代人作狀，如果不知所作之訴狀係誣告他人，自不負共同責任，若明知其爲誣告仍爲作狀，顯

有犯意，則無論有無同謀，均應按律論其犯罪（前大理院統字第一〇八三號解釋）。

（十四）刑律（失效）重在故意，非故意之行爲不爲罪，總則已有明文，爲盜執炊，既無爲盜之故意，又非強盜之行爲，安能牽強附會入人之罪（前大理院統字第三一六號解釋）。

（十五）查犯罪行爲之是否出於故意，應以犯罪人實施犯罪時，對於構成犯罪事實有蓋認識及與行爲有無決心爲斷，本院詳核原卷所附傷單載明，屍傷計有五處，以項心傷爲致命傷，右額角及左脚兩傷均深透骨，是該被告持刀連砍至四五傷之多，且受傷部分顯係致命，自不得謂其對於犯罪事實不能認識，即不得斷其無故殺之決心（前大理院四年上字第一六六號判例）。

（十六）被告當鄉民追逐之際，一時性急，喝令巡勇朝天開槍，不過欲示威嚇使大眾畏而卻退，並不能謂有殺人之故意，縱他人有中鎗殞命之事實，如於下手者能證明其有故意或過失之行爲，自屬罪有攸歸，而被告不應負其責任，原判謂其喝令朝天開鎗，即有不確定之故意論，爲間接正犯，實有未合（前大理院四年上字第四七五號判例）。

（十七）因奸賂誘其姊，其妹在事實上雖係隨從同往，然上告人之目的，不過專注於其姊一人，並不能證明對於其妹有賂誘之意思，應依刑律（失效）第十三條第一項不予論罪（前大理院四年上字第一一八二號判例）。

二、犯罪之主體爲自然人 犯罪行爲不外爲故意或過失的意思狀態所發動，故惟有意識能力之

人，始得爲犯罪之主體，法人非自然人可比，雖不能爲犯罪主體，猶得爲科罰金或沒收之主體，故刑法典上縱無處罰法人之明文，而特別法中，則非無處罰法人之規定，如鑛業法出版法等是。判解審例如左：

(一)查法人非有明文規定，不能有犯罪能力，故普通刑律罪刑，不能適用，該處如關於特種犯罪，有處罰法人之章規，自應以該種法人爲該種犯罪之被告，否則法人不能爲被告，至實施普通刑律上犯罪行爲之人，無論係爲自己或謀法人之利益，仍應依刑律處斷（前大理院統字第一八四四號解釋）。

(二)按法人非有明文規定，不能有犯罪能力，故普通刑律上之罪刑，不適用之，暫行刑律於犯罪主體，既以自然人爲斷，此外更無特別法令規定法人有處罰之明文，則訴追條件，尙屬欠缺，假令本件事實，果因故意或過失，應構成普通刑律上之犯罪，亦當由充任職務之自然人當之，檢察官對於公司提起公訴，自不能謂爲合法（前大理院四年上字第一〇一二號判例）。

第十三條 行爲人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者爲故意。

行爲人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。一、故意之主義 故意有希望主義與認識主義之爭，以故意爲對於構成犯罪事實之認識或預見者，爲認識主義或預見主義，以故意係對於構成犯罪事實希望或意欲其發生者，爲希望主義

或意欲主義。依心理學之說明，「認識」(觀念)與「感情」結合，成爲「意思發動」之原因，人類犯罪意思過程中，除「認識」「犯罪事實」外，尤應有決定爲犯罪行爲之「意思活動」(意欲)，始得成爲故意，「認識」與「意欲」均爲故意之要素，是則認識主義(預見主義)與希望主義(意欲主義)不外爲故意內容同一直線之二端，無容多事紛爭，本條第一項規定「明知並有意」，第二項規定「預見……並不違背本意」，明示「知」與「意」爲故意之要件，即所以杜無謂之爭論，而設明確之定義。惟次條之過失，則採認識主義，不以「希望」或「意欲」爲要件，蓋過失在意思過程上雖不無認識或預見，而希望發生結果之意欲，則根本無之也。

二、直接故意與間接故意 本條第一項規定「直接故意」，「行爲人」指有責任能力人而言，構成犯罪之「事實」，指刑罰法令所列舉之客觀事實而言，即(一)犯罪客體(包括法益與被害者)，(二)犯罪行爲(包括積極行爲與消極行爲)，(三)結果(因犯罪行爲所生外界之事實)，(四)行爲與結果之聯絡是也。其爲自然事實或法定事實，爲現有事實或發生事實，抑爲構成普通罪之事實，加重減輕等特別罪之事實，均所不同，此種事實，大抵規定於分則各條，然亦有須從總則認定者，如教唆犯獨立處罰，即其一例。「明知」指認識構成犯罪之事實，「有意使其發生」謂更進而希望發生犯罪結果之心理，狀態，由認識而決意而實行，以至希望發生行爲之結果，即第一項所謂「明知並有意使其發生」也。「直接故意」亦稱「確定

故意」，謂行爲人意念中，對於構成犯罪之事實，有確定之認識，而決意直接實現其結果，如甲意欲殺乙，且明知刀能殺人，乃舉刀向乙砍去，致乙於死，即「確定故意」之例也。

第二項規定間接故意，以行爲人預見犯罪事實有發生之可能，而間接聽其發生，亦不違背行爲人之本意也。所謂「預見」與「不違背本意」須就行爲人之主觀意念決之，以明行爲人意念中有無希望其發生之心理。「間接故意」指行爲人對於構成犯罪事實之發生，係有預見，且本意上無可無不可者而言，故亦稱爲「不確定之故意」。其對於結果之發生，雖有預見與意欲而其客體之認識不確定者，爲客體不確定之故意，對於結果之發生，其預見雖不確定，而其發生仍不違背其本意者，爲結果不確定之故意。客體不確定之故意，又分爲二：對於許多客體，僅有概括的認識者爲概括的故意，就數個客體中，選擇其一而聽其結果之發生者，爲擇一之故意。結果不確定之故意，亦稱爲未必的故意。茲特圖表舉例如左：

不確定之故意

客體不確定之故意

概括的故意  
 擇一的故意

結果不確定之故意

未必的故意  
 見有擊中竊賊之危險，乃置之不顧，忽然發鎗，意以爲雖擊傷乞兒亦所不惜，結果不中而傷人，即不能斷無故意，惟在發鎗之初，結果如何爲未可必耳。

如向甲乙丙三人開鎗，望其能有一人中鎗。

如向羣衆開鎗，只望有人死傷而不問何人死何人傷也。

按本條規定，不問爲直接故意，或間接故意，以一律處罰爲原則，惟分則中不之以處罰直接故意爲限者，皆於各條標明「明知」字樣，如第一百二十五條第一項第三款，第一百二十八條，第一百二十九條，第一項，第二項，第二百十三條，第二百十四條，第二百十五條，第二百五十四條，第二百五十五條第二項，及第二百八十五條，均以「明知」爲構成犯罪之要件，此則本條之例外也。

#### 判解舉例

(一)刑法(舊)第三百零七條第一項之使婦女墮胎罪，以有墮胎之故意者爲限，代電所稱情形，如乙男推搡甲婦時，並無使其墮胎之故意，則甲婦因而墮胎，乙男之行爲，成立傷害罪，不成立墮胎罪，但乙男既知甲婦懷胎，是否有墮胎之間接故意，應依刑法(舊)第二十六條第二項認定之(司法院院字第三〇七號解釋)。

(二)查因傷害人而發生墮胎結果者，應視其有無使其墮胎之直接或間接故意，分別依墮胎或傷害之法律處斷(司法院院字第三五〇號解釋)。

(三)甲起意殺乙，置毒餅內送乙，乙未食，甲對乙自成預謀殺人之未遂罪，如乙之以貽送丙食及丁嘗食，甲亦預見而不違背本意，則甲對於丙丁，亦有殺人間接之故意，應成殺人未遂罪(司法院院字第三五五號解釋)。

(四)上訴人持槍猛扎，至於貫脊，則逸念一時，使人必死，應成立殺人罪(最高法院院字十八年

上字第三六七號判例)。

(五)被告因聽聞村犬亂吠，疑有匪蹤，並於隱約中見有三人，遂取手鎗開放，意圖擊匪，以致某甲中鎗殞命，是該被告雖無殺死某甲之認識，但當時既誤認爲匪，開槍射擊，其足以發生死亡之結果，究爲本人所預見，而此種結果之發生，亦與其開鎗之本意，初無違背，即不得謂非故意殺人(最高法院二十年非字第九十四號判例)。

(六)現行刑法(舊)關於犯罪之故意，係採希望主義，不但直接故意，須犯人對於構成犯罪之事實，具備明知及有意使其發生之兩個要件，即間接故意，亦須犯人對於構成犯罪之事實，預見其發生，且其發生並不違背犯人本意時始能成立，若對於構成犯罪之事實雖預見其能發生，而在犯人主觀上確信其不致發生者，仍以過失論(最高法院二十二年上字第四二二九號判例)。

(七)刑法(舊)關於故意之規定，不僥以認識爲已足，故故意之內容，除認識外更以希望結果之發生爲其要素，觀於刑法第二十六條所謂有意使其發生或稱其發生並不違背犯入本意云云，其意自明(最高法院二十二年上字第四四八四號判例)。

(八)危害民衆緊急治罪法第四條第一項之罪係以(一)明知爲叛徒(二)而又窩藏不投，爲其成立要件，至所謂明知，即刑法(舊)第二十六條之直接故意，主觀上明知其爲叛徒，而確切無疑者而言，若當其容留之際是否爲叛徒，尙無確切之認識，仍不能以該條明知論(最

高法院二十三年上字第一九八九號判例)。

(九)被告人當日受寄之箱，因係贓物，然未承認知爲贓物，故予收受，即與刑律(失效)第三三條第一項規定犯罪應有故意之要件不合，遂依刑律第三百九十七條第二項處罰，實屬不合(前大理院五年上字第一二九號判例)。

(十)明知院外有人始行開鎗射擊其具有不確定故意甚明(前大理院七年上字第九二六號判例)。

(十一)與人口角，順手拾石，向空拋擲，致將被造擲傷者，其擲石行爲明係具有不確定之故意，且已發生輕微傷害之結果，自不得以過失論(前大理院六年非字第一號判例)。

(十二)原審以警探捕拿該犯時，係喬裝乞丐行販農人模樣，混入賭場，該犯等不知爲警探，遂行抗拒，是不懼犯妨害公務罪之故意條件，將第一審原判撤銷改定罪刑，法律上見解向無不合(前大理院七年上字第九七七號判例)。

(十三)上告人意欲殺甲，置毒粥內，甲於食時給與乙食，乙中毒身死，據上告人前後供詞，其是否知甲與乙常在一處吃飯，並是否常給剩飯乙吃食，及上告人是否確無毒乙之意思，尙屬不明，則乙中毒斃命之事實，上告人是否預見其發生，又其發生是否違反上告人本人之意思，於上告人果否具有殺人之間接故意，殊難斷定，如其並無此種故意，則其是否應負能注意不注意之責任，又應均予審究(前大理院十一年上字第二九二號判例)。

(十四)以鐵錘毆擊人，謂無殺人之意則可，不能謂為無傷害之意思（前大理院二年上字第一一七號判例）。

(十五)五棒子麵為被告之母並兄嫂及侄常食之物，被告既供明在案，則被告搗毒麵內之時自不能謂無殺害全家人衆之認識，雖被告之侄因已食他物，未食餅餠，獨得不死，而被告仍應負殺人未遂之責（前大理院四年上字第九四五號判例）。

(十六)上告人三七團略取某甲，先至乙某家內搜索未獲，復在丙某房內將甲某拖出，上告人等明知為兩家而先後侵入，應認為構成賂誘一罪與無故入人第宅二罪從一重處斷（前大理院九年上字第二八六號判例）。

第十四條 行為人雖非故意，但按其情節，應注意並能注意而不注意者為過失。

行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。

一、不認識之過失 本條第一項規定不認識之過失，以行為人對於犯罪事實，苟用相當注意，便能認識，乃應注意並能注意而不注意，以致結果發生，不能辭其過失之責也。所謂「應注意」指有注意之義務，「能注意」指有注意之能力，「不注意」指違背注意之義務，如乘馬疾走，馳車下坡，客觀上應注意前面之行人，主觀上具有注意之能力，乃不加注意，竟致行人於死傷者，即其適例。

二、注意程度之標準 不認識之過失，以不注意而成立，惟注意程度之標準如何，學說上頗有

爭論：(一)客觀說，依普通常識判斷，以社會上多數人可得注意之程度為標準，此說對於注意能力深者，責以普通人之注意，自無不可，若注意能力淺者，亦責以普通人之注意，未免過苛，(二)主觀說，以行為人主觀的注意能力為標準，無此注意能力者，即不負過失之責，此說對於注意能力深者，雖為普通人所不必注意者，亦必使負較重之責，而輕率者轉可避免其責任，亦非允當，(三)折衷說，就客觀說之範圍內，承認主觀說之理論，即原則上在不超越客觀的注意之範圍內，應以行為人之注意能力，為過失有無之標準，此說就其以主觀的注意能力為標準而言，則注意能力薄弱者，法律上不至強其所不能，例如癡愚不知炸彈為何物，失手墮地致人於死，不能使其負過失責是也。就其不超越客觀的注意程度一點而言，則注意能力周密者，亦不至負法外不平之責，例如某甲玩弄其常備之手鎗，誤觸其機，彈出傷人，亦只負過失傷人之責足矣。刑法關於不認識之過失，以注意義務與注意能力（應注意並能注意）並重，且「按其情節」之際，不僅須就客觀的犯罪情況觀察，即主觀的行為人之注意能力，亦須斟酌，其為採折衷說也無疑。依此規定，在實用上所應留意者如下：

(一)行為人之注意能力（主觀）較普通人之注意能力（客觀）為高時，仍以普通人之注意能力為準，定其有無過失，以免偏重於主觀，唯於此有一例外，即業務上有特別注意之義務者，如醫師藥師汽車司機等，均有專門技能，應以客觀的注意為其最低限度，如行為人不能盡其客觀的注意之義務，縱令其主觀的注意能力較遜，亦不應輕易免其過失之責，以促其

特別之注意，而保公共之安全。

(二)若行爲人之注意能力，較普通人之注意能力爲低時，則以行爲人之注意能力爲準，定其有無過失，以免偏重於客觀。

判解舉例

(一)雖無傷害之預見，但應注意並能注意而不注意，即應負過失傷害之責（最高法院十八年上字第四二二號判例）。

(二)刑法（舊）第二十七條之過失犯，以應注意並能注意而不注意爲構成要件，事實上本屬不可能，自不能令其負刑事責任（最高法院二十二年上字第三六二二號判例）。

(三)刑律（失效）過失犯之成立，應以不注意於可以預知之事實爲條件，如係不能預知之事實，即屬無從注意，自不能發生過失問題（前大理院四年上字第三九一號判例）。

(四)查甲於丙之分食毒餅，如果並無確定或不確定之預見，自難論以故意殺人罪，至能否論以過失致人死罪，應就其所置毒餅之大小及有無分食之慣行而爲甲所預知，分別其能否應注意而不注意以爲斷（大理院統字第一一七六號解釋）。

三、認識之過失 本條第二項規定認識之過失，以行爲人對於構成犯罪事實，預見其有發生之可能，而在意念中確信其不發生，乃終至發生其結果者，亦不能辭過失責也。預見其能發生及「確信其不發生」均以行爲人主觀的意思決之，且與不認識過失之採折衷說者不同。

四、未必之故意與認識之過失的區別對於結果之發生，或能發生，均有預見，雖爲兩者相似之點，然在認識之過失，縱預見構成犯罪事實之發生，而確信其不發生，故無希望發生結果之決意，在未必之故意，其結果之發生，雖未必，而無確信其不發生之信念，且其發生，並不違背行爲人本意所希望，即不能謂其無希望發生結果之決意，此即兩者不同之點也。例如習射者，預見標的之旁有人站立，其意以爲如標的不中即射中其人，亦不顧，果然矢發不中標的而射死其人，是在發矢之初，並未確信其人之不至射中，且預見其人之或不射死，而其射死又不違背其本意，此即未必之故意也。依同例，射者雖預見標的之旁有人站立，而自恃技術較熟，確信爲絕無危險，迨矢發竟誤中於人，此即認識之過失。是等狀態於罪刑之出入，關係甚鉅，其用法須特加留意，不然差之毫釐即謬以千里矣。至究爲未必之故意或認識之過失，須就其預見發生之事實，有無確信其不發生，或是否並不違背本意，加以證明而後確定，自不待論。實例如左：

查刑法上過失犯之成立，應以不注意於可以預知之事實爲要件，若對於構成犯罪之事實，已預見其能發生，又無確信其不能發生之情形，係故意而非過失（最高法院二十年非字第40號判例）。

五、過失行爲之處罰 過失行爲惡性不及故意之重，無一概處罰必要。立法上惟擇其情節較重之過失罪，設處罰之規定而已。刑法分則條文有過失二字者可不論，即非明定過失二字而用

「失」字者，亦過失之意也。如第一百零八條第二項，第一百三十二條第二項，第一百六十三條第二項，第一百七十六條第一項，第七十八條第二項，第一百七十九條第三項，第一百八十四條第三項，第一百八十一條第二項，第一百八十三條第二項第三項，第一百八十四條第四項第五項，第一百八十九條第三項第四項，第一百九十條第三項，第二百七十六條及第二百八十四條之過失犯罪，前者之例也。第一百七十三條第二項，第一百七十四條第三項，及第一百七十五條第三項之失火罪，後者之例也。再刑法業務過失比普通過失處罰為重，如第一百八十三條第三項，第一百八十四條第四項，第一百八十九條第四項，第二百七十六條第二項，及第二百八十四條第二項之罪，均業務過失加重處罰之例也。

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

因自己行為致有發生一定結果之危險者，負防止其發生之義務。

一、積極行為與消極行為 行為者，發端於人類意思之身體的動止狀態，足以引起外界之變化者也。本於意思而為身體之動作者，為積極行為，其出於身體之靜止者為消極行為，兩者均可達犯罪之目的，學說上前者稱為作為犯，後者稱為不作為犯。

不作為犯分為二種：（一）法律規定之形式上，以純粹消極的不作為為犯罪之內容者，為純粹的不作為犯。例如對於無自救力之人，依法令或契約，應扶助養育或保護，而不為其

生存所必要之扶助養育或保護，因而致人於死者，即應成立刑法第二百九十四條第二項之罪，是也。(二)不純粹的不作為犯，即法律上本以積極行為的形式所規定之犯罪，而依消極的不作為亦得成立其罪者也。例如刑法第二百七十四條「每於生產時或再生產後殺其子女者」，無論為積極的殺害或消極的任其凍死不加保育，均可實現其犯罪之目的。此即所謂不純粹的不作為犯。舊刑法對於不作為犯無明文規定，解釋上雖無問題，但適用上究嫌無據，故新刑法第十五條特增設不作為犯之規定。純粹的不作為犯，以特別規定為前提，自應依其特別規定，而第十五條之適用，則限於不作為犯而無特別規定者，與作為犯處罰相同，故事實上僅不純粹的不作為犯有其適用而已。

二、行為與結果之連絡 本於意念而表現為身體之動止，外界變化隨之而生，此種外界化為結果，引起結果之行為則為原因，原因結果，有密切之連絡，即所謂「因果關係」是也。但此種因果關係，乃成立犯罪法律上的因果關係，所以定罪責任之歸屬，與物理上論理上之因果論沒有限制者，不可並論。惟法律上一定之結果，非必均有形的與實害的損害，即無形的與危險的結果，亦可為法定的結果之內容。行為有積極消極之分，故因果關係，亦隨之而異。

三、積極行為與因果關係 積極行為與結果間，如係單純關係，其因果界限，極易辨認，若有他種原因介入，則其界限如何，學說紛紜，莫衷一是，最著者為條件說，原因說，及相當因

果關係說，惟現今趨勢，大抵多採相當因果關係說。相當因果關係說，又有三說：（一）客觀的相當因果關係說，就條件與結果，依客觀的一般常識為準，以決定其因果關係，（二）主觀的相當因果關係說，注重於行為人主觀的認識，以決定其因果之界限，（三）折衷的相當因果關係說，以客觀說為基礎，參以主觀說之精神行為之可能性，原則上採一般常識之見解，即偶然原因之湊合，而為行為人所認識者，仍可認為有因果關係之存在。余採是說，依是說論斷行為與結果，若為通常之狀態，則有因果關係之存在，若為異常之狀態，則足以阻卻其因果之關係。茲分述之：

（一）因唯一條件而發生結果者 如（一）甲知丙病篤，乙將壓斃，乃殺之以速其死，（二）甲見乙立於河旁，鎗發而乙落於河以致溺斃，以上二例均應負其結果責任，蓋皆實驗法則上可以發生之常態也。

若將前例稍加變更，（一）丙為有婦之夫，丙死而婦亦殉死，（二）乙落河後有一小兒適在河中游泳，被乙攙沉，同時溺死，關於丙婦之殉死與小兒之溺斃，均為意外異常之事，而非由主觀上所能預見，自不能認為有因果關係之存在。

（二）因多數條件而發生結果者 例如（一）甲向乙開槍，乙負傷而逃，忽丙之汽車如飛駛來，將乙壓斃，（二）甲毆乙成傷，乙入醫院求治，乃醫生丙見乙為其情敵，遂用藥將乙毒死，以上二例：甲之行為，對乙之死亡，無相當之因果關係，因其死亡出於意外，非甲所能預

料也。但甲對於殺人未遂（第一例）及傷害（第二例）之罪，仍應負其結果之責也。  
判解舉例

（一）強盜罪並非以傷人爲當然之方法，其實施強暴時，有人逃避跌傷，即使逃避之原因與犯人之實施強暴，確有關係，而跌傷之結果，如非犯人所能預見，即對之不負責任（司法院院字第二百零號解釋）。

（二）原驗斷書雖謂某氏生產未久，餘血未盡，以致觸發汗血，衝心身死，然某甲等既一致證明上訴人曾以木器相毆，並推跌某氏，自有因果聯絡關係，上訴人仍不能不負傷人致死責任（最高法院十七年上字第五六五號判例）。

（三）刑法上傷害致人於死罪，指傷害行爲與死亡之發生有因果聯絡者而言，不惟以傷害行爲直接致人於死亡爲限，即因傷害而死亡之原因，如因自然力之參加，以助成傷害應生之結果，亦不得不認爲因果關係之存在（最高法院十九年上字第一四三八號判例）。

（四）被害人之死亡，雖係由風毒內蘊所致，但受傷以後，因自然力之參入，以助成其結果，仍具有因果聯絡之關係，自不能解除傷害人致死之罪責（最高法院十九年上字第一五九二號判例）。

（五）某甲之死既係因傷抽風，出於自然力之介入，其因果關係，仍屬聯絡，加害者，自不能不負傷害致死之罪責（最高法院十九年上字第一九五六號判例）。

(六) 被害人於檢驗生傷後翌日即因傷身死，別無其他原因摻入，並經兩審訊明，更不能謂其所受傷與發生死亡無相當因果關係之連絡，上訴人等自應負共同傷害致人於死之罪責（最高法院二十年上字第一九七六號判例）。

(七) 因急激發痰塞氣閉身死，而加害人之實施暴行，又為激發痰塞氣閉之原因，則其加害之行為，與死亡之結果，顯有相當聯絡關係，不能不負傷害致死之責（最高法院二十一年上字第二〇六號判例）。

(八) 刑法上之傷害致死罪，並不以傷害行為為死亡直接原因，始能成立，苟係受傷以後，因自然力之參加，以助成其死亡之結果，則傷害與死亡之間，已具有相當因果關係，仍難解免致死責任，如被害人因傷發毒而致於死，加害人之傷害行為，即不能謂與死亡結果並無關係（最高法院二十二年上字第一九五號判例）。

(九) 對於有病之人，用木棍鐵器毆擊成傷以促其早達死亡之時期，仍不能不負傷害致死之罪責（最高法院二十二年上字第二七八號判例）。

(十) 查刑法上傷害致人於死罪，以傷害行為與死亡之發生有因果聯絡關係而言，不僅以傷害行為直接致人於死亡者為限，即因傷害而生死亡之原因，如因自然力之參加，以助成傷害發生之結果，亦不得不認為有因果關係之存在，該被害人既於受不能起立之重大傷害，一二日後雖復觸傷殞命，亦不過因自然力之參加，以助成其結果而已，仍具有因果聯絡之

關係，則該上訴人應負傷害人致死罪責，究無可辭（最高法院二十二年上字第二三一號判例）。

（十一）刑法上傷害致人死罪，必以死亡由傷害而生，始有因果聯絡之關係，若被害人於受傷後由於自己之別種原因以致死亡，乃不得謂死亡為傷害之結果，即難成立該罪（最高法院二十三年上字第一六六號判例）。

（十二）查搶奪路行婦女，即為強暴脅迫略取婦女之行爲，按諸暫行新刑律失效應成第三百四十九條之略誘罪，至被搶婦女以外之人，因驚致病身死，在法理上不得認為與搶奪行爲有相當之因果關係（前大理院統字第十七號解釋）。

（十三）甲乙口角互毆，乙臥地撒潑，致磕階石，因傷進風身死，則於甲之行爲，不能謂有刑法上之因果關係（前大理院統字第四五〇號解釋）。

（十四）致死原因既係受毒而病，因病而死，如有下毒之人，自難逃殺人既遂責任（前大理院四年上字第七三號判例）。

（十五）刑法（失效）傷害罪之範圍，不僅以傷害人身體爲限，即害人健康之行爲，亦當然包含在內，所謂無形之暴行是也。被害人致死原因，不在外傷而在內症，其兩足死內症，尤爲至要症候，究其所以營養失調及兩足凍傷之故，皆出於被告之種種虐待而成，是被告對於被害人實有害人健康之行爲，因而致被害人於死亡，不得謂無因果聯絡之關係，即不符

不負傷害致死之責任（前大理院四年上字第七〇〇號判例）。

（十六）負欠賭債無法償還至於懸急自盡，殊非對於人意料所及，應不負何等責任（前大理院五年非字第七號判例）。

（十七）因索欠口角抓毆，一時立足未穩，被人推撲倒地，致頭部觸石傷重身死，是其推撲行為，已足認為有傷害之故意，即應負致死之責（前大理院五年非字第十五號判例）。

（十八）畏罪自盡投河被淹身死，其投河以前所受各傷，與投河後被淹致死之結果，並無因果聯絡之關係，其畏罪投河，既與因傷致死迥不相同，尤非被害人因內避失足落河淹死者可比，加害者自不負傷害人致死之責任（前大理院五年上字第一三四號判例）。

（十九）持槍道送行船，向人施放，擊中某人頭部，落水身死，成殺人既遂罪（前大理院六年非字第六〇號判例）。

（二十）傷害致死罪之成立，不僅以傷害行為直接致人於死亡者為限，凡因傷害而生死亡之原因者，皆足構成本罪，被害人之死亡，雖由中風便血所致，而所以惹起中風便血者實由於被告等之物害行為，本有聯絡之關係，即不得不負致死之責任（前大理院七年上字第一九九號判例）。

（二十一）被害人之死，係因抽吊辮髮，而致瘵氣閉，原因結果，正相連貫，傷害致死罪，應即成立（前大理院七年上字第二二三號判例）。

(二十一)查本案被害人屍傷，既經第一審驗明，委係生前被毆後，因體弱結氣以致氣絕身死，而上告人加害之情形，據其在第一審供稱，我就用手打他幾下，經人拉散，沒想他到家就死了等語，則被害人之死，既與被毆相距僅止片時，又死於被毆結氣，固不能謂上告人加害行為與之無相當之因果關係，即不能解除罪責（前大理院九年上字第九十一號判例）。

四、消極行為之準因果關係 消極行為與犯罪事實之因果關係如何，學說上有純因果關係說與準因果關係說之分，近世立法例與解釋上，大抵採準因果關係說。蓋在積極行為因現實的動作，發生現實的結果，自得謂為純粹的因果關係，而消極行為，則非有現實的動作，惟苟無此消極的不作為，即無結果之發生，亦唯有此不作為，始發生一定之結果，故在法律上之價值，正與積極行為之因果關係相等，此即所謂準因果關係也。消極行為之準因果關係，其範圍亦不能漫無限制，其應負法律上之責任者，以具備下列二要件者為限：（一）消極行為與結果，必須為直接的因果關係。此層與積極行為相同。（二）消極行為之為罪，必須違反一定之義務，即對於一定之結果，有防止其發生之義務者，不盡其防止之義務時，始負刑事上之責任。

此種義務分述如左：

(1)本於法律上之防止義務 即本條第一項規定者是也，本項不作為犯之因果關係，其要件

有四：（一）對於結果之發生，行爲人在法律上有應防止之義務，（二）行爲人有防止之可能，（三）行爲人怠於防止，（四）因而發生一定之結果。法律上有防止之義務，復有防止之可能，因不防止所生之結果，其間即有因果關係之存在；自應與積極行爲發生結果者，負同一之責任。換言之，若法律上無防止之義務，或雖有某義務，而實係不能防止者，即不負其結果之責任也。例如監犯越獄，看守官吏有防止之義務，能防止而不防止者，即應成立刑法第一百六十三條之便利脫逃罪，其責任與以積極行爲便利脫逃罪者無異也。

（2）本於自己行爲之防止義務 法律上防止義務，雖以一一列舉，故本條第二項規定「因自己行爲致有發生一定結果之危險者，負防止其發生之義務」，例如因自己不慎傾翻油燈於積薪之上，即應盡其防止火勢蔓延之義務，若故意不加撲滅，即爲消極的放火行爲，若出於過失，即爲失火罪。其消極行爲與結果間亦有因果關係存在也。實例如左：

（新例）

刑法上之消極的犯罪（即不作爲犯），必以行爲人在法律上具有積極的作爲之義務爲前提，此種作爲義務，雖不限於明文規定，要必就法律之精神觀察，仍應有此義務時，始能令負犯罪責任（最高法院二十四年上字第一五一號判例）。

五、因果關係中斷之問題 因果序列進行中，因他項原因之介入，則前因後果，不相連絡，其

第一原因與最後結果之關係，被第二原因之介入而遮斷，此種狀態，稱為因果關係之中斷。主反對說者，以為既依相當條件以定因果關係，即無更認中斷觀念之必要。（略謂舊例以因果關係中斷為說明者，皆行為之為條件非其相當者，以因果關係不中斷為說明者，即其行為為相當條件者，既探其原因而以行為為惹起結果之相當條件，更何中斷之有。）余以為相當因果關係說，不過確定因果之界限，故應以適當之條件為原因；至因果關係中斷之觀念，則因第二原因之介入，事實上已將第一原因與最後結果之關係為其遮斷，此時決定行為之犯罪的危險性，只能至第二原因之介入時為止，對於以後之結果，即應認為中斷，是與相當因果關係說之根本精神，正相符合，決非有所抵觸也。有謂第二原因之介入，既生因果關係，即為獨立之責任問題，應稱為責任更新云云，此不過用語上之爭，其結果則無殊也。積極行為與最終結果之間，因果關係，是否中斷，可舉例明之：

甲、他人行為介入時，（1）通常的介入 如甲以鎗擊乙，彈入腹部，僅存一息，經醫剖腹取彈，終致不救，則甲之行為仍為殺人既遂，不能以醫生之剖腹，而中斷其因果關係。（2）異常的介入 如甲傷乙之後，乙又為仇人丙所殺，則因果關係中斷，甲僅成傷害之罪，而對於乙之死亡，由丙負殺人之責。

乙、自然原因介入時，（1）通常的介入 如被害人因傷發毒而死，加害人仍應負傷害致死之責。（2）異常的介入 如受傷後另因他病身死，因果關係即屬中斷。

消極行為亦可發生因果中斷之情形，舉例如左：

甲、他人行為介入時。如甲對於無自救力之乙，不盡依法保護之責任，任其病臥道旁，旋有

丙駕車疾駛，將乙碾斃，則甲僅成消極遺棄之罪，其致死結果，應由丙負責。

乙、自然力介入時，(1)通常的介入。如甲受傷求治，醫生故意不為治療，致甲因破傷風而死，因果關係不能中斷。(2)異常的介入。如乳母見小兒將為惡犬所咬，故意不加防止，以致小兒被犬咬傷，不良於行，忽有法彈飛來，致小兒中彈而死，則因果中斷，乳母只負消極的傷害之責。

判解舉例

(一)傷害致死罪之成立，應以其傷害行為與結果之間有無因果關係之連綿為斷，如係因傷致病因病致死，其死亡結果與傷害行為確有相當因果關係，則其應負傷害致死之責，固無可疑，但若於傷害後被害人另因他病身死，並不得謂參入自然力助成結果，則其因果關係，即屬中斷，自與因傷致死迥不相同，亦祇能以普通傷害論（最高法院二十一年上字第四六一號判例）。

(二)被害人致死原因係基於被傷後受風，其間雖為自然力之參入，亦不能中斷其因果關係之連綿，加害人應構成傷害致人死罪（最高法院二十一年上字第七〇五號判例）。

(三)被害人因傷身死，無論由於拳傷，或由於磕傷，被告均應同負罪責，蓋被告人於負傷側

地後致被碰傷，乃由於一種自然力之關係，決非被害人故意自傷可知，則因碰傷所生之結果，對於以前之傷害原因，在法律上仍有相當之因果連絡，以自然力之介入，不得為因果中斷之原因（前大理院四年上字第五一八號判例）。

（四）被告毆傷被害人復自後追趕被害人，因致失足落水身死，是被害人之逃避，乃由於被告毆打及追趕之原因，雖被害人之死亡非死於傷而死於水，然其原因苟係出於有責任人之積極動作，其間雖介入自然力之原因，致發生一定之結果，亦應由行為人負完全之責，何則？以自然力之介入，不能中斷其因果關係之連絡也，自應依刑法第三百十三條第一款處斷（前大理院四年上字第七四八號判例）。

（五）被告用鐵瓢毆傷被害人頭顱，業經供認不諱，被害人殞命以後，復經驗明致死原因，確係由傷口進風，是被告傷害之動作與被害人死亡之結果，仍不能無相當之因果關係，蓋傷口進風，雖為自然力之參入，然並不能中斷因果之聯絡，其應負傷害致死之責，實無可疑（前大理院七年上字第九三七號判例）。

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

一、錯誤之概念 前述故意無論為直接故意或間接故意，均以構成犯罪事實之發生為其對象，若發生之對象，與行為人所明知或預見者不一致時，其主觀的認識與客觀的事實不相符合之

狀態，即「錯誤」是也。認識果有錯誤，意思責任，即生影響，故錯誤在法律實用上爲一甚值注意之問題。認識與事實之符合，以如何程度爲準，學說上可分三派，因其與錯誤問題，有重大出入之關係，特先約略述之：

甲、具體符合說 謂具體事實與犯罪故意相符合者即可成立既遂犯。如誤認甲爲乙而殺之者，其事實與認識有具體的一致之關係，雖其客體之性質有錯誤，仍應成立殺人罪，至事實與認識，若爲具體的不相一致者，如欲殺甲而錯傷旁人致死，即所謂打擊錯誤，則應就發生之事實與其認識之事實，分別論其罪責，此爲歷來通說，尤爲舊派所主張。

乙、抽象的符合說 謂只須有犯罪事實之發生，且係本於故意使其發生，縱令其發生之事實，與其所認識者不符，雖非具體的符合，而其犯罪之抽象的概念，則相一致，仍可以犯罪既遂論也。如欲殺尊親屬而誤殺他人者，仍應處於殺尊親屬之罪，此說偏重主觀，爲新派所主張。

丙、法定符合說 此說係折衷上述二說，謂認識之事實與發生之事實，在法律上異其價值者，不應概論既遂，如前例欲殺尊親屬而誤殺他人者，只能處以殺普通人之罪，不能與殺尊親屬者同論。事實與認識，法律上同其價值者，縱令非具體的一致，而爲抽象的符合，即可成立爲既遂犯，如欲殺甲而誤殺立於甲旁之乙者，仍應以殺人論罪。此說注重於法定之事實，故有法定符合說之稱，多爲折衷派所主張，新派中亦有從此說者。

## 二、錯誤之分類 茲分法律錯誤與事實錯誤，析述之。

### 壹、法律錯誤 即不知或誤解法律之錯誤，又分二種：

甲、幻覺的法律錯誤 即法律原無刑事責任，幻想爲有罪者也。此種法律錯誤，行爲人主觀方面，雖有惡性，而客觀方面，其行爲尙未認爲有違法性，故在法律上斷不能因幻想之故，而發生刑事責任，蓋依刑法第一條「行爲之處罰以行爲時法律有明文規定者爲限」也。

乙、錯覺的法律錯誤 係一種錯有爲無之錯覺，即法律上原有刑事責任，或應加重處罰，而因不知或誤解法律，誤認爲不罰或不加重者也。(一)不知法律有處罰之規定者，如不知刑法第三百零九條第二項強姦侮辱罪之規定，而以姦汗灌人誤以爲無罪者是。(二)誤解法律認爲不罰者，如誤解刑法第二百三十七條重婚罪之規定，以爲發就可娶二妻，當爲法所不罰，殊不知仍應成立重婚罪也。(三)誤解法律不知刑之加重者，如攜帶兇器，竊取他人之物者，自以爲與普通竊盜罪無異，而不知應成立第三百二十一條之加重竊盜罪也。以上三種錯誤，均由於不知法律，其情形有可原，然一國法律，自施行後即有強行效力，人民卽有遵守之義務，對於法律所命令應爲者而不爲，或所禁令不應爲而爲之者，則其行爲卽有反社會性，自須置諸於法，若可證爲不知法律，免其罪責，則國法等於具文，社會永無寧日矣。故刑法第十六條云「不得因不知法律而免除刑事責任」，其立法用意，可以揣知。

「不知」指行為人主觀意念中不知或誤解法律之存在而言，故意犯有之，過失犯亦有之，至本條「法律」二字應以規定刑事責任之刑罰法律為限，民法等不應包括在內，至犯罪之成立，尚須具備其他法律上之前提要件，其不知該項法律關係者，實為對於犯罪事實之缺乏認識，而屬於事實錯誤之範圍。如甲誤認乙為已離之婦與之結婚，其不知民法上離婚之前提要件，該不知之部分為無故意，應不成立重婚罪是也。

法律錯誤，在原則上不得免除刑事責任，然有二例外，即第十六條但書規定（一）「按其情節得減輕其刑」，蓋我國輻員遼闊，民智未齊，犯罪者如未受相當教育，焉能盡悉法律之內容，加以犯罪有自然犯與禁制犯之分，如殺人放火等自然犯，固為一般人所知為不應為之罪，而禁制犯並非當然具有反社會性，惟因時地制宜，加以處罰，且法律繁多，朝夕改，非熟悉法律者，自不免有誤解，如其情節確有可原，不妨留減輕之餘地也。（二）「如自信其行為為法律所許可，有正當理由者，得免除其刑」，蓋犯人既於主觀上自信其行為為法律上所許可，而其自信之故，復有客觀上正當理由，若必嚴格論罪科刑，未免過苛，故得免除其刑，予審判官以斟酌之權，庶於合法之外，兼顧原情之理，本條探得減輕免主義，所以貫徹主觀主義之精神，運用時須斟酌至當，以為裁量，萬不可於情沾恩，濫予減免，致失立法之本旨也。

## 判解舉例

(一)前清殺死姦夫姦婦無罪，亦以在姦所登時殺死者爲限，今姦夫與姦婦同床吸烟，將其一併殺死，不得以不知法令論（司法院院字第六二六號解釋）。

(二)不知法令對於刑罰法令有所不知，且其行爲不含有惡意者而言，本案被告等身充水警警長，乃於奉票傳人之際，對於票內無名之人，擅行追捕，是其行爲含有惡性，何得謬爲不知法令，擅予減輕（最高法院二十年非字第十一號判例）。

(三)刑法上所謂不知法令，係對於法令之認識有所錯誤，故必於刑罰法令有所不知，而其行爲又非含有惡性者，始合於刑法第三十八條（舊）規定之要件，被告聽盜殺人既難謂無惡性，而殺人之爲犯罪，又豈得謬爲不知（最高法院二十一年非字第三十號判例）。

(四)不知法令，係指犯人不知有此法令，且其行爲無反社會性者而言，若販賣鴉片，盡人而知其有害於社會，含有反社會性，豈得藉口不知法令爲其辯解之理由（最高法院二十一年上字第一六三五號判例）。

(五)查刑律第十三條第二項（失效）所謂不知法令者，係指對於刑罰法令有所錯誤，詳言之，卽某種行爲有處罰之法令，明明存在，而誤解以爲此種行爲，法令上並不爲罪，或誤信現在某法令尙未施行，致犯罪行爲欠缺違法之認識，始足當此（前大理院四年上字第一一一號判例）。

(六)聚衆姦犯，稍具常識者均知其爲非法，該被告果否不知法令，原審調查未及，遽以被告

鄉愚無知，引刑律（失效）第十三條第二項爲之減等，更嫌疏縱（前大理院七年上字第九六四號判例）。

貳、事實錯誤 可分爲法定的事實錯誤與具體的事實錯誤以說明之：

甲、法定的事實錯誤 乃對於刑法所規定構成犯罪要件，或刑之重輕免除等要素，有認識錯誤者也。有法定事實之存在，而誤認爲不存在者爲錯覺，無法定事實之存在，而誤認爲存在者爲幻覺，法定之事實錯誤，其認識之事實與法定之事實，法律上價值不同，又可分爲兩種情形：

（一）關於犯罪構成要件之錯誤 卽其錯誤於犯罪之成立與否有影響者，（一）出於錯覺者 如誤人爲獸而槍擊之者；阻却殺人之故意，惟致人於死傷，既處罰過失行爲，則此種錯誤，如有過失，猶能發生過失致人於死或致人傷害之問題。（二）出於幻覺者 如誤認自己之物爲他人之物而竊取之，在法律上構成犯罪之條件不備，自不成立竊盜罪。又如意圖殺人，誤以獸爲人加以殺害，雖有殺人之故意，而無殺人之客體，其行爲又無危險性，自不能論以殺人罪也。

判解舉例

（一）刑法上之竊盜罪須意圖爲自己或第三人不法所有而竊取他人所有物爲其成立要件，若行爲人於取得之物，認爲自己所有，或誤信爲自己所有，卽欠缺意思要件，縱其結果不免有

民事上侵權行爲，要難認爲構成刑法上之竊盜罪（最高法院二十三年上字第一九八二號判例）。

(二)被告案契管業，確信某屋外之空櫛屋基等，係自己因買賣契約所得之物，遂加以處分，即有損毀，亦不能謂爲有犯罪之故意，按之刑律第十三條第一項前半段不能加以罪責（前大理院四年上字第三四八號判例）。

(三)因自己山木被竊誤認他人之物爲己物而率人強取者，是其強取他人所有物，乃係由於誤認，此等無故意之行爲，應不構成強盜罪（前大理院六年上字第七九一八號判例）。

(2)關於刑之重輕免除等要素之錯誤 卽其錯誤於犯罪之成立與否，雖無影響，而於刑之重輕或免除有影響者，(一)出於錯覺者 卽所犯重於犯人所知之情形，例如甲不知乙爲直系血親尊親屬，誤以爲普通人而殺害之，其行爲超過認識部分，應視爲非出於故意，而當依殺傷普通人論斷。(二)出於幻覺者 卽所犯輕於犯人所知之情形，例如以傷害直系血親尊親屬之意思而誤傷他人，仍依普通傷害罪處斷。蓋謀之雖重，行之甚輕，則使負其所犯之責任足矣。

按上述二例，卽前暫行刑律第十三條所規定「犯罪之事實與犯人所知有異者，依左列處斷，「第一所犯重於犯人所知或相等者從其所知」，「第二所犯輕於犯人所知」，從其所犯」之情形，現行刑法，雖未明白規定，然在解釋上，仍應如是也。

乙、具體的事實錯誤 此種錯誤，認識之事實與法定之事實，法律上價值相同，在抽象方面觀察，雖為同一的法定事實，而於具體的事實，則並不一致也。又分二種：

(1)目的物錯誤 於犯罪目的物之認識雖有錯誤，而於犯罪成立與否則無影響者，為目的物錯誤。例如甲乙，為孿生兄弟，丙欲殺甲，乃誤認乙為甲而殺之，其生命法益之價值相同，殺人行為之故意無異，法律上但問其是否明知或預見為人而實施殺人之行為，至其人之為甲為乙，原無關於犯罪之成立也。此項情形，無論依具體符合說，抽象符合說，或法定符合說，均認為殺人罪之既遂犯，若謂對甲部分為殺人未遂，對乙部分為過失致死，則大矣。判例如左：

(一)被告欲搶甲之第四女而誤搶長女，雖與被告之目的相左，然目的物之錯誤，與犯罪故意，並不能因誤搶而生障礙，且甲之長女既被搶出，自屬賂誘既遂（前大理院四年上字第三四五號判例）。

(二)目的物之錯誤與構成犯罪事實之錯誤，其成立犯罪故意之影響，相去懸絕，法律上但問其是否預見為人而實施殺人行為，至其人之為甲為乙，原無關於犯罪之成立（前大理院四年上字第1028號判例）。

(三)查上訴人，誤認某甲為某乙，開槍殺害，固係目的物錯誤，於罪責無所變更，惟於殺某甲之前，即於目的物尚未錯誤時，已直向某乙實施殺害，以行為論則可分，以法益論則有

二，應予分別論罪。原案乃視同單純目的物錯誤，合論一罪，法律上見解，殊有錯誤（前大理院十年上字第三六八號判例）。

(2) 打擊錯誤 對於犯罪目的物之方法有錯誤者為打擊錯誤，如丙見甲、乙並坐，意欲殺右側之甲，因槍術不精，子彈旁射，誤中左側之乙致死之例，舊例係採具體符合說，以打擊既有錯誤，是發生之事實，與明知或預見之事實，並非具體一致，而對於明知或預見之事實，每為犯罪之未遂，對於現實發生之事實，則應分別有無過失，及法律處罰與否，定其是否成立過失罪，本例丙對甲為殺人未遂罪，對乙為過失致死罪，應依一行為觸犯數罪名從一重處斷，然在法定符合說，則謂只須故意與行為於法定事實之範圍內符合為已足，其發生之事實，與明知或預見之事實，在法律上如其價值相同時雖非具體一致，而仍抽象一致，應亦依目的物錯誤之理決之，故前例仍應論丙以被人既遂之罪，最近新派主張傾向於此說者頗多，外國判例亦已漸採此說，蓋為貫徹主觀主義之精神，應以此說為當也。

#### 判解備考

(一) 犯人所認識之事實，與實在發現之事實相齟齬，而皆可構成同類之犯罪者，應以其行為是否打擊錯誤，為一罪二罪之標準，本案被告圖擊搶劫烟犯之某甲而誤中在旁牧牛之某乙，自屬打擊錯誤，應以殺人未遂與過失傷害致死二罪論（前大理院三年上字第一五號判例）。

(二) 查甲擲碗欲傷乙而誤傷丙，自係打擊錯誤，參照本院統字第六八五號第四三一號解釋，甲對乙本為傷害未遂，但新刑律（失效）無此規定應不為罪，若係殺人，則應成立殺人未遂罪，對丙既無預見，自不能謂其亦有傷害之故意，惟應分別有無過失，斷定其應否論過失致傷罪（前大理院統字第九二九號解釋）。

(三) 乙用木棒擊甲，致誤傷丙（中略），惟既圖傷甲而未遂之行為自不為罪，應查明丙受傷程度，並科乙以過失傷害罪（前大理院統字第一〇〇五號解釋）。

(四) 上告人所擲打者本為甲而誤傷乙，乃係打擊之錯誤，雖於人羣之中擲石打人，過失之責，亦無可辭，而原審竟認為目的物錯誤，科以故意傷人之罪刑，自有未是（前大理院八年上字第八五八號判例）。

(五) 傷害某乙部分，既因共同殺害其夫某甲之際，持刀誤中某乙，以致微傷，實係打擊錯誤，當然阻却犯意，苟非出於過失，不能加以罪責，第一審判決，科以故意傷害人之罪，原審未予糾正，均屬不合（最高法院十七年上字第四〇一號判例）。

(六) (新例) 查犯罪之方法既有錯誤，是發生之事實與明知或預見之事實顯非一致，因之對於現實發生之事實與明知或預見之事實亦應分別論究。上訴人與某甲口角衝突致開槍擊射，是其欲殺者為某甲（未遂），詎被害人某乙行路經過被槍傷身死，則非上訴人之所預見，不過上訴人開槍時未加注意，不能不負過失，致人於死之責任而已，自應依刑法上之想像

競合犯從一重論（最高法院二十四年上字第二七五七號判例）。

查前大理院於民國三年曾一度採用法定符合說，茲將統字第一一七號解釋附錄如下，以資研究：

「據本院現在意見，新刑律（失效）第三百十三條傷害罪，祇須犯人有傷害人之意思，對於人加以暴行而生傷害之結果，即能成立，其結果雖發生於犯人所預期以外之人，亦不能謂非故意傷害罪，蓋有傷害人之意思，復生傷害人之結果，自有因果聯絡之關係，本案某甲本有傷害人之意思，而其結果致非其所預期之某乙受傷身死，自應依刑律第三百十三條第一款（傷害致死）科斷，不能適用過失致人死傷律。」

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

一、加重的結果犯之意義 本條為關於加重的結果犯之規定，即因犯某罪致發生某種較重之結果，而加重其刑者也。所謂「因犯罪致發生一定之結果」者，謂行為之本質，即無一定之加重的結果，亦成犯罪，而一定的結果之加重其刑，則為分則各條所列舉，例如第二百七十八條「使人受重傷者」，被害人受重傷即為普通之結果，原已成為獨立的犯罪，若同條第二項規定「犯前項之罪因而致人於死者」別有加重的結果之規定，始有本條之適用。

二、加重的結果犯加重其刑之限制 加重的結果犯若不問情形，一律從重處罰，未免與社會正

義道德責任之觀念不合，故本條特設如行爲人不能預見其一定結果之發生者，不得加重其刑之限制，換言之，行爲人若能預見其發生，即得加重其刑，若不能預見其發生，則行爲與一定之加重的結果，並無因果關係之連絡，即不能加重其刑也。論者謂刑法分則中頗多「因而致人於死或重傷」等加重的結果犯之規定，爲不脫應報主義客觀主義之窠臼，殊不知有本條之規定，則必以能預見其發生時，始可適用加重其刑之規定，否則不能加重處罰，所謂「能預見」乃注重於行爲人之主觀的精神狀態，即以主觀主義調和客觀者也。復有懷疑本條規定後幾使分則加重其刑各條無適用之餘地者，是又不然，蓋本條不曰「無預見」而曰「不能預見」，祇問對於結果能不能預見，而不必問其有無預見，如有預見而有意使之發生或不違背其本意者，又當以故意論矣。必也對於結果在主觀上無可能預見之能力，在客觀上有不能預見之情形，始可適用本條，反是若能預見其發生，而不預見，即應負加重結果之刑責也。

#### 判解舉例

(一)故意妨害公務因而致死或重傷者，固應依刑法(舊)第一百四十二條第三項從重處斷，即因而致普通傷害者，亦應適用同法第七十四條從重處斷，但均應查照第二十九條以犯人能預見其發生者爲限，否則只能依同法第七十六條普通情形定科刑之輕重(司法院院字第六十九號解釋)。

(一)強盜罪並非以傷人爲當然之方法，其實施強暴時有人逃避跌傷，即使逃避之原因，與犯人之實施強暴，確有關係，而跌傷之結果，如非犯人所能預見，即對之不負責任（司法院院字第二〇號解釋）。

(二)傷害致人死罪必以死亡由傷害而生，始有因果關係之連結，若被害人於受傷後，由於自己別種原因以致死亡，尚不得謂死亡爲傷害之結果，即難成立該罪（最高法院二十三年上字第一六六號判例）。（蓋對於死亡結果不能預見也。）

第十八條 未滿十四歲人之行爲不罰。

十四歲以上未滿十八歲人之行爲，得減輕其刑。

滿八十歲人之行爲，得減輕其刑。

第十九條 心神喪失人之行爲不罰。

精神耗弱人之行爲，得減輕其刑。

第二十條 瘖啞人之行爲，得減輕其刑。

一、責任能力之觀念 犯罪之成立須有足以受刑罰制裁之主體的適格爲必要，此主觀的狀態，稱爲「責任能力」，第十八條至二十條，即係關於責任能力之規定，在道義責任論者，謂責任能力，乃辨別是非並據以自由決定意思之能力，社會責任論者，則謂因科刑足以預防社會目的之主觀的歸責能力，即責任能力，而謂和險者，則曰責任能力者精神健全發育，理解

行爲之道德的社會的義務而決定實行，足以使其負擔刑罰制裁之能力也，余採是說。

自然人雖自出生後即有人格，然在未滿刑事責任年齡以前，或精神狀態有障礙者，猶不能謂爲具有刑事責任能力，必其人已達於責任年齡且精神無障礙者，始認爲有責任能力，刑法上以滿十八歲爲有完全之責任能力，未滿十四歲及心神喪失者爲無責任能力，而十四歲以上未滿十八歲人，滿八十歲之人，精神耗弱人，及瘖啞人之行爲，則認爲得減輕其責任。

二、未滿十四歲人之行爲不罰 其理由無非以此種人身體與精神狀態尙未充分發育，不足以使其負擔刑事責任，且年少無知，可教而不可罰，各國立法例亦多以幼年人爲缺乏刑罰適應性，與受刑能力，故其行爲，不予處罰，立法之初，頗有非議，向之以未滿十二歲（舊暫行新刑律）或未滿十三歲（舊刑法）爲絕無刑事責任，現竟提高至未滿十四歲，認爲過高者，殊不知刑罰雖不能施於其人，然已另設保安處分一章，正可施其感化教育，代替刑罰，以改善其品性，無庸認過慮也。

稱「未滿」者，不連本數計算，關於年齡之計算，法律採週年計算法，即自出生之日算至次年同日爲一週，年必滿十四歲週年，始有責任能力，依民法規定（第一百二十三條）時以年計者從曆，曆法有統一性，且有強行性，故應從新曆計算，不特出生在新曆已行以後者，應以新曆計其經過之年，即出生在舊曆施行期內或新舊曆並行期內，亦應依新曆改算，不能遷就習俗。至依舊曆計算年齡換算新曆年齡者，可依司法院印行之年齡換算表推算之。判解舉例

如左：

(一) 刑法關於年齡之計算，應以週年爲一歲之方法計之，凡已滿法定年齡者，均不得援用未滿法定年齡之規定（司法院院字第七一八號解釋）。

(二) 計算年齡係用周年法而非用曆年法，本案被告係舊曆辛丑年八月二十二日出生，計至犯罪之時（民國六年五月十五日即舊曆三月二十五日）實未滿十六歲，檢察官謂應依曆年法計算，其見解未免錯誤（前大理院七上年字第三九八號判例）。

未滿十四歲人之行爲不罰，係就行爲時之年齡而言，裁判時是否十四歲以上所不問也。未滿十四歲人，雖刑法上認爲無責任能力，然其行爲本質仍不失爲犯罪，不過法律上不予處罰而已，故與未滿十四歲人共同犯罪者有時亦可成爲共犯，若結夥三人以上犯強盜罪者，內中一人縱爲未滿十四歲人，亦無妨以結夥強盜論也。

三、十四歲以上未滿十八歲人之行爲得減輕其刑。此種人生理與精神狀態，已隨年齡而漸次發達，然亦有未臻完全者，故於絕無責任與完全責任年齡之中間，設此過渡之階段，所云「得減輕其刑」，非必減之意，果其生理精神確已成熟，犯罪情節，確甚重大，則斟酌其主觀能力，不於減輕亦可，應否減輕，悉聽法官之自由裁量，各國關於此種少年之犯罪，大抵制定少年法，歸由少年法院審判，且特置少年監或少年感化院以改善之（拙著少年犯罪之刑事政策論述頗詳）。民國二十五年五月九日司法行政部曾頒行「審理少年案件應行注意事項」，

附錄於左，以爲實用之助。

- 一、審理少年案件，應考察其事件之關係，少年之生活狀況，與社會環境，過必要時，得延聘心理學或教育學專家爲輔助，於特別情形，應使醫師詳爲檢查。
- 二、審理少年案件，得斟酌情形，委託當地感化機關爲必要之調查及輔助。
- 三、審判不予公開，但得許少年犯之成年家屬與少年感化機關人員，到場旁聽。
- 四、訊問少年犯時，毋須用普通開庭形式，法官亦無須穿著制服，法庭設備，力求簡單，整齊，務使少年犯不甚感覺犯罪訊究之意味。
- 五、訊問少年犯時，遇他人陳述足以引起其恐怖者，應令其退庭。
- 六、訊問少年犯時，應防止其與成年人犯接觸。
- 七、少年犯犯罪事件，與成年人犯罪事件，相牽連時，於不妨害審理之限度，應分別審理之。
- 八、少年犯有合於刑法第七十四之情形時，應儘量宣告緩刑。
- 九、法院對於少年犯，實施刑法第八十六條規定之處分，應從速通知其法定代理人。
- 十、拘提少年犯，限於不能用其他較善方法時，始得爲之。
- 十一、對於少年犯，應力求避免羈押，如不得已而必須羈押時，應注意刑事訴訟法第一百十五條第一百十六條之規定。

十二、解送少年犯，所用之方法及強制之程度，應為慎重之注意。

十三、檢察官對於少年犯，應注意刑事訴訟法第一百三十二條規定。

十四、各法院院長分配少年案件，得不依司法年度分配事務，即以本院推檢中之經驗豐富，性情和厚，而於犯罪學心理學社會學教育學有深刻之研究者充之，仍先將推檢官姓名，預行指定呈部備案。

十五、法院應於每司法年度終了時，將處理少年事件，造具總報告，呈由司法行政部轉呈司法院考核。

四、滿八十歲人之行為得減輕其刑。滿八十歲以本人出生之日核算國曆相當之日期扣足八十歲為標準，此種人飽經世故，宜知抉擇，然年登耄耋，餘日無多，加以精神衰退，感覺遲鈍，其危害社會之機會亦較少，而我國舊律上，又不少矜恤老年之例，故本法保存固有之良法美意，得減輕其刑，惟仍採相對減輕主義，以符主觀主義之精神，至犯罪時未滿八十歲，判決時滿八十歲者，則不得依本條減輕，惟得依其情狀，有可憫恕酌減其刑已耳。

五、心神喪失人之行為不罰。人類心理狀態，有知情意三種作用，心神喪失人，無是非之理知，無真實之情感，又無決意之能力，蓋一知情意俱缺之人，其行動幾與自然力無異，此係精神上之疾病，其治療當求諸藥石，決非刑罰所能收效，故亦在不罰之列，然為防衛社會起見，仍可施以保安處分也。只須行為時心神喪失，無論為永續的或一時的狀態，抑為預癲，

白癡，泥醉，催眠之狀態，均應不罰，至若行爲之前或後雖係精神喪失，而行爲之當時，並非精神喪失者，則不得適用本條，惟須注意者，行爲後心神喪失者，在審判中，應於其回復以前，停止審判，如顯有應諭知無罪免訴不受理或免刑判決之情形者，得不待其到庭，逕行判決（刑訴法第二百八十七條第一項）。在判決後，應於其痊愈前停止死刑徒刑或拘役之執行（刑訴法第四百六十九條第一項），蓋以其行爲後心神喪失者，亦無刑罰適應性，不能達科刑與行刑之目的也。

六、精神耗弱人之行爲得減輕其刑 依醫學上之鑑定，精神耗弱者，居於健全者與心神喪失者之間，其精神狀態之大要，因用壓過度，刺激太深，或因近親患有精神病的素質，以致遺傳上受其不良之影響，其精神狀態，頗異常人，感情薄弱，易受激怒，無完全控制意志之力。在客觀主義或道義責任論者，對於此種減弱責任能力者，主張採必減主義，而在主觀主義或社會責任論者，則以精神耗弱者終非心神喪失可比，仍有刑罰之感應性，無必減之必要，本法採得減主義，自應鑑定耗弱程度之輕重，以爲減輕與否之標準。

舊刑法第三十二條有「酗酒非出於己意者減輕其刑」之規定，本法刪去因酗酒乃恃酒爲囚之神喪失人或精神耗弱人之規定予以不罰或得減輕，無特設規定之必要也。

判解舉例

(一)(新例)按刑法上所謂精神耗弱人，其精神狀態係介於常人與心神喪失人之間，並非完全無辨認能力及意思決定之能力，不過此種能力因生理的或病理的關係較為薄弱，遇有刺激輒易陷於犯罪，故法律予以減輕之寬典，而其應負刑事罪責與常人初無異致，自不能因其犯罪時意志尚未全失，即推定其無精神耗弱之情形（最高法院二十五年上字第二三三四號判例）。

(二)所謂精神病人不過謂其素有精神病，並非即永遠精神喪失而無間斷之時，本案被告平時是否確有是種疾病，當實施犯罪行為之時，精神病有無間斷，自應詳細調查，由專門醫家診察，加以鑑定，始能論擬（最高法院十七年上字第三〇五號判決）。

(三)心神病本有心神喪失及心神耗弱之不同，前者固可不罰，而後者又僅減輕，故其處罰與否，仍須視病之程度如何而定，非謂凡有心神病，均可不罰，且其不處罰與減輕其刑，又以其犯罪行為確在精神病中者為限，若其病時有間斷，而犯罪行為適在間斷之際者，則其行為與病即無連絡關係，仍不能以病為理由，要求不罰或減輕（最高法院二十一年上字第 一七七 一號判例）。

(四)查第一審判決，係以上告人素患瘋病，雖已痊愈，精神尚未完全恢復等語為理由，適用刑律（失效）第五十四條減等科處，如果上告人素為精神病人，而其行為時精神又未恢復，即不能認為已經痊愈，直與同律第十二條第一項相當，不能使負刑事責任，如行為時

精神病業已痊愈，所負責任，即當與常人無異，不應據此為減等理由，是第一審判決所附理由，顯有抵牾，係屬違法（前大理院九年上字第九二〇號判例）。

七、瘖啞人之行為得減輕其刑。瘖啞者乃應能及語能之先天的或出生後自幼而不具者，重要機能，已失其二，責任能力，自不能與常人相提並論，惟近代科學進步，教育制度完備，雖瘖啞之人，亦可啓發其知能，理解辨別，未必較常人為遲，故主觀主義者主張如瘖啞人有刑罰之適應性，即無必予減輕之必要，本法係採得減主義，俾法官得以自由裁量。至因疾病或受傷而瘖啞及聽能或語能祇缺一者，不過殘廢不具，其知能非其減於常人，自不能適用此例，果其情狀有可憫恕，則依第五十九條酌減其刑可也。實例如左：

(一)（新例）刑法第二十條，所謂瘖啞人係指出生及自幼瘖啞者而言，瘖而不啞或啞而不瘖，均不適用本條（司法院二十六年院字第一七〇〇號解釋）。

(二)（查刑律（失效）第五十條所稱瘖啞者係指生而聾啞者而言，其因疾病致生聾啞者自不在內（前大理院四年上字第八四〇號判例）。

第二十一條 依法令之行為不罰。

依所屬上級公務員命令之職務上行為不罰，但明知命令違法者，不在此限。

一、阻却違法之原因 犯罪行為，須有違法性，始得處罰，惟有時行為在外形上雖似犯罪，而為法律所容許不罰者，則其行為即非違法學說上稱此種「不罰」之原因，為「阻却違法之原

因」，即本條至第二十四條所規定者是也。

二、依法令之行為 法令指法律及不抵觸於法律或為法律所委任之法規命令而言，其為公法或私法可不問也。「依法令之行為」即依照法令所明示或默示之規定而為之行為，行為人之觀念上惟有遵從法令之守法精神，並無違犯刑法之犯罪意思，故其行為不予處罰，否則國家法令一面責人民以守法之義務，一面因其守法反使其罹於犯罪，寧有是理耶？惟在實際上，依法令之行為，足以阻却違法性者，往往為行使基於該法令所賦予之權利或權力之行為，其範圍甚廣，不易臆舉，茲述其最著者於次：

(1) 職權行為 如檢察官依法偵查犯罪而羈押被告，司法警察依法逮捕人犯之類。

(2) 逮捕現行犯之行為 依刑事訴訟法第八十八條「現行犯不問何人得逮捕之」之規定，普通人亦得逮捕現行犯，不成立刑法上妨害自由罪。

(3) 懲戒權之行為 依民法第一千零八十五條所定，父母得於必要範圍內懲戒其子女，其行為不成犯罪。

(4) 自救行為 民法總則第一百五十一條「為保護自己權利，對於他人之自由或財產，施以拘束押收或毀損者，不負損害賠償之責，但以不及受官署之援助，並非於其時為之，則請求權不得實行，或其實行顯有困難者為限」，即自救行為為法律所容許，應在不罰之列。

(5) 依法令核准之行為 如公娼經依法令呈請許可准其營業，炸藥經依法令呈請許可准其製

造之類，其行為本非合法，惟因依法令呈請核准，則其行為即亦不罰也。

所謂依法令之行為，必以合乎法令爲必要，若執出法令規定之範圍，或不合法定程式，例如司法警察並未執有拘票逮捕非現行犯，則係憑藉法令而行犯罪，即不能援引本條免除其刑事責任也。

此外尚有雖非法令之行為而係處分自己利益之行為及得人承諾而侵害其法益者，在解釋上亦以不罰爲原則，但對於非純粹屬於私權之法益，而自爲處分或縱得被害人之承諾，仍不能免其罪責，例如放火於自己之所有物致生公共危險者（第一百七十四條第二項），姦淫未滿十六歲之女子（第二百二十七條第一項），及受人囑託或得其承諾而殺人（第二百七十五條）傷害（第二百八十二條）或使之墮胎者（第二百八十九條），刑法上仍應成立犯罪是也，判解如左：

（一）販賣煙土雖有土藥局收稅憑單，倘非行爲當時法律所明許，仍應依律酌辦（前大理院八年統字第一〇一九號解釋）。

（二）查民事當事人爲保護自己權利起見，如果不及受官署援助，並非於其時爲之，則請求權不能實行，或其實行顯有困難時，對於他人財產，得施以押收，此爲自己救濟之方法，在刑法上即不負犯罪責任（最高法院十九年上字第四六二號判例）。

三、依所屬上級公務員命令之職務上行爲 即依職務命令之行爲，職務命令與前述法規命令不

同，法規命令者，與法律對稱，即不經立法程序以命令形式制定之條例章程規則也。職務命令者，該管上級公務員，對於所屬公務員依監督權之作用，令其服一定職務之命令也。依此種職務命令之行為，既屬職務上之行為，又係所屬上級公務員之命令，而下級公務員服從上級之職務命令又係法令之所定，故其行為結果縱具侵害法益之外形，仍應阻却其違法性，職務命令原係合法者，自無問題，即使上級公務員之命令違法，而下級奉行者如不知為違法，則為其所應為，仍不失為依法令盡服從之義務，原則上亦以不罰為當。

惟依職務命令之行為不罰，有一例外，即本條但書「明知命令違法者不在此限」是也。蓋職務命令之有效條件有四：（一）須由於有正當職權之所屬上級公務員所發布。（二）須以屬於下級公務員職務上的義務為命令之範圍。（三）須命令之內容要可能而適法。（四）對於有職務獨立職權範圍之公務員，不得發布侵犯其獨立職權的職務命令，故下級公務員接到所屬上級公務員之職務命令後，首須審查其形式是否違法，繼須審查其實質上是否違法，如有意見，得依公務員服務法（二十八年十月二十三日公布施行）第三條，隨時陳述意見，若自始不知其違法，則其服從命令所為之職務行為，固可不罰，否則並未陳述意見或陳述後不蒙採納，且明知為違法之命令，而仍依命奉行，則明知故犯，同惡相濟，斷不容以違法之命令阻却違法行為之成立。此時惟有依法告發始可卸免其責任耳（刑訴法第二百一十條）。綜上言之，依合法之上級職務命令之行為不罰，明知上級職務命令為違法，依之而為行為者，縱

使形式具備，而實質既屬違法，即應與上級公務員共負其責，若不知其為違法，則行為人無責，應由上級公務員自負其責。

判解舉例

(一)上訴人某甲，因被誣夥同行竊，私擅逮捕某乙，雖經禁烟查緝處令派拘拿，惟被捕人某乙，既無違犯禁烟嫌疑，則禁烟查緝處，即無發令逮捕之權，上訴人更不得藉此誣卸罪責，原審論以共同私擅逮捕人罪，尚無不合（最高法院十七年上字第四十七號判例）。

(二)刑法（舊）第三十五條之免責條件，係以所屬上級公務員關於職務上命令之行為為限，某甲身充緝私隊隊士，其職務係在查緝私鹽，某乙既無私販拒捕情形，乃率行開槍殺之，顯非職務上行為，自不得藉口係受有命令，以為免責理由（最高法院二十年上字第四十一號判例）。

(三)下級公務員於其職務內事項，固有服從上級公務員命令之義務，若其命令之形式要件未備，而聽從實施，即不得主張為依法令執行職務之行為，本案上訴人所述，僅依口頭命令，形式要件既不具備，竟不聽從實施剝奪人之行動自由，更不能免其犯之責（最高法院二十年上字第一〇五二號判例）。

(四)查巡緝私鹽，竟至開槍傷及旁人，自不得以依上級公務員命令之職務上行為為解脫（最高法院二十年上字第一八四一號判例）。

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

(前大理院二年上字第九十七號判例)。

(六) 屬員據長官無效力之批以殺人，仍不得謂依法令執行職務，實構成殺人罪(前大理院三年上字第一八二號判例)。

(七) 被告受嗾弁之指揮，將嫌疑之人笞責致傷身死，既屬共同正犯，原判決以被告迫於長官命令，對於所生結果不負責任，似不無曲解，蓋長官命令，雖有服從義務，而不法命令則否。被告雖迫於長官命令，何至遽喪失自由之意思，是其笞責行為，不可謂非故意(前大理院四年上字第一二八號判例)。

(八) 被告於飭令鎗斃被害人一節，固已承認不諱，不外藉口省長准其探尤鎗斃烟犯之通令，以爲解除刑責之理由，本院查裁種罌粟，刑律已有處罰明文，當然有支配全國之效力，至地方行政官雖僅有依法禁種之責，並無另訂罰則之權，無論該省行政長官有無此項通令，既與刑律抵觸，依命令不得變更法律之原則，自無優越之效力，且此種違法命令，依官吏服務令第二條第二項下級官吏亦無服從之義務，被告持此以爲不服理由，根本上已屬錯誤，其應負刑事責任，不待煩言而解(前大理院七年上字第五六四號判例)。

第二十二條 業務上之正當行為不罰。

常人斷人手足，應成傷害罪，若業醫者為治療之必要處以手術者，則不罰，又如常人墮胎有罪，若助產士為保全產婦生命而墮胎者，亦不罰，蓋皆為業務上之正當行為也。「業務」指事實上執行之合法業務，違法之業務，雖不在本條解釋之內，然不以官署許可之業務為限，條文不曰正當業務之行為不罰，而曰業務上之正當行為不罰，蓋以正當業務之行為，其行為未必均為正當，未可概與於不罰之列，必業務上之行為，在客觀上認為正當，始可不罰，如上例醫生或助產士，超出必要範圍，對於本無截斷肢體或墮胎之必要者，竟予以截斷或墮胎，則其業務上行為，即不能認為正當，如有故意，成故意傷害或墮胎之罪，如係過失，則醫生應成業務上過失傷人之罪。舊例如左：

未經允許而業醫，律有處罰明文，則以左道治病，自不能認為正當業務，亦即無玩忽業務上注意與否之可言，至煙炙之足以傷人，被告不能謂無認識，明知而為之，則因傷害而生死之結果，當然應負責任（前大理院七年上字第三十號判例）。

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

一、正當防衛之要件 本條即學說上所謂「正當防衛」，分析本條規定，須具備左列各要件，始可阻却其違法性。

（甲）須對於現在之侵害 「侵害」為權利感受危害之狀態，「現在之侵害」者，非過去非法

來，而爲目前一刹那間，可以直接發生權利被侵害之狀態也，故(1)對於過去之侵害而實行復仇者，其行爲爲不法，不能視爲正當防衛，侵害是否「過去」，應以行爲是否終了定之。有謂行爲完了即爲終了者(行爲完了說)，有謂犯人離去現場即爲終了者(現場未離說)，要當視侵害行爲之性質分別定之，不能拘泥一說，轉貽創定獄屨之譏。(2)因對於將來有受其侵害之虞，而爲先發制人之行爲者，非正當防衛，仍屬犯罪之行爲，惟爲防衛將來恐受侵害而採預防之方法者，則所不禁，如於屋內設防盜設備是也。然此亦非正當防衛。(3)犯罪雖已完成，而侵害狀態尚有現實存在者，則在事實之繼續中，仍得對之爲正當防衛(事實繼續說)，如竊盜行將逃走，在猶得取回財物之時，實施驅逐竊賊，奪還財物之行爲，仍爲正當防衛。(4)侵害行爲，不以積極行爲爲限，即對於消極行爲的侵害，亦可行使正當防衛權，如有人無故隱匿住宅之內，命其退去而不退去者(刑法第三百零六條第二項)，得用強制方法驅逐出屋。

#### 判解舉例

(一)(新例)刑法第二十三條所謂正當防衛，係指對於現在不法之侵害，出於防衛自己或他人權利之行爲而言，本案被害人雖有竊鎗官柳情事，但既經被捕即其不法侵害，業已排除，自不能行使正當防衛權(最高法院二十五年上字第三二八號判例)。

(二)上訴人稱係爭之船，先經法庭假扣押，被某甲父子特強放去，如果屬實，是某甲父子先

有不法侵害行為，上訴人之追趕阻止放船，係正當防衛（最高法院十七年上字第五六四號判例）。

(三)上訴人於夜間發覺賊人侵入竊盜，為排斥不法侵害，防衛自己權利起見，手持板槍，伺於後門，以為堵截，當時侵害行為既尚在繼續中，則因防衛其財產權利，舉槍刺擊，自與刑法（舊）第三十六條規定之現在及不法之條件相當，縱其行為過當，然不能不認為防衛權之作用（最高法院十八年上字第一三〇〇號判例）。

(四)查正當防衛之要件，必對於現在之不法侵害，始能成立，若侵害已過或預料有侵害而侵害尙屬未來，則其加害行為自無正當防衛之可言（最高法院十九年上字第一一七四號判例）。

(五)查原判決事實欄內，略稱二月九日下午某甲乘被告往岳家迎燈，卽於是夜復與被告之妻姦宿，次晨被告回家撞見床上，當用拳毆逐出，某甲體弱遭此驚駭成疾，延至十九日身死等語，此項事實，已合於排除現時侵害之情形，實與刑法對於現在不法侵害而出於防衛權利行為之規定相當，自應依法不罰（最高法院二十年非字第六五號判例）。

(六)查正當防衛之要件，必對於現在不法之侵害，始能成立，若侵害已屬過去，則其加害行為，應認為完全犯罪行為，如甲之殺乙，既在將乙刀奪獲過去之後，是侵害已屬過去，自無正當防衛可言（最高法院二十一年上字第一二三九號判例）。

(七)甲開鎗擊乙，經乙將其鎗奪回，當時不正之侵害業已除去，乃復將甲擊死，何得更爲正當防衛之主張（最高法院二十二年上字第九百十五號判例）。

(八)查刑法上正當防衛之要件，必對於現在不法之侵害，始能成立，若侵害已經過去，即不得主張防衛，更無所謂防衛過當，本案被告殺死甲乙係在甲乙等行竊已畢，欲行逃去之時，其不法之侵害，既屬過去，自無正當防衛之可言（最高法院二十二年上字第一九三一號判例）。

(九)行使防衛權，非有不及實在間不容髮之際，舍此別無排解之方法者，不得濫用，若其侵害已過即不生防衛問題，更安有防衛過當可言（前大理院三年上字第四二一號判例）。

(十)被人竊去牛隻，聞聲驚覺追逐，瞥見賊人避入廟內，即向開放一鎗，賊人即行斃命者，方其持鎗追賊之際，該賊已棄賊潛逃，避入廟內，則所謂不正之侵害，業已過去，仍開鎗轟擊，自無防衛之可言（前大理院六年上字一〇〇七號判例）。

(十一)竊夫找同姦婦，在船內積姦，適本夫回歸，姦夫驚覺，即向水中闖逃，本夫用鐵嘴撐篙截去，至姦夫受傷身死，本夫之殺人，不成爲防衛（前大理院六年上字第一〇一三號判例）。

(十二)縱謂被害人持斧尾追，然該被告於被害人跌倒之後，早已經過危險時期，猶復奪斧連砍被害人，登時斃命，自不得主張緊急防衛（前大理院七年上字第二三六號判例）。

(十三)被告雖稱因被害人先持刀向扎，始奪刀回扎，主張係正當防衛，然刀經奪獲，彼方又別無不正行為，則持刀還扎不成防衛（前大理院八年上字第三六一號判例）。

(十四)查本夫於姦夫姦婦有現可行姦或續姦之情形，當場殺死姦夫者，皆按照刑律（失效）第十五條以緊急防衛論，不專以將行姦或行姦未畢為標準，若姦夫姦婦之一方，已離姦所，姦夫復無其他侵害事實，即不得適用該條，其追殺姦婦應論殺人罪，亦不待言，惟此種犯罪，究因不知法令，得依刑律（失效）第十三條第二項（與本法第十六條相當）並酌用第五十一條至五十四條（與本法第六十二條第五十九條等相當）問擬（前大理院統字第 一一二四號解釋）。

(十五)甲於深夜乘丙外出擬赴丙家，無論是否意圖與丙妻丁續姦，既未進丙宅門，並無現在不正之侵害，而丙以棒擊甲並拾刀刺傷甲身死，即無殺人故意，亦必有傷害故意，自不得認為正當防衛，如認為情有可原，自可於法律範圍內從輕處斷（前大理院統字第一二二八號解釋）。

(乙)須對於不法之侵害。不法者，違法之謂，物件或動物之加害於人，不成為違法，惟對於人類之違法侵害的行為，得為正當防衛之對象，(1)不法的侵害，為客觀上的觀察，只須客觀上有違法之行為，不必問其主觀上有無責任，即可對之行使防衛權，例如加害者為一無責任能力或無責任意思之人，苟有現在侵害法益之事實，即不妨為正當防衛之對象。(2)不法侵害，是否為防衛者本人所招致非所問，例如甲以演說對乙公然侮辱，乙懷恨在心，

因於歸途，對甲毆辱，則甲可對乙爲正當防衛，此蓋他方已另有侵害行爲之存在，則對於先前挑動之行爲，無關重要也。然此項問題有二例外：(A)甲以演說侮辱乙時，乙可制止其發言，則甲不得行使防衛，因乙之制止發言，亦係防衛行爲，對於正當防衛，不得再行使正當防衛也。(B)意存行使防衛而故意撩人之怒者，如前例甲知乙性躁急，故以言詞激其憤怒，迨乙怒而施暴行於甲之時，甲遂乘機盡力加以反擊，此爲自己實施犯罪計劃之一部，係防衛權之濫用，不能藉口於正當防衛，而免其責任。(3)不法侵害，限於單方之侵害，若彼此相互各施不法侵害者，則無防衛權可言，如甲乙交惡，同時舉鎗殺害，彼此均有殺人意思，而下手先後，又無從證明，則甲乙二人均係實施犯罪，本無所謂防衛之意念，自不能認爲正當防衛，惟有時確能證明他方先下手者，則他方之行爲爲不法之侵害，即不得刺奪對方之防衛權。(4)第二十四條之緊急避難，其本質猶有違法性之存在，故對於緊急避難之行爲，不妨行使正當防衛，至對正當防衛更不得爲防衛行爲時，則又無妨出於緊急避難之一途。(5)不法侵害不以實質上違法爲限，即在形式上有所欠缺，亦屬不法，且所謂不法侵害，不以刑罰法令所定犯罪名者爲限，例如警察依法逮捕犯人，因係合法行爲，固不能對之行使防衛權，若警察並無拘票或其拘票未合法定程式而逮捕非現行犯者，則依違法執行職務，仍不妨行使防衛權也。(6)有治外法權之人，雖不受駐在國法令之制裁，然如憑藉其治外法權，對於駐在國人民擅爲不法侵害者，則駐在國之人民，仍

不妨對之行使防衛權也。(7)本人於姦夫姦婦行姦之際，殺死姦夫，舊例認為係不法侵害夫婦同居權之行爲，得以行使正當防衛，惟新例則謂姦夫姦婦正在行姦之際，或可以殺姦之時，本夫將其殺害係當場激於義憤而殺人（參閱最高法院二十七年五月三十一日刑庭會議記錄）。

#### 判解舉例

(一)如果上訴人以被盜追趕，迫不獲已，縱係自己出刀互鬥，並非奪取盜刀，以相反刺，仍應認為正當防衛，乃原判決既認係某盜持刀追至上訴人極上互鬥，而僅以其並非奪刀反刺爲理由，未予援引刑法（舊）第三十六條處斷，其見解亦欠允協（最高法院十七年上字第四一六號判例）。

(二)查正當防衛係對於現在不正之侵害防衛自己或他人之權利者而言，本案上訴人與某甲口角互毆，彼此成傷，不能證明某甲先行侵害，自不得主張正當防衛（最高法院十七年上字第六八六號判例）。

(三)查刑法上，防衛行爲祇以基於排除現在不正侵害者爲已足，其不正之侵害，無論是否出於防衛者所挑動，在排除之一方，仍不失爲防衛權之作用（最高法院十八年上字第二二八號判例）。

(四)防衛行爲以對現在不法之侵害爲必要條件，故如彼此互毆，不能指明何方爲不法之侵

害，自不得僅以下手之較後而主張防衛權，本件據原審認定事實，被告與某甲，彼此口角互毆，既不得謂無傷害之故意，即無從分別何方為不法之侵害，實無主張防衛權之餘地（最高法院二十年非字第九十三號判例）。

(五) 乘係爭田地尚未確定所有權誰屬之際，率領多人，往收菜豆，有權利人出而阻止，既不能謂為不法侵害，自對之無正當防衛可言（最高法院二十一年上字第一七五九號判例）。

(六) 扛屍入人住宅不能謂非不法侵害，該宅主人因而加以抗拒不能謂非正當防衛（最高法院二十三年上字第三〇一四號判例）。

(七) 查互毆不得主張防衛權，應以彼此均有傷人故意，而下手之先後，又無從證明者為限，如果一方初無傷人之意，防衛情形復極顯明，自應仍以正當防衛論，至彼此互毆，雖一方受傷較重，不能因其受傷免責，應於法律範圍酌量處斷（前大理院統字第九九五號解釋）。

(八) 緊急不正之侵害，雖由防衛者不正行為所挑動，而所謂緊急防衛，仍屬正當以私人復仇行為，非法律之所許，仍不免為不正之侵害，即不得剝奪被侵害者之防衛權（前大理院二十一年上字第六四號判例）。

(九) 因人持鐵鑽扁擔向毆而用鎗反擊倒地，復奪所持之鐵鑽扁擔反毆致傷身死者，在他人既已中鎗倒地，所持鐵鑽扁擔又被奪獲，則他人不法之侵害，早經過去，自無防衛之可言

(前大理院六年上字第八百十七號判例)。

(十)互毆不得主張防衛權，應以彼此均有傷人故意，而下手先後又無從證明者爲限，如果一方利無傷人故意，防衛情形復極明顯，仍應以正當防衛論(前大理院九年上字第七十一號判例)。

(十一)被害人扛木板將被告誤撞，彼此爭吵聽散後又復撞遇，向被害人提及前情，隨口罵罵，被害人回罵，被告當向撲毆，被害人即用木叉扎傷被告頂心右眉，被告避入場園屋內，被害人追及復用木叉猛扎，被告情急，願用裝就防夜土鎗嚇放，不期轟傷被害人肚腹，在被害人持叉將被告扎傷且窮追不已，雖不得謂非由被告所挑撥，遽行逞兇窮追，則其對於被告，仍不得謂爲一種不正侵害，被告如被追之際，願用土鎗向被害人轟擊，自不能謂無防衛情形(前大理院九年上字第二八一號判例)。

(丙)須出於防衛自己或他人權利之行為。防衛者，對於現在不法之侵害，用自衛手段加以反擊，或見他人受現在不法之侵害，乃代抱不平急起援助，以排除其當前之侵害者也。(1)所可防衛之權利，刑法並未加以限制，則無論爲生命，身體，自由，財產，名譽，貞操等等，均爲本條權利之內容。(2)權利主體無限制，故無論自己或他人自然人或法人均得爲本條權利之主體，刑法不以防衛自己權利爲限，且許防衛他人之權利者，所以獎勵義俠，抑強扶弱，於道義責任與社會責任均無可非議也。

判解瑣例

(一) 本夫見其妻與人姦宿，迫於一時義憤，因將其人毆傷致死，此係排除現時不法之侵害，實與刑法防衛權利行為之規定相當，自應依法不罰（最高法院二十年非字第六十五號判例）。

(二) 殺斃姦夫若在行姦或行姦未畢時，非此不能排除現時侵害者，得以緊急防衛論（前大理院統字第四八號解釋）。

(三) 本夫殺死姦夫姦婦如係排除現時侵害者，以緊急防衛論（前大理院統字第四九號解釋）。

(四) 因賊匪糾衆持械黎明入室意圖擄人販賣，亟從睡夢中驚起，衣未及穿，倉猝禦敵，遂刺殺一人，實係對於不正侵害施其防衛（前大理院二年非字第六〇號判例）。

(五) 被告等開鎗轟擊某甲，實因某甲先行開鎗，併對於不正侵害為防禦自己之行為，自不為罪，惟射擊錯誤致傷某乙身死，然在被告等既無鎗傷，某乙之故意，而際此危機一髮，又未遑注意旁人，亦無過言（前大理院三年非字第五十六號判例）。

(六) 被告等同甲殺傷乙等係因乙等找向借宿必欲居住婦女之住房，經指定西屋讓其居住，將復不允，竟用言謾罵，並將甲揪住毆打，始行喊同返繫，是其共同返繫係對於不正侵害，因防衛權利所實施之行為（前大理院七年非字第一三四號判例）。

(七) 正當防衛，係對於加害人爲之，故自己或第三人受共同加害人中之一人所爲現在不正之侵害，亦得對於他加害人爲防衛必要之行爲，上告人於第三人已被打倒之後，加害人等之一方，尙未繼續爲現在不正之侵害，固無所用其防衛，若於第三人正被毆打之時，或加害人等之一方，尙有其他加害之危險，則倉猝之間，拾石擲擊，共同加害人之一人，仍應認爲防衛權之作用（前大理院九年上字第九八三號判例）。

(八) 本案啓粹係被告開放上訴人田水，足致上訴人灌溉田畝之水利受損害，如果該處上坂田地並無供給下坂田地用水之義務，或下坂田地另有溝地可以取水，則上訴人因其開放自己田水，阻止無效，始以細縛放水人之方法，排除不正之侵害，尙不失爲一種防衛權之作用（前大理院十年上字第一四五六號判例）。

(丁) 須其防衛行爲不過當，防衛行爲不容過當，「不過當」卽不超過適當程度之謂，如見人登樹盜果，加以驅逐已可制止，若必開鎗擊斃，卽係超過適當之程度矣。防衛行爲是否過當，除行爲人本身外，當就加害者所施侵害之方法與其緩急如何，並由客觀上注意侵害程度與反擊方法是否相當及其他周圍各種情形以決定之，例如(1) 自法益與方法言，侵害與防衛當求其均衡爲原則，如對於單身小竊加以鎗斃，卽爲過當。(2) 就人數與力量言，如侵害者只有一人，毋庸有多人之防衛，然侵害者若有得力過人之勇，則雖有多人爲防衛行爲亦非過當。(3) 自周圍情形言，若確因情勢危急，則縱因實行防衛而致人於死亦非過

當，例如被殺人綁架監禁於盜窟，若非殺死看管之人，無從逃脫者，即致看管人於死，亦為適當之防衛，不能以被害法益為身體之自由，反繫加害之法益為生命即謂為適當也。防衛行為如不過當，則完全阻却其違法性，其效果為不罰，若有過當情形，只能限制的阻却其違法性，其效果僅為得減輕或免除其刑，法律上裁量範圍甚廣，實用時務宜慎重。再過當防衛行為已非適法，他方對之仍得為防衛行為，應注意也。

#### 判解舉例

(一) 凡為防衛權利起見而出於必要限度者，應認為正當防衛之行為，被侵害之法益不必相等，或雖於因防衛而受害之法益（司法院院字第七八五號解釋）。

(二) (新例) 查刑法上之防衛過當，指防衛行為超越其防衛所必要之程度而言，如其加害行為出於加害者之故意，並非基於防衛權之發動，即非正當防衛，更無防衛過當之可言（最高法院二十四年上字第二六五六號判例）。

(三) 按正當防衛之是否適當，係指防衛行為是否超越必要程度而言，初不以雙方勢力之強弱及受害結果大小為衡（最高法院二十四年上字第六二二號判例）。

(四) 刑法（舊）第三十六條規定，祇以出於防衛權利而對於現在不法之侵害皆在防衛作用範圍之內，原不以侵害之大小與行為之輕重相權衡而有所變更，縱使防衛行為超過必要程度，亦僅生防衛過當問題，不能謂非防衛之行為（最高法院十八年上字第一四六九號判例）。

(五)查防衛過當之規定指防衛行為超越其防衛所必要之程度而言，而其防衛行為是否超越必要之程度，須就實施時之情節而為判斷，不得以侵害與防衛之法益之輕重為判斷之標準，據原審認定事實，上訴人等與某甲素有嫌怨，民國十七年農曆二月初九日夜某甲之姪某乙赴某縣某莊民團報告上訴人等之弟某丙為匪，請派隊剿辦。某乙先到某丙門首，即將某丙房屋放火燃着鳴鎗示威，上訴人等聞聲疑係土匪來到，召集該村民團數十人齊出抵禦，致將某乙亂鎗打死云云：據此事實則某乙於黑夜之間鳴鎗放火，上訴人為保護自己權利集衆將某乙扎傷殞命，究不得謂非必要之手段（最高法院十九年上字第一一七七號判例）。

(六)刑法上之正當防衛係以對現在之不法侵害，出於防衛權利所必要之行為為限，始得為阻却違法之原因，如果其時不法侵害業已排除，或雖未排除，而防衛過當，則其加害行為仍不能不負刑事責任（最高法院二十二年上字第三九一號判例）。

(七)甲乙二人共入民家強姦婦女丙。其一正在行姦時為丙與夫丁格斃，其一為丁一人在姦所外格斃之，後由丁約同父戊女丙將兩屍遺棄山溝，匿案未報，查丙丁在姦所格斃一兵，均係正當防衛，應不為罪，祇能就其遺棄屍體科斷，又在姦所外格斃一兵，須查明有無防衛或過當情形，方能定罪，如係防衛過當，始能與遺棄屍體援用刑律第二十六條（與本法第五十五條相當）之例處斷，惟丙既有遺棄屍體之事實，於法應論為刑律第二五八條（與本法第二四七條相當）之俱發，但得審查情形，依第五十四條（與本法第五十九條相當）酌

誠（前大理院統字第八一六號解釋）。

（八）電悉，（甲婦因見分居夫弟乙偷擲地種苞殺向斥，乙不服，回罵，並揪住按地拳毆，甲婦被毆情急，隨身帶割苞殺鋸刀扎傷乙斃命。）甲婦於被乙毆之際，用力戳斃乙，應以正當防衛論（前大理院統字第九二七號解釋）。

（九）如果確因有不正之侵害，急用扁擔格拒，致人成傷，復查明確無殺人之心，則其防衛行為即不能謂為過當（前大理院統字第一一九一號解釋）。

（十）正當防衛行為過當者，指防衛行為逾越其所防衛必須之程度而言，非以被侵害之法益與防衛行為所損害權衡輕重也。例如不正侵害者將殺人一指，被侵害者非殺其人而不能免其指之被截，則殺人即不能謂為過當（前大理院四年上字第五九七號判例）。

（十一）防衛過當不以侵害之大小與行為之輕重相權衡，而以行為是否超過必要程度為標準，本夫往坡上看見姦夫正與女人行姦，順拾石頭打中姦夫後腦即時斃命，當時既為防衛其夫權起見，縱有傷害之認識，而具備正當防衛之要件，亦不能認為超過必要程度（前大理院五年上字第五十一號判例）。

（十二）某人於被告之兄不在家，被告在地澆田時，持刀入室欲強姦被告之嫂，適被告由地負瓶回家，撞遇某人，轉身持刀追扎，被告情急，願用鐵錐架格防衛，致傷某人兩脛及右手，登時斃地，被告近前奪刀投赴村會自首，是其奪刀以前之行為係對於現在不正之侵害

施其防衛，且於某人持刀追扎之際，危機一髮，用鐵鑿敵，自認排除危害應取之手段，雖致傷人倒地，亦不得謂為逾越防衛之必要程度（前大理院十一年上字第七五〇號判例）。

二、誤想防衛誤解防衛與恐怖之過當防衛 正當防衛之要件並不存在，幻覺為有現在不法之侵害而行防衛者為誤想防衛，此係無故意之行為，應予不罰，德國刑法關於過當防衛如出於恐怖驚慌而有可宥恕者規定為不罰，本法未予規定，在解釋上其因恐怖而防衛過當之部分既非有意，亦應不罰，至因誤解法律以為對於適法行為亦可主張防衛者為誤解防衛，仍應負行為之責，判解舉例如左：

(1) 甲意在行竊，本非行竊，乙誤認為賊，以防衛財產之目的，致將甲毆傷，自應依刑律第十五條（失效）之例，宣告無罪（前大理院五年上字第八六號判例）。

(2) 行為係在防賊，雖事實上所擊死者非賊，似與正當防衛之條件不合，然究係以防賊之意思出於衛護權利之行為，此即想像上之正當防衛，仍應依當時有效之刑律第十五條處斷（最高法院十九年非字第十一號判例）。

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

前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務有特別義務者不適用之。

一、緊急避難之要件 因避免緊急危難而犧牲第三者權利之行為即學說上所謂「緊急避難」，如

遭遇海難，甲乙互爭浮板，以待救生船之來救，正在危急之際，甲忽奪據浮板，致乙溺斃，此種保全自己犧牲他人之事，本與淳風美俗相抵觸，惟按之當時緊急情形，兩方法益決難並存，又無其他方法可以避免，唯有一任當事人自行解決，較為合乎人類恆情，其行為雖不能認為適法，亦不必干涉處罰，此所以認為「放任行為」亦為阻却違法原因之一也。惟依本條規定，緊急避難行為之不罰，必須具備左列各要件：

(甲)須有緊急之危難 緊急危難指言現在緊急之危險災難，較之僅稱現在者尤為迫切；(1)危險災難指因人力動物或自然現象而發生者如殺人傷害猛獸洪水火災地震之類是，即甚於自己過失而生緊急危難，因避免此危難而為之行爲，原則上亦應不罰，例如因自己失火燒燬住宅，為避免自己生命之危難而破壁避入鄰居，雖在民法上有時不能免除損害賠償之責，而在刑法上則以不必論以毀損與侵入住居之罪較為合理，緊急避難之原因既有人為的自然之別，自與正當防衛之侵害僅由人爲者不同。(2)緊急者，即目前現存之緊急迫切的狀態，故對於過去之危難，既成陳迹，已無可謂避難，對於未來之危難，可以預防，亦無緊急避難之可言。(3)由於無責任能力或無責任意思者行為所引起之緊急危難亦得為緊急避難之原因。(4)對於他人不法之侵害固得緊急避難，即對於他人緊急避難之行爲亦仍得主張緊急避難，但對於合法行為雖有緊急狀態，則不許妄引緊急避難規定避免責任，如因避免依法逮捕或避免執行刑罰而出於侵害第三人之法益者，即不得視為緊急避難免其刑責也。

(乙)須避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難 (1)緊急危難發生尤須有侵害法益之可能，此項法益以生命身體自由財產爲限，名譽不列在內，蓋依立法沿革言，以名譽之被侵害對於加害者行使正當防衛固所不禁，若對於第三人爲避難行爲而至犧牲其法益則認爲無此必要也。關於貞操與健康可包含於身體法益之中，住居安全可包含於自由法益之中，均不失爲本條緊急避難之對象。(2)避難行爲中法益之主體不以自己爲限，即救護他人權利而爲緊急避難之行爲，亦在本條不問之列，蓋當緊急危難之際法益不能兩全，保護自己權利固屬人之恆情，而出於義憤或惻隱之心爲拯救他人權利之義舉，亦屬社會道德所獎勵，法律不外人情，即使因避難結果而犧牲第三人之利益，既屬勢不得已，自應均予不問也。

(丙)避難行爲須出於不得已 緊急避難行爲係因避免緊急危難而出於不得已，致對於他人權利有加害之行爲，故與正當防衛之因防衛權利，而對於不法侵害者之行爲加以反擊之行爲者自有區別也。(1)避免緊急危難者或出於積極之救護，或出於消極之逃避，擇一爲之固可，一併爲之亦可，但均須出於「不得已」而爲之。(2)所云「不得已」，即除犧牲第三人之法益而外，別無他法可以避免其危難之意，「緊急」指危難而言，「不得已」指行爲而言，遭逢「緊急危難」，非爲此「不得已」之行爲，即將無法保全自己或他人之權利者始可免除刑事責任，「緊急」與「不得已」須互相連貫，缺一卽有不可，故當緊急危難發生之際如可用防禦方法以排除之者卽非「不得已」，有可避之機會及手段時亦非「不得已」，倘無「不得已」

之情形，即不得藉口於緊急避難而免其責任也。(3)利用本條行爲有不罰之規定，而自己作成一種危難狀態，爲侵害他人利益之假借者，則爲有計劃之犯罪行爲，自不能謂爲有「不得已」情形而阻却其違法性。(4)避難行爲須出於單純意思，若素有恩怨故爲犧牲他人利益之行爲者，原則上不應曲恕，例如航程中突遇暴風，船將傾覆，甲乙乘客素有仇恨，甲已有救生圈一具可用，乃復奪取乙之救生圈，以自全其性命，致乙溺海而死，即不能謂爲有「不得已」之情形而不予處罰，然若覆舟之際，甲奪取乙之救生圈並非自用，而交之於丙，使其不致溺死，則乙雖因此喪生，而丙則因此獲救，兩害相權尙無軒輊可分，果當時事勢迫切，確出於不得已者，則縱有恩怨存於其間，似亦可不予罰也。

(丁)避難行爲須不過當 危難之發生若不同危難緊急之程度避免危難之狀態及被害法益之輕重若何，任意爲避難之行爲，未免滋生流弊，故應不逾相當之限度，否則即爲過當之避難行爲，仍應定罪科刑。「過當」與否當注意於危難所能致之損害與避難行爲所生之損害是否均衡及當時其他情形與避難行爲是否適宜以爲決定之標準，如：(一)危難所能致之損害與避難行爲所犧牲之法益及其程度若何？(二)危難迫切程度及避免危難之方法若何？(三)關係人在社會上之地位品性環境若何？(四)當時情形及其他關係等均須比較斟酌，依社會的常識判斷之，學說上稱爲緊急避難之均衡性，例如發生火災之際，爲避免自己愛犬之遭難，奔馳救護，致踏死他人小兒之生命者，無論在法益均衡上，方法均衡上，或環境均衡

上論，顯然爲適當之避難行爲也。然如係病丐爲避免惡丐之奪取其輔幣數枚，因而飛奔撞傷他人之小孩者似未可認爲適當之避難行爲，故不應專憑法益之重輕及主親之價值以爲判斷，並當注意周圍情形及各種關係，依社會上客觀的評價以既定其是否適當也。

判解舉例

(一)(新例)擊斃踐食菜園之他人猪隻，應構成毀損罪，但應注意緊急危難之規定(司法院二十九年院字第一九八九號解釋)。

(二)在正當防衛被侵害法益之價值不必相等或輕於因防衛而受害之法益，在緊急避難所救護之法益，其價值亦不必相等，或輕於因救護所損害之法益(司法院院字第七八五號解釋)。

(三)富戶某甲與強盜乙丙爲鄰，久畏懼之，乙丙曾擄一事主藏匿於家，希圖勒贖，當夜該事主逃至甲家求救，甲詢知係乙丙架擄之事主，懼其脫逃禍且累己，遂通知乙丙復將事主捉去，甲之行爲自係幫助勒贖，但其僥倖若有刑律(失效)第十六條情形者，應依該條不爲罪或減輕其刑(前大理院統字第三八五號解釋)。

(四)甲在其園土即乙等砌水溝出口處造築圍牆，竊下本留有出水之路，並未將水溝阻塞，乙等乃以築牆塞溝祠屋被漫爲詞，將其圍牆拆毀，既無不可抗拒之危難，又無如何不得已之情形，當然成立刑律(失效)第四百零六條之罪(與本法第三百五十四條相當)(前大理院七上年上字第七〇五號判例)。

二、不許適用緊急避難規定之例外。「前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之」，蓋從事於公務或業務之人，自己本身有應負危難之特別義務，當然不許本人藉口於避難行為而逃避其義務也。例如有守土責任之公務員遇敵賊境，有盡忠報國之義務，乃為保全自己之生命財產毫不抵抗而棄職逃避，即不能免除不盡應盡之責，而委棄守土之罪責，又如船舶遇險，船長不應不顧乘客船貨而先自逃逸，醫師有保護病人之責，亦不能藉口於避免疫癘之傳染而遺棄病人，自行遠避，故惟無公務上或業務上之特別義務者，始得適用緊急避難之規定耳。

綜合本條規定緊急避難行為，不過當者為不罰，過當者僅得減輕或免除其刑，至公務上或業務上有特別義務之人為避免自己危難而出於避難行為者，非但不得免除刑責，即欲適用第一項規定，減免其刑，亦所不許也。

### 第三章 未遂犯

犯罪有既遂未遂之分，既遂犯者，實行犯罪行為，而已發生犯罪結果，完成犯罪要素之類也，其要件如下：（一）實行犯罪行為之終結，（二）犯罪結果之發生，（三）犯罪普通要素與特別要素之完成，但既遂犯之結果，非必須有具體的有形的結果之發生，如侮辱罪、誣告罪、偽證罪之類，只須有侮辱誣告偽證之行為，其犯罪即可認為既遂。至若不具備犯罪之特別要素，犯罪目的雖未完成，而被審法官關係重大，認為不可不加處罰者，刑法上之立法方式有二：（一）於分則各條之次將犯罪未完成之形式特定其構成要件者如預備犯陰謀犯是。（二）於總則規定一般的未完成之形式為其構成要件者，即本章之未遂犯是，刑法分則中除關於陰謀預備及未遂犯設處罰之特別規定外，其餘各罪規定之形式均屬於既遂犯未遂犯，有由於外界事由而不遂者，有由於已意中止而不遂者，又有因行為不能發生結果而不遂者，於是復有狹義未遂犯中止犯不能犯之分，本章第二十五條至第二十八條即規定此三種未遂犯之構成要件及處罰者也。

第二十五條 已着手於犯罪行為之實行而不遂者為未遂犯。

未遂犯之處罰以有特別規定者為限。

一、未遂犯之要件 依本條之規定未遂犯須具備左列之要件：

甲、主觀的要件 未遂犯在主觀方面以有「故意」爲必要，若非出於故意，則除過失有特別規定處罰外，即不成爲犯罪，故意實行犯罪，若終於不遂，而有處罰其未遂行爲之特別規定者，即爲未遂犯。

乙、客觀的要件 客觀方面要件又可分析如左：

(一)須已着手於犯罪行爲之實行 着手爲實行之開始，而實行則爲着手之結果，犯罪行爲雖有各個階段，然陰謀預備非犯罪必要之條件，而着手實行則爲實現犯罪必要之階段，本條第一項既以着手於犯罪行爲之實行爲未遂犯之要件，則(一)所開始實行者必須爲犯罪行爲，若所實行者本非犯罪之行爲，自無未遂犯之可言。(2)對於犯罪行爲須已開始實行，在未着手於犯罪行爲之實行以前，雖或經過表意，陰謀，預備之階段，尙不至成立未遂犯也。判解舉例如左：

(1)上訴人邀同甲乙等至五里樟坊意圖行劫，行至中途即被馬隊查獲，是其行現行爲尙未至於着手實行之程度，顯與刑法(舊)第三十九條第一項之規定不合(最高法院十八年上字第一三八〇號判例)。

(2)本案被告雖以幫助某甲收集偽造之銀行鈔票爲名，向某甲詐取現洋十三元，但該被告不過以此爲詐欺之方法，並未着手收集，極爲明顯，既未着手於收集偽造銀行券之罪之實行，自不生未遂問題，乃原審判決除科處被告詐欺罪刑外，復認爲幫助收集偽造紙幣未

遂，適用刑法(舊)第二百一十一條第三項處以有期徒刑二年六月，顯屬違法(最高法院十九年非字第三十六號判例)。

(3) 查未遂罪指已着手於犯罪之實行而不遂，或不能生犯罪之結果者而言，所謂着手，指實行犯意，尙未達於犯罪既遂之程度，與着手以前所爲之準備行爲，迥乎不同(最高法院二十年上字第八二三號判例)。

(4) 上訴人結夥竊同前往某村發掘坟墓，僅行至中途即被警覺獲，尙未達於着手實施之程度，核與刑法上規定未遂犯之要件顯有未符。第一審認爲發掘坟墓未遂，援引刑法(舊)第二百六十三條處罰，原審亦未予以糾正，均有未合(最高法院二十年上字第一五四一號判例)。

(5) 所謂着手係指犯人對於構成犯罪之事實開始實行而言。故在事前所爲之預備行爲不得認爲着手(最高法院二十一年非字第八十九號判例)。

(6) 預備行爲與未遂行爲之區別，自以已未着手爲標準，所謂着手者即指開始犯罪之實行而言，如因貪圖厚利，聽從匪類誘惑，代爲探聽預備行兇處所，有無軍隊，尙未回轉報告，即被軍隊盤獲，則該匪徒等，縱有行兇該處所之意思，既待探聽虛實後，以定其犯罪是否開始實行，不但並未上盜，且距着手時期尙遠，至爲明顯(最高法院二十一年非字第九十七號判例)。

(7) 刑法上之犯罪除有處罰預備陰謀之特別規定外，以其已着手犯行爲論罪前提，如合夥人

之一造謠告彼造竊盜，其誣告目的縱係爲將來拒償股本之地步，但合夥財產均在共同管有之下，誣告人僅意在吞沒，對於侵占行爲尙未着手實施，究難於誣告罪外論以侵占罪名而從一重處斷（最高法院二十二年上字第九十三號判例）。

(8) 意圖強盜闖入人家，因人出持械抵禦即行造散者，爲強盜未遂（前大理院六年上字第一〇〇二號判例）。

(9) 查犯罪預備與未遂之區別全以已未着手爲標準，凡實施構成犯罪要素之行爲謂之實施，着手者，即指開始實施而言，與實施有緊接之關係，該上告人挈鎗出外，尙未成行，即被擄阻，據證人供上告人挈鎗時尙若不見所欲殺之人，是當時縱殺人亦無從開始實施，自無着手可言，核其所爲尙在殺人預備之程度，原判認爲殺人未遂，實屬錯誤（前大理院九年上字第八三九號判例）。

(10) 須已着手實行而終於不遂「不遂」者，不會遂行其犯罪之目的，即未曾完成犯罪之特別構成要件之謂也。有謂既遂未遂之區別祇就結果之已未發生言，與犯人之目的已達與否無涉，且舉誣告罪不問被誣告人是否被處刑罰即已成立既遂之例以資其說，雖不知既遂犯固已有結果之發生，而未遂犯「不遂」之狀態，有時亦不無犯罪結果之發現，第其結果非若既遂犯之爲全部，或較顯已耳。至誣告罪之目的在使能管公務員受其虛構之告發告訴，一經受理，則誣告目的即已達到，至意圖他人受刑事處分，乃犯罪之動機，而非犯罪之目的。

的，兩者不容相混也。誣告罪不謂未遂，姑置不論，至其他犯罪處罰未遂犯者，大抵均爲不會遂行其犯罪之目的，而在客觀上至於欠缺犯罪之特別構成要件，此卽與既遂犯不同之要點也。判解舉例如左：

(1) 強盜罪之既遂未遂，應以生利器已否接合爲準，不以滿足性慾爲既遂條件（司法院院字第一〇四二號解釋）。

(2) 被告以偽造之中央銀行券向某洋貨店購買肥皂果品，該店登時發現爲偽造，則被告行使該券尙屬未遂，自難律以刑法（舊）第二百十二條第一項之既遂罪（最高法院二十年上字第一九一一號判例）。

(3) 強盜罪之既遂與否以已未得財爲標準，若僅施用強暴脅迫之手段而未取得財物者，仍應以未遂論（最高法院二十二年上字第八九二號判例）。

(4) 恐嚇罪既遂未遂之區別，以使人交付之所有物有無交付卽犯人是否得財爲標準，如於尙未得財之際卽被捕獲，顯係着手於犯罪之實行而未遂，自應論以恐嚇未遂罪，方爲適法（最高法院二十二年非字第一一二號判例）。

(5) 擄人勒贖罪必須被擄人已喪失行動自由而移置於加害人實力支配之下始爲既遂，本件被擄人正在掙扎尙未架走，其擄人行爲不能謂已完成，自應僅負擄人勒贖未遂之責，原判決認爲既遂，法律上見解尙欠允協（最高法院二十二年上字第一五四〇號判例）。

(6) 刑法上之燒燬係指物之燃燒已喪失其效用者而言，如果未達此程度，雖已着手於放火之實行，祇能論以未遂（最高法院二十三年上字第五二三八號判例）。

(7) 竊盜應以其竊取行為已未終結為既遂與未遂之標準，竊取財物雖因被人遇見不得繼續，然當時物既歸伊所持，其行為即已終結，至結果若何可以不問，原判誤認為行竊未遂，誠等閒擬，實屬錯誤（前大理院五年上字第四四一號判例）。

(8) 扭鎖入室上樓正欲行竊，適被人窺破，鳴警抓獲，尚屬竊盜未遂（前大理院五年上字第三一四號判例）。

(二) 須有處罰未遂犯之特別規定 犯罪行為未完成之狀態未必皆成立未遂犯，刑法上特就比較重大之犯罪，為矯正惡性防衛社會起見，始設處罰，其未遂犯之規定，若無特別規定可資根據，則縱有行為未遂之狀態，亦不能視為未遂犯而處罰也。

二、未遂犯之狀態 (1) 因外界各種事由至使犯罪行為不遂者，普通未遂犯，有由於對方之行為者，如甲欲以毒藥殺乙，乙知之而不服其藥，有由於第三人之行為者，如舉刀殺人，他人出而阻止，有由於自然現象者，如燃火於屋，忽為風雨熄滅，又有由於行為人本身之行為者，如鎗術不精擊人而不中是也。(2) 行為不能發生犯罪之結果者為不能未遂。(3) 行為人固已意中止其犯罪之行為者為中止未遂。(4) 雖已着手於犯罪之實行而未終了者為未了未遂，如竊盜正在扭鎖入室即被破獲，亦稱為中絕未遂。(5) 實行已經終了而不遂者為既了未

遂，如彈發而不中人，或雖中而不死，是亦稱爲缺效未遂，狀態雖不一致，其爲不遂犯則一，惟可就其情形爲減免與否之標準耳。

### 三、未遂犯與各種犯罪之關係

甲、過失犯加重的結果犯，及與着手實行同時完成之犯罪，就分別各條觀察，均不容未遂犯之發生，至陰謀犯與預備犯，論其行爲之階段，本在着手實行之前，自亦不生未遂之問題，可無待論。

乙、不作爲犯與未遂犯 純粹不作爲犯，如一四九條二九四條三〇六條之罪，刑法上均無處罰未遂明文，至純粹之不作爲犯，其出於故意之消極行爲，仍可有未遂犯之存在。

丙、未必的故意與未遂犯 出於未必故意之行爲，既已着手實行而未完成其犯罪者，仍可發生未遂犯之問題，例如汽車司機兇戲人命，預見前面有人駕車飛駛，意以爲撞死其人與否，均無不可，則汽車司機之主觀上已有未必故意之存在，如果撞死其人卽爲殺人罪之既遂犯，如不撞死而撞傷，固爲未遂犯無疑，卽不撞死亦不撞傷，而係有殺人之本意，且已着手實行，縱未發生殺人之結果，自不能逃避殺人未遂之責任，第於認定證據方面，稍覺困難已耳。

丁、共同正犯與未遂犯 共同正犯本有意思之連絡，及有爲之聯絡，對於犯罪結果之發生，不問爲何人所實施，既爲共同正犯間全體所希望其發生，卽應共同負責，故在共同正犯中，

雖僅一人有犯罪既遂之情形，其餘共同正犯亦即須同負既遂之責。例如甲乙丙三人共同暗殺丁，甲開鎗擊中丁腿未死，乙開鎗未中，丙發彈命中丁頭部，丁即倒地身死，則共同殺人之結果，已經完成，不能謂由丙負殺人既遂責任，甲乙放鎗未足致丁於死，僅負未遂之責也。舊例如左：

該被告人鎗未過火，因屬手段上意外之障礙，然其共同實施之行為，並未因此一擊不中之障礙遮斷終止，而由他之共犯繼續進行，仍完成殺人之結果，此種障礙情形，已歸消滅，尙何有未遂之可言（前大理院三年上字第一二號判例）。

第二十六條 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。

一、未遂犯之處罰 誅心主義者，獨重行為人之主觀的惡性，主張科以既遂犯之刑，誅主觀者，獨重行為後之客觀的實害，主張不能適用既遂之刑，兩者均有所偏，本條則明定「未遂犯之處罰」，得按既遂犯之刑，減輕之，蓋折衷於兩者之間，免趨極端也。稱「既遂犯之刑」者，謂犯罪構成要件均已具備後，依分別各本條所應處之法定刑，如第二百七十二條第一項「殺直系血親尊親屬者處死刑或無期徒刑」，即既遂犯之法定刑，同條第二項「前項之未遂犯罰」，即所以表示未遂犯之處罰須有特別之規定，而其處罰標準，在原則上即應適用本條規定，依第二百七十二條第一項之刑處斷，如認為有減輕之必要，亦應按該項所定之刑減輕。

處罰，至減輕與否，自須斟酌主觀惡性及客觀情形，一任司法官自由裁量也。

二、不能犯處罰之標準 不能犯者，行爲人故意爲犯罪行爲，而因其他原因，致「不能」充實犯罪之構成要件者也。不能犯亦爲未遂犯之一種，則其處罰原則上應適用未遂犯處罰之規定，但不能犯內容複雜，若一律依一般未遂犯處罰，未免過苛，故於第二十六條設特種不能犯減免其刑之例外。不能犯如何處罰，原有主觀說客觀說折衷說之分，而不能之狀態，又有相對不能絕對不能與目的不能方法不能之別，舊刑法第四十條但書「但犯罪方法決不能發生犯罪之結果者，得減輕或免除其刑」，雖採折衷主義，然僅以方法的絕對不能爲減免之標準，尙不脫客觀主義之色彩，其行爲究有危險與否，亦無明文規定，解釋上易生紛歧，故本法第二十一條但書，改爲「但其行爲不能發生犯罪之結果，又無危險者，減輕或免除其刑」，其應減免不以方法的絕對不能爲限，蓋一較爲嚴密之折衷主義也。

本條但書所謂無危險之標準若何，復有三說：

甲、具體危險說 就具體行爲之有無危險爲準，有危險者，以未遂犯論，無危險之不能犯，則異其處罰，其所謂「危險」以行爲時一瞬間行爲人所認識之危險情事爲限，事後判明之情事，則謂無庸加以考慮，如對於無孕婦女而使之墮胎，只就行爲之瞬息有危險之認識者，即可依未遂犯處罰。

乙、絕對危險說 此說以行爲有無危險區別普通不能犯與特種不能犯，殆與具體危險說無

異，所不同者，此說不以前說行為時瞬間之危險爲基準，專就事後查明當初之實情，依一般常識判斷，以決定其有無危險，有危險者，爲普通不能犯，依一般未遂犯處罰，相對無危險或絕對無危險者爲特種不能犯，依其情節，而減免其刑或不罰。

丙、主觀危險說 注重主觀的危險，亦曰抽象危險說，關於行為之危險與否，以行為人之主觀的認識爲觀察的對象，行為人苟已着手實行，而表示其犯意，縱因種種事故以致不能發生犯罪之結果，亦應概與未遂犯同論，此論離開客觀觀察，以行為者之意思，爲決定危險之標準，例如誤信自己之物爲他人之物，而竊取之，或誤認銅像爲活人而殺之者，依主觀說均爲普通不能犯，將概與未遂犯同等處罰矣。

本條但書之不能犯，其所謂「不能」爲絕對的不能乎？爲相對的不能乎？爲目的之不能乎？抑爲方法之不能乎？其所謂「無危險」爲絕對的無危險乎？爲相對的無危險乎？爲具體的客觀的無危險乎？抑爲抽象的主觀的無危險乎？本條未爲顯明規定，自有待於解釋。鄙見以爲本條但書既不曰「決不能」而曰「不能」，即應不問爲目的不能方法不能相對不能或絕對不能，苟其行為無危險者，均可依但書處斷，「無危險」一語，亦不曰「絕無危險」，應包含絕對無危險或相對無危險在內，至其有無危險，應以客觀的危險爲標準，此觀於但書中「其行為」又「無危險者」文字上之貫串，爲顯而易見，行為之危險性，屬於犯罪之客觀的要素，故此處所謂無危險，應指客觀的危險而言，且應以普通常識爲根據，並

依事後查明當初之實情以決定之。論者將駁余云：「無危險」若指客觀而言，寧不與主觀主義之立法精神相背歟？且但書所舉之不能犯，並非不罰之不能犯，法官仍應注視其主觀之惡性，以爲處罰之標準，關於主觀的危險性，本條雖不爲明示之規定，而解釋條文之精神，則包含在內爲無疑，否則本條儘可規定爲不罰，奚必處罰。又奚必減輕或免除其刑，以留自由裁量之餘地耶？

依上說明，本法之不能犯，可得想像爲左列之狀態：

(一)行爲不能發生犯罪之結果，而有危險者，爲普通不能犯，依未遂犯處罰之例，得按既遂犯之刑減輕之。

(二)行爲不能發生犯罪之結果，而無危險者，爲特種不能犯，依第二十六條但書減輕或免除其刑。何者減輕？何者免除？須認定其爲相對不能與相對無危險或爲絕對不能絕對無危險，並就主觀惡性客觀事實與實行犯罪之程度等，詳密研究，斟酌至當以決定之。例如對於他人空窺而爲偷摸之行爲者，係相對的不能又爲相對的無危險，不妨僅予減輕，又如對於無孕婦人而使之墮胎，則爲絕對的不能且係絕對的無危險，則無妨免除其刑也。結果之不能發生爲具體的狀態，有無危險爲抽象的狀態，必二者兼備，方能減輕或免除其刑。

(三)並無犯罪之客體而誤想爲有，以至絕對不能發生結果又絕無危險者，爲誤想犯，又曰幻

覺犯，其行爲不罰，例如誤以木偶爲活人而殺之者，因犯罪客體之欠缺，其行爲不成犯罪，自應不罰也。

(四) 犯罪方法出於迷信，絕對不能發生結果，又絕無危險者，爲迷信犯，其主觀上認識錯誤，又無危險，故亦不罰，如所禱神祇，以求他人速死者，不可依不能犯之規定處罰是也。

無論普通不能犯，或第二十六條但書之特種不能犯，在刑法上均屬於未遂犯，特在普通不能犯依一般未遂犯之例得減輕其刑，而特種不能犯，則減輕或免除其刑，其處罰程度有不同耳。然其處罰範圍應與未遂犯同以有特別規定者爲限，實用時不可不注意也，舊例列左：

(1) 刑法處罰未遂犯之精神，以其着手犯罪之實行，雖因意外障礙不遂，而有發生實害之危險，不能不加以制裁，故刑法第三十九條後段(舊)之不能犯，亦係指該項行爲有發生結果之危險者而言，如出於犯人一時之幻覺，實際並非實施犯罪之行爲(學說上名爲幻覺犯)，自不成立犯罪，本案被告，誤認料土爲鴉片烟土着手販賣，非但不能發生販賣鴉片烟土之結果，且無發生該項結果之危險，即亦不生未遂犯之問題(最高法院十九年非字第三十五號判例)。

(2) 刑法(舊)第三十九條第一項後段之不能犯，係指該項行爲有發生實害之危險者而言，如實際上本不能發生損害，則無何種危險可言，自不成立犯罪。本案上訴人侵入某甲家，

雖意在將其殺害，但某甲既早已出外，絕無被害之危險，按照上開說明，究難令負殺人未遂罪責（最高法院十九年上字第三五號判例，注意本例在新刑法上為預備殺人罪）。

第二十七條 已着手於犯罪行為之實行，而因已意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。

一、中止犯之要件 依本條規定，中止犯之要件，可以分析如左：

(一)中止犯須本於故意之犯罪行為 犯罪以故意為前提，中止犯為廣義未遂犯之一種，未遂犯須本於故意，故中止犯亦必為本於故意之犯罪行為，過失犯無未遂，即不生中止問題。

(二)須已着手於犯罪行為之實行而中止 中止犯乃學說上之名詞，實即因已意中止之未遂犯，第二十五條廣義未遂犯，既以已着手於犯罪行為之實行為要件，則中止犯當然同此要件，本條乃又重複及之，此不過促起注意之規定，立法技術上雖嫌衍贅，不可因之而生誤會。中止犯既有已開始實行之情形，則預備陰謀，自無中止犯之可言。

(三)須有發生犯罪結果之危險 若對於結果之危險性，本已不能發生者，即亦無所謂中止。

(四)須中止於未遂之時 若在既遂之後，即無所謂中止，然於未了未遂，有與中止犯互合者，如甲欲殺乙，一槍未中再發二槍時，忽生未忍之心，自行中止，是時可諒其最後心理，認為中止犯。

(五)須全因已意而中止 若非因已意而中止，即非中止犯，例如欲行強姦者，忽即隔室人

語，心生畏懼，乃中止其強姦行爲。又如深夜持刀殺人，偶聞響聲，發生顧慮之念，因而中止者，均不得認爲中止犯。蓋其中止，雖由自己畏懼與顧慮之念使然，但其發生畏懼與顧慮之原因，純爲外界事物所激刺，非全由自己意思而中止，此乃普通之未遂犯，不得以中止犯論也。若確係全由自己意而中止者，則無論其中止原因，爲由於悔悟，爲由於恐怖，爲聽友朋之忠告，爲懼法律之制裁，爲目的不滿其所欲，或爲時機未熟，俟諸異日而中止者，均不失爲中止犯也。

(六)須由己意而防止其結果之發生 若非出於己意而因其他原因已將結果防止者，例如甲毒乙後，乙已自行延醫治療獲救者，甲即不能以中止犯論，至中止犯是否以現實防止其結果之發生爲必要，抑只要有努力防止結果發生之行爲爲已足，實一疑問。例如甲欲殺乙，服以毒藥後，豁然悔悟，急施以解毒急救之術，如已奏效，固屬中止犯無疑，假如解毒藥劑，因故不能奏效，究竟能否以中止犯論，甲說以爲本條規定，僅曰「因己意防止其結果之發生」，而無已經防止之明文，且就中止者之本意觀察，無論能否防止，其出於己意而爲防止，則其間毫無差異。況本條立法精神，置重於中止者之意思有可曲恕，而規定減輕或免除其刑，以獎其悔改自新，若必仍依既遂論罪，不予減免，將使行爲人仍有懷刑之懼，減其改過之忱，與刑事政策要求，未能吻合，故行爲人若確已努力防止其結果之發生，縱其防止行爲，因故不能奏效，仍不妨以中止犯論。乙說則謂若結果仍不免發生，行爲者雖爲

罪孽之努力，實害已生，目的已達，應以既遂論，而非中止，惟僅能以犯罪後之態度爲量刑之標準，從輕處斷可也。就刑事政策論，甲說自屬言之成理，惟中止犯爲未遂犯之一種，上例已生結果，即非未遂，亦即輕中止可言，故實用上當採乙說。

## 二、中止犯之狀態 本條中止犯，可想像爲左列之狀態：

(一)未了中止 已着手而因已意不終了其行爲者爲未了中止，例如意圖強盜，撬門入室後，心生畏懼，即逃回是也。若意圖強盜，闖入人家，因人出持械抵禦，即行逃散者，則爲強盜未遂（普通未了未遂）（前大理院六年上字第一〇〇二號判例）。

(二)既了中止 其實行終了，因已意防止其結果之發生者，爲既了中止，例如飲人以毒藥後，因覺不忍，而投以解毒藥劑盡力救治，甦生者是。

(三)消極中止 在未了未遂之情形，僅係着手於犯罪行爲之實行，尙未達於可生結果之程度，是時若由已意消極的不進行，其行爲者即爲消極中止。

(四)積極中止 在既了未遂之情形，其實行已終了，有發生結果之可能，乃由已意積極的防止其結果之發生者，即爲積極中止。

### 判解舉例

(一)中止犯以犯罪已着手爲前提，刑法（舊）第四十一條規定甚明，陰謀預備其程度在着手以前自不適用中止犯之規定，如犯有預備或陰謀之犯罪，於預備或陰謀中，中止進行，法無

處罰明文，應不為罪（司法院院字第七八五號解釋）。

(2) 中止犯之成立，以着手於犯罪之實行，固已意中止為要件，所謂着手必須從客觀的方面，可以認其實行行為已經開始者而言，若實行行為尚未開始，而其所為，均係着手以前之準備行為，只能謂之預備犯，除刑法上有處罰預備罪之規定，須依預備罪論科外，實無中止犯之可言。本案據原審認定事實，上訴人夥同某甲等集會議定搶劫某家，行至門前，因心虛膽怯，不敢入內，回至某處，被偵緝隊拿獲，則其當時究竟有無着手實行，抑僅止望門而返，此與應否成立犯罪，至有關係，如已着手後，因膽怯未果，固應論以中止，若未達於着手程度，而為預備行為，刑法（舊）既無處罰強盜預備之規定（據新刑法已有處罰規定），即無犯罪之可言（最高法院二十二年上字第九八〇號判例）。

(3) 刑法上之中止犯以已着手於犯罪之實行為必要條件，雖學說上有未行之中止，及已行之中止之分，而其行為狀態，要已着手於實行否，則即無所謂中止。本件被告經原審，認係聽從某某邀約前往擄人，行至中途即行折回，是其行為尚未達於着手實行之程度，原判決依憐人勸贖之中止犯處斷，自屬於法有違（最高法院二十三年非字第四號判例）。

(4) 聽人糾邀，隨同前往殺人，行至中途託故不往，核其所為殺人之行為，雖已中止，而預備殺人之行為，實已完成，雖犯罪尚在預備期中，與法律上之中止犯性質不同，而預備殺人犯之罪責，要難解免（前大理院六年非字第二十一號判例）。

(5)中止犯以犯罪已着手爲前提，被告等所犯陰謀內亂罪，陰謀程度在着手以前，自無中止之可言（前大理院三年特字第二號判例）。

三、中止犯之處罰 中止犯如何處罰，立法例頗不一致，本法則規定爲減輕或免除其刑，二者必居其一，其所以較普通未遂犯減輕處罰者，以未了中止，既有消極的不進行之情形，既了中止，復有積極的防止結果發生之事實，且均出於犯人之本意，則爲獎勵悔悟自新起見，不應與普通未遂犯同科也。中止犯既爲未遂犯之一種，則其處罰，亦以分則各條有處罰未遂犯之特別規定者爲限，無待論也。

四、中止犯與間接正犯 間接正犯者，利用無責任能力或無犯罪意思者，使其爲犯罪行爲者也。被利用者於開始實行後，自行中止或防止其結果之發生者，則利用者仍應負普通未遂犯之責任，必也利用者於被利用者開始實行後，因己意阻止其進行或防止其結果之發生，則利用者始可以中止犯論。

五、中止犯與共犯 中止犯若僅一人犯罪，其認定尙屬簡單，若在共同犯罪情節，則關係較爲複雜，茲姑分別說明，以便實用。

(一)中止犯與共同正犯 共同正犯間，有意思與行爲之連絡，故在原則上其間一人之行爲，卽有視爲全體之行爲，惟中止則係特例，不能推及於其他共同正犯，蓋中止犯立法政策，在於獎勵悔悟自新，其中止效力，亦僅及此悔悟之個人，而與其他共同正犯無異也。其他

之共同正犯未中止之效力，亦未及於中止者，但若其他共同正犯被中止者動阻，亦均中止時，則全體正犯亦均以中止犯論也。

(一)中止犯與教唆犯 本法於教唆犯採獨立處罰主義，其表意未表明時，即消極的不進行其教唆者，固可論為中止，若一經明白表示意思，則其教唆行為即已終了，非積極的防止被教唆者之開始實行，或於其實行後防止其結果之發生者，即不能以中止犯論。被教唆者若以己意中止或防止其結果之發生者，則被教唆者為中止犯，教唆犯仍為普通未遂犯。

(二)中止犯與從犯 從犯在本法上仍有從屬性，在原則上正犯為既遂或未遂，則從犯亦為既遂或未遂，惟中止情形，則不盡然，因中止注重於中止者個人之意思，故從犯中止者，其效不及於未中止之正犯，而正犯中止者其效力亦不及於從犯。

(四)共犯中止應否以有效防止為必要之問題 共犯中一人中止其犯罪行為，在密例認為中止犯，而司法院解釋，則謂共犯須防止結果發生之效果發生，始能依中止犯之例處斷，余以為是項問題，須分別觀察，不能一概而論：(一)教唆犯之中止，在被教唆者開始實行時，固須有效防止其開始實行，如已實行終了，又須積極的防止其結果之發生而收效果，始得認為中止犯，否則即不能以中止犯論，此蓋教唆犯獨立處罰之理論所應然者也。(二)關於共同正犯與從犯，則不盡然，在共同正犯中之一人，於既了未遂時，雖須以積極之中止行為使前行為喪失其原因力，而有效防止其結果之發生，若在未了未遂之情形，

則只須其個人消極的不進行其行為爲已足，至其他之正犯，於該中止者中止後，曾否進行及既遂與否，不應影響於中止者過去之中止行爲，始足以符合本條獎勵中止之立法精神。在從犯於既了未遂時，固須使幫助之行爲，喪失其助成犯罪之因素，而未了未遂之情形，亦只須有消極的中止其幫助爲已足，而不必概須防止正犯行爲之發生結果，且已收有效果而後，論爲中止犯也。舊例如左：

(1) 共同正犯教唆犯從犯須防止結果發生之效果發生，始能依中止犯之例處斷（司法院院字第六八五號解釋）。

(2) 共謀上盜，半途因已意中止，事後檢獲餘賊藏匿，應以強盜中止及侵占論罪（前大理院院統字第四五九號解釋）。

(3) 共議行劫，同行上盜，經抵事主門首後，心生畏懼，卽行逃回，事後亦未分得贓物者，既於着手強盜之際，以已意中止，則對於夥犯入室後之拒傷事主，自不負責（前大理院院六年非字第六十七號判例）。

六、中止犯與數行爲一罪 數行爲一罪，內中一行爲雖已中止而他行爲已發生結果，可以獨立成爲犯罪時，究應如何處斷乎？亦實用上所應注意之問題，分別解之如次：

(一) 連續犯繼續犯常業犯之中止關係 中止犯爲未遂犯之一種，犯罪既遂者，卽不能回復爲未遂，對於過去行爲，卽亦不能再成爲中止。連續犯繼續犯常業犯等，在過去之行爲，早

已成爲既遂犯，雖後行爲有中止之情形，終不能將前行爲之既遂者，使成爲中止犯，故仍應以既遂犯論，惟其犯罪後之態度，已有悔悟之意，最刑時未始不可從輕處斷耳。

(二)牽連犯之中止關係 牽連犯者犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名，法律上定爲從一重處斷者也。其後之行爲雖有中止，而前之行爲已獨犯他罪名，且已既遂，將注重於其既生結果而論以既遂犯乎？抑注重於後之中止而論以中止犯乎？是應分別論之，若其中止之行爲罪名較輕者，當然從較重之既遂罪名處斷，例如殺人既遂後中止其遺棄屍體之行爲者，應從殺人既遂之罪處斷。若所中止之行爲罪名較重，則所從重處斷者即係該項中止之罪名，例如侵入住宅既遂之後，而於強姦婦女之行爲則有中止，當然應論爲強姦罪之中止犯也。若中止之罪名，與前行爲之既遂罪名，法定刑無重輕之分者，則就其前行爲論以既遂犯可也。

(三)結合犯之中止關係 數個獨立前犯罪行爲，依法律規定，使之結合而成爲一個罪名者，爲結合犯。既定爲一罪名，卽不能分割之爲數罪名，故結合行爲之最後結果，尙未發生，而有中止之情形者，當然以結合犯之中止論。例如夜間侵入住宅竊盜罪，結合犯也，於侵入住宅既遂之後而中止竊盜之行爲，當然成立侵入住宅竊盜罪之中止犯，而不能將已結合者再割裂之，論爲侵入住宅之既遂犯也。但結合犯中，亦有具備特定條件，始認爲結合犯者，例如意圖勒贖而擄人故意殺被害人之罪，無處罰未遂之規定，非不處罰其未遂也，特

以本條以殺人之既遂爲結合之條件，不然卽非結合犯也。若於殺人既遂後，而中止其殺被害人之行爲，是則結合犯之條件不備，自無所謂結合犯之中止犯，而當將其意圖勒贖而該人既遂及殺人中止二罪，依數罪併罰之例處斷。

上述各例，既遂中止，情形不一，於既遂犯之科刑，中止犯之減免，以及既遂後又有中止後行爲之情節者，應如何斟酌至當，平允處斷，實用上特須留意焉。

## 第四章 共犯

一、共犯之觀念 犯罪行爲，若由個人爲之者，只須依刑法之規定，科個人以相當之罪刑，若個人可以構成之犯罪，若由多數人之協力加功而完成，則此輩共犯間之關係及責任如何，不能不有明確之規定，本章之設卽爲此也。

共犯觀念，本有犯意共同說及行爲共同說之別：本法原則上採用犯意共同說，而以採用行爲共同說爲例外，爰爲說明如次：

(一)共犯須二人以上，一人犯一罪者，無共犯之問題，二人以上，均須爲有責任能力之自然人，始可概以共犯處罰。

(二)共犯須二人以上有共同犯罪之意思 數人犯一罪，初無意思聯絡，而各別進行者，不成爲共犯，但本法不以共同知情爲必要，如幫助他人犯罪，雖他人不知幫助之情者，亦認爲從犯，此係行爲共同說之例外。

(三)共犯須二人以上共同成立同一之犯罪 共犯須有共同之意思，復有共同之行爲，更須犯同一之罪名，始足以發生共犯之刑事責任問題，故正犯之犯罪，如已成立，則教唆者幫助者，亦應成立爲該罪之教唆犯或從犯，此卽共犯之從屬性，然本法關於教唆他人犯罪者，

被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論，是即不認教唆犯有從屬性之例外，亦係酌採行爲共同說之精神者也。

## 二、共犯之種類

(一)必要共犯與任意共犯 犯罪以數人共同實施爲必要者，爲必要共犯，如聚衆妨害公務罪，聚衆妨害秩序罪等屬之，犯罪共同與否可以任意者爲任意的共犯，如殺人罪傷害罪強盜罪等是，必要共犯，既係法律規定，必須以數人共同實施爲構成犯罪要件之一部，自非本章之所謂共犯。

(二)對合共犯與集合共犯 各以對方爲對象而對於同一事實爲對合之行爲者，爲對合共犯，如交付賄賂爲收受賄賂之對合行爲，相婚爲重婚爲婚姻之對合行爲，相竊爲通竊之對合行爲，各人集合而犯同一之罪名者爲集合共犯，如暴動內亂罪，賭博罪，結夥強盜罪等是，但對合共犯中，和姦與相姦，受賄與增賄，均係獨立之行爲，而成獨立之罪名，不生本章共犯責任問題。

(三)事前共犯與事中犯 犯罪實施之前有教唆或幫助之行爲者，爲事前共犯，正犯共同實施犯罪或於他人實施犯罪之際爲幫助之行爲者，爲事中犯，至竊匪犯人，湮滅不利於犯人之證據，圖利犯人而偽證，及贓物罪等，雖於事後有幫助之行爲，雖本法皆認爲獨立犯罪，不以事後從犯論也。

(四)獨立共犯與從屬共犯 共同正犯教唆犯可以獨立成罪，故爲獨立共犯，從犯隨正犯之成立而成立，故爲從屬共犯。

三、共犯與訴訟之關係 本章共犯規定，除在刑法上必其行爲共趨一途，始足以決定責任共擔問題外，在訴訟法上亦有重大之關係，如：(一)數人共犯一罪或數罪爲相牽連案件之一(刑訴法第七條)，數同級法院管轄之案件相牽連者得合併由其中一法院管轄(刑訴法第六條)，併得由一檢察官合併偵查或合併起訴(刑訴法第十五條)，(二)告訴乃論之罪對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。

第二十八條 二人以上共同實施犯罪之行爲者，皆爲正犯。

一、共同正犯之要件 本條規定共同正犯之意義，其要件如左：

(一)須有二人以上共同實施犯罪 一人實施犯罪，爲單獨正犯，利用他人犯罪，爲間接正犯，必在二人以上共同實施犯罪之行爲者，始可稱爲共同正犯，二人以上連本數計算，至少須二人，至多則無限制。

(二)須有共同實施犯罪行爲之意思 共同實施犯罪之意思即在共同關係之下，相互利用對方行爲實施犯罪之意思，此種意思之連絡，爲共同正犯必備之要件，若僅一人有共同實施之意思，而他人並無意思之連絡者，即非共同正犯，又因數人之行爲發生犯罪之結果，而各人相互間均無意思之連絡者，稱爲同時犯(參照刑事訴訟法第七條第三款)，亦不得認爲共

同正犯，當依故意過失之情形，由各人分別負其責任。例如甲乙丙三人無意思之連絡，致丁於死時，甲抱殺人之意思，乙之目的在於傷害，而丙不過由於不注意，則甲應負殺人之責，乙負傷害致死之責，而丙只負過失致死之責，判解舉例如左：

(1) (新例) 代行縣務之科長處理案件違法，其公文書上雖係以派代縣長名義行之，如不能證明原縣長確有意思聯絡，應不共負刑事責任，至原縣長應否同付懲戒，則以派代時有無違法或失職行為為斷(司法院二十五年院字第一四〇六號解釋)。

(2) (新例) 以營利為目的，將自己居住家宅抽頭供賭者，其家主戶主如有犯意聯絡應共負刑責，其他在場與賭人不成犯罪(司法院二十五年院字第一四五八號解釋)。

(3) (新例) 事前與盜匪同謀，事後得贓，以後以自己之意思推由他人實施，即應認為共同正犯(司法院二十八年院字第一九〇五號解釋)。

(4) 賭博花會之人，雖不親自赴場，而由跑風者轉送押賭，但既係基於自己犯罪之意思(按即賭博財物得失之意思與跑風者轉送相乘而成為相互利用之關係)，即應依照正犯處斷(司法院院字第一三七號解釋)。

(5) 即使某甲亦係在場共賭，而該項僞幣，即伊二人共同因賭而得之物，但其後某乙行使僞幣，某甲如無共同之意思，仍不能共負刑責，即不得依共犯之例處斷(最高法院十七年上字第六一〇號判例)。

(6) 查刑法上之共同正犯，以有意思之連絡，行爲之分擔爲要件，本案上訴人於他人之犯  
罪，即無連絡之意思，又無分擔實施之行爲，即不得以共犯論（最高法院十八年上字第  
六七號判例）。

(7) 上訴人於某甲等殺害某乙時，當場呼打並爲挖牆洞，以便開槍，顯係以共同意思於實施  
中利用他人行爲，以達其犯罪之目的，自應以共同正犯論，乃原判決認爲從犯，援引刑法  
(舊)第四十四條第一項及第三項但書之規定論擬，殊有未合（最高法院十八年上字第  
九六四號判例）。

(8) 共同謀殺，必須共同謀殺者，均有殺人意思，若他方初無殺意，係由一方首先起意，囑  
令他方殺害者，即應負教唆殺人之責（最高法院十八年上字第一一九號判例）。

(9) 共犯之成立除共同實施犯罪行爲者外，其就他人之行爲，負共犯之責者，以有意思聯絡  
爲要件，在事前並未合謀，實施犯罪行爲之際，又係出於行爲者獨立之意思，即不負共犯  
之責（最高法院十九年上字第六九四號判例）。

(10) 查刑法上之傷害人致死罪爲結果犯，如多數人下手毆打，本有犯意之聯絡，即屬共同  
正犯，對於共犯間之實施行爲，既互相利用，就傷害之結果，自應同負責任，設使行爲者  
間，缺乏此種聯絡之意思，則縱屬同時爲加害行爲，亦祇應就其所實施之部分，各任其  
責，不得概依共犯之例處斷（最高法院十九年上字第一八四六號判例）。

(11) 查甲乙同時向丙丁二人毆打，既不能證明為各別起意，則被害人受傷後之結果，縱有致死與否之分，自應令加害者同負傷害人致死之罪責方為允當（最高法院二十年上字第一七六三號判例）。

(12) 共同正犯以共同實施犯罪行為為構成要件，所謂共同實施雖非專指共同下手而言，但共犯者間必須犯意聯絡有相互利用之情形始對於犯罪結果共負責任，假使彼此犯意各不相謀，即應各任其責，不發生刑法上之共犯關係（最高法院二十二年上字第一二二二號判例）。

(13) 本案發生之時，上訴人曾否開槍雖無確據，手中既執持鎗枝並喊令他人開鎗，是對於其犯之開槍殺人不特有犯意之聯絡，且當場加以催促，則被害人之死亡為上訴人所預見，刑法共同殺人責任自屬無可解免（最高法院二十五年上字第一四八九號判例）。

(14) 徵電姦（甲乙丙夥劫戊家甲一人殺斃事主餘人應否共負強盜殺人責任）強盜殺人以實施強盜和殺人之情即有共同之意思者為限負共同責任（前大理院統字第二六八號解釋）。

(15) 姦夫殺死本夫，姦婦事前既已相勸，事後又復喊叫，並未同謀實施，自不能以殺人共犯論（前大理院統字第二九五號解釋）。

(16) 查甲乙丙三人既有共同犯意，甲且在場實施，雖互毆受傷，先行逃回（甲乙丙三人共毆丁一人甲毆丁時被丁反毆受傷逃回，乙丙二人向丁重疊接毆丁受傷後越十日身死），仍為刑律（失效）第二十九條之共同正犯（前大理院統字第八九三號解釋）。

(17) 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，其全部結果之發生，共同犯罪者，固不能謂無預見（前大理院二年上字第三十九號判例）。

(18) 查某某等或係堂弟，或係子姪，當時絲絲尋殺，確係被告所率領招致，綜閱原卷處處可考，行兇時雖各自為之，然而回家持刀，相率而去，則不能謂無意思聯絡，即不能謂無共同正犯之責任（前大理院五年上字第八三四號判例）。

(三) 須有共同實施犯罪之行為 共同正犯之成立，尤須二人以上就同一之犯罪，共同分擔實施之行為，所謂「共同實施」非必對於構成犯罪行為之全部，各個犯人均須共同參與實施，只須對於犯罪行為之一部，有分擔實施之事實者，即可成立共同正犯，惟其分擔實施之行為，有同種行為與異種行為之分：(1) 例如甲乙共同竊丙，復並進而共同奪取其財物者，即為共同分擔實施同種之行為。(2) 例如甲乙丙三人同謀盜劫丁家，甲持兇器恐嚇丁家人，施以監視，乙傾箱倒篋，復取財寶，丙接取各樣贓物，此即強盜罪之共同正犯，而由各人共同分擔實施異種之行為者也。犯人意思雖屬共同連絡，而於行為則介乎似共同實施非共同實施之間者，則將從意思而定其均為正犯抑從行為而定其孰為正犯耶？舊例如此，由意思說進於行為說，最近院解復有意思說之傾向。余以為此種問題，不能一概而論，

仍須就實際情形如何以爲斷定，試舉例以明之：（一）如強盜罪之把風者，舊例尤探意思認爲共同正犯，後採行爲說認爲從犯，余以爲如在事主門首把守窺風，確係以自己強盜罪意思，相互利用，而分擔犯罪構成要件以外把風之任務，則其人仍應認爲共同正犯，若以幫助他人犯強盜罪之意思，而有把風之行爲者，則應認爲從犯。（二）刑法第二百六十六條之賭博罪，須以在公共場所或公眾得出入之場所，賭博財物爲構成犯罪之要件，乃有賭博花會之甲並不親自赴場，而由飽風者轉送押賭，甲雖有實施賭博之行爲，然於場所要件，似嫌未備，若將賭博責任，全委於飽風之人，於理殊不公平，最近院解，以此係基於自己犯罪意思實施賭博，與由飽風者轉送押賭乘機利用關係，認爲應依照正犯處斷（參照前引司法院院字第一三七號解釋）。此項解釋，雖不無討論餘地，然捨此亦別無較爲公允處斷之辦法，則以意思說救濟之，未嘗不可，卽此押賭花會一例以觀，若必以公共場所爲賭博罪成立要件之一，似稱未當也。（三）以殺人爲例，舊有甲乙二人同謀殺丙，惟丙匿居地點，在滬在港，未確確實查明，甲乙二人，乃分赴滬港，進行殺丙工作，結果丙實在滬，爲甲所殺，甲爲正犯無疑，而乙雖赴港準備殺丙工作，終未達到目的，此在舊刑法時代，乙猶可成立同謀殺人之罪，新刑法已將同謀殺人罪之規定，則乙之行爲究應如何處斷乎？在意思說者，乙既與甲有殺人意思之連絡，又有分赴目的地之行爲，且以自己犯罪意思推由他人實施，不妨認爲共同正犯（此照司法院第一九〇五號解釋），但共同正犯以意思

與行為均有共同關係爲必要，乙雖有共同殺人之意思，終無實施殺人之行為，此種情形認爲事前幫助猶嫌未洽，而依意思說解釋尤不無牽強之處，不如酌採用行為說，就乙之赴港，尙未着手於實施殺人之行為，科以預備殺人之罪，較爲得當，然比之舊法同謀殺人罪，其刑較輕，是則本法同謀犯之未規定，衡以此例，亦有未盡允當者矣。

#### 判解舉例

(1) 被害人既因該上訴人等共同加害，致成重傷，則其應就共犯之全部行為負責，尤屬顯然（最高法院十七年上字第三八八號判例）。

(2) 上訴人於教唆某甲等誣告後，又代爲製作訴狀，向相當之公署告訴，則其分擔製作訴狀之行為，顯已加入共同實施，依法應以共同正犯論，原審認爲教唆犯，其法律上之見解，不免有所誤會（最高法院十八年上字第二七六號判例）。

(3) 上訴人於事前既知行竊之議，臨時復隨同前往，並將所竊之船，自行駛回，則其應負共同竊盜之責，實無可疑（最高法院十八年上字第一一八四號判例）。

(4) 查刑法上之幫助犯係僅指對於正犯之犯罪行為，予以助力，而未參與實施者而言，如果就構成犯罪事實之一部，已參與實施，則屬共同正犯，應依刑法（舊）第四十二條處斷。本案上訴人等既任印刷及裁切紙頭等事，卽已分擔實施，自應以共同正犯論處，第一審認爲成立刑法（舊）第二百十二條第一項偽造通用銀行券之罪，雖無錯誤，而其適用刑法第

四十四條第一項第三項後半段以實施中之幫助犯處斷，顯屬不合（最高法院十九年上字第一九八四號判例）。

(5) 僅係事前知情，事後分贓，並未參與實施行為，雖在刑法上應負相當之罪責，要未可論為實施強盜之共犯（最高法院二十年上字第一八二九號判例）。

(6) 上訴人當時並未實施強盜，僅於某甲行劫前代為搖盪，尙難謂與強盜有直接關係，即不能構成共同強盜之罪（最高法院二十年上字第一九四三號判例）。

(7) 共同正犯，必以共同實施或分贓實施一部之人為限，所謂實施即實行，犯罪構成要素之行為，已達於着手之程度而言，若僅於事前參與計劃，而予以相當之助力者，祇應論以事前幫助之從犯（最高法院二十年非字第一三七號判例）。

(8) 同夥上蓋分頭搶劫數家者，固應共同負責，但以有預見者為限（最高法院二十一年上字第四十九號判例）。

(9) 所謂共同正犯，自以共同實施者為限，如犯人於實施強盜以前，犯意已有連絡，並為其作線，自係正犯實施前之幫助行為，合於刑法（舊）第四十四條第一項之從犯，第二審判決依共同正犯處斷，其法律上之見解，即屬錯誤（最高法院二十一年上字第八五七號判例）。

(10) 殺人時在旁提燈照亮，自係於他人實施犯罪行為之際，為直接及重要之幫助，殊與共同

正犯分擔構成犯罪要素之行為者有別（最高法院二十一年上字第八九三號判例）。

(11) 刑法第四十二條之共犯，係以共同實施犯行為限，當時實施恐嚇者僅止一人，則無論他人事前有無同謀及事後曾否分贓，要非共同實施犯罪行為，無適用該條之餘地（最高法院二十一年上字第九八二號判例）。

(12) 刑法上之共同正犯，原指共同實施犯罪之行為而言，而強盜犯罪行為之構成，又以實施強暴脅迫，或其他方法，至使不能抗拒，而取他人所有物，或使其交付為要件，如僅係聽糾上盜，在外把風，雖屬事前同謀，事後分贓，並未分擔實施強暴脅迫，及劫取財物之行為，不過於正犯破內入室，實施強盜犯罪中，為其排除障礙，俾得容易實施，不得認為分擔實施犯罪行為之一部，係於實施犯罪行為之際，與以直接重要之幫助，應適用刑法（舊）第四十四條第三項但書處斷，不能認為共同正犯（最高法院二十一年上字第二〇二二號判例）。

(13) 於行劫時僅止在外把風，自屬直接重要之幫助，原第二審法院認為共同正犯，自難謂合（最高法院二十一年上字第二四一四號判例）。

(14) 兩次強盜均係在外把風，顯係直接重要之幫助犯，第一二審法院均認為共同正犯，其法律見解，實有誤會（最高法院二十一年上字第二六九七號判例）。

(15) 夥犯於擄人時僅止在外把風，擄人後又未參預勒贖行為者，應認為實施中直接及重要之

幫助，未可概認爲共同正犯（最高法院二十二年上字第二〇九號判例）。

(16) 上訴人等均在誘人勸贖狀態繼續中，爲之看守肉票，顯係於實施犯罪行爲之際，予以直接重要之幫助，應依刑法（舊）第四十四條第三項但書論科，原判決認爲共同正犯，尙有未當（最高法院二十二年上字第二六五號判例）。

(17) 刑法（舊）第十二條之共同正犯，係採客觀主義，以共同實施構成犯罪事實之行爲爲成立要件，雖共犯相互間，祇須分擔一部分行爲，苟有犯意之連絡，仍應就全部犯罪事實，共同負責，然其所爲之一部行爲，究須構成犯罪事實之內容，始有分擔實施之可言，刑法上殺人罪，係以向被害人實施殺害爲構成犯罪內容之行爲，如於殺人之際，僅在場把望，予以便利，並未直接干與殺害行爲，此種情形，自係於他人實施犯罪中，爲直接重要幫助，應適用刑法第四十四條第三項後段科處，方爲合法，不能認爲分擔殺人之一部工作，而依共犯之例處斷（最高法院二十二年上字第一七一三號判例）。

(18) 查刑法上之共同正犯係指二人以上共同實施犯罪行爲者而言，若共犯間同有犯罪之意思，而於實施犯罪行爲之際，其他共犯並未參與，僅於事前給以犯罪之用品，則其他共犯祇能成立幫助正犯之罪（最高法院二十二年上字第七六七號判例）。

(19) 查第一例（某甲販賣違禁物，寄匿於某乙店內，託丙爲牙保銷售，丙已受寄，並將原物變賣，因而獲利）丙係甲之共同正犯（前大理院統字第四九九號解釋）。

(20) 強盜共犯之成立，以有共同強取財物之意思與行為爲要件，不以各別有強盜脅迫行爲爲要件，共犯中一人有強暴脅迫，其他共犯，苟有共同實施之意思與行為，亦應負同一之責任（前大理院三年上字第九十號判例）。

(21) 該被告等均有持槍在場之事實，自不問何人開鎗轟擊，對於死亡之結果，當應共同負殺人之責任，蓋不爲一人或數人，其皆應成立共同正犯，在法律上本毫無區別，是該被告等之所爲，實係共同實施殺人之正犯，並非實施中之幫助行爲，原判及第一審引律自不免錯誤（前大理院四年上字第八號判例）。

(22) 查販賣鴉片烟刑律（失效）既有論罪專條，被告當日售賣烟土，縱係受人所托，但業有售賣行爲，即已分擔實施犯罪之一部，依據刑律第二十九條規定，顯係第二六六條之共同正犯（前大理院四年上字第一二三一號判例）。

(23) 因爭田敗訴，率人割取田內之禾，事主撞見阻止，由同夥將事主捆綁，並以沙泥糊口，割禾者仍割禾不止，是其於捆綁事主既經眼見，仍利用其機會割取田禾，乃係分擔強盜行爲與捆綁事主者均應成立強盜正犯之罪（前大理院六年上字第一七六號判例）。

(24) 查本案情形（甲與乙丙丁結夥四人到戊家行劫，甲先用繩將戊捆縛，由乙丙用火燒烤，逼問財物，戊忍痛不過，將財物供出，由甲乙丙丁搶劫而去），甲乙丙丁均應成立強盜罪之共同正犯（前大理院統字第四九三號解釋）。

附錄意思說例

- (1) 查甲既與乙均以欠丙貨債恐丙討要，密商離先遇丙，即離先殺丙，是以共同利害關係，參與謀議，並有同意計劃，互相推定擔任實施殺人之事實，則甲對於乙之殺丙，應負共同殺人責任（前大理院統字第一二四五號解釋）。
- (2) 被告聽糾同行在場放火，事先既有同謀，雖未下手，亦應以共同正犯論（前大理院四年上字第四〇六號判例）。
- (3) 強盜事前同謀事後分得贓物者皆為共同正犯，若事前於他人共商強盜時用言攔阻，臨時又未實施，僅事後分得贓物者，則不能以強盜共犯論。又共同強盜聽夥犯將其身帶鈎鑊袖去殺人者，自成強盜殺人之共同正犯（前大理院六年非字第五七號判例）。
- (4) 夥謀行竊，於同夥入室之際在外把風者，仍為實施正犯，但入室後因事主驚醒，即行毆傷，強取財物而出，把風者雖經分受贓物，亦不負強盜之責（前大理院六年上字第九十一號判例）。
- (5) 同謀強盜臨時在村外把風，仍為正犯，但對於入內行劫者之臨時起意殺人及於行劫指定之某家後，另復連劫別家者，在外把風之人均不負責（前大理院六年上字第四九四號判例）。
- (6) 共謀行竊上盜復夥犯挖洞入內，而在外接贓者，仍為侵入竊盜之實施正犯（前大理院六

年上字第六三六號判例)。

(7) 共謀入室行劫，乘船上盜後，中途畏懼不前，在船看守，事後分得贓物，仍為強盜正犯(前大理院六年上字第九三七號判例)。

(8) 甲僱乙發掘墳墓，又隨時到場監視，即未經親自發掘，仍應以共同正犯論，原判論以教唆，殊嫌未洽(前大理院九年上字第二六九號判例)。

## 二、共同正犯與意思連絡之範圍

(1) 共同正犯全體實施犯罪之行為，以不超越共同意思連絡之範圍者，始可由全體共同負責，如有越出共同意思連絡之範圍，則該事實非他人所能預見，當由行為者自負其責，判解如左：

(1) 放火非行劫之必要手段或當然結果，對於數同行劫之盜犯，如不能證明放火行為，係出於共同計劃，自不應負共同放火責任(司法院院字第一〇七四號解釋)。

(2) 共同上盜事實已屬明確，傷人本為強暴脅迫之結果，則事主之被傷(輕微傷害)無論有無下手，亦應共同負責(最高法院十九年上字第三七五號判例)。

(3) 放火並非強盜當然之結果，強盜共犯中一人有放火行為，其他在場之共犯，苟非有共同實施放火之意思，即不應負同一之罪責(最高法院十九年上字第一一五五號判例)。

(4) 竊盜因防護贓物脫免逮捕而當場實施強暴脅迫者，刑法雖有以強盜論之規定，但其間共

犯對於行強如顯無犯意聯絡或竟有反對意思之證明者，要不容概以強盜論擬（最高法院二十三年上字第二三一六號判例）。

(5) 甲與某人分持器械向另一人家內尋毆，將另一人共同毆傷倒地後，因有人上前救護，由某人又將其毆傷倒地，即先行逃回，某人至門首復遇一人，又行毆傷，其對於在院內毆傷救護人之行爲，應負共同之責，而於逃去後，另毆撞避人之行爲，既無共同之意思，自不負責（前大理院六年上字第九八六號判例）。

(6) 殺人罪之共犯中雖僅在場未曾下手，而所犯事實果在合同意思之內，亦應認爲共同正犯，若他犯所實施之行爲超越原定計劃之範圍，則應就其所知之程度，負其責任（前大理院十年上字第五七六號判例）。

(二) 共同實施犯罪其行爲不一致，反輕於共同意思所預期者，仍當共同負其責任，例如甲乙同謀強盜，甲入室，乙把門，甲見室內無人，不爲強盜而爲竊盜，則甲乙兩人只應成立竊盜共犯，不須論以強盜共犯。

三、共同正犯之處罰 本條「皆爲正犯」一語，不外爲共同正犯觸犯同一法條之罪名，不問其分擔實施之行爲相同與否，均應與單獨正犯，負同一刑事責任之意也。既均負正犯之責任，則關於責任能力責任意思等一般犯罪要素均須具備，自無待言，共同正犯雖須適用同一之條文，令負同一之責任，然與共同正犯之量刑，則爲各別之問題，故法官於科刑之際，仍應審

酌各人犯罪之情節，各科相當之刑，非謂責任相同，科刑重輕亦須一律也。此外除法律特定為加重條件者外，人數之多寡亦可為量刑之標準，舊例如左：

(1) (新例) 甲乙二人共同犯罪，乙冒甲名頂替到案，檢察官偵查起訴及第一審判決均誤認乙為甲本人，乙且更冒甲名提起上訴，第二審審理中發覺乙頂冒甲名，並將原甲逮捕到案，此時第二審對於此種訴訟主體錯誤之判決可參照院字第五六九號解釋將原第一審判決撤銷，對真甲另為判決以資救濟，至乙之犯罪部分自應送該管檢察官另行偵查起訴（司法院二十七年院字第一七二九號解釋）。

(2) (前大理院統字第四四二號解釋) 各共同正犯，實施行為，既有輕重之別，則於法定主刑範圍內處刑，亦自有伸縮之餘地，不必強處同一之刑。

(3) 查賭博罪乃必要的共犯，非二人以上共同實施不能成立本案，被告既係互相賭博並有輸贏，則其為共犯毫無疑義，原審認為各自獨立犯罪，實屬錯誤（前大理院七上年上字第一四九號判例）。

四、共同正犯與過失 共同正犯以故意共同犯罪為原則，然出於共同過失者，亦未始無之，例如共弄火器致肇失火之事實，共昇一物登高失手，以致墜下傷人，均為過失共犯之例，舊刑法第四十七條曾有「二人以上於過失罪有共同過失者，皆為過失正犯」之規定，本法雖已刪去，而解釋上，則仍可認為包括於共同正犯意義之內也。至有值人故意犯罪之際，而有過失

之事實，如依法應論過失罪，自應認為獨立之過失犯（司法院院字第七十四號解釋），不能以共同正犯論。例如甲故意放火，乙因不注意，誤以火油為水而澆之，火勢增大，延燒甚巨，此種情形，乙如確有過失，應單獨成爲失火罪。

### 第二十九條

教唆他人犯罪者爲教唆犯。

教唆犯依其所教唆之罪處罰之。

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

一、教唆犯之獨立性 教唆犯立法主義，有主觀與客觀之分，客觀主義者，謂教唆犯應以被教唆人實施犯罪而成立，以教唆行爲，究非直接實施犯罪之行爲，故非俟被教唆人已至實施犯罪之程度，教唆者即不能處罰。主觀主義者，則謂教唆犯有獨立之教唆犯意及獨立教唆之犯行，無論被教唆人是否聽從實施犯罪，而教唆犯仍應成立，不可輕恕，本法以教唆犯，惡性甚深，爲反社會性之表現，乃仿最新立法例，改採主觀主義，認教唆犯爲獨立犯罪，而不認爲從屬性之犯罪，故於本條第一項教唆犯之意義規定爲「教唆他人犯罪者爲教唆犯」，而不認用刑法第四十三條「教唆他人使之實施犯罪之行爲者爲教唆犯」之語，以示被教唆者之果否實施犯罪，並非教唆犯之成立要件，而於教唆犯之處罰，又一變舊刑法「處以正犯之刑」之規定，改爲「教唆犯依其所教唆之罪處罰之」，以充分表現教唆犯之獨立性。

## 二、教唆犯之要件

(一)須有教唆他人犯罪之故意 教唆他人犯罪須出於故意，因過失或非故意而惹起他人犯罪者，非教唆犯，以其惡性甚微，不無可恕，若必加以罪刑，未免過苛。再教唆之故意，只須教唆犯有教唆他人犯罪之意思決定為已足，至被教唆者是否因其教唆而生犯罪之故意，則非所問；此與舊刑法上之教唆犯，以被教唆者因其教唆而生犯罪決心，並實施其所教唆之犯罪行為為構成要件，自有不同也。

(二)須有教唆他人犯罪之行為 (1)教唆他人犯罪之行為，指教唆行為之本身，非指他人所實施之行為，教唆行為必須對於初無犯罪意思或意思尚未確定之人為之，主觀方面有教唆之故意，客觀方面而有教唆之行為，即可成立教唆犯，被教唆者是否聽其教唆而果實施犯罪，於教唆犯之成立，不生影響。(2)教唆犯以教唆行為終了之時，即為教唆犯成立之時，決非從屬於被教唆者之犯罪而後成立，此即為教唆犯獨立性之特質，故被教唆人尚未因其教唆而有犯罪之行為，固合於本條第三項，未至犯罪之情形，即尚未因其教唆而為犯罪之決意，亦包含於所謂「未至犯罪」意義之中，均不及影響於教唆行為之終了，此蓋主觀主義下之教唆犯，其教唆行為之終了，在客觀上不應再附以任何條件也。(3)教唆他人犯罪，「他人」範圍，雖無限制，原則上須有責任能力之人方為相當，若唆使無責任能力之人為犯罪之行為者，不過由利用者利用為犯罪之工具，應為間接正犯而非教唆犯，其利

用他人喪失自由意思而唆令爲犯罪之行爲者亦同。(4)教唆犯既係對於初無犯意或意思尙未確定之人爲教唆行爲而成立，則對於已有犯意之人而爲訓導指示者，應屬於幫助行爲，成爲從犯而非教唆犯。(5)又有雖係對於初無犯意或意思尙未確定者之教唆，乃教唆者教唆之後，復進而相與共同計議實施犯罪，則係相互意思之對立，共同行爲之分擔，應成爲共同正犯，亦非教唆犯。(6)被教唆者聽其教唆實施犯罪，視其行爲之未遂既遂，教唆者固應成爲未遂犯或既遂犯之教唆犯爲無疑，既被教唆者未至犯罪，教唆犯仍應負未遂犯之責任，以矯正其反社會之惡性。(7)至教唆犯用如何方法，表現其教唆之意思，並無限制，或以言詞德惠，或以文字挑撥，或以勢力勸誘，或以情感激動，均不失爲教唆之方法，教唆方法雖無限制，惟以對於特定人爲之且須教唆他人犯特定之罪爲限，否則屬於刑法分則第一百五十三條所定之煽惑行爲，不容相混也。蓋教唆犯除被教唆者不至犯罪，仍應獨立處罰以未遂犯論外，若被教唆者聽其教唆而犯罪時，則仍爲共犯關係，不能見於不特定人之間，且本條第二項規定「教唆犯依其所教唆之罪處罰之」，若不限以特定之罪，將何能依其所教唆之罪以處罰耶？

## 判解舉例

(1) (新例) 社員明知其事爲犯罪而請求社團代表人(如有責任能力及責任意思)實施，應成立教唆犯(司法院二十七年院字第一七一九號解釋)。

(2) (新例) 得財令已嫁之女改嫁他人爲妻，如有和賂誘情事，應分別依意圖營利和誘有配偶之人脫離家庭或意圖營利賂誘婦女論科。如無誘拐故意，僅教唆令其女改嫁，應成立教唆重婚之罪(司法院二十八年院字第一九二七號解釋)。

(3) 某甲給毒藥一包，囑令某乙將伊夫毒害，乙即允從，是某乙之殺人決意純由某甲教唆而成，原判對於某甲部分，科以殺人正犯，實屬引律錯誤(最高法院十八年上字第四二四號判例)。

(4) 上訴人以一教唆行爲發掘三棺，祇應論以一個教唆他人發掘墳墓罪，原判決認爲共同正犯，並計其所掘墓數分別論科，其法律見解，顯有未當(最高法院十八年上字第九九九號判例)。

(5) 教唆他人使其實施犯罪之行爲，若被教唆者先已具有犯意，則爲訓導指示之從犯(最高法院十八年上字第一二六號判例)。

(6) 按刑法(舊)第四十二條之共同正犯，以共同實施犯罪之行爲者爲限，若教唆他人犯罪，並未加入實施者，則爲同法第四十三條之教唆犯，並非共同正犯，本案某甲等傷害某乙致死，原判既認爲某丙所教唆，並未證明其有共同實施之行爲，依照前開說明，只能負教唆責任，乃於援引刑法第四十三條外，並引同法第四十二條論某丙以共同傷害人致死之罪，未免錯誤(最高法院十九年非字第一〇四號判例)。

(7) 教唆犯係指被教唆者本無犯罪之意思因教唆而決意並實施犯罪之謂，若被教唆者已先有犯意，而爲之共同謀議，或指示方法者，有時雖得成立他項罪名，要不能遂以教唆論（最高法院二十一年上字第三一五號判例）。

(8) 刑法（舊）第四十三條之教唆犯，係指被教唆者本無犯罪之意思，因受人教唆而實施犯罪行爲之謂，若被教唆者已有犯罪之決心，從而參與其謀議或指示方法，除有時應論以同謀或從犯論罪外，要不得認爲教唆犯（最高法院二十二年上字第五〇四號判例）。

(9) 教唆犯之成立，要以被教唆人之犯罪意思，純由教唆人之教唆而起，若他人本有犯罪計劃，從而與之謀議者，該參與謀議人之意見，卽不能謂爲教唆（最高法院二十三年上字第三〇一號判例）。

(10) 教唆姦婦毒殺本夫未遂，復率人謀殺，則其預謀殺人，顯係基於概括之故意，反覆而爲同一之行爲，應以連續犯論（最高法院二十二年上字第四十四號判例）。

(11) 教唆他人將其夫殺斃，既未共同下手，祇應負教唆殺人之罪責，不能認爲共同殺人（最高法院二十二年上字一七七號判例）。

(12) 事前教唆誘人，事後說賄得財，與單純參與謀議情形不同，應認爲誘人勒索之共同正犯（最高法院二十二年非字第二三號判例）。

(13) 若他方初無殺人意思，係由一方首先起意預備毒藥，囑令他人殺害者，在一方係殺人

教唆犯，在他方係被教唆之殺人犯，即無共同正犯之可言（最高法院二十二年上字第一四七三號判例）。

(14) 查現行刑法，凡教唆責任能力者，便爲犯罪決心，因而實施犯罪者，曰造意犯，利用無責任能力及無故意之人，因而實施犯罪者，曰間接正犯，二者各有成立要件，不能混同（前大理院四年上字第六〇六號判決）。

(15) 候補黨委如依黨章執行職務，雖係公務員，但命其從役逮捕非現行犯，自非有假借職務上之權力機會或方法之情形，應依刑法（舊）第四三條第三一六條處斷，不適用第一四〇條加刑之規定（司法院院字第一一三七號解釋）。

三、間接教唆犯之責任問題 直接教唆他人犯罪者爲直接教唆犯，間接教唆他人犯罪者爲間接教唆犯，舊刑法第四十三條所謂「教唆教唆犯者亦同」，即關於間接教唆犯之規定，新刑法雖未明定，而認爲當然包括於教唆犯意義之內，蓋本條只云「教唆他人犯罪」，不曰「教唆他人實施犯罪」，又云「被教唆人雖未至犯罪」，而不曰「被教唆人雖未至實施犯罪」，可知教唆犯之成立，不以被教唆者之實施行爲爲要件，故教唆他人實施犯罪，固爲教唆犯，即教唆他人爲教唆犯者，亦教唆犯也。且間接教唆，并非單一關係，而多層關係之一再教唆，亦可發生，例如甲教唆乙使再教唆丙放火於丁之房屋，則甲爲第一次之教唆犯，即間接教唆犯，若丙再教唆戊，戊教唆己，己教唆庚，再由庚教唆辛亥放火，而爲再間接教唆犯者，亦不失爲間

接之教唆犯，此種因果關係時間延長之共犯，仍應與直接教唆犯負相同之責任。

舊刑法第四十四條第二項有「教唆從犯者以從犯論」之規定，本法刪去，在解釋上亦認為當然包括於教唆犯之內，惟其所教唆者，係教唆從犯幫助他人犯罪，而非教唆教唆犯再教唆他人犯罪，從犯縱不聽其教唆，而教唆者仍應獨立成罪，依其所教唆之罪處罰，故教唆從犯者，應為直接教唆犯，而非間接教唆犯。判例如左：

(1) 某乙對於某甲，無直接教唆情事，僅因人之囑託，特令某丙主使某甲，同住行劫，則某甲為本案教唆犯，某乙應為教唆教唆犯（最高法院十七年上字第四七三號判例）。

(2) 某甲等之逮捕並傷害某乙，純由於某丙之主使，而某丙之主使，又出於上訴人之教唆，已灼然無疑，如果訊明上訴人對於某甲等無直接教唆情事，則上訴人為教唆教唆犯，更屬顯然，原審於上訴人之犯行，未予切究，遽認為實施正犯，顯有未當（最高法院十七年上字第四八五號判例）。

(3) 據原審認定事實，甲欲將其子乙殺死，託由丙覓丁轉覓戊，再由戊轉覓己，將乙刺斃，如果屬實，則丙丁上訴人等之犯罪行為，實係轉轉教唆殺人，丁上訴人為教唆教唆犯，丙上訴人為再間接教唆犯，如無丙等之間接教唆，則已刺斃乙之犯罪行為，將無由發生，其間關係因果關係之延長，第一審對於上訴人等之所為，依據刑法（舊）第四十三條第二、八百二十二條第一項處斷，原無不合（最高法院十九年上字一九〇七號判例）。

四、教唆犯之未遂犯與未遂犯之教唆犯 被教唆者接受教唆者之教唆，而已完全實現犯罪之結果者，則教唆者爲「既遂犯之教唆犯」，被教唆者已着手於犯罪之實行而不遂者，則教唆者爲「未遂犯之教唆犯」，「既遂犯之教唆犯」與「未遂犯之教唆犯」須依被教唆者實施犯罪之既遂與未遂而定，則教唆犯之性質，似仍含有從屬性，然教唆者教唆後，而他人並未至於犯罪，則其教唆之目的，因他人不聽教唆而不遂，此即「教唆犯之未遂犯」。本條第三項「被教唆人雖未至犯罪」，教唆犯仍以未遂犯論，即此意也。「教唆犯之未遂犯」不從屬於被教唆者之行為，仍負未遂犯之責任，就此點論，則教唆犯實有充分之獨立性，「未遂犯之教唆犯」自被教唆者方面觀察，「教唆犯之未遂犯」，自教唆犯方面觀察，其涵義顯有不同，但均以所教唆之罪，有處罰未遂犯之特別規定者爲限，始得處罰，實用時當注意也。

五、教唆犯之犯罪時與犯罪地之問題 教唆犯之犯罪時（本法第一條第二條第八十條第二項）及犯罪地（本法第三條以下刑事訴訟法第五條）如何決定？在教唆犯從屬主義之下，固以正犯實施犯罪之時與地爲準，然本法既採教唆犯獨立處罰主義，則其犯罪之時與地，除既遂犯與未遂犯之教唆犯不妨仍從正犯決定外，而教唆犯之未遂犯則應從教唆犯本身爲教唆行爲之時與地決定之。

六、教唆犯之處罰 第二項「教唆犯依其所教唆之罪處罰之」，所以發揮教唆犯之獨立性而符主觀主義之精神，例如教唆強盜處以強盜之罪，教唆殺人處以殺人之罪是也。第三項之規

定，以教唆犯應獨立處罰，然被教唆者未至犯罪，若必處教唆犯以既遂犯之刑，究嫌過酷，故於此情形，「仍以未遂犯論」，即準用未遂犯之例，一面以教唆之罪有處罰未遂犯之規定者為限，一面適用第二十六條前段得按既遂犯之刑減輕之。

七、被教唆者犯罪與教唆之範圍不一致者如何解決之問題 被教唆者若聽從教唆犯之教唆而實施犯罪，其內容並無差異者，則教唆犯自應依其所教唆之罪，論以既遂或未遂，若被教唆者雖接受其教唆而為犯罪，但其所犯之罪，未符教唆之範圍，即與教唆犯之原意不一致者，則教唆犯究將如何處罰乎？乃實用上所應注意之問題也。茲特分別解決如左：

(一)被教唆者所犯之罪與教唆犯教唆之內容，於方法時期或處所等，雖非具體一致，而於法定犯罪構成要件則係抽象一致者，仍不失為所教唆之罪，教唆犯自應依之處罰。

(二)被教唆者犯罪而有目的物錯誤或打擊錯誤者，則關於教唆犯之處罰，依所教唆之罪，並根據前述錯誤法理，以決定其為既遂或未遂。

(三)被教唆者犯罪，與教唆犯所教唆之罪，毫無關係或故意變更目的者，教唆犯祇須就其所教唆之罪，準用未遂犯之例予以處罰。

(四)被教唆者依教唆犯之教唆，犯其所教唆之罪外，又犯他罪者，則教唆犯祇須對於所教唆之罪，負其責任。

(五)被教唆者犯罪，因發生一定結果，而有加重其刑之規定者，若為教唆犯所能預見之範

圍，教唆犯仍須負責，如教唆乙強盜，乙因犯強盜罪而有致人於死之結果者，甲不能預見乙之構成加重情形，止能論以所教唆之普通強盜罪。

(六)被教唆者所犯之罪，輕於所教唆之罪者，教唆犯仍依所教唆之罪，以未遂犯論，例如甲教唆乙犯強盜而強盜之罪，乙僅犯強盜罪，而其給合之強盜行為則未實施，此在從屬主義下，教唆犯甲僅須依正犯乙之強盜罪負其責任，本法既採教唆犯獨立主義，則此例甲既須論以強盜罪既遂之教唆犯外，其教唆強盜部分，乙雖未實行，甲仍以未遂犯論，惟此例既於同時同地以一教唆行為，觸犯數罪名，應依想像上數罪之例，從一重處斷。

判解舉例

(1)查人民唆使軍隊，報其私仇，應就其教唆犯罪部分，以造意犯論（即教唆犯），若軍隊犯罪行為，出於教唆以外者，該民自不負責（最高法院解釋字第一七五號解釋）。

(2)甲造意之目的，僅在殺死乙一人，而被教唆者既誤入丙家，又於甲所欲殺之乙一人外，更連殺二人，是被教唆者之犯罪行為，顯與教唆者之意思不能一致，雖關於甲教唆殺乙部分，因被教唆者目的錯誤，致將丁殺死，甲仍應負責外，至被教唆者於甲所教唆外，更有殺人行爲，即非甲所預知，因而甲對於被教唆者殺死其他二人，不能負教唆之責（最高法院十九年上字第一九四九號判例）。

(3)教唆人於正犯所實施之犯罪行為，有逾越所教唆之範圍時，僅應以其所教唆之程度，定

其責任（前大理院十年上字第四七五號判例）。

八、間接正犯存在與否之問題。通說所云間接正犯者，利用無責任能力，或無犯罪意思者之行為，而達其犯罪之目的者也。行為共同說者，以其有數人犯罪之關係，概稱為共犯，而在犯罪共同說者，則以此種片面的共犯，不能存在，且其有責任能力之人，利用無責任能力或無犯罪者之行為，無異於使用機械而犯罪，故應稱為間接正犯云。或謂本法於教唆犯已取獨立處罰主義，即再無間接正犯之存在者，驟聆其說，未始不言之成理，但間接正犯利用他人之方法，非必用教唆之手段，其予以幫助者，亦可成立為間接正犯，例如見有無責任能力者已着手於犯罪之實行，乃利用之而予以幫助，以至於犯罪之既遂，此不能不謂為間接正犯也。且間接正犯利用無責任者之狀態，可分為：（一）利用無責任能力者，（二）利用不知犯罪之情節者，（三）強制人使不能抗拒而利用其行為以犯罪者，（四）以特定目的為要件之犯罪，利用無此目的之人以為犯罪者，或視同傀儡，或視同機械，其利用之方法，非可概以教唆目之，故若僅據教唆犯獨立處罰之簡單理論，遂一筆抹煞間接正犯之存在者，殊未可視為定論也。但若教唆無責任能力者犯罪，而該無責任能力者未至犯罪，則教唆者勢不能論以間接正犯，不妨依教唆犯之未遂犯處罰為當。

間接正犯常須與直接正犯負同等之責任，原則上惟直接犯罪所能成立之範圍內，始得發生間接正犯，苟係直接犯罪所不能成立者則否，例如普通人無公務員之身分，不能成為演說罪

之間接正犯是也（解釋有異說）。然本諸生理上之原因，雖單獨不能成爲直接正犯，而仍得成爲間接正犯，例如甲婦賦使未滿十四歲之乙男強姦丙女，或幫助乙男強姦丙女使其易於強姦，則乙因刑法上無刑事責任，應由甲婦負強姦罪間接正犯之責任。

判解舉例

(1) 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，來函所舉兩例均應以各該罪（強姦罪與收賄罪）之間接正犯論。原函謂刑法上認有間接正犯與否，學說上本不一致，如認有間接正犯，無刑法上特定身分之人，利用有身分者犯因特定身分而成立之罪，能否成爲該罪之間接正犯更一問題，一說謂無身分者之久缺身分之原因，如係事實上欠缺者，得以事實關係補充之，例如女子利用無責任能力男子強姦他女子，得成立強姦罪之間接正犯，其係法律上欠缺者，則非事實關係所能補充，例如常人利用公務員無意中於其職務上取得財物，但成詐欺取財罪，不能成收賄罪之間接正犯，究應如何主張？（司法院院字第七八五號解釋）

(2)（新例）所謂間接正犯，係指實施者無犯罪責任，而由利用他人實施之人負其罪責之類（最高法院二十四年上字第四一四二號判例）。

(3) 利用不知情之人行使偽造銀行券，顯係間接正犯（最高法院十九年上字第一五一二號判例）。

(4) 教唆本無犯意之人，使之實施犯罪者，固為教唆犯，若教唆時以其他手段迫令他人犯罪，被教唆之人因憶於威勢意思，失其自由實施犯罪者，在實施之人因無犯罪故意既不構成犯罪，則造意之人為間接正犯而非教唆犯，應以正犯論處（最高法院二十三年上字第三六二一號判例）。

(5) 將十歲幼女押與商店主為婢，即嗾令偷竊店內銀物多次，均歸收受，其利用無責任能力者行竊之所為，係屬間接正犯（前大理院五年上字第七七九號判例）。

(6) 查搜煙裁賊既經向有權接受之官廳首告，則裁賊者應構成誣告罪，惟必須與報告人意思連絡，始為共同正犯，否則利用不知情之報告人，實施犯罪，係屬間接正犯（前大理院七年統字第八三號解釋）。

(7) 某人乘被害人患病，購得紅信白糖各一包，攜至某氏家，將信攪和糖內，交由某氏囑其捏稱係屬白糖，轉令被告送與被害人服食，翌日毒發身死，被告於轉送之時，既不知糖內含有信毒，則某氏立於間接正犯之地位，原審認為準正犯，適用刑律（失效）第二十九條第二項處斷，法律上之見解，自屬不合（前大理院十一年上字第九八七號判例）。

第三十條 幫助他人犯罪者為從犯，雖他人不知幫助之情者亦同。

從犯之處罰得按正犯之刑減輕之。

一、從犯之從屬性 本法對於教唆犯，採獨立處罰主義，有謂從犯亦應獨立處罰者，此在他國

立法，例將教唆犯與從犯規定爲均得獨立處罰者，未始無之，然在本法，則不能援以連類解決，蓋以教唆犯爲造意之人，惡性較深，一經教唆終了，惡性即已表現，而被教唆者，亦即有聽從犯罪之危險，故應獨立處罰，以爲痛絕根株之道。至本條之從犯，不過對於正犯出於己意之犯罪，予以便利或援助，即使不予以便利或援助，亦無礙於正犯獨立犯罪之成立。若亦如教唆犯之獨立處罰，將不待正犯之果否至於犯罪，凡有可便於他人犯罪之行爲者，均將陷於刑網，獨立處罰，苛擾若是，終非刑事政策所宜也。故依本條嚴格解釋，凡幫助他人犯罪者，無論事前幫助或事中幫助，要須他人確已發生犯罪事實之後，從犯始得隨之而成立，否則不在處罰之例。此即從犯之從屬性，與教唆犯之有獨立性者異。

## 二、從犯之要件

(一)從犯須有正犯之存在 受從犯之幫助而犯罪者爲正犯，其爲共同正犯或單獨正犯，在所不問，其正犯本有犯罪之決意，並非因受幫助而後有犯罪之決意，惟因受其幫助，以助成其結果之發生已耳。此與教唆犯之教唆初無犯意的被教唆者有所不同，實例如左：

(1)僞軍係通謀敵國，反抗本國之叛徒某甲通謀僞軍，偵察本國軍情，係修正懲治漢奸條例第二條第一款之幫助犯，應依該條款及刑法第三十條論處。如更有洩漏及或有傳遞軍事上之秘密與叛徒情事，即應依修正危害民國緊急治罪法第一條第四款處斷（司法院二十八年院字第一八九一號解釋）。

(2) 查刑法(舊)上之教唆犯以教唆他人使之實施犯罪之行為爲構成要件，即被教唆者本無犯罪之意思，因教唆行爲而發生決意，並實施犯罪之謂。本案原審所認定某甲之實施殺人，是否本無犯意，完全由於上訴人之教唆，上訴人應負教唆犯之責任，抑某甲本有殺人之意思，因上訴人之慫恿致生殺人之結果，上訴人應成立訓導指示之從犯，尙屬不明(最高法院十九年上字第一二四一號判例)。

(二) 從犯須有幫助他人犯罪之故意。幫助他人犯罪，須基於故意，即認識自己行爲爲幫助，認識正犯有犯罪之意思或行爲且認識並希望正犯之行爲因自己之幫助可以助成其結果之發生，而決定幫助之意思者也。過失從犯爲本法精神所不採，判例如左：

(1) 刑法(舊)第四十四條第一項，係以與正犯有共同之認識，而幫助實施爲要件，若於正犯之犯罪，無共同之認識，或於正犯犯罪已經完成，而僅止事後加工者，即不能謂有共犯之關係(最高法院十八年上字第二八七號判例)。

(2) 刑法上幫助之行爲，須有幫助他人犯罪之意思，如無此種故意，甚於其他原因以助成他人犯罪之結果，尙難以幫助論(最高法院二十年上字第一〇二二號判例)。

(3) 刑法上之幫助犯，以對於正犯犯罪事實，具有認識而加以助力之謂(最高法院二十一年上字第三九三號判例)。

(4) 擄人勒贖之罪，如果於勒贖進行中，隨行接洽贖款，雖得論以幫助犯，要必以有幫助犯

該罪之意思爲要件，如與正犯之犯意並無聯絡，實由被擄之家求託向匪說贖，仍難論以幫助贖罪名（最高法院二十二年上字第一〇九二號判例）。

(5) 按從犯之成立必須對於正犯之犯罪有幫助之意思與幫助之行爲，若對於幫助正犯之犯意尙涉滋移，而又無幫助之行爲者，不能以從犯論（最高法院二十三年上字第一三三八號判例）。

(6) 查丁向丙查詢甲帶洋元及起身日期時，丙如果知其有圖劫之意，乃猶據實告知，則丙雖無同犯或教唆之行爲，實難謂非故意幫助，應以事前幫助論。若丙告丁以甲帶洋元及起身日期後，始悉丁係圖劫，亦未令甲如期起程，或臨時與丁同行，及爲他項便利行爲，自不得指丙爲有幫助故意；惟子培對於岳父有無贍養保護之義務，現行法（當時法令）尙無明文，如果查明該地方習慣法則，認有此種義務，則丙不將丁意告甲，自係不作爲犯，應分別處斷，否則按照刑律第三十條第一項前段及第十條尙不爲罪（前大理院統字第一三五四號解釋）。

(7) 查刑律幫助犯罪，須對於正犯所施事實，具有認證而加以助力，始能成立（前大理院十年非字第六〇號判例）。

(8) 被告回家因見伊妻被姦夫毆傷，怒毆伊妻兩掌，與姦夫加害行爲，本無共同認證，且屬兩事，並非幫助共犯，不得依刑律（失效）第二十九條第二項處以傷害罪（前大理院四年

非字第四八號判例)。

(二)從犯須有幫助他人犯罪之行爲。幫助者，對於他人犯罪予以便利或援助，使其得以犯罪或容易犯罪之謂，其幫助手段，並無限制，不問與以物質上的助力(如供給兇器而爲有形的幫助)，或與以精神上的幫助(如指導方法而爲無形的幫助)，或出於積極的幫助，或出於消極的幫助，均不失爲幫助之方法，凡對於既有犯罪意思之人，以幫助之意思，用上述種種方法，助成其犯罪之實現者，皆爲從犯。若於他人之犯意未萌或未定以前，因給與器械，示以方法，激以言詞，而後他人始決定犯罪之意思者，應屬教唆犯之範圍，不能視爲從犯，蓋從犯必對於已有犯罪決意之人，而爲幫助也。

判例如左：

(1)(新例)丁戊臨時受甲乙囑託，代爲窩藏，看管被擄人，係擄人勒贖之從犯(司法院二十四年院字第一三五二號解釋)。

(2)(新例)監犯在保脫逃，保人如無幫助或便利脫逃之行爲，自不成立犯罪(司法院二十五年院字第一四六六號解釋)。

(3)刑法上之幫助犯，必須行爲者對於構成犯罪之事實，予以相當助力，始能成立，如果上訴人就某甲等之傷害事實，確有何種幫助行爲，固屬傷害人致死之從犯，倘僅以某乙索錢之事回家報告，雖某甲等根據此項報告，爲其起意行兇之原因，究非對於犯罪事實予以助

力，要難即依從犯之例論科（最高法院十九年上字第一二二號判例）。

(4) 上訴人於其他被告殺人之際，並未共同實施，僅於事前幫同灌酒，予以實施之便利。暨事後抬屍遺棄，僅應負幫助殺人及共同遺棄屍體之責（最高法院十九年上字第一二二九號判例）。

(5) 刑法（舊）第四十四條之幫助犯，非但行為之外形，可認為幫助，且必須與正犯有犯意之連絡，若幫助之人誤信為正當行為，並無違法之認識，則其行為縱與正犯以助力，尙難遽令負幫助之罪責（最高法院二十年上字第一八二八號判例）。

(6) 共同正犯必以共同實施或分擔實施一部之人為限，所謂實施，即實行犯罪構成要素之行為已達於着手之程度而言，若僅於事前參與計劃，而予以相當之助力者，祇應論以事前幫助之從犯（最高法院二十年非字第一三七號判例）。

(7) 於正犯實施殺人行為以前，予以幫助者為從犯，因聽從唆使，將被害人逼至加害人家中，以便殺害，是於正犯實施殺人行為以前，顯有幫助行為，自屬預謀殺人之從犯（最高法院二十一年上字第七四五號判例）。

(8) 從犯之幫助行為，係指與正犯以便利，使其易於實施，或完成犯罪行為而言，在擄人勒贖案件，若僅為被綁之戶，向土匪接洽取贖，其目的既非幫助正犯，即不能以從犯論（最高法院二十一年上字第八一五號判例）。

(9) 查幫助正犯者爲從犯，所謂幫助，係指予正犯以便利，使其易於實施犯罪之行為而言。本案關於強盜殺人部分，據原判決認定事實，謂被告當時僅在後方看守匪黨所自用之馬匹，是該被告於匪徒之如何圍攻保衛團，如何殺傷團丁，及如何搶劫，並未予以便利，使其易於實施，即無幫助之可言，乃原判決意依從犯之例科被告以強盜殺人罪刑，實屬不合（最高法院二十一年非字第六十五號判例）。

(10) 刑法上之從犯只以幫助正犯爲成立條件，故凡以言語或動作從旁助勢足以增加犯罪之力最者即屬幫助行為，仍無解於從犯之責（最高法院二十二年上字第三九五號判例）。

(11) 刑法上之從犯，因幫助正犯而成立，苟正犯之犯罪行為終了，從犯即無由成立，如甲於乙被擄後，受囑向匪擔保贖款，乙因而得釋，甲復因匪之逼索前款，遂令人將乙綑縛，並一面領匪與之接洽，是甲並非於擄人勒贖中，加以幫助，依法應另構成教唆妨害自由罪，無幫助勒贖之可言（最高法院二十二年上字第九九六號判例）。

(四) 從犯以正犯實行犯罪爲必要。從犯在主觀方面，須與正犯以所需要之幫助，客觀方面，須正犯由其幫助而實行犯罪之行為。如與以幫助之後，正犯並不受其指示而犯罪，則正犯不成立，從犯亦不成立，若正犯進而實施犯罪，則正犯爲有罪，從犯亦爲有罪，正犯爲既遂或未遂，從犯亦爲既遂或未遂，蓋從犯從屬於正犯而成立，不能離正犯而獨立存在也。但實施犯罪之正犯，以有責任能力人爲相當，否則利用無責任能力人之行為而與以幫助，

以發生犯罪之結果，應該爲間接正犯，不能以此際正犯爲無責任能力人不負刑事責任之故，遂謂利用者亦不論罪也。判解如左：

(1) (新例) 查竊盜險運贓物爲竊盜之當然結果，在論處被告以竊盜罪外，不能再依贓物罪論科，對於竊盜正犯，既不另成贓物之罪，則竊盜之幫助犯，因從屬關係之結果，自亦不能再依贓物論罪（最高法院二十四年上字第三二八三號判例）。

(2) 從犯因幫助正犯而成立，苟無正犯之存在即無從成立從犯。本案某甲和質其妻某氏，被告等爲之介紹，在某甲之質妻行爲既非出於強迫，不成立妨害自由之罪，則被告等從中媒介，按之上開說明，自無從犯之可言（最高法院十九年非字第一五一號判例）。

(3) 查從犯成立之要件，必須正犯有着手實施犯罪之行爲，且其行爲達於可罰之程度，始能構成。據原判認定事實，僅稱上訴人轉代××黨印刷宣傳××主義，及証毀國民政府，德惠階級鬥爭等報紙書籍等情，究竟此項報紙書籍，如何着手宣傳，並未明白規定。查危害民國緊急治罪法(舊)既無處罰預備行爲之明文，若就原判認定，印刷上述反動刊物，似尙未着手宣傳，僅在預備宣傳階級之中，而此項犯罪之危險性，又屬甚大，究竟會否着手宣傳，既與罪刑出入有關，原審並未切實調查，遽予含混判決，殊於職權能事，有所未盡（最高法院二十年上字第七九二號判例）。

(4) 代買鴉片，供人吸食，或販賣，以從犯論（前大理院統字第二二一號解釋）。

(5) 購買烟土，烹以款客，係從犯（前大理院統字第六四七號解釋）。

(6) 查從犯必正犯業已成立犯罪，然後有從犯之可言（前大理院非字第一一八號判例）。

三、事前從犯與事中從犯 在正犯犯罪以前予以幫助者為事前幫助，在正犯犯罪之際予以幫助者為事中幫助，舊刑法對於實施犯罪行為之際，為直接及重要之幫助者，處刑較重（舊刑法第四十四條第三項）。本法不設事前幫助事中幫助之別，均認為從犯，事前事中，固為從犯幫助正犯之時間，但須正犯成立犯罪之時，幫助者始隨之而成立從犯，可不待論也。判解如左：

(1) 看守肉票為緝匪實施行為時重要之幫助（最高法院十九年上字第三四〇號判例）。

(2) 被告某甲於某乙與某丙爭毆之際，乃將某丙髮辮揪住，以遂其傷害之目的，是其行為不得謂非直接及重要之幫助（最高法院二十年非字第五十六號判例）。

(3) 單純為匪照護被擄之孩童，固應以從犯論，若係知情容留，並任看守之責，是於正犯犯罪繼續中，予以直接及重要之幫助，即不能僅處從犯之刑（最高法院二十一年上字第六九九號判例）。

(4) 領導匪衆綁擄，縱未能與匪人共同實施綁擄，亦屬於實施犯罪之際，為直接重要之幫助（最高法院二十一年上字第七八八號判例）。

(5) 事前參與殺人謀議，着手殺人之際，又共同將被害人綑縛，俾便殺害，是已由同謀進而

至於幫助，第二審判決認為犯同謀殺人罪，引律顯屬錯誤（最高法院二十一年上字第七九六號判例）。

(6) 供給場所以窩藏被擄人，縱未親任看守，亦係於正犯實施擄贖行為繼續中予以必要不可缺少之助力，自屬直接重要之幫助（最高法院二十二年上字第四二八號判例）。

(7) 代緝匪書寫勒索信件，自係於正犯實施犯罪之中爲之幫助，而其幫助程度亦非直接重要，應以刑法（舊）第四十四條第一項之從犯論處，原判決認爲共同正犯，殊欠允洽（最高法院二十二年上字第六一〇號判例）。

(8) 參加說賂及窩藏肉票均係於正犯擄人勒贖之際爲直接及重要之幫助，應科以正犯之刑（最高法院二十二年上字第三九九七號判例）。

(9) 從犯以事前幫助爲要件，而所謂事前幫助，通例指加入犯罪預備或者手行爲之一部而言，爲強盜炊爨，不能謂之犯罪預備或者手行爲，卽不能以從犯論（前大理院統字第二八六號解釋）。

(10) 擄人勒贖之擄人行爲，與勒贖行爲，均係實施犯罪行爲之一部，其聽從向事主說合回贖，自係幫助勒贖，仍可謂實施犯罪之際幫助正犯（前大理院統字第三五九號解釋）。

(11) 窩票看票之人，若知係被擄勒贖之人，係實施中幫助正犯之共犯（前大理院統字第六六六號解釋）。

(12) 實施犯罪以前幫助正犯者，爲從犯，然其幫助行爲，必與正犯所實施之犯罪，有直接之影響，始能成立，若僅有曾至被害人場內欲收麥糧之事實，然於正犯之殺傷行爲，毫無關係，何所謂事前幫助，即非從犯（前大理院五年非字第五號判例）。

(13) 於他人用繩勒扣被害者之際，因案外人欲行喊叫，即將其髮辮揪住，嚇禁聲張，係因被害人實施中幫助行爲（前大理院五年上字第七十九號判例）。

(14) 他人將所租佃另人之器物搬運他處竄匿者，本係侵占行爲，而就同搬運者顯係於他人實施犯罪之際從中幫助，不得認爲獨立之藏物罪（前大理院六年非字第一二二號判例）。

(15) 因有素識某人，向問某處一帶，誰家有錢無錢，可以搶劫，即告以某處各家均有錢無錢，嗣某人果即向某處行劫，則告者成事前幫助強盜罪（前大理院六年上字第五九二號判例）。

(16) 因與某人有嫌時爲揚言有錢刻薄，經另人聞知，起意行劫，向其告知情由，探詢路徑，即據實告知，由另人率人搶劫某人者，爲事前幫助強盜罪（前大理院六年上字第一〇六六號判例）。

(17) 甲於乙丙丁行劫之前，催發邀往船邊過落，自係從犯（前大理院七年統字第七九九號解釋）。

(18) 知人實施強盜行爲，而未參與強盜之謀議，則代爲搖櫓，要不過事前之幫助（前大理院

八年上字第九三二號判例)。

(19) 甲本與乙等挾有夙嫌，而有誣告之意，被告代人代甲作狀，雖復參加己見，張大其詞，亦不過幫助誣告之一種方法，且其幫助在實施以前，應以從犯論（前大理院八年上字第九六六號判例）。

(20) 上告人僅因匪徒向同可撈富戶，告以某家有錢，顯係事前幫助之一種行為（前大理院十年上字第一一三九號判例）。

四、一方從犯與間接從犯 從犯之成立，只須一方有幫助他方犯罪之意思，不以他方知情為必要，本條第一項下段「雖他人不知幫助之情者亦同」即「一方從犯」之謂，例如甲欲傷乙，正苦無武器之時，丙乃以木棍贈置甲之身旁，甲遂舉以擊乙，甲雖不知丙之幫助，丙則已成一方從犯矣。幫助從犯幫助他人犯罪者為間接從犯，本法雖不規定，不可視為不罰，蓋就其使正犯容易犯罪與因果關係之存在而論，間接從犯固與直接從犯無異也。

五、教唆犯與從犯之罪數 教唆犯因教唆他人犯罪而成立，從犯因幫助他人犯罪而成立，其罪數以教唆或幫助之犯罪為標準，而不以所教唆或所幫助之他人為一人或多人為標準，判解如左：

(1) 被告某甲教唆某乙等使之共同實施傷害行為，結果因傷致死，某甲為一併傷害人致死之教唆犯（最高法院十九年非字第七十號判例）。

(2) 同時同地加害二人，既無各別犯意之證明，自係一偶行爲，即在實施殺人之正犯尙不得以其殺人有既遂未遂，就被害人之人數，分別論科，第二審判決乃對於以概括意思而幫助殺人之從犯，不依刑法(舊)第七十四條從一重處斷，竟分別處以兩個殺人之罪刑，自屬違法(最高法院二十一年非字第七十五號判例)。

(3) 領導匪衆綁人，縱未與匪人共同實施綁擄，亦屬刑法(舊)第四十四條第三項但書於實施犯罪行爲之際，爲直接重要之幫助，且其領導土匪，綁擄多人，既非在同一處所，意思雖屬連續，行爲究非單一，實亦合於同法第七十五條連續犯之規定(最高法院二十一年上字第七八八號判例)。

(4) 威代電情形(幫助犯以一個行爲幫助多數正犯時，應否以正犯之人數，定其犯罪之個數)，應論一罪(前大理院統字第一六七五號解釋)。

(5) 造意犯之成立，須被教唆者本無實施犯罪之意思，若其已有犯意，僅由他人加以助力，則助成者爲幫助犯(前大理院五年上字第六七二號判例)。

六、實施教唆與幫助相競合時如何處斷之問題。先教唆而後實施或先幫助而後實施，爲教唆幫助與實施競合之情形，均應從實施處斷，蓋以實施行爲足以直接發生犯罪之結果，其情節亦較嚴重也。至教唆與幫助競合，即先僅教唆後復予以幫助者，則仍從教唆處斷，因從犯之刑輕於教唆，應從重處斷也。判解如左：

(1) 查某甲與某乙素不相識，此次夥劫洋輪，純由某丙之慫恿，業據某甲一再述明，如果某乙對於某甲無直接教唆情事，僅因人之囑託，轉令某甲主使某甲同行劫，則某丙爲本案教唆犯，某乙應爲教唆教唆犯，至某乙給與某甲五元爲上盜川資，雖不免有幫助正犯之行為，但更審結果，能證明某乙爲教唆教唆犯，則其幫助行為亦應爲教唆行為所吸收，原審於某乙等之犯行，尙未詳求，遽認爲教唆犯兼共同正犯，已嫌含混（最高法院十七年上字第四七三號判例）。

(2) 上訴人教唆某乙等誣告後，又代爲製作訴狀，尙相當之公署告訴，則其分擔製作訴狀之行為，顯已加入共同實施，依法應以共同正犯論，原審認爲教唆犯，其法律上見解，不免有所誤會（最高法院十八年上字第二七六號判例）。

(3) 先教唆而後幫助，當然應從情節較重之教唆行為處斷（最高法院二十一年上字第八九三號判例）。

(4) 教唆他人犯罪後又進而實行犯罪行為者，其教唆行為已爲實行行為所吸收，應以實施正犯論（最高法院二十二年上字第六八一號判例）。

(5) 姦夫購砒交由姦婦下毒麵餅中，毒死本夫，是姦夫所擔任者，係屬着手殺人以前之幫助行為，蓋此際姦婦之實施毒殺，尙在預備階級，則姦夫之送給毒砒，要難謂爲分擔實施行為之一部，縱令事前共同謀議，其同謀行為，應爲幫助行為所吸收，亦僅能令負事前幫助

罪責。如姦婦無殺本夫之意，因姦夫之一再教唆，又復送給砒霜，始行下手，則姦夫教唆於前，幫助於後，幫助行為應爲教唆行為所吸收，即應認爲預謀殺人之教唆犯，亦難以共同正犯論科（最高法院二十二年上字第八四二號判例）。

(6) 教唆他人使之實施犯罪之行為者，爲教唆犯，故教唆犯除與被教唆者實施犯罪，應論以共同正犯外，凡其幫助正犯之行為，亦不外使他人容易實施犯罪之行為，仍應論以教唆犯罪（最高法院二十二年上字第三三六四號判例）。

七、從犯之處罰 若無正犯，即無從犯，例如幫助自殺自傷之罪（第二百七十五條及第二百八十二條）因自殺自傷，不成犯罪，即無正犯可言，但幫助者不可輕恕，雖於分則規定爲獨立犯罪，終不能依本條以從犯論也。

從犯之處罰，舊刑法採必減主義，惟於實施犯罪行為之際，爲直接及重要之幫助者，則處以正犯之刑。本法不復規定事中直接重要之幫助，一律改採得減主義，以符主觀主義之立法精神。所云「得按正犯之刑減輕之」，不過依其情節按正犯之法定刑減輕，而與具體之正犯宣告刑無關，蓋從犯雖僅止於幫助，如其幫助行為較爲重要者，則科以正犯之刑亦無不可，否則即不妨量予減輕，以期平允，自由裁量之範圍頗寬，實用者當留意焉。

再舊刑法有同謀殺人同謀強盜及同謀擄人勒贖等罪之規定，本法以其範圍過狹，且同謀犯罪，若有教唆情形，可適用教唆犯之規定，如僅參與預謀，則言語幫助，亦爲幫助之一種，

更可適用從犯之規定，故將同謀犯規定，一律刪去。

八、從犯與共同正犯區別之標準 參與於他人犯罪而共同實施者為共同正犯，予以幫助者為從犯，惟何者為實施，何者為幫助，殊有區別之必要，而學說紛歧莫衷一是，實例亦屢經變遷，未有限制，茲將各說列舉，以為比較得失之資料：

(一)主觀說

甲、自己犯罪說 以自己犯罪之意思而參與者為共同正犯，以幫助他人犯罪之意思而參與者為從犯，判解如左：

(1) (新例) 刑法第二六六條第一項所謂公共場所，或公眾得出入之場所，不以法令所容許者為限，如供賭博用之花會場輪盤賭博等，亦仍屬於公眾得出入之場所，賭博花會之人，雖不親自赴場，而由跑風者轉送押賭，但既係基於自己犯罪之意思，即應依照正犯處斷 (司法院二十四年院字第一三七一號解釋)。

(2) (新例) 事前與盜匪同謀，事後得贓，如係以自己犯罪之意思，推由他人實施，即應認為共同正犯 (司法院二十八年院字第一九〇五號解釋)。

(3) 上訴人於某甲等殺害某乙時，當場呼打，並為挖竊洞，以便開棺，顯係以共同意思，於實施中利用他人行為，以達其犯罪之目的，自應以共同正犯論 (最高法院十八年上字第九六四號判例)。

(4) 擄人勒贖之罪，如果於擄贖進行中隨行接洽贖款，雖得論以幫助犯，要必有幫助該罪之意思為要件，如與正犯之意思並無連絡，實由被擄之家，求託向匪說贖，仍難論以幫助擄贖罪名（最高法院二十二年上字第一〇九二號判例）。

(5) 查幫助犯以明知正犯有犯罪之行爲，而有幫助成其犯罪，爲成立要件，若基於其他原因，而結果成他人犯罪者，不能遽以幫助犯論科。本案上訴人，因欠土匪烟款，被匪綁走後，令其購買子彈，以代烟帳，不知其以後復有強盜之行爲，尙難即認爲強盜之幫助犯（最高法院二十三年上字第二三二六號判例）。

乙、意思連絡說 有共同意思之連絡，而共同實行者，爲共同正犯，從犯則不以意思連絡爲必要，判解如左：

(1) (新例) 以營利爲目的，將自己居住家宅，抽頭供賭者，其家戶主如有犯意聯絡，自應共犯刑責（司法院院字第一四五八號解釋）。

(2) (新例) 現行刑法雖無同謀強盜之規定，然此非不謂強盜同謀之意，其同謀情形如僅對於決意犯罪之人，與以精神上之助力，則成從犯，如以犯罪意思就犯罪實行之方法以及實施之順序有所計劃，則成立共同正犯（最高法院二十五年上字第三號判例）。

(3) 共同正犯以共同實施犯罪行爲爲構成要件，所謂共同實施，雖非專指共同下手者而言，但共犯者間，必須犯意連絡，有相互利用之情形，始對於犯罪結果，共負責任，假使彼此

犯意各不相謀，即應各負其責，不生刑法上之共犯關係（最高法院二十二年上字第一二二二號判例）。

(4) 查刑法上之共同正犯，係指二人以上共同實施犯罪行為而言，若共犯間同有犯罪之意思，而於實施犯罪行為之際，其他共犯並未參與，僅於事前，給以犯罪之用品，則其他共犯，只能成立幫助正犯之罪（最高法院二十三年上字第七六七號判例）。

(5) 本案發生之時，上訴人曾否開槍，雖無確據，手中既執持鎗枝，並威令他人開槍，是對於共犯之開槍殺人，不特有犯意之聯絡，且當場加以催促，則被害人之死亡，為上訴人所預見，共同殺人責任，自難豁免（最高法院二十三年上字第一四九八號判例）。

(6) 諜電（甲與乙同謀行劫，議定事後在乙家分贓，甲僅拉錢，並未上盜，丙於劫後被獲，乙攜贓逃遁，以致甲未得贓，甲應否以實施正犯論，算入結夥數內）悉，強盜圖財入己，其事前同謀，須以共同利害關係，參與謀議，並有同意計劃，推出他人擔任實施之事實，甲如果合此等條件，自以論入共同正犯，算入結夥數內，否則如僅局外贊助，尚不得謂為同謀，應以事前幫助論；惟來電情形，甲僅令乙內行劫，是否同意其上盜其體計劃，並約推乙丙實施，及議定分贓，是否分配贓物，抑僅應策論受賄，係事實問題（前大理院統字第一二三八號解釋）。

(7) 因與子媳口角，喝令胞弟二人毆打，致將子媳打傷，越日殞命，喝令者雖未動手毆打，

然在場指揮，自係實施正犯，與造意犯不同，被喝令者共同下手，既有犯意之聯絡，亦係共同正犯，與同時犯不同（前大理院六年上字第三三〇號判例）。

(8) 被告人等下手毆打，本有犯意之聯絡，自係共同正犯，對於共犯間之實施行為，彼此均應負共同之責任（前大理院八年上字第二四六號判例）。

(二) 客觀說

甲、實質說 以行為者行為之實質，為斷定共同正犯或從犯之標準，即分擔實施犯罪構成要件之行為者，為共同正犯，其為以外之行為者，為從犯，判解如左：

(1) 上訴人某甲僅止看守被擄人，係實施中為直接及重要之幫助，應以從犯論，原審論以共同正犯，顯屬錯誤（最高法院十八年上字第九八四號判例）。

(2) 刑法上之共同正犯，原指共同實施犯罪之行為而言，而強盜犯罪行為之構成，又以實施強暴脅迫或其他方法，至使不能抗拒而取他人所有物，或使其交付為要件，如僅係聽糾上盜，在外把風，雖屬事前同謀，事後分贓，並未分擔實施強暴脅迫及劫取財物之行為，不過於正犯破門入室，實施強盜犯罪中，為其排除阻礙，俾得容易實施，不得謂為分擔犯罪行為之一部，係於實施犯罪行為之際，與以直接重要之幫助，不能認為共同正犯（最高法院二十一年上字第二〇二二號判例）。

(3) 刑法上殺人罪，係以向被害人實施殺害為構成犯罪內容之行為，如於殺人之際，僅在場

把望，予以便利，並未直接予以殺害行為，此種情形，自係於他人實施犯罪中，為直接重要之幫助，不能認為分擔殺人之一部工作，而依共同正犯之例處斷（最高法院二十二年上字第一七一三號判例）。

(4) 僅於他人賂誘婦女得價出賣時，而為之引送，並未參與賂賣行為，即係於正犯實施犯罪之際，予以幫助，要與共同正犯之情形有別（最高法院二十二年上字第四七一六號判例）。

(5) 共同正犯以共同實施或分擔實施犯罪行為之人為限，若僅於他人犯罪前或犯罪中，予以助力者，則應視其幫助之性質，是否直接及重要，以定其刑之標準，要不得以共同正犯論（最高法院二十二年上字第二九七號判例）。

(6) 查共同正犯應以實施犯罪者為限，被告人為他人剽竊交通銀行票火車頭銅版係屬偽造貨幣之預備行為，應以從犯論，原判認為共同正犯，殊有未合（前大理院四年上字第一〇三四號判例）。

#### 乙、形式說 又分二說：

一、參與時期說 參與於實施犯罪之時者，為共同正犯，參與於事前者為從犯，但從犯亦有參與於事中者，判解如左：

(1) 就現刑法（舊）解釋，從犯應探客觀說中之形式說，如甲扭乙於地，丙持刀砍殺之，甲係從犯，但依刑法（舊）第四十四條第三項，應處以正犯之刑（司法部院字第七八五號解

釋)。

(2) (新例) 查刑法上之幫助犯係指僅對於正犯之犯罪行為予以助力並未參與實施者而言，即舊刑法第四十四條第三項後段所謂實施犯罪行為之際為直接及重要之幫助者亦僅為幫助犯罪之行為，不過於正犯實施之際直接予以幫助，或其幫助之行為較為重要而已。若對於構成犯罪之事實事先既已同謀，臨時又復參與實施者，則為共同正犯(最高法院二十五年非字第一九五號判例)。

(3) 邀同二人侵入住宅，搶取銀洋，不得謂為聚眾，又罪犯於搶劫時僅在宅外把風，係屬從犯(最高法院二十一年上字第二六五二號判例)。

(4) 夥犯於擄人時，僅只在外把風，擄人後又未參與勒贖行為者，應論為實施中直接重要之幫助，未可概認為共同正犯(最高法院二十二年上字第二〇九號判例)。

(5) 上訴人等均在擄人勒贖狀態繼續中為之看守肉票，顯係於實施犯罪行為之際予以直接重要之幫助(最高法院二十二年上字第二六五號判例)。

(6) 某甲之子乙某被綁，上訴人僅帶領丙等同往指點門戶，即行他去，係於事前予以助力，並非綁架之際直接重要之幫助(最高法院二十二年上字第三八二八號判例)。

(7) 查刑法上所謂從犯，指正犯實施犯罪以前，或實施犯罪之際，予以幫助者，方能成立，若均於正犯犯罪完畢後，為之服役，或供給其食料，而於犯罪之成立並無關係者，不能以

從犯論（最高法院二十二年上字第三七一八號判例）。

(8) 查鴉片罰鍰行為既在裁種行為完成以後，吾國刑法復無事後共犯之例，其收刮烟葉行為又均係爲製成鴉片之專前幫助，乃第一審誤認爲幫助裁種，原審復予以維持適用法則，雖謂允當（最高法院二十三年上字第五五一號判例）。

二、行爲價值說 執行爲價值觀察對於結果與以重大影響者爲共同正犯，與以輕微影響者爲從犯，若有起果行爲與排除妨害行爲並存之情形，亦分別評價，以起果條件之行爲爲實施，以排除妨害條件之行爲爲從犯，判解如左：

(1)（新例）他人犯罪雖已決意，仍以犯罪意思促其實現，如就犯罪實行之方法以及實施之順序有所計畫，則其所計畫之事項已構成犯罪行爲之內容，直接干與犯罪之人亦不過履行該項計畫之分擔，其分擔計畫行爲即與加工於犯罪之實施者初無異致，即應認爲共同正犯。（最高法院二十四年上字第八九〇號判例）。

(2) 刑法上之從犯祇以幫助正犯爲成立條件，故凡以語言或動作從旁助勢足以增加犯罪之力量者即屬幫助行爲，仍無解於從犯之責（最高法院二十二年上字第一二九五號判例）。

(3) 代稱匪書寫勸贖信件，自係於正犯實施犯罪之中爲之幫助，而其幫助程度亦非直接重要，應以刑法（舊）第四十四條第一項之從犯論處，原判認爲共同正犯，殊欠允洽（最高法院二十二年上字第六一〇號判例）。

(4) 上訴人於某甲等實施殺害某乙之際，僅在場繫縛某乙之妻，排除妨害條件之行為，尙未分擔起果條件之行為，祇應以於他人實施犯罪之際爲直接重要之幫助犯論，不能認爲共同正犯，原判決竟以共同正犯之例論科罪刑，殊欠允洽（最高法院二十二年上字第二三一九號判例）。

(5) 聽糾上盜，在外把風，不過於正犯破門入室實施強盜犯罪中爲其排除障礙，俾得容易實施，係直接及重要之幫助，不得認爲共同正犯（最高法院二十一年上字第二〇二二號判例）。

(三) 折衷說

甲、地位說 以共同關係人之地位爲基礎，居於主要之地位者爲共同正犯，居於附從之地位者爲從犯，判解如左：

(1) 會議將某人鎗斃，僱人實施，並到場監視者，爲殺人之實施正犯，於會議從旁附和者爲事前幫助（前大理院六年上字第八九七號判例）。

(2) 代人遞送金丹，顯屬共同遞送金丹之正犯（前大理院十一年上字第一五二一號判例）。

乙、必然說 以共同犯罪意思，而爲與實施行為有必然的關係之行為者爲共同正犯，以幫助他人犯罪意思，而爲必要之行為者，爲從犯。「必然行為」者，直接於實施行為，而與實施有必然關係之行為也。如共犯一個強盜罪，除實施脅迫事主搜劫財物等犯罪構成要件之行為外，其在外望風，入內撥取等犯罪構成要件以外之行為，亦與實施行為，均有必然的關

係，且其價值亦復完全相等。又如殺人罪之網羅被害人與持刀砍殺之行為，亦有必然的關係，此種望風擄取或細綁之行為，若出於共同完成犯罪之意思，則其行為即為共同實施行為，若出於幫助他人犯強盜罪或殺人罪之意思，而為其望風擄取或細綁等必要之行為者，則屬於幫助行為，而成從犯。主觀說偏重於行為者之意思，似失之苛，客觀說或置重於犯罪之時間，或側重於行為之價值，其理論亦有所偏，本說頗能折衷於兩者之間，較為得當，實例上探此說者尚不多見，姑登錄近似此說之例數則，以供研究。

(1) (新例) 刑法上之強盜罪以施用暴力奪取財物為構成要件，至他人實施搶劫之際為其擔任把風，固非實施強盜之要件行為；但以自己意思於實施中參與犯罪，縱令所參與者為犯罪構成要件以外之行為，而各該共犯既以合同意思互相利用推由他人實施，即應包括認為一個共同行為，仍負共同正犯之責，故夥同行劫之盜犯如係本於預定計劃為自己之意思共同參與從場把風，雖未實行搶劫，亦應依共同正犯論科（最高法院二十四年上字第二二二號判例）。

(2) (新例) 上訴人甲先與乙商妥殺死本夫以圖永好，臨時復先為關狗留門與以便利，其犯意仍為自己，並非專在幫助他人，即係以自己犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為，應以共同正犯論；而上訴人丙純係感乙之刺意，按住本夫身體，以與乙實施殺人之便利，係以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為，應以從犯論（最高法院二十四年上字第二五四號判例）。

- (3) 誘人勸賭雖係看票站在門口，然自起意綁票以迄送票，始終在場，自係共同正犯（最高法院二十三年上字第二〇七二號判例）。
- (4) 上訴人於共犯等實施架橋之際，在外把風，事實至為明瞭，原審依共同正犯之例處斷，尚無不合（最高法院十九年上字第七四九號判例）。
- (5) 被害入為某甲搶去鎗斃，上訴人知僅係在實施殺害以前幫同牽走，予以便利，固可認為事前之幫助犯，倘實施殺害之際仍復在場牽繩，則此種東譚被害人之手段即係分擔殺人行為，自應以共同正犯論（最高法院十九年上字第一六七六號判例）。
- (6) 查犯罪實行有積極消極二要件，積極要件即犯罪實施之積極進行行為，消極行為即防止阻礙犯罪實行之消極行為，二者皆犯罪實行不可缺之要件，故犯人行為苟合於此二要件之一者即為共同實行正犯。強盜罪之強取行為，屬於積極行為，把風即屬於防止阻礙犯罪實行之消極行為，均應以共同正犯論（前大理院三年上字第二二一號判例）。
- (7) 強盜在門瞭望，係防備發生有礙實施之圖作，為實施行為重要之職務，是雖分份之部分不同，其為實施行為則一，不得謂僅係幫助，原審解釋律文，殊有錯誤（前大理院四年上字第三十一號判例）。
- (8) 聽人糾邀隨同持械殺害某人，行抵某人門首，在門外把守，由另人爬牆入室，將某人殺斃者，亦為殺人之共同正犯（前大理院六年上字第九六九號判例）。

(9) 被告人等既有共同殺人之犯意，臨時又同在場幫推，不能謂非共同正犯，兩審認為幫助犯，殊屬錯誤（前大理院八年上字第1055號判例）。

學說上有以左開情形為區別正犯與從犯之標準者，與折衷說主張頗相吻合（最高法院刑庭總會議決實用刑法會議錄），余贊其說：

(一) 以自己犯罪之意思，而參與犯罪構成要件之行為者，為正犯。

(二) 以幫助他人犯罪之意思，而參與犯罪構成要件之行為者，為正犯。

(三) 以幫助他人犯罪之意思而參與，其所參與之行為，係犯罪構成要件以外之行為者，為從犯。

(四) 以自己犯罪之意思而參與，其所參與之行為，為犯罪構成要件以外之行為者，為正犯。

又在犯罪者決意實施犯罪行為前有所參與，其參與之行為，究竟認為從犯之行為？抑應認為共同正犯之行為？此依上述折衷說解決，其參與之行為，既係對於他人已有犯罪決意之前，有所參與，應為從犯無疑，而學說上乃有以助成或促成犯罪之實現，其程度高者為正犯，輕者為從犯。竊以為程度之高低，僅為量刑上得按正犯之刑減輕與否之問題，實非區別正犯從犯之標準也。附錄最高法院二十四年七月刑庭會議記錄於左：

（提案說明）他人已決意犯罪，如以犯罪意思助成其犯罪之實現者，或與以物質上之助力

(如貸與兇器而爲有形之幫助行爲)，或與以精神上之助力(如頌揚犯罪行爲，或慰祝其犯罪成功而爲無形之幫助行爲)，皆爲從犯，他人犯罪雖已決意，若以犯罪意思，促成其犯罪之實現，如就犯罪實行之方法，犯罪實施之順序，而有所表示，應認爲共同正犯，不能認爲從犯，蓋在如斯情形之下，其表示之意見已構成犯罪者實施犯罪行爲之內容，不啻加工於犯罪之實現也。

決斷 照原提案通過，惟「助成」及「促成」應以程度之高低(程度高爲正犯，程度底爲從犯)及其行爲是否構成實施犯罪行爲之內容爲標準。

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

因身分或其他特定關係，致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人，科以通常之刑。

一、身分或其他特定關係之涵義 所謂身分指專屬於犯人一身之主觀的特定資格及人身的關係而言，如男女性別，親屬關係，公務員資格，以及未滿十八歲人，滿八十歲人，精神耗弱人，瘡癩人等屬之。身分本特定關係之一種，本法以因特定關係而有關於罪之成立或刑之重輕或免除者頗多，僅用身分關係爲標準尚不足以資概括，故以「或其他特定關係」一語補充之，如累犯，連續犯，自首者，承攬工程人，監工人，懷胎婦女，從事業務者，依法令契約

有扶助養育或保護之義務者，及將受強制執行之債務人之類，凡爲刑法總則分則或其他特別刑法所規定而足以影響於論罪科刑者，皆屬於「其他特定之關係」之範圍。本章之共犯，即因此種身分或其他特定關係之不同，其處罰亦隨之而有異。

二、因身分或其他特定關係成立之罪，無特定關係者與有特定關係者能否成爲共犯 依本條第一項規定「其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論，」蓋無特定關係者，既與有特定關係者與有共同犯罪之關係，未可置之不罰也。舉例如下：

(甲)無特定關係者與有特定關係者有共同實施犯罪之行爲時 例如某甲與公務員共同實施侵占公務上之持有物者，得成爲公務上侵占罪之共同正犯。

乙、無特定關係者教唆有特定關係者犯罪之時 例如甲婦教唆乙男強姦丙女，甲婦在平時雖不能單獨犯強姦罪，而此時則可成立強姦罪之教唆犯。

丙、無特定關係者幫助有特定關係者犯罪之時 如士紳幫助公務員收受賄賂，亦可成爲收賄罪之從犯。

三、因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人如何處罰 依本條第二項規定「其無特定關係之人科以通常之刑」，蓋確定共犯之責任，雖須有統一之觀念，然其科刑正不必強同也，爰分加重減輕免除三種述之：

甲、因特定關係加重其刑者 例如甲對乙殺乙之父，乙成立殺直系血親尊親屬之罪，甲無親

屬關係，只科以普通殺人罪之刑。

乙、因特定關係減輕其刑者 例如甲與瘖啞人共同對乙加以傷害，瘖啞人雖得減輕其刑，而

甲則仍科以傷害罪通常之刑。

丙、因特定關係而免除其刑者 例如甲教唆乙竊取丙之財產，乙丙為配偶關係，依法得免除

其刑，甲無此關係，仍應成立竊盜罪之教唆犯，科以通常之刑，判解如左：

(1) (新例) 甲雖無公務員身分，但如與保長共同查獲煙犯，將其鴉片俵分，並故縱煙犯逃脫，為公務員隱沒查獲鴉片之共犯(司法院二十八年第一九三五號解釋)。

(2) (新例) 經治貪污暫行條例所定各罪名，並非均係因身分成立之罪，無軍人及公務員身分之人與軍人或公務員共犯同條例所稱之盜賣勸業佔竊取及舞弊等情事，該無身分之人既可成立刑法或其他特別刑法上之罪名，僅因身分關係致刑有重輕，按照刑法第三十一條第二項，自應科以通常之刑，與同條第一項以具有身分關係始成立犯罪應論以同一罪名者不同，至同條例第八條規定，係以犯本條例之罪者為限，由有軍法職權之機關審判，其無身分之人應科以通常之刑時，除依特別刑法應受軍事審判者外，軍法機關即應送交該管法院檢察官或其他有檢察權之官署，依法辦理(司法院三十年院字第二一六一號解釋)。

(3) 非公務員而與公務員共同實施或教唆幫助公務員犯禁烟法第十六條至第十八條之罪，依刑法(舊)第四十五條雖應認為共犯，但因身分而刑有輕重時，依同條第二項應科通常之

刑（司法院院字第一八〇號解釋）。

（4）刑法（舊）第三三七條業務上侵占罪係以業務人之身分爲加重之要件，其不在業務之人與共犯者，仍科通常之刑（司法院院字第五九二號解釋）。

（5）刑法（舊）第四十五條第一項係解決犯罪能否成立問題，第二項係解決科刑問題，與刑法第二條毫無關係（司法院院字第七八五號解釋）。

（6）上訴人固非有逮捕權人之身分，但於緝私兵假藉其職務上之權力，既與共同實施私禁，仍應論以共犯（最高法院十八年上字第七六九號判例）。

（7）上訴人某甲，隨同上訴人某乙於執行搜查鴉片之職務時，私自受賄五十元，遂將烟犯釋放，並將所獲鴉片隱匿不報，侵占入己，委無飾卸之餘地，上訴人某甲雖係該局局長貼給工資私人雇用之人，不能認爲依法令從事於公務員之職員，但既與上訴人某乙共同實施，按之刑法（舊）第四十五條第一項規定，仍應依共犯論，原審依同法第四十二條第一百二十九條第二項第四項第三百五十七條第一項第七十四條判處上訴人等之罪刑，並追繳賄賂上價格，尙無不合（最高法院十九年上字第一八六五號判例）。

（8）查婦女亦得爲強姦罪共犯，原呈情形（婦女對於他人強姦犯罪行爲或於事前幫助，或於實施之際幫助或教唆強姦）自應依刑律（失效）第六章分別處斷（前大理院七年統字第七四三號解釋）。

## 第五章 刑

舊刑法有「刑名」一章，本法以本章規定有關係的刑罰體系，非僅刑罰名稱，即刑罰種類易刑處分等亦均有所規定，故簡稱曰「刑」，以資概括。

一、刑罰之意義 刑罰者國家對於犯人所加之制裁而剝奪其法益者也。刑罰係國家制裁人民之利器，若非國家與人民之關係，即不能存在，然非人民成爲犯罪之人，則亦不能科以刑罰，此與賠償損害所以制裁負民事責任之人，及懲戒處分所以制裁負行政責任之人者大異其趣也。人民本依法享有自由與權利，而刑罰則對於生命自由名譽財產等法益，加以剝奪，雖其目的不以使犯人感受痛苦爲務，然在法益被剝奪者方面觀察，在物質上終不免受相當之痛苦，故行政者不可非法制刑，立法者不可妄定刑名，司法者不可濫用刑罰也。

二、刑罰與懲戒強制制罰秩序罰行政罰之區別 (一)懲戒罰者，對於違反公法上特別義務而有違法失職情事加以懲戒處分者也，如對於公務員之免職停職降級記過申誡及對於律師之申誡停止職務除名等是。(二)強制制罰，亦稱執行罰，乃行政官署對於特定人，命其作爲或不作爲同時預告以違命之處罰，乃特定人仍不服從其命，遂依法科以處分者也，如行政執行法第二條所規定之罰鍰是。(三)秩序罰，爲維持官署執行公務，對於妨礙秩序之人所施之處分

也，如法院組織法第六十九條所規定之看管與罰鍰是。(四)行政罰，乃對於爲違行政目的所制定之法令有所違反，科以行政處分者也，如欲見於行政法及民事特別法之罰鍰及停業歇業停止出版等處分是也。行政法與民事特別法中亦不無徒刑拘役或罰金之規定，惟原則上其規定已屬特別刑法之性質，應由法院處罰，至如違警罰法中之拘留罰金，仍係行政處分，不可與刑法上之拘役罰金相混，其他行政法上之罰金並非刑罰而係行政處分者，亦不乏其例，要須研究其性質之爲行政處分與否，不可拘泥於罰金之名稱，而概視爲刑罰也。至罰鍰則爲純粹行政罰，可由行政機關自行處分也。總而言之，刑罰係基於國家刑罰權之發動，而懲戒罰強制罰秩序罰行政罰則係基於國家懲戒權或行政權之發動，此其實質上區別之要點。再就原則論，前者屬於司法機關處罰之權限，而後者屬於行政機關處分之期限，此在形式上亦有區別也。

### 三、防衛社會主義與主觀主義下之刑罰觀念：

刑法理論之進化，已由應報主義，傾向於防衛社會主義，復由客觀主義傾向於主觀主義，本法之立法精神尤以側重於防衛社會主義與主觀主義之傾向。

就防衛社會主義之目的觀以言，則有兩面之作用，一方爲特別預防，旨在改過遷善，或矯正犯人之惡性，使復爲社會生存之適格者，或使犯人與社會隔離，使其不至侵害社會之生存，他種爲一般預防，旨在懲一儆百，使一般社會，不至爲犯罪之嘗試，而刑罰之最終目的則爲

犯罪之消滅，以實現理想的社會，如吾國古代虞舜所云「刑期無刑」，孔子所云「四海之內無刑民」，淮南之「割刑而無刑」，均足以充分說明刑罰之理想者也。又有一派教育刑主義者，謂刑罰者所以防止犯罪，保護法益，發揚國權，而有社會教育之任務，此與虞舜告皋陶「汝作士明五刑以弼五教期于治」，唐書刑法志「其爲法殊而用心則一，蓋皆欲民之無犯也」，宋書刑法志「刑以弼教，使之畏威遠罪，導之以善耳」等語，亦皆不謀而合也。

主觀主義，以主觀的犯人人格爲科刑之標準，其要旨以爲刑事責任之基本，不存於犯罪之客觀的事實，而存於犯人之主觀的惡性，苟惡性甚大，即不妨科以輕重之刑，反之惡性甚微，雖實害甚巨，亦無妨酌量情形而從輕處罰，我國古代所謂「眚災肆赦，怙終賊刑」（尙書舜典），「宥過無大，刑故無小」（尙書大禹謨），其有主觀主義之意味，蓋與現代刑事思潮亦若合符節也。

#### 四、刑罰合理化之原則 合理的刑罰制度必當合於以下之原則：

子、刑罰必須經過立法程序以法律明確制定之，否則爲越權爲違法，此卽刑罰之法定性。  
丑、罰弗及嗣，罪不及孥，古有明訓，與現代所謂刑罰必止於犯人一身之原則，其旨相同。此卽刑罰之個人性。

寅、刑罰之種類與執行雖不必過於寬和，亦務必去其嚴酷，此其刑罰之人道性。  
卯、法律之前，萬人平等，故刑罰不可因貧富貴賤而設等差，此卽刑罰之平等性。

辰、刑罰爲求犯罪情狀之輕重善惡適如其分，當酌定範圍，使法官有自由裁量之餘地，此卽刑罰之伸縮性。

巳、刑罰所以刑一儆百，使民衆知所警戒，生君子檢刑之感，此卽刑罰之警戒性。

午、刑罰亦所以教化改善，使犯人知所悔悟，重爲社會之良民，此卽刑罰之感化性。

未、刑罰當較量各個犯人主觀之惡性如何，而爲各別之處置，此卽刑罰之各別性。

申、刑罰過嚴難免有枉法裁判之事，則「死者不可復生斷者不可復續」，故刑罰須盡量避免死刑，體刑，俾能回復原狀，以留救濟之途，此卽刑罰之回復性。

酉、刑罰當注意犯人謀生之能力，去其懶惰之惡習，養成勤勞之習慣，此卽刑罰之勞動性。

戌、刑罰設一定之等差，有易科之方法，使法官得以按照情狀，選科或易科其刑，此卽刑罰之選易性。

亥、刑罰非但有特別預防一般預防之功用，對於被害人方面亦與以精神上之撫慰，此卽刑罰之撫慰性。

合於上述原則卽爲善良的刑罰，否則卽爲惡法性。是謂刑罰之合理化。雖然，就承平時代之刑罰思想而言，固應守此原則，若在非常時期，爲反間除奸計，有時不得不破此原則，而採行較嚴厲之處罰者，則爲發揮民族至上，國家至上主義之精神，所不得已之舉也。要之，立法者爲抽象的刑事政策之實行者，司法者爲具體的刑事政策之實行者，所望者務當

善體立法者之意旨，以達刑期無刑之目的耳。

第三十二條 刑分爲主刑及從刑。

第三十三條 主刑之種類如左：

一、死刑

二、無期徒刑

三、有期徒刑 二年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減時得加至四個月

五、罰金 一元以上

第三十四條 從刑之種類如左：

一、褫奪公權

二、沒收

一、主刑從刑之意義 主刑爲得以獨立科處之刑罰，亦稱本刑，從刑附隨於主刑而科處，除有得專科從刑之特別規定外，原則上非先處以主刑，即不得科以從刑，故亦稱附加刑。罪刑法定主義原則之下，主刑從刑須以明文規定爲限。

二、主刑之種類

(一)死刑 死刑剝奪犯人生命法益，使與社會永遠隔離，亦曰生命刑，死刑存廢問題，在理

論上言，廢止之說固優於存留之說，而在事實言，則廢止之說，或言之過早，要當因時因地，視社會程序，文化程度之如何，以定其存廢之方針耳。本法雖存留死刑，但其適用範圍，已經縮少，除於未滿十八歲少年及八十歲以上老人設不許處死刑之規定外，其為唯一之死刑之罪，僅第二百二十三條犯強姦罪而故意殺被害人之罪，第三百三十三條第三項犯海盜罪因而致人於死之罪，第三百三十四條犯海盜罪而放火強姦擄入勒贖或故意殺人之罪，及第三百四十八條第一項犯擄人勒贖罪而故意殺被害人之罪，四種而已，其餘罪名規定為死刑或無期徒刑者十二種，死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者二種，死刑無期徒刑或七年以上有期徒刑者二種，皆為相對的死刑，可以選科，至特別刑法中規定為唯一的絕對的死刑者，不乏其例，此不過防衛社會一時權宜之計，未足以垂之久遠也。尤須注意者，立法上雖為唯一的絕對的死刑，司法上仍得依據刑法總則按其犯罪情狀酌量減輕，書云：「與其殺不辜甯失不經」，此則深有望於司刑事審判之責者，慎用死刑也（死刑存廢論於拙著新刑法原理中論述甚詳可資參考）。

(一)無期徒刑 無期徒刑，及拘留，均為剝奪犯人身體自由之刑罰，亦曰自由刑，無期徒刑雖係終身監禁，無異於死刑之與社會永世隔絕，然其情節如有可原或執行經過相當期間已知後悔者，則有赦免，假釋之法，不患無促其自新之途也。

(二)有期徒刑 有期徒刑為自由刑中徒刑之有期者，適用範圍較廣，居於最重要之地位，其

期間爲二月以上，十五年以下，分則編各章所定期徒刑之法定刑期，均不能超越此基本原则，惟犯罪有因身分或其他情狀而有加減時，則超過最高度以上或降至最低度以下，自亦有其必要，故特設但書「但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年」之規定，以資準據。

(四)拘役 拘役亦爲自由刑之一種，其期間爲一日以上，二月未滿，分則編拘役，刑期雖無最高與最低之規定，亦均不能超越此基本原则，但遇有加重時，得加至四個月，其僅言加不言減者，因自由刑以年月日爲單位，不以時計，若減至一日未滿，依第七十二條不算故也。拘役與自由刑，除在期間上顯有長短之差別外，法律上之效果亦異，如受有期徒刑之執行完畢，於五年以內，再犯有期徒刑之罪者，成立累犯，而曾受拘役之執行者，則不生累犯之問題。

(五)罰金 剝奪犯人之財產法益，屬於財產刑，其最低數額爲一元以上，而最高度則讓諸分則各條之規定。

### 三、從刑之種類

(一)褫奪公權 褫奪公權乃國家對於犯人剝奪其公法上之權利能力，亦即剝奪其一定資格之謂，故稱爲能力刑，或資格刑，褫奪公權雖係從刑，然其效果之重要，則不亞於主刑，因對於喪失尊嚴，濫權濫職之輩，與以此種制裁，有特殊之效用也。

(二)沒收 沒收爲財產刑之一種；一、所以補主刑之不足，二、所以弭再犯之危機，古有籍沒之例，沒收全部財產，有戾於刑止一身原則，故本法採用限定沒收制，原物消滅不能沒收，分則中有追徵其價額之規定，卽係沒收之代用辦法，若視爲行政處分則誤矣。

#### 四、刑罰之執行

(一)生命刑之執行 本法將死刑之執行規定於刑事訴訟法執行編內，如該法第四百六十六條「死刑應經司法行政最高官署令准於令到三日內執行之」，第四百六十六條「死刑於監獄內執行之」等規定是也。執行死刑之方法，代有不同，民國以還，死刑唯一用絞，刑事訴訟法草案本定爲「死刑用絞或電於監獄內執行之」，立法院會議討論該條之時有人主張仍用斬或槍斃者，結果議決死刑方法不必明定，許由司法行政部妥定辦法，旋於民國二十四年六月十八日由司法行政部通令全國法院監獄，略謂「對於死刑執行方法，業已決定仍用絞爲宜，至於絞法分爲機器與人工兩種，各監獄須一律使用機器，以期簡單迅速，至於處決時，就可能範圍內，先用麻醉方法，減輕其痛苦，」亦一仁政也。執行死刑時，依刑事訴訟法規定，應由檢察官蒞視，並命書記官在場制作筆錄。

(二)自由刑之執行 刑事訴訟法第四百七十條規定「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，但得依其情節，免服勞役，」此係執行自由刑重要之原則。自由刑問題，爲專門之學問，其實施有單行之監獄法，其研究有獨立之監獄學，

茲不多贅。

(三)財產刑之執行

(1)罰金之執行 罰金之執行，本應依檢察官之命令，但於裁判宣示後，如經受裁判人同意，而檢察官不在場者，則由推事當庭指揮執行（刑事訴訟法第四百七十四條第一項），以期便捷。

(2)沒收之執行 沒收及追徵之裁判，應由檢察官之命令執行之，罰金沒收及追徵均得概受刑人之遺產執行，沒收物由檢察官處分之（刑事訴訟法第四七四條第四七六條）。

(四)資格刑之執行 資格刑不過國家不許享有公法上一定之資格而已，其執行原無若何手續，惟對於現任公務員之褫奪公權，則須取消其公職耳。

第三十五條 主刑之重輕依第三十三條規定之次序定之。

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

除前二項規定外，刑之輕重，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。

一、本條規定之實益 刑罰重輕之標準若無明文規定，則適用時頗感不便，例如今法第二條，比較有利與否，當然包括刑之重輕在內，第五十五條規定之想象的競合犯與牽連犯從一重處

辯，刑事訴訟法第二百三十三條，被告犯數罪時，一罪已受或應受重刑之判決，他罪得為不起訴處分，第二百八十九條他罪已經起訴應受重刑之判決，得於他罪判決確定前停止本罪之審判，及第四百六十三條，以上主刑之執行，除罰金外，應先執行其重者等情形，均密羅定刑罰重輕之標準，以資依據，故本條之規定於實用上頗有實益。

二、主刑重輕之順序 刑之重輕，以法定刑尤以主刑為比較之對象，茲將本條規定分項略述如左：

第一項規定主刑單位重輕之比較，即將五種主刑，各為單位，而比較其重輕，「依次序定之者」，即依第三十三條規定，次序在前者為重，次序在後者為輕，可知以死刑為最重，罰金為最輕。

第二項規定之同種之刑重輕之比較，刑法分則所定之刑，除多數罪名，只有單一之刑外，餘均有最高度與最低度之限制，若係同種之刑，以最高度之較長或較長者為重，最高度相等者，以最低度之較長或較多者為重，較長係指徒刑期間之長短而言，較多係指罰金數額之多寡而言，拘役之最高度與最低度，均定於總則，無從依本項比較輕重，故本項「最長」一語，事實上專指徒刑而言，不包括拘役在內也。再總則規定罰金之最低度為一元，最高度則規定於分則，其最高度之多寡不相等，固以較多者為重，若最高度相等者，則應依本條第三項定其重輕，蓋事實上不能依最低度而定也。但特別刑法中，不無另定罰金之最高度與最低度

者，則本項之規定，仍可適用也。

第三項爲補充前二項之規定，因本法規定之刑，有專科選科併科之別，且有所定之刑完全相同者，前二項未能概括無遺，故別定「除前二項規定外，刑之重輕，參酌前二項標準定之。」舉例如次：（一）死刑與「死刑或無期徒刑」之比較，（二）無期徒刑與「無期徒刑或有期徒刑」之比較，（三）有期徒刑與「有期徒刑拘役或罰金」之比較，（四）拘役或罰金與「罰金」之比較，（五）主刑相同而一有併科罰金，一無併科罰金之比較等，均以前者爲重。此種情形，既非如第一項之各祇單一刑，亦非如第二項之各底同種刑，自須參酌前二項標準，分別酌用，以資比較，即可知其孰輕孰重，然此係就法定刑之參加錯雜者而言，若各刑之最高度與最低度完全相等或更有其他不能依前二項標準定其重輕者，則「依犯罪情節定之」，例如同一併科罰金，其爲必併科者之犯罪情節較得併科者爲重，猶易辨認，若係同處「死刑或無期徒刑」或同處「一年以上七年以下有期徒刑」之類，則須注意犯人個重犯何罪名以定其輕重，如目的行爲與方法行爲相較論其情節，自以目的行爲爲重是也。「情節」專指犯人所犯之罪而言，與他條所謂情狀或情節可憫恕者不同。

判解舉例

（一）刑法（舊）第二百二十四條及第三百六十三條（與本法第二百十條及第三百三十九條相當）其最重之刑均爲五年有期徒刑，但第三百六十三條之最輕主刑爲罰金，依同法第五十

一條規定應以第三百六十三條之刑爲輕（司法院院字第三一一二號解釋）。

(二)比較刑之重輕應先比其最高度（最高法院十七年解字第一九二號解釋）。

(三)偽造私文書與行使偽造文書罪有牽連關係，以情節而論，當以行使爲重（最高法院二十一年上字第四十六號解釋）。

(四)刑律（失效）第二十七條第二項所定以情節定輕重者，如兩種行爲中一爲目的的行爲，二爲方法或結果行爲，除有其他情形外，應以目的行爲爲重（前大理院九年上字第一一七六號判例）。

### 第三十六條 褫奪公權，褫奪左列資格。

一、爲公務員資格。

二、爲公職候選人之資格。

三、行使選舉罷免創制複決四權之資格。

### 第三十七條 宣告死刑或無期徒刑者，宣告褫奪公權終身。

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

褫奪公權於裁判時併宣告之。

依第一項宣告褫奪公權者，自裁判確定時發生效力，依第二項宣告褫奪公權者，

自主刑執行完畢或赦免之日起算。

一、褫奪公權之內容 褫奪公權以褫奪左列之資格爲限，蓋其人喪廉寡恥，藐視國法，自不應許其享有公法上一定之資格，且所以防其將來憑藉機會，再爲犯罪也。至若訴訟頭等公權，不在本條褫奪之列者，仍可照常享有，自無待論。

(一)爲公務員之資格，公務員首重品格，品格卑污，自不足以爲民表率，若係現任公務員，因犯罪褫奪公權者，當然免其現職，惟宣告緩刑者，除其他法令別有以受刑之宣告爲消極資格之限制外，歷經宣告褫奪公權，因其主刑既未至執行時期，則公權之褫奪，亦應暫緩。

(二)公職候選人之資格 政府機關或自治團體之公職候選人，須注意其才識德性，始能得真正之人才，犯罪人德性卑劣者，自應褫奪其公職候選人之資格。

(三)行使選舉罷免創制複決四權之資格 此卽人民之四種政權，依民權主義所昭示政權者，管理政府之治權者也，喪廉寡恥之輩，曷足以行使政權，故亦可褫奪。

舊刑法第五十六條所舉入軍籍之資格，爲官公立學校職員之資格，可包含於公務員意義之內，至律師資格之褫奪，則讓諸律師法中規定，故本法均刪（律師法已於三十年一月十日公布施行）。

二、褫奪公權之宣告 可分二種：

(一)絕對的宣告與終身的宣告 宣告死刑或無期徒刑者，宣告褫奪公權終身，此係強行主義而須絕對的且終身的宣告褫奪也，有謂宣告死刑生命既絕，無期徒刑囚繫終身，似無宣告褫奪公權終身之必要云云，殊不知刑法有假釋之規定，國家有赦免之特典，如宣告死刑而竟被赦免，或宣告無期徒刑而被赦免或假釋，而仍有未便令其享有公權者，則終身褫奪之預先宣告，即有其實益矣。如果在赦免或假釋後，認為其公權無庸終身褫奪，可由司法院院長提請政府准予明令復權。

(二)相對的宣告與有期的宣告 宣告六月以上有期徒刑，依犯罪之性質，認為有褫奪公權之必要者，宣告褫奪公權一年以上十年以下，此係職權主義而為相對的且有期的宣告。至應否宣告，當視犯罪之性質如何以為斷。若其寡廉鮮恥，悖逆倫常，或藐視法令，情節可惡，認為有褫奪公權之必要者，不問其為故意過失，倘其宣告刑為六月以上之有期徒刑者，即不妨予以褫奪，不然則否，有謂褫奪公權年限與主刑年限相等者。然就立法本旨而言，實無此必要也。

褫奪公權係從刑之一，應與主刑於裁判時一併宣告，不能事後為補充之裁判，且須將宣告褫奪公權之期間，一併記載於判決主文（刑訴法第三百零一條參照）。

三、褫奪公權發生效力之時期 宣告褫奪公權終身者，自裁判確定時發生效力，此與其他刑罰發生效力之時期相同，宣告褫奪公權一年以上十年以下者，自主刑執行完畢或赦免之日起

算，蓋褫奪公權者與有期徒刑之執行同時開始，其宣告褫奪公權之期間，難免有與宣告之有期徒刑相相等或較短之情形，倘於有期徒刑執行完畢之日，即許其享有公權，則褫奪公權之宣告，豈非成爲無益之舉，故別設第三十七條第四項之規定，以全其效用。

判決如左：

(一) 刑法第五十七條(舊)規定宣告死刑或無期徒刑者，其褫奪公權爲無期等語，而同法第五十六條雖列舉關於公權之各種資格，但其奪權，則無全部與一部之分，原判既依刑法奪權各條，宣告從刑，而又沿用刑律用語，褫奪某甲公權終身，褫奪某乙被選舉及入軍籍之資格十年，亦於法有未合(最高法院十九年非字第三號判例)。

(二) 查刑法(舊)第五十七條第五項規定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，本案被告某甲放火一罪，經原審適用刑法(舊)第一百八十七條第一項處以有期徒刑七年，按照上開規定，其褫奪公權，自不得超過十年之限制，乃原判決竟宣告褫奪公權十二年，顯屬違法(最高法院十九年非字第一五四號判例)。

(三) 查併合論罪案件，如數罪或其中之一罪，認爲須褫奪公權者，自應於判決主文中各該罪主刑下宣告之，方爲合法，否則於決定主刑執行刑期下，綴以褫奪公權，究竟此項褫奪公權，屬於何罪，殊不明瞭(最高法院二十二年非字第九十一號判例)。

(四) 褫奪公權應於主刑之下宣告，第二審判決，乃在定其主刑執行刑及裁判確定前羈押日數

折抵徒刑以後。究就何罪奪權，實欠明瞭（最高法院二十一年非字第七十五號判例）。

（五）查刑法（舊）第五十八條規定，宣告有期徒刑未滿六月者，不得褫奪公權，原判決宣告各罪之刑，既均未滿六月，雖執刑爲十月，亦應受前條規定之限制，不得褫奪公權（最高法院二十一年上字第一四五七號判例）。

（六）查刑法（舊）第五十一條第一項規定，宣告六月未滿有期徒刑拘役或罰金者，不得褫奪公權，故依大赦條例減爲有期徒刑四月者，應免于褫奪公權（最高法院二十二年非字第三十一號判例）。

（七）依大赦條例，主刑既減後，對於宣告之褫奪公權，固應酌核裁定，然原判決所定褫奪公權之期限，并不與刑法第五十七條及五十八條發生抵觸，或有裁量失當等情形，則法院僅減輕其主刑，仍維持原宣之褫奪公權，即不得認爲違法。其或審核之結果，認爲褫奪公權部分，無維持之必要，因亦另爲裁定，亦非法所不許，此與刑法上從刑不得加重減輕之例，並無違背（最高法院二十二年非字第四十七號裁定）。

（八）處無期徒刑者，終身監禁，於監獄似無褫奪公權之必要，然刑律（失效）總則有假釋與赦免之規定，其是否假釋或赦免，均在判決確定以後，審判官宣告判決時，自屬無從逆料。例如某甲犯罪處無期徒刑，判決時未宣告褫奪公權，以後若查其情節，主刑雖有特赦或減輕，而又未便令其進行享有公權，則辦理不能無窒礙，故審判官於判決時，若認爲應

褫奪公權者（本法對於宣告死刑無期徒刑者必褫奪公權），雖主刑係死刑或無期徒刑，亦應依律褫奪（前大理院統字第一三三三號解釋）。

（九）婦女犯罪褫奪公權者，特別規定亦應依法適用（前大理院統字第一二六九號解釋）。

（十）褫奪公權為從刑之一種，應於主文內宣告之（前大理院七年上字第八九〇號判例）。

第三十八條 左列之物沒收之。

一、違禁物。

二、供犯罪所用或供犯罪豫備之物。

三、因犯罪所得之物。

前項第一款之物，不問屬於犯人與否，沒收之。

第二項第二款第三款之物，以屬於犯人者為限，得沒收之，但有特別規定者，依其規定。

定。

一、沒收與物的關係

甲、沒收物之種類 沒收有全部沒收及限定沒收之分，本法則採限定沒收制，且以本條第一項所列舉之物為限。

（一）違禁物 卽法令禁止私自製造持有及販運等之物，如鴉片煙嗎啡及其代用品及私造私藏之爆裂物軍用槍礮等是。

(二) 供犯罪所用或供犯罪預備之物。前者爲實施犯罪時所用之物，與犯罪之關係甚切，如犯殺傷罪之槍彈，犯攜帶兇器竊盜罪之兇器是，後者爲准備實施犯罪之物，如預備犯強盜罪時所備之兇器，預備犯放火罪所備之引火物是。供犯罪預備之物非違禁物可比，不得單獨宣告沒收，故須成立既遂犯或犯本法分則特定處罰之未遂犯及預備犯者，始得沒收。其預備之物，有謂准備供犯罪之用，實施時並未使用者，不能謂爲供犯罪預備之物，其說似不足採。例如某甲欲殺某乙，身藏短斧手槍各一件，其意以爲遇乙時，若距離較遠，則以手槍對付，距離若甚近，則以短斧劈乙，結果乙被甲以手槍射擊而死，其所備之短斧，雖未使用，終亦不能不謂爲供犯罪預備之物而得予以沒收也。

(三) 因犯罪所得之物。即因犯罪所取得之物，包括由犯罪所生之物在內，惟沒收所得之物，以與犯罪有直接因果者爲限，如犯盜贓罪所受之賄賂，犯賭博罪所得之財物，均得予以沒收，蓋使其不能以犯罪爲自利也。

#### 判解眾例

(1) (新例) 丑某幫助開設花會之子某，向各處收集所押花會單及賭資，雖係幫助他人爲賭博之行爲，但花會單及賭資係由各處收集而得，中途搜獲，尙未達賭博既遂之程度，依法不得沒收(司法院二十五年院字第一四〇一號解釋)。

(2) (新例) 甲被訴偽造印章，既經訊明，係未經起訴之乙所爲，應予宣告無罪。該項偽造

之印章，並非違禁物，自不得宣告沒收，至刑法上得單獨宣告沒收之物，依同法第四條但書之規定，係以違禁物為限，關於分別所設，不問屬於犯人與否沒收之規定，其沒收之物，並非均係違禁物，如被告並不成立犯罪時，該物應否單獨宣告沒收，仍應視其是否屬於違禁物為斷，不能因分別有沒收之規定，概行沒收（司法院三十年院字第二一六九號解釋）。

(3) (新例) 刑法上所謂因犯罪所得之物，係指因犯罪直接取得者而言，變賣盜贓所得之價金，並非因犯罪直接取得之物，至同法第五四九條第三項所謂因贓物變得之財物，以贓物論，乃屬贓物罪所設之特別規定。懲治貪污暫行條例第六條第二項既稱贓物無法追繳，或不能沒收時，追徵其價額，則贓物變得之價金，自亦不包括於同條第一項贓物之內。盜賣軍用品或公有財物所得之價金自不得予以沒收（司法院院字第二一四〇號解釋）。

(4) 鹽船夾帶煙土，其船非專供販土之用，依法不得沒收（司法院院字第一四一號解釋）。

(5) 上訴人和誘某甲時，給其穿用之小褂圍巾女帽小棉襪女鞋等物，於犯罪究無直接關係，一二兩審均認為供犯罪所用之物，予以沒收，尤屬錯誤（最高法院十八年上字第一三七九號判例）。

(6) 查船隻並非專供販運私鹽之用，原判決於沒收私鹽之外，並將船隻沒收，殊屬不當（最高法院十八年上字第一四二七號判例）。

(7) 沒收供犯罪所用之物，應以直接使用者為限，已獲之鴉片代用品，固應依禁煙法第十四條之特別規定，沒收焚燬，乃第一審判決將上訴人所著縫衣裝置紅丸口袋之布襪及裝置盛盛紅丸之熱水壺兩傘麻袋併予沒收，原審未經糾正，均不得謂非違誤（最高法院十九年上字第一九〇八號判例）。

(8) 因殺人染有血迹之衣服，顯與刑法（舊）第二款所載犯罪所用及犯罪預備之物不同，原判決竟依上訴條款將血衣一件併予宣告沒收，亦不得謂非違誤（最高法院二十年非字第四十二號判例）。

(9) 供犯罪所用之物，必須供實施犯罪之用，始在應行沒收之列，被告於搶劫後，以所僱小船裝載潛逃，該船既與實施犯罪無關，自不得沒收（最高法院二十一年上字第二五四號判例）。

(10) 故買因詐欺所得之物，自係贓物，價銀應沒收（前大理院統字第五七二號解釋）。

(11) 查凡將烟土運往他處出售，其運送即屬犯罪行為，如果當時所用車馬，又係專供運送烟土所用之物，自應依律沒收（前大理院統字第一七一七號解釋）。

(12) 沒收之物應以法定條件為標準，本案第一審判決，對於強盜一罪，既認為不能成立，則沒收之物，除槍彈烟具外，其皮襖各物，當然不在沒收之列，如謂係他項犯罪所得之物，然查閱兩審判決均屬毫無根據，原判決沒收皮襖各物，與刑律規定不合（前大理院四年上

字第二十四號判例)。

(13) 本案被告所得地畝，先由所有者當給被告營業後，因賭博破負，遂加價比賣，以償破負，是此項地畝，不得謂因犯罪直接所得之物，原審竟行沒收，實屬違法(前大理院五年非字第七號判例)。

(14) 竊大輪以販賣油酒爲名，逼遊村堡，乘間竊取財物，車馬油糞等物，於實施竊盜行爲既無直接關係，又不能證明其物是否爲行竊所得，則自未便沒收(前大理院五年非字第四八號判例)。

(15) 賭博虛發後，經檢者立給之借據一紙，爲因犯罪所得之物(前大理院六年上字第七一四號判例)。

乙、沒收與原物之變質。沒收各物，均指原物而言，若其原物已有改變，除(1)這禁物如仍在這禁之列，例如以炸藥製成炸彈，即仍爲這禁物外，(2)供犯罪所用及供犯罪預備之物，一經變其原質，例如改作他物即非供犯罪所用及供犯罪預備之物，(3)因犯罪所得之物，原質如有改變，例如變換金錢，亦即失其直接關係，而不能沒收，但分別別有關於追徵價額之規定(第一百二十一條第二項第一百二十二條第四項第一百三十一條第二項第一百四十一條第二項)，除各該條外，凡不能沒收者，不得援以追徵價額，即不得宣告沒收也。實例如左：

(1) 上訴人所有之紙幣一元，雙毫二枚，即某甲所有之紙幣二十八元，原判決既認爲係變賣贓物之值銀，自不得認爲因犯罪所得之物，乃竟沒收，殊屬違法（最高法院十八年上字第 一一〇二號判例）。

(2) 查刑律（失效）第四十八條第三款應行沒收之物，除有特別規定外，依以犯罪所得之原物並經收獲者爲限，本案被告販賣鴉片烟，雖經得有銀兩，關於販賣鴉片烟罪，既無追繳價額明文，原審僅就賬簿記載，計算其所得價額之總數，未將原銀搜獲，漫予沒收，殊屬違法（前大理院七年非字第一二七號判例）。

丙、沒收與主物從物 供犯罪所用者爲主物，其從物是否可以沒收，學說不一，惟從物係附隨於主物，主物既可沒收，其從物應併及之，如沒收殺人之手槍，其槍殼亦可沒收者是。

丁、沒收物指動產乎抑兼指不動產物乎 本條沒收之物，歷來判例，力求沒收範圍之縮小，除特別法令明定不動產亦得沒收外（例如前憲治罪匪條例第五條沒收供綁匪機關用之房屋是），以動產爲限，其說未免拘泥，蓋本條既準稱曰物，就文理解釋上言，殊難謂不動產不在其內，例如公務員所收之賄賂，不以金珠寶玉爲限，即良田美屋，亦可認爲因犯罪所得之物，而沒收之，其沒收之物不必均須有經濟上之價值，例如以磚石擊人，其磚石亦不妨沒收也。判例如左：

(1) 刑法所定沒收之物，除他項法令有特別規定外，仍應以動產爲限（司法院院字第五七四號解釋）。

(2) 供犯罪所用之物，以動產爲限，房屋當然不能沒收（前大理院統字第二五號解釋）。

(3) 供犯罪所用之物，本以動產爲限，裁種罌粟之土地不得沒收（前大理院統字第一一四八號解釋）。

(4) 刑律可得沒收之物，以動產爲限（前大理院五年非字第七號判例）。

戊、沒收物與扣押之關係 沒收之物，是否以已經扣押者爲限，判例由槓極說改採消極說，蓋刑事訴訟法第一百三十三條對於得沒收之物，並未限以必扣押，而規定爲「可爲證據或得沒收之物得扣押之」，則不扣押之物仍不失爲「得沒收之物」，孰得而再限制之，且應否沒收，並不限於扣押之後，始得審究，除違禁物及爲免刑之判決時，得專科沒收外，餘如供犯罪所用及預備之物，因犯罪所得之物，均須於裁判時一併宣告（參照第三十九條第四十條），若以未經扣押認爲無權處分，而不予以沒收，則事後發現有沒收之必要者，勢將無法救濟，消極說之理由在此。舊例變遷如左：

(1) 沒收之物以已扣押者爲限，其未經扣押者，除有追繳明文之外，不得概行沒收，本案佔占之烟土，縱令屬實，但既未經搜獲，原審判令追繳歸公，亦屬無據（最高法院十九年上字第四六七號判例）。

(2)沒收之物，雖不以已經扣押者爲限，但所沒收之物，須於犯罪事實中有具體的認定，方爲合法（最高法院二十一年上字第八二〇號判例）。

已、牽連犯所用之物與沒收之關係。犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名者，其所牽連行爲，均係犯罪行爲，刑法上雖從一重處斷，然其輕罪所用之物，仍係供犯罪所用之物，自可予以沒收。

## 二、沒收與人的關係

沒收在各國立法例上，有列於保安處分者，本法則仍認爲從刑，惟關於沒收之物，有強行沒收主義與職權沒收主義之分耳。

甲、違禁物。既曰違禁，根本上即須嚴厲取締，故「不問屬於犯人與否？沒收之」，即必應沒收，以免貽害於社會，且不問該違禁物是否負擔其他物權，概行沒收，其爲強行沒收主義無疑。

乙、供犯罪所用之物供犯罪預備之物或因犯罪所得之物。「以屬於犯人者爲限，得沒收之」，其曰「得沒收之」，即採職權沒收主義也。刑止一身，爲刑罰之原則，而沒收又有財產刑之觀念，故以屬於犯人者爲限，始得沒收，若別有權利人者，則不能因一人犯罪，而剝奪第三人之財產法益也。如強盜劫取之贓物，雖係因犯罪所得之物，因係被害人所有之物，須歸還原主，不得沒收，否則即侵害第三人之權利矣。但其物如係違禁物仍可不受屬於他

人與否，而應予以沒收也。判解如左：

(1) 案內婚書，雖係甲等供犯罪所用之物，但該婚書係某乙所有，依刑法(舊)第六十二條第一項規定，仍不應予以沒收(最高法院十八年上字第八一八號判例)。

(2) 刑法關於沒收之規定，除違禁物必須沒收外，其餘均採取得科主義，是法院對於供犯罪所用之物沒收與否，本可自由裁量(最高法院十九年上字第一六五一號判例)。

(3) 刑法(舊)第六十條第三款所載因犯罪所得之物，按照第六十二條第一項規定，以屬於犯人者為限，始得沒收，則第三人對於該物在法律上得主張權利者，自不在得為沒收之列(最高法院二十一年上字第五八九號判例)。

(4) 查刑法(舊)第六十二條第一項規定第六十條第二款第三款之物以屬於犯人者為限得沒收之，是因犯罪所得之物，如不應屬於犯人，則不能沒收，法意至為明顯。本件上訴人因恐嚇所得之一千八百四十串文，在被害人尙可依法請求返還其所有權，仍屬被害人，即不能以屬於犯人者論，原審予以沒收，不得謂非違法(最高法院二十二年上字第一五四五號判例)。

(5) 查匪徒所寄之勒索信五件，雖係供犯罪所用，但已寄交事主，業歸事主所有，並非屬於犯人，自不在得沒收之列(最高法院二十二年上字第四十七號判例)。

(6) 因犯罪所得之物，固得沒收，但以屬於犯人者為限，如該詐取之銀元，雖係該被告因犯

罪所得，但被害人得適用民訴程序，向被告請求返還，是其所有權仍屬於被害人，而不屬於被告，尙以上開說明，該被告因詐欺取得之銀元，無從已否消失，均不得予以沒收（最高法院二十三年非字第五十七號判例）。

(7) 查刑法（舊）第六十條第二款所列沒收之物，以屬於犯人所有者為限，為同法第六十二條第一項所明定，本條上訴人所變造之糧票，並非上訴人所有，依法只應將其變造之部分沒收，原籍乃沒收其全部，顯屬違誤（最高法院二十三年上字第一四一號判例）。

(8) 假作媒介，騙取身價銀兩，在被告一方，固為因犯罪所得之物，而在被騙者一方，仍係被詐之贓，既經被告人為私訴之請求，自應追還給款，不得沒收（勸大理院四年非字第三十一號判例）。

(9) 被告身為巡長，所侵占者既係公務上之管有物，則該物之所有權者，並非被告，乃原判竟置刑律第四十九條於不問，濫予沒收，殊屬錯誤（前大理院七年上字第三四〇號判例）。

(10) 上告人買良為娼時，所得之賣絕字，及擔保字各一紙，係該上告人因犯罪所得之物，以外更無權利者在，應予沒收（前大理院八年上字第一三八號判例）。

(11) 鈎刀一把，由上告人等持去行盜，固係供犯罪所用之物，惟該刀係某人家所有，即不能不受刑律第四十九條之限制，原判乃依第四十八條第二款沒收，亦屬違法（前大理院十年

上字第六二六號判例)。

丙、本條第三項之但書。本條第三項之物，「以屬於犯人者爲限，得沒收之，」此不過原則爲然，分則中更有設特別規定者，如第二百零五條第二百零九條第二百零九條第二百零九條第二百零九條及第二百零六條第二百零六條第二百零六條等所列之物，或係供犯罪所用，或預備之物，或係因犯罪所得之物，因各該物之危險性較大，特仿違禁物之例，均定爲不問屬於犯人與否，必予沒收，此種特別規定，有優先適用之效力，故本條第三項有但書之規定。判例如左：

(1) 刑法(舊)第六條第二款供犯罪所用及犯罪預備之物，依第六十二條第一項後段規定，係以屬於犯人者爲限，得予沒收。本案某洋行既取得偽票，卽有權利存在，本非屬於犯人所有之物，雖原審認爲係偽造之有價證券，按照刑法第二百零三條，不問屬於犯人與否，均在沒收之列，究無適用第六十條第二款之餘地，乃原審不引第二百零三條之規定，竟援用第六十條第二款宣告沒收，自屬未合(最高法院十九年上字第一〇四七號判例)。

(2) 烟槍等物，應行沒收，在禁烟法第十四條既有特別規定，自無適用刑法之餘地，第一審竟引刑法(舊)第六十條諭知沒收，原審亦未糾正，自屬不合(最高法院十九年上字第一九四二號判例)。

(3) 禁烟法乃刑法(舊)第十九章之特別法，該法第二條復載明本法所未規定者，始依刑法之規定，其第十四條既有凡查獲之鴉片，及其代用品，或專供製造或吸食鴉片之器具，不問屬於犯人與否，均沒收焚燬之明文，是本案查獲之鴉片烟膏，及供吸食鴉片器具，均應依禁烟法第四十四條宣告沒收焚燬，即無適用刑法第六十條一二兩款之餘地(最高法院十九年非字第二二二號判例)。

(4) 刑法(舊)第二百十六條載偽造變造之銀行券，不問屬於犯人與否沒收之，為對於同法第六十條之特別規定，自有優先適用之效力(最高法院二十年上字第五十三號判例)。

(5) 偽造之銀行券，不問屬於犯人與否，均應沒收，刑法(舊)第二百十六條，已有特別規定，乃原審置上開法條於不顧，仍與同法第六十條第二款為其沒收之根據，自有未合(最高法院二十年上字第一二九六號判例)。

丁、沒收物與供犯之關係 本法第三項之物，固以屬於犯人者為限，始得沒收，但其物是否必係屬於現受裁判之犯人，始得為沒收之宣告，抑雖屬於參與該罪之其他共犯，亦得為沒收之宣告乎，舊例由前說改採後說。

(一) 刑律(失效)第四十九條，所謂犯人，係指到案之人而言，若到案之人，所指共同犯罪之人，其人既未到案受審，則是否確曾犯罪，即在不能預定之列，不可概指為本條所稱犯人，故獲案之物，如確屬於案外之人，則沒收時即應受該條之限制(前大理院九年上字第

## 八四五號判例。

(2) 煙販紙一捲，原判認係本案供犯罪所用之物，正犯某甲雖未緝獲到案，而上訴人既以共犯論科，此項證物，即應依法沒收（最高法院二十年上字第九二五號判例）。

第三十九條 免除其刑者仍得專科沒收。

第四十條 沒收於裁判時併宣告之，但違禁物得單獨宣告沒收。

一、專科沒收之特例 沒收為從刑，原則上若無主刑之宣告，本不得專科沒收，然裁判時，根據刑法「免除其刑」之規定（如第十六條第二十三條但書第二十四條但書第二十六條但書第二十七條第六十一條第一百零二條第一百二十二條第三項第一百六十六條第一百六十七條第一百七十二條第二百七十五條第三項第二百一十八條第二項第三百二十四條第一項第三百五十一條等），而為免刑之判決者，縱使主刑免除，然為消滅犯人有所憑藉，免生再犯危機起見，仍有專科沒收之必要，故第三十九條特設「免除其刑者仍得專科沒收」之例外，免除其刑，指裁判上之免刑而言，所得專科之沒收，包括一切沒收，特別規定之沒收亦屬之，法律上免除其刑，本不限於主刑，因有本條規定，免刑之效力，即不及於沒收，但有無專科沒收之必要，一任審判官之自由裁量，本條規定為得科，即此意也。

二、沒收之宣告 沒收為從刑之一，故應與主刑於裁判時併宣告之，不許事後為補充判決，此與褫奪公權相同，併科沒收者，依刑事訴訟法第三百零一條第一款之規定，應記載於裁判主

文，爲求執行便利起見，並宜將沒收物之名稱數目，一併列舉，惟違禁物危險性較大，不同犯罪是否成立，亦不同會否裁判，得單獨宣告沒收，此係例外。違禁物已送審判者，固應於判決內宣告沒收。若本案未經起訴，或不起訴，或於宣告後發見違禁物者，則應由檢察官聲請法院以裁定單獨宣告沒收。

判解如左：

(1) (新例) 刑法第四十條但書之規定，係以違禁物爲限，關於分則所設，不問屬原犯人與否沒收之規定，其沒收之物，並非均係違禁物，如被告並不成立犯罪時，該物應否沒收，仍應觀其是否屬於違禁物爲斷，不能因分則有沒收之規定，概行沒收，院字第六十七號解釋，應予變更(司法院三十年院字第二一六九號解釋)。

(2) 刑法(舊)第六十一條規定，得專科沒收之物，及第二百三十七條所載，不問屬於犯人與否，應沒收之物，已送審判者，應於判決內併予宣告，若案未起訴，則應由檢察官聲請法院以裁定沒收之(司法院院字第六十七號解釋)。

(3) 查沒收係從刑之一種，與主刑有從屬關係，主刑撤銷，從刑即不能獨立存在，原審既以第一審判決罪刑部分爲不當，撤銷改判，而於從刑沒收部分，仍予維持，亦有未合(最高法院二十二年上字第一三九號判例)。

(4) 查刑法(舊)第六十一條規定得專科沒收之物，已送審判者，無論被告成罪與否，均應

於判決內爲沒收之宣告，如未宣告，則由檢察官聲請法院，以裁定沒收之（最高法院二十年院字第一七一號裁定）。

第四十一條 犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之罪，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、換刑處分之種類 本法鑒於事實上需要，根據刑事政策，對於受一定之刑之宣告者，特設換刑處分三種，一卽本條之易科罰金，二爲第四十二條之易服勞役，三爲第四十三條之易以訓練，其審認之權，均屬法院，故易科罰金及易服勞役折算之標準，及諭知易以訓練者，均應記載於裁判書主文內（刑訴法第三〇一條第二款至第四款）。

二、易科罰金之歷史的法理的根據 尙書舜典有「金作贖刑」之制，唐明清律，除特定重大犯罪外，亦許以財帛贖罪，此卽換刑處分之濫觴。民國初年，暫行新刑律，雖廢贖刑之制，惟鑒於事實上之需要，對於因短期自由刑之執行，顯有窒礙者，設易科罰金之規定，此係根據刑事政策之要求，與古代贖刑之義，不盡相同，蓋短期自由刑，害少利少，俟實驗結果，發見流弊數端：（一）刑期過短，不能收懲戒感化之效，（二）偶發犯罪，易陷於自暴自棄之途，（三）犯人入獄，容易沾染犯罪之惡習，（四）無益有害，徒增國庫莫大之損失。其採易科罰金之制，法理上自有相當之理由，舊刑法以易科罰金，有失科刑本旨，遂將此制取

消，因之受短期自由刑之宣告者，不問其有何困難，概須送監執行，固屬擁塞，疫病蔓延，國庫增巨大之負擔，犯人有離散之隱痛，法界人士，乃有倡恢復監刑之議者，然易科罰金，若一仍暫行刑律第四十四條之舊（受五等有期徒刑或拘役之宣告者，其執行若實有窒礙，得以一元折算一日易以罰金），其範圍未免過寬，將使富有者自恃多金，敢於假伴嘗試，貧窮者無力籌措，仍受拘禁之苦，故本法於嚴格條件之下，恢復此制，以應需要，而防流弊。

三、易科罰金之條件 本條易科罰金，法官有自由採用之權，應否易科，必須審查左列各要件：

(一)犯最重本刑為三年以下有期徒刑以下之刑之罪 「本刑」即刑法分則各罪之法定刑，必其最重本刑在三年以下有期徒刑以下之刑，始有本條之適用，若最重本刑本為罰金，則再無易科罰金之理，至短期自由刑外，併定以罰金為選擇刑者，雖亦得適用本條，惟在事實審判官量刑之際，原可選予宣告罰金，無庸宣告自由刑，再予易科罰金，徒多周折也。

(二)受六月以下有期徒刑或拘役之宣告 此係宣告之刑，宣告之刑為拘役，固無問題，而所宣告之有期徒刑，其最高限度以六月者，係就所諭知應執行之刑之總數而言，無論所犯者祇一罪，而科以單一之刑，或為數罪，予分別宣告罪刑，而定其應執行之刑，均須在六月以下，始得易科，若數罪併罰，所定之執行刑超過六月者，根本上不得易科，更不得專科其中一罪之刑，易科罰金，實用時當注意也。

(三) 因身體教育職業或家庭之關係，執行顯有困難，執行顯有困難，為本案之關鍵，究竟執行有無困難，先須審查其身體教育職業或家庭之關係，關於身體者，例如體弱不支，若執行科自由刑，則生命難保，關於教育者，例如學校即將畢業，因執行必至礙其學業，關於職業者，例如充任工業技師，一經執行自由刑，則替人難覓，而工業機關，亦將受其影響，關於家庭者，如一家老少，均賴犯人為活，如受刑之執行，則合家之生計垂絕，以上各例，均不失為顯有困難之情形，有無易科罰金必要，審判中由審判長，執行中由檢察官，斟酌情形以定，非被告所可強也。

四、易科罰金折算之標準 六月以下有期徒刑或拘役，均以日期計，而罰金則以數額計，以日期易數額非有折算之法不可，本法則定為「得以上三元以下折算一日，易科罰金」。在此限度以內，亦由審判長酌犯人之資力，及其生產能力以定，否則貧困者，以三元折算一日，富有者反以一元折算一日，則去立法之本旨遠矣。易科罰金之折算標準，依刑事訴訟法第三百零一條第三款，既須記載於判決書主文內，則易科罰金之諭知，自必於判決時一併宣告，惟判決時未經諭知易科罰金而執行，顯有困難情形發生，在判決後執行中者，亦事所恆有，故解釋上許由檢察官或受刑人於事後聲請法院裁定，易科罰金，以資救濟，既經易科罰金，則其執行即與罰金之執行相同。判解如左：

(一) (新例) 查刑法第四十一條之易科罰金，如判決主文內漏未記載，而因被告身體教育職

業或家庭等關係，執行原有困難時，被告及檢察官均有聲請權（司法院院字第一三五六號解釋）。

(2) (新例) 刑法第四十一條之易科罰金，法院紙須依刑事訴訟法第三百零一條第二款於判決主文內證知其折算標準，無庸就執行有無困難預為認定（司法院院字第一三八七號解釋）。

(3) 累犯罪之刑與前判之刑應併執行，惟前判既係無期徒刑，則後判之刑自不合刑律（失效）第四十四條易科罰金條件（前大理院統字第九八五號解釋）。

(4) 徒刑拘役易科罰金之規定，係指執行確有窒礙者而言，若僅係年老染病，則不得為易刑之理由，若現時拘禁制度及處所之不備，難以執行時，該指揮官刑之檢察官，自可根據拘禁行刑之原理原則，以他法救濟（前大理院二年呈字第三號裁決）。

(5) 查易科罰金之規定，係以易科與否，請請審判官之裁量，初非執行實有窒礙，遂必須易科，若易科原因，並未存在，更無換刑處分之餘地（前大理院六年抗字第二六號裁決）。

(6) 查刑律（失效）第四十四條規定之易科辦法，以執行實有窒礙為一要件，所稱窒礙，應從嚴格解釋，除因執行國家或社會必受重大損害，現無他法足資救濟者外，均不應許可，本案檢察官原請之意旨，略稱抗告人商業上有經手未完事件，受執行時，不免有所波及等語，無論茶幫牙人，除抗告人外，尚有多人，且抗告人於判決確定後，又經取保在外

多日，卽有經手未完事件，亦不難陸續清結，實際毫無窒礙可言，就令原請求意旨所稱屬實，亦與上列條文規定之事實情形，全然不合，原審駁回檢察官之請求，尙無不當（前大理院十年抗字第十一號判決）。

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

易服勞役以一元以上二元以下折算一日，但勞役期限，不得逾六個月。

罰金總額折算逾六個月之日數者，以罰金總額與六個月之日數比例折算。

科罰金之裁判，應依前二項之規定，載明折算一日之額數。

易服勞役不滿一日之零數不算。

易服勞役期罰罰金者，以所納之數依裁判所定之標準折算，扣除勞役之日期。

一、易服勞役制度之變遷 易服勞役之制，由舊律「罰金易科監禁」蜕化而來，易科監禁，係對於無資力者不能繳納罰金時所用不得已之辦法，但以短期自由刑代替罰金，輕重倒置，弊害滋多，故各國立法例，乃有採用「以工易罰」或「分期繳納」方法，以求罰金執行之便利者。本法改「易科監禁」爲「易服勞役」，亦卽「以工易罰」之意。

二、罰金易服勞役之過程 依本條第一項規定，受罰金之宣告者，應於裁判確定後兩個月內完納，罰金之裁判，除經受裁判人同意，而檢察官不在場者，得由推事官庭指揮執行外，應依

檢察官之命令執行之，即在裁判確定後，兩個月之法定期內，檢察官可命受裁判人如期完納，期限以內，縱有遲延繳納情事，亦不得強制繳納，必期滿而不完納，始許改制執行，強制執行命令，與民事執行名義有同一之效力，且得就受刑人之遺產執行，故其執行方法，準用執行民事裁判之規定（刑事訴訟法第四百七十四條第四百七十五條參照），經強制執行而無力完納者，始許易服勞役，因裁判時與執行時犯人資力，容有變更，其確屬無力完納者，自須有換刑處分，以濟其窮也。所謂「不完納」及「無力完納」，不限於金額之全部，即金額之一部，亦包括在內，至易服勞役，必先經強制執行程序之理由何在，則以本法所定罰金之最高度，由數百元至一萬元不等，且可因犯罪所得利益之多，竟得加至不能預知之數者，而本條易服勞役，僅以六個月為限，深恐受刑人寧願犧牲短期之自由，而顯惜其巨額之財產，各不完納，是與罰金刑在於懲儆貪利之目的，豈非相背，此所以必先經強制執行程序，且確無完納能力者，始許易服勞役也。院解如左：

(一)罰金強制執行之程序，應依刑事訴訟法第四百九十二條（悉）準用執行民事裁判之規定辦理（司法院院字第十四號解釋）。

(二)罰金於完納期內，應經強制執行無效之後，方得執行易科監禁（舊），至強制執行之程序準用執行民事裁判之程序，至於父子並未分產，子被判處罰金，不得執行父之財產，反之父子業已分產，父被判處罰金，亦不得對子之財產為強制執行（司法院院字第六五八號

解釋)。

(三)關於罰金之強制執行，其程序雖可準用民事裁判之規定，但檢察官對於民事執行處，應屬託爲之，並無指揮命令之權(司法院院字第七七六號解釋)。

### 三、罰金易服勞役折算之方法

甲、易服勞役以一元以上三元以下折算一日 此條第二項所規定，折算之標準，在一元至三元限度以內，由法官審酌犯人之資力，以定折算一日之額數。

乙、易服勞役期限不得逾六個月 此係第二項但書所規定，暫行律易科監禁之期限，最長期達三年，舊刑法改爲一年，本法仍嫌過長，改爲二個月，良以罰金易服勞役，厚辱不得已之辦法，若其期間漫無限制，則宣告罰金數額較多者，卽以三元折算一日，爲期亦可達於數年之久，較之短期自由刑之拘役期間，且將倍蓰不止，輕重倒置，莫過於此，故斟酌各國立法例，限制爲不得逾六個月，以減少受刑人長期勞役之苦。

丙、罰金總額折算逾六個月之日數者，以罰金總額與六個月之日數比例折算 勞役之期限有定，罰金之總數無定，罰金總額折算勞役日數，雖難免有超過六個月之期限者，若必拘於一元至三元之數，折算一日，則辦法有時而窮，故第三項特設例外，准以罰金總額與六個月之日數比例折算，例如罰金總額爲九百元，無論以一元或至三元折算一日，均已超過六個月之限制，依第三項規定，以九百元與六個月之日數，比例折算，可知爲每五元易服勞

役一日。

丁、科罰金之裁判，應依前二項之規定，載明折算一日之額數。刑事訴訟法第三〇一條第三款規定，諭知罰金者，如易服勞役，其折算之標準，應記載於裁判書主文之內，而本條第四項又規定，應依前二項規定，載明折算二月之額數，則無論為一元至三元折算一日，或以罰金總額與六個月之日數比例折算，均須載明於主文，以免日後執行時，聲請補充裁判之煩，惟依第二項折算時，其所謂「不得逾六個月」，若為犯一罪之罰金，裁判固無問題，倘係數罪併罰，分別宣告罰金以後，另定執行之罰金總額時，應解為折算勞役之總期間，不得逾六個月，不可誤為數罪中，每個罪之罰金，易服勞役，不得逾六個月，否則每個罰易服勞役，合計之期間，必超過六個月之期限，轉失限制勞役期間之本意。再本條折算標準，以一日為單位，而「不得逾六個月」云云，不可謂一日一日之積，不得超過六個月，是則六個月之計算，既非連續計算，即非可視曆為轉移，而當釋為每積三十日為一月（民法第一二二三條參照），共積一百八十日為逾六個月。

依第四項規定，罰金易服勞役，裁判上應載明折算一日之額數，如不超過六個月，則只須載明以一元二元或三元折算一日，如折算標準超過六個月，則主文內須載明，以其罰金總額與六個月之日數，比例折算（例如某案處罰金一千元，如易服勞役，其折算一日之額數以一千元與六個月比例定之）。

戊、易服勞役不滿一日之零數不算。易服勞役折算標準，既不一致，則折算一日結果，不免殘餘零數之存在，若一概計算，過於瑣碎，故第五項規定，為不滿一日之零數不算，即不得更折算為若干小時，使照勞役也。

己、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，罰金易服勞役，以強制執行後一部或全部，確屬無力完納為前提條件，故裁判時，無庸將罰金總額，全予折算勞役日期，只須載明折算一日之類數，以示折算之標準，易服勞役者，經指揮執行之檢察官，按照裁判所定標準，折算勞役日期，予以命令後（刑事訴訟法第四百八十三條），在命令易服勞役期內，又納罰金者，斷無不許之理。蓋易服勞役，原係補救之法，既可執行罰金，總宜仍予執行之也，惟此時所易服之勞役，已經執行若干日期，其殘餘日期，與罰金之數，究應如何扣算，仍須確定其標準，故本條第六項規定為「以所納之數，依裁判所定之標準折算扣除勞役之日期」，如殘餘日期，適與所納罰金數相抵，即認為執行完畢，例如科罰金五百元，以三元折算一日，易服勞役一百六十六日，執行勞役一百日後，繳納罰金一百元，則當仍依裁判所定標準以三元折算一日，扣除勞役三十三日，其殘餘日數，猶有三十三日，仍須執行勞役，其零數一元，折算勞役不滿一日自不可不計。

四、易服勞役之執行 本條易服勞役，與前條易科罰金不同，易科罰金如仍不能執行，當然執

行原裁判所定之自由刑，易服勞役，則由於所科之罰金，無力完納，致不能執行而後易服勞役，且無論為專科罰金，或與徒刑拘役選科或併科罰金，其罰金不能執行者，均得易服勞役。舊法罰金換刑處分，稱易科監禁，本法改稱易服勞役，旨在注重勞作，不使其喪失自由，故應與處徒刑或拘役之人犯，分別執行（刑事訴訟法第四百八十四條），使與自由刑不相混淆。

#### 判解舉例

(一) (新例) 罰金易服勞役之人犯，在服役期內保外，其殘餘日數，如存有該人犯所繳保證金，可供執行，自得扣抵罰金（司法院二十八年院字第一九四五號解釋）。

(二) (新例) 所得稅暫行條例第十九條之罰金徒刑拘役，及第二十條後段各款之罰金，乃刑罰之性質，應由法院刑庭以判決之方式裁判之，對於此項裁判，自可依通常程序上訴確定後，應由檢察官執行。又此項徒刑拘役罰金，依刑法第十一條自得適用同法第四十條第四十二條各規定，其罰金易服勞役之期間，並應受第四十二條第二項六個月之限制（司法院三十年院字第二一五九號解釋）。

(三) 科處罰金之判決，未定科監禁之期間，如不能執行罰金時，應由檢察官聲請同級法院，依照刑法（舊）第五十三條第三項前半之規定裁定之（司法院院字第八十號解釋）。

(四) 受徒刑人併科罰金，如無力完納，且科監禁，原與執行徒刑有別，而假釋監犯，祇須受

徒刑之執行，又爲刑法（舊）第九十三條所明定，經受徒刑人因不能繳納罰金，同時折易監禁，並定有與徒刑併執行之期間，應認爲執行徒刑，在先倘經過徒刑法定期間後悔有違自准准予假釋，惟假釋後，對於殘餘之監禁日期，不能繳納罰金，仍得繼續易以監禁（司法院院字第一二八一號解釋）。

（五）按易科監禁，爲未完納罰金之處分，其性質與自由刑不同，故於監獄內附設之監禁所執行之得令服勞役，不與徒刑及拘役之囚犯同拘禁於監獄內，以示區別，觀於刑法（舊）第五十六條第六項之規定自明。本件原判決因被告被科三百元罰金，未爲完納，遂予易科監禁，固無不合，但竟按罰金三百元總額以二元折算一日論以五個月有期徒刑，並於判決確定前之羈押日數准以二日抵徒刑一日，是以徒刑誤爲易科監禁，殊屬不合（最高法院十九年非字第六十七號判例）。

（六）罰金易科監禁，依刑法（舊）第五十五條之規定，係以一元以上三元以下折算，一日必須罰金總額就最高度三元計算一日仍逾一年之日數者（本法改爲六個月），始得以罰金之總額與一年之日數比例計算，更不能一面宣告以一元折算一日，一面又諭知易科監禁一年（最高法院二十年上字第二九五號判例）。

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

一、易以訓誡之要件 犯罪情節輕微，動機可恕，無論就道義責任或社會責任上觀察，其行爲

無可非難者，科以刑罰，轉無實益，故本條特設「易以訓誡」之制，期於法律人情，兼懲並顯，惟其要件則有二端：

(一)須受拘役或罰金之宣告 此指宣告刑而言，其最重本刑如何非所問，易以訓誡者以其動機可恕而宣告之刑又甚輕也。故單獨宣告拘役或罰金之罪，裁判時固得易以訓誡，即分別宣告其罪之刑，一罪為拘役他罪為罰金而併執行者，亦得易以訓誡。

(二)須犯罪之動機在公益或道義上顯可宥恕 犯罪之動機即犯人決意為犯罪行為之遠因，動機顯可宥恕，指惡性極微，而可宥恕情形甚為顯著，且其顯可宥恕以合於公益上或道義上之理由者為限，故其犯罪非必出於偶發，而與其他犯罪情狀可憫者，亦不必出於一轍，犯罪動機在公益上顯可宥恕者，例如意欲阻止奸商販賣贗貨，而以加害生命身體之事相恐嚇者是，在道義上顯可宥恕者，例如家貧親病，不得已竊盜他人財物藉以待奉親老者是。按其動機均無重大惡性，究竟是否顯可宥恕，審判官應就具體事實，詳予審酌，不可拘泥。

二、易以訓誡之諭知及其執行 易以訓誡應於科刑判決同時諭知，並須記載於裁判主文（刑患訴訟法第三〇一條第四款），確定後由檢察官執行之刑事訴訟法第四八六條。所謂「訓誡」不外為訓誨告誡之意，訓示其既往行為之錯誤，為告誡其將來之勿蹈故轍，所以促其反省，資其自新也。訓誡之方式條文上未加限制，或以言詞訓誨，或以書面告誡，要在檢察官之善

於運用耳。實例如左：

(新例)(司法院院字第一三五〇號解釋)訓誡之方式無明文規定，應由檢察官斟酌情形，以言詞或書面爲之。

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

一、換刑處分之效力 易服勞役僅以補救執行罰金之不能，其無力完納者，必須依法易服勞役，易科罰金，因執行短期自由刑之顯有困難，易以訓誡，因犯罪動機之顯可宥恕，所採者爲得易主義，原因雖各不同，而其所受宣告之刑均未執行則同，科刑之裁判確定後，除特殊情形外，應即按照執行，茲乃予以換刑處分，則其及於宣告刑之效力如何，不可不設明文規定，此本條所以規定爲換刑處分「執行完畢者其所受宣告之刑以已執行論」也。「執行完畢」指易科罰金已經完納，易服勞役已屆期滿，易以訓誡亦已完畢，無庸再爲執行者而言，雖依各該條爲換刑處分，而宣告刑之本質並不變更，故雖未就宣告刑執行，仍以已執行論，即就宣告方面言之，爲刑之已執行就受刑人言之，爲已受刑之執行也。

二、換刑處分與累犯關係 凡受有期徒刑之宣告易科罰金執行完畢後，即以已受所宣告之有期徒刑之執行論，五年以內如在再犯有期徒刑以上之罪者，是爲累犯加重之原因，易服勞役期滿，以所宣告之罰金執行完畢論，不能視爲自由刑之執行，如再犯罰不足爲成立累犯之基礎，易以訓誡除有不再執行宣告刑之效力外，別無其他效果可言。

#### 第四十五條

刑期自裁判確定之日起算。

裁判雖經確定，其尚未受拘禁之日數不算入刑期內。

一、刑期之起算點 科刑裁判非經確定不得執行（刑訴法第四六〇條），而自裁判確定以至執行，因須經種種程序（刑訴法第四六一條第四六二條參照），時間上不無滯延，若其刑期自實際開始執行之日起算，未免於受刑人不利，故明定自裁判確定之日起算。「裁判確定」指並未諭知之緩刑之科刑判決不能依通常程序撤銷者而言，其確定情形有二，一為因當事人捨棄上訴權而於判決前撤回上訴而確定，一為經終審判決而確定，其刑期均自確定之日起算。

二、未受拘禁日數不算入刑期之特例 第一項之規定，須受刑人於裁判確定之日原受拘禁，而執行開始時，仍在繼續拘禁中者，始有其適用，倘裁判經確定，而並未受拘禁，苟亦適用前項原則，將使受刑人倖避意外之利益，殊與刑罰之本旨相違，故第二項特設例外，其尚未拘禁之日數，概不得算入刑期之內。所謂尚未受拘禁，有自始未受拘禁者，有先曾拘禁而責付保釋者，有先未拘禁而後拘禁，或先後均受拘禁而中有間斷者，均在不得算刑期之列。實例如左：

(一)(新例) (司法院院字第一三四七解釋) 所詢情形上訴案件經第一審改判迨至第三審判決，第三審上訴，已經逾期，將其原判撤銷并將第二審上訴駁回，依照第一審判決執行，應自第一審判決確定之日起算刑期，但須注意刑法第四十五條第二項。

(二) 司法院院字第五六五號解釋) 應覆判之案件即使送達於告訴人在未經覆判以前仍未確定。

(三) 前大理院院字第九九二號解釋) 刑律(失效)第七十九條第二項係指未受監禁而言，凡未決羈押之人經判決確定後，仍然監禁者，雖尚未備執行手續，仍應將此監禁日期算入刑期。第四十六條 裁判確定前羈押之日數，以一日抵有期徒刑或拘役一日或第四十二條第四項裁判

所定之罰金額數。

一、羈押日數折抵刑期之標準 本條前半為規定裁判確定前羈押日數折抵自由刑之標準，即以一日抵有期徒刑或拘役一日，依常理言，既經量處有期徒刑或拘役，原應全部執行，始合科刑之旨，第受刑人有裁判確定前受羈押者，羈押中身體之自由，早已喪失，若置之不問，無形中即無異刑期之延長，故為受刑人利益起見，規定羈押抵刑之辦法，本條所謂「裁判確定前羈押」，包括偵查及審判中對於未決之犯罪嫌疑入依刑事訴訟法第一〇一條所施之處分而言，至羈押原因及其程序是否合法，可以不問，均須予以折抵刑期，因羈押愈不合法，愈須注意受刑人之利益也。但其羈押處分，須與本案有直接之關係，若因他案移付偵查或審判，則其羈押日數，自有他案為之解決，不得與本案之刑期相抵，至犯人在外國犯罪，其於引渡以前羈押於外國之期間，則似未便准予折抵刑期，查刑法第四十六條羈押折抵刑期採職權裁定主義，規定為「得以一日抵有期徒刑或拘役一日」，本法根據實地考察減除囚人痛苦，改採

法定必抵主義，以羈押一日折抵刑期一日，其許折抵者，以有期徒刑或拘役為限，至死刑剝奪生命及無期徒刑終身監禁，均無折抵之實益可言，即受無期徒刑執行已逾十年或受有期徒刑執行逾二分之一後而依法假釋者，亦應就實際執行之時間計算，其裁判確定前羈押日數，不能算入執行期內。實例如左：

(1) (新例) 先後犯子丑二罪，丑罪先確定執行時應就丑罪羈押日數折抵刑期，以前因子罪羈押日數仍應於子罪執行時計抵(司法院二十六年第一〇一六號解釋)。

(2) (新例) 士兵犯罪在該管營連部管押日期可以計抵徒刑(司法院二十七年第一六二二號解釋)。

(3) 刑律(失效) 第八十一條所謂未決羈押，指判決確定前一切羈押而言，至於羈押處所，是否未決監羈押時期，是否在檢察官開始偵查以後，皆可不問，在檢查官開始偵查前羈押於他機關者，亦得謂之未決羈押(前大理院統字第二八二號解釋)。

(4) 覆判確定前之拘禁，當然係未決羈押(前大理院統字第二八八號解釋)。

(5) 查判處無期徒刑之案向不適用羈押折抵刑期，即假釋亦應就實際執行之時期計算，與有期徒刑而准以未決期羈押日數折抵者不同(前大理院統字第一八二六號解釋)。

二、羈押日數折抵罰金之標準 受罰金之宣告者，其裁判確定前羈押日數，若不折算，即與異於自由刑與財產之併罰，故為受刑人利益，復於本條後半段規定為以一日抵第四十二條第

四項裁判所定之罰金額數，該項裁判所定之罰金額數，爲解決罰金與易服勞役計算之標準，羈押與勞役，均有拘束自由之性質，則該項標準，自可爲兩者與罰金折算之共通標準，換言之，卽罰金易服勞役之折算標準，等於以羈押日數折抵罰金之標準，科罰金者，均得以未決羈押日數抵之，實際上易服勞役與否，可不問也。惟第四十二條第四項裁判所依以折算之標準者根據有二：（一）依該條第二項而定者，其所定折算勞役一日之罰金額數爲一元至三元，若審酌犯人生產能力，定爲以罰金三元折算勞役一日，則抵刑之際，卽以羈押一日，抵其罰金三元；（二）依該條第三項而定者，其所定折算勞役一日之罰金額數在四元以上至數十元不等，因勞役期間限定爲六個月，於犯人生產能力，殊尠審酌之餘地，在羈押折抵罰金之際，則數十元易服勞役一日者，亦遂援據以爲羈押一日折抵罰金之標準，是羈押一日代價之多寡，與犯罪情節顯不相侔，誠所謂法律有時而窮也。院解如左：

（一）（新例）判處罰金案件如被告未決羈押日數已逾六月，依刑法第四十六條第四十二條第四項規定無殘餘罰金可言（司法院二十六年第一六九二號解釋）。

（二）（司法院院字第二六七號解釋）凡科處之罰金，均得以裁判確定前之羈押日數抵之，不問易科監禁（本法爲易服勞役）與否，此因刑法（舊）第六十四條係因犯人於裁判確定前曾被羈押，而准以羈押日數抵所科之刑而設，故准抵者不限於易科監禁期內完納之罰金在該條之揭明第五十五條第七項者，則因該項有依裁判所定之標準一語，故揭之以爲折抵之

標準，猶言依其所指標準，以抵裁判所科之罰金額數之意。

三、羈押抵刑應否載明於主文之問題 本條關於羈押日數既採強行必抵主義，且羈押一日抵有期自由刑一日，歸於一律，折抵罰金額數，亦概以易服勞役折算標準為斷，不容斟酌，故刑事訴訟法第三百零一條不復記載羈押抵刑之規定，是則羈押抵刑純係執行時所應注意之問題，而於裁判主文內，無庸更為記載，免成贅文也。惟若有期徒刑或拘役與罰金併科時，則羈押日數究應折抵何刑？或係折抵其中有期徒刑尚有餘數時，究應先就拘役或就罰金折抵？頗成疑問，解釋上應比較所併科主刑之重輕，為其折抵之順序。再折抵後，若僅執行其餘刑，或實已無可執行者，則被抵者視同刑之實已執行，然非與刑之宣告相抵銷也。至若被告受罰金之諭知時，其裁判確定前之羈押日數如何折易罰金，在判決主文內亦不必另行表示，因罰金易服勞役，既非在主文中表示不可，則其標準，當然適用於羈押日數折易罰金之問題也。實例如左：

(一)(新例)羈押折抵事關執行與罪刑，無關現行刑法，沒有法定必抵規定，毋庸另予諭知(最高法院二十四年上字第六五〇號判例)。

(二)羈押抵刑應就其宣告之主文為何而示以折抵之標準，故就犯罪事本件之宣告有數種主刑時，應就其中主刑之一種而予以折抵，如預計其羈押日數，除抵徒刑外，尚有餘數，再諭知折抵拘役或罰金之標準(最高法院二十年上字第九十一號判例)。

四、立法上除於本條羈押抵刑採法定必抵主義外，爲慎重羈押起見，於刑事訴訟法審判中或偵查中羈押期間，及次數之嚴格限制（第一〇八條），復有「案件經上訴者，被告羈押期間如已逾期審判決之刑期，除檢察官爲被告之不利益而上訴外，應即撤銷羈押，將被告釋放」之規定（第一〇九條），以防羈押之延長，徒增囚人之痛苦，反對者以爲羈押抵刑既修正爲一日抵一日，而刑訴法復有如此限制羈押之重大修正。嗣後羈押之被告，均將紛紛上訴，法院不勝其煩云云，卻不思審判手續，固已力求簡單，囚人痛苦，豈能漠不關心，蓋經實地視察司法結果，各省監獄，雖未盡滿人意，而其待遇已決之囚竟多較看守所中之待遇未決囚者爲優，看守所果能設備完善，待遇囚人與普通人無異，自不至感受若何痛苦，乃事實與理想相去甚遠，甚者衆囚雜處，穢濁不堪，坐臥難安，如入地獄，其痛苦竟較行刑爲尤甚，殊與慎重羈押之本旨相背，此羈押抵刑所當改定其標準及羈押期間亦有防止其延長之必要也。各國最新立法例關於羈押抵刑，大致亦與本法類似，而對於非法羈押所受之損失，且可根據刑事補償法，以資救濟，我國尚無此種法律可以依據，則改定羈押抵刑，及限制羈押，誠屬切要之圖，而論者爲欲限制上訴免增辦案之煩，竟至非難立法之不善，抑何不顧民命痛苦之甚耶？

## 第六章 累犯

累犯意義有實質上與形式上之分，實質上之累犯，即一人先後犯二次以上之罪者也，有前犯又有後犯爲再犯，再犯後又犯罪爲三犯四犯，依此遞推，是累犯在實質上言，不外爲再犯以上之總稱，至累犯之刑式的意義，則規定於本章，其具備法定之要件者，即應加重處罰，蓋受徒刑之執行者，既在監中受相當之教誨，理應改過，力圖遷善，乃竟故態復萌，再行犯罪，是其人之無刑罰感應性已可想見，故特設本章累犯加刑之規定，以應刑事特別預防政策之要求。

第四十七條 受有期徒刑之執行完畢或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行，而赦免後五年以內再犯有期徒刑以上之罪者爲累犯，加重本刑至二分之一。

一、累犯之要件 依本條規定分析如左：

(一)須有曾受徒刑執行之前犯 前犯受死刑宣告經執行後，已失生機，自無再犯之理，前受拘役或罰金之宣告，經執行完畢再犯者，以其前科之罪，情節較輕，只須量刑時，依法定刑科以較重之刑，而無論以累犯之必要，必以曾受徒刑之執行者，始可爲累犯成立之基礎，若根本上無所謂徒刑，雖曾拘束自由，如前逃罰金易服勞役或受保安處分之執行者，

均不得以曾受徒刑之執行例之，且前犯之受徒刑之執行，須由於有權之確定裁判，若其所受徒刑之執行，原非合法，即亦不生累犯問題。判解如左：

(1) 判決宣告後尚未確定，復犯脫逃罪，既未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，當然非累犯（司法院院字第四八八號解釋）。

(2) 刑法上累犯罪之成立，應以受徒刑之執行完畢，或一部之執行而免除後五年內再犯徒刑以上之罪為條件，所謂徒刑與監禁處分之性質迥不相同。本案未發生前，被告因忤逆尊親屬曾受一監禁處分，但既非受刑法之徒刑，自與累犯條件不同（最高法院二十年非字第一四〇號判例）。

(3) 刑法規定累犯之成立，係以已受徒刑之執行，再犯徒刑以上之罪者為要件，則累犯之主犯，係對於再犯而言，亦須經過再犯審判之確定，受再犯罪刑之執行，而又犯罪者，始與法意相符（最高法院二十一年非字第五〇號判例）。

(4) 累犯之成立，以已受徒刑之執行者為要件，前科罰金，則不能以累犯之例，加重其刑，原第三審判決，雖謂其因鴉片案件，判處罪刑，執行完畢，所處何刑，並未敘明，是否徒刑，遽予加重其刑，自不足以昭折服（最高法院二十一年上字第二三三九號判例）。

(5) 查累犯之成立，以已受徒刑之執行為要件，而應送覆判案件，必須經覆判裁判確定後，始能發生執行力，故覆判裁判確定前之案件，均為未決，不能執行，縱令事實上已經執

行，法律上不能認爲已受徒刑之執行，故未逾五年更犯徒刑以上之罪，亦不能以再犯加重（前大理院十一年上字第一一七號判例）。

(二)須在前犯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，而赦免後發生再犯。無期徒刑禁錮終身，似不能再行犯罪，但受無期徒刑之執行者，因特赦減刑或假釋等關係，仍有出獄之望，則無期徒刑經一部執行而赦免後，與有期徒刑執行完畢或經一部執行而赦免後者，同可發生累犯之問題。所謂受有期徒刑或無期徒刑之執行者，不以原受裁判上宣告之有期徒刑或無期徒刑爲限。即在裁判上所宣告者爲死刑，而基於赦免權之作用，以命令減刑而爲有期徒刑，或無期徒刑經執行完畢或一部執行者，亦屬之。

受有期徒刑或無期徒刑之執行，若經政府運用赦免權將其罪刑從根本上予以大赦者，則罪已消滅，與初未犯罪者相同，更無論受刑之執行，故根本不生累犯之問題。前犯判決雖經確定而因再審或非上訴結果宣告無罪者，則雖經受徒刑之執行，亦不足爲累犯之原因。是則本條所謂赦免應指特赦減刑等免其刑之執行者而言而不包括大赦在內，在無期徒刑假釋後滿十年或在有期徒刑所餘刑期未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論（第七十九條第一項）。如再犯罪，即具備受徒刑執行完畢或一部執行之條件，自亦可爲累犯成立之基礎。受無期徒刑或有期徒刑一部執行而假釋或保釋者，如假釋保釋期內再犯或拘禁期內再犯或拘禁中脫逃後再犯，其未執行之殘餘刑期，仍須執行，故僅能與其後犯之罪，合

併執行其刑，即不足爲累犯加重之原因，惟有期徒刑易科罰金之已執行者，及羈押日期抵有期徒刑之執行者，實際上雖未送監執行，仍不能不認爲已受有期徒刑執行完畢或一部之執行，如於其後有再犯情事，自應以累犯論也。至何處有期徒刑宣告緩刑者，并未受刑之執行，縱有再犯，亦不發生累犯之問題，可不待言。

判釋舉例

- (1) 在有期徒刑執行中更犯有期徒刑以上之罪，應以後罪所科之刑，與前科之刑，合併執行（司法院院字第四二號解釋）。
- (2) 受有期徒刑之執行，尙未完畢，即予保釋，如其保釋，於法無據，不能認爲有效，殘餘之刑，仍應執行，在執行完畢前再犯徒刑以上之罪，依照刑法（舊）第六十五條規定，不得視爲累犯（司法院院字第二二五號解釋）。
- (3) 至因吸食鴉片受有罪之判決，執行完畢後再行吸食，如合於刑法（舊）第六十五條之要件，即爲累犯，檢察官對之提起公訴，自屬合法（司法院院字第一〇九六號解釋）。
- (4) 查刑法關於累犯之構成，以已受徒刑之執行完畢或一部執行而免除後，於一定期限內再犯有期徒刑以上之罪爲要件，上訴人前科之有期徒刑，既尙在執行中，旋被提釋出獄，又非依法免除，則此次犯罪，按之刑法規定，尙不能認爲累犯（最高法院十八年上字第六三三號判例）。

(5) 查刑法關於累犯之規定，以執行有期徒刑完畢，或執行無期徒刑之一部，而免除後五年內再犯有期徒刑以上之罪者爲其成立要件。本案被告，前犯竊盜罪，雖受有期徒刑之執行，故其執行如未完畢，或未經合法之免除，則其後之犯罪，即不能以累犯論（最高法院十八年上字第六四七號判例）。

(6) 本件被告某甲，既於無期徒刑之執行中而越獄脫逃，已非依法免除執行者可比，而其所犯脫逃罪及脫逃後所犯擄人勒贖罪，均與累犯之規定不合（最高法院十九年非字第一二八號判例）。

(7) 按累犯加重，以具備刑法（舊）第六十五條之要件爲前提，而該條所謂受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行，而免除後五年內再犯有期徒刑以上之罪者，係指已受徒刑全部之執行或受徒刑一部之執行經免除者而言。本案被告前於民國二十一年六月六日犯吸食鴉片罪名，雖經原法院判處有期徒刑二月。但其徒刑係宣告緩刑，並未執行全部，或執行一部而免除。依照上開說明，此次所犯吸食鴉片罪名，宜不發生累犯加重問題（最高法院二十二年非字第一二四號判例）。

(8) 大赦有根本消滅罪刑之效力，以前所處之刑，縱經執行完畢，而既經赦免，即與未曾犯罪未受刑之執行者無異，故雖在一定期限以內更犯同一或不同一之罪，亦不得以累犯論（最高法院二十二年非字第二八二號判例）。

(9) 犯罪係依大赦條例第二條減刑者，其罪刑并未消滅，執行完畢後，又復犯徒刑之罪，應認爲累犯。本件被告，初次犯以館舍供人吸食鴉片罪，雖在民國二十一年三月五日前，然祇能依大赦條例第二條減刑，其執行完畢後，仍復以館舍供人吸食鴉片，應以累犯論。原審乃以初次犯罪，係在大赦以前，不能構成累犯，其法律上見解，顯有誤會（最高法院二十二年上字第三一一一號判例）。

(10) 大赦有消滅罪刑之力，故犯罪經大赦後，不但免除其刑，並應視與未犯罪同。本案被告，雖因吸食鴉片被處徒刑，執行完畢，然既經赦免，即不發生累犯問題，第一審依累犯加重之例處斷，原審不予糾正，尤屬失入（最高法院二十二年上字第二〇五一號判例）。

(11) 審判確定後尚未執行時犯脫逃罪者，科刑後與前科之刑併執行之（前大理院四年統字第 三三三號解釋）。

(12) 大赦之犯罪已經除免，不能爲累犯之原因（前大理院二年非字第 二十一號判例）。

(13) 判處徒刑易科罰金執行完畢後，更犯徒刑之罪者，應從再犯之例處斷（前大理院六年上字第六四號判例）。

(14) 前判之刑尚未執行完畢即行脫逃，其執行未了之刑與後判之刑併執行之（前大理院九年上字第一一七號判例）。

(15) 須於前犯之刑執行完畢或赦免後五年以內而有再犯，各國關於此項期間，有長至十年

者，有短至一年者，本法折衷爲五年以內，蓋根據累犯統計在此期間內發見者爲多也。倘已逾五年而再犯者，足證其人已受相當之威化，無復加重之必要矣。「五年以內」，自前科執行完畢或赦免之日起算，在此期內再犯者即可發生累犯問題。

(四)須再犯有期徒刑以上之罪 前犯之徒刑執行完畢或赦免後五年內再犯罪者，必其罪爲法定最重本刑在有期徒刑以上之罪，始可成爲累犯。「有期徒刑以上」，本包括死刑無期徒刑而言，但死刑與無期徒刑，均依法不得加重（第六十三條第六十四條），故累犯加重，亦唯適用於最重本刑爲有期徒刑之罪而已，至是否再犯，犯人方面，大多諱莫如深，事實上可用指紋照相量身及其他識別個人之方法，以資認定。

二、累犯之加重處罰 舊刑法第六十六條曾設普通累犯與特別累犯之別，因其累犯同一之罪，或不同一之罪，以及累犯次數之多寡，定加重刑法分釐之標準。本法以犯人惡性，未必與罪質或次數成正比，故不復設此區別，一律規定爲加重至二分之一，雖爲必加主義，惟在此加重限度以內，仍有酌量之餘地，稱「至二分之一」，不過表示其加重以加至本刑二分之一爲最高限度，即不滿二分之一，亦非違法，蓋以便法官斟酌累犯之惡性，爲適當之選用也。再累犯不以單純一罪爲限，即前犯爲連續犯或常業犯經處罰受徒刑執行完畢或赦免後五年內再犯罪復爲連續犯或常業犯者，仍可成立累犯，加重處罰也。

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

發覺者，不在此限。

第四十九條 累犯之規定於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者不適用之。

一、裁判確定後發覺累犯之處罰方法 審判犯罪之際，對於有無前科是否累犯，本應加以調查，惟累犯巧於趨避，不易發覺，若始終不能查明，則亦已矣。事實上則因法院之調查，他人之報告，或被告之自白，而發覺為累犯者，往往有之，其發覺在裁判後確定前者，尚可用上訴方法以資救濟，若在裁判確定後，發覺為累犯者，則應依前條規定，更定其刑，此即事後補救之法也。所云「更定其刑」即將原判宣告之刑撤銷，重依前條規定就加重之範圍內重新量定，依本條更定其刑，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（刑事訴訟法第四百八十一條），此不過更定其刑已耳，而於原確定裁判所認定之犯罪事實及罪名，並不因而變更。再更定其刑，係就發覺於裁判確定後者而言，若發覺於執行完畢或赦免之後者，則應尊重裁判之確定力與執行力以及犯人之利益，毋庸更定其刑，徒滋紛擾，故第十八條但書特設明文限制之。舊例如左：

（1）甲變更姓名三次犯罪，其再犯三犯，均未加重，於執行完畢後始行發覺者，依刑律（失效）第二十一條更定三犯之刑（本法認為累犯），釋放後發覺者，不能更定其刑（前大理院統字第四三〇號解釋）。

（2）若至執行第三次之刑時，始發覺第二次累犯，漏未加重，不得更定其刑（前大理院統字

第一八七六號解釋。

二、不適用累犯規定之例外。前科之刑如係依軍法受裁判或於外國法院受裁判者，其犯罪之性質，與普通法院或本國法院所裁判者迥不相同，故第四十九條，規定爲不適用累犯之規定。軍法裁判以適用於軍人爲原則，惟特別刑法上規定普通人民受軍法裁判者非無其例，而此種案件科刑特重，且軍法裁判，程序簡單，非若普通法院之詳慎審究，又無三級三審之上訴程序，以資救濟，則其裁判之不能充分實現公平性與妥當性，自屬意中之事，故受軍法裁判，縱經執行有期徒刑完畢或赦免後五年內再犯罪者，毋庸適用累犯加寬之規定以保全犯人之利益，但前犯有期徒刑以上之罪，經法院判決執行完畢後，五年內再犯有期徒刑以上之罪，應受軍法裁判者，除有特別規定外，仍應以累犯論，此則特別刑法適用本法總則當然之結論也。至外國法院之裁判，本非本國司法權之發動，在國法上並無拘束本國裁判之效力，其所爲有罪裁判，自不足爲累犯之基礎，故於外國法院受裁判而執行後再犯罪者，亦不能適用累犯規定，加重其刑也。

判例如左：

(1) (新例) 前犯有期徒刑以上之罪，經法院判決執行完畢後，五年內再犯有期徒刑以上之罪，應受軍法裁判者，以累犯論（司法院二十九年第一九九二號解釋）。

(2) 上海法租界會審公廨，依本院先例，認爲非合法組織之中國法院，上訴人於民國十八

年，因強盜案經該公臚判處徒刑二年，執行完畢，雖在五年以內再行犯罪，尙難認爲累犯（最高法院二十一年上字第二三七六號判例）。

(3) 黃某所受陸軍審判處無權限之徒刑判決既屬無效，在事實上雖受徒刑執行，而在法律上究不能認爲已受徒刑之執行（前大理院統字第六十號解釋）。

## 第七章 數罪併罰

本章規定，所以解決一人犯數罪時如何處罰之問題，暫行律稱為「俱發罪」，係沿用唐律「二罪以上俱發」之義，舊刑法以其易使人誤為特種之犯罪，乃改稱為「併合論罪」，本法以併合論罪亦易誤解為「數罪併合為一罪」，而本章各條實係數罪已經成立，應如何併合處罰之問題，故又改稱為「數罪併罰」。本章所規定者，包含實質的數罪想像的數罪牽連犯及連續犯四種，分別規定其處罰之方法。

第五十條 裁判確定前犯數罪者併合處罰之。

一、一罪數罪之標準 法律上關於犯罪，因其為一罪或數罪處罰隨之而異，數罪者二個以上之犯罪，所以別於一罪而言，惟一罪與數罪區別之標準若何，學說上有行為說意思說法益說之分。

(一)行為說 謂犯罪之實質為行為，一罪數罪，當依行為之為單數複數而決定。

(二)意思說 謂犯罪為意思之表現一意思為一罪，數意思為數罪。

(三)法益說 謂犯罪為侵害法益之行為，當依法益被侵之數為單為複，即可決定。其為一罪或數罪，前大法院之判解，有採意思說者，有採法益說者，司法院及最高法院之解釋判

例，以採行爲說爲原則，亦有採法益說者，紛歧莫可究詰。余向來主張罪數問題，非單採某一主義所能圓滿解決，而當將上舉三說，鎔爲一爐，以爲決定一罪數罪之標準，蓋犯罪以意思責任之存在，與侵害法益之結果而成立，尤以犯罪行爲之發動爲構成犯罪之要素，雖法益而專主犯意固不可，雖犯意而單重法益之侵害，亦不足以構成犯罪，而犯意與結果之間，若無一定行爲爲之連絡，則犯罪之因果關係，亦無由認定，故應以行爲說爲基礎，而折衷於意思說與法益說之間，始可得正確之標準。依上論述以定一罪數罪標準，可得下列之結果。

- (1) 以一決意爲一行爲而侵害一法益者爲單純一罪。
- (2) 以數決意爲數行爲而侵害數法益者爲實質之數罪。
- (3) 以一決意爲一行爲而侵害數法益觸犯數罪名者爲想像的數罪。
- (4) 以一決意犯一罪而其方法或結果之行爲侵害數法益犯他罪名者爲牽連犯。
- (5) 以一決意連續數行爲侵害一法益或數法益而犯同一之罪名者爲連續犯。

## 二、一罪之處罰及其與訴訟之關係

(1) 單純一罪之處罰，依該罪所規定之法定刑範圍內，定其宣告刑，想像的數罪及牽連犯，從一重處斷，連續犯以一罪論，均爲處斷上之一罪，其具體的行爲雖係複數，而其處罰則以一回爲限。

(2) 單純一罪或處斷上一罪，其性質均單一而不可分，對於行為之一部有起訴裁判或確定者，其效力及於全部。

(3) 對於單純一罪或處斷上一罪追訴權之時效，除連續犯自行爲終了之日起算外，均自其犯罪成立之日起算，追訴權之時效期間，依各該一罪所定本刑之最高度計算（第八十條第十一條）。

### 三、數罪併罰之要件 數罪併罰者，裁判確定所犯數罪併合處罰之謂，要件如左：

(一) 須由同一犯人犯有數罪 數罪者爲犯人所犯二個以上獨立之罪，數個單純一罪固爲數罪，即數個處斷上一罪或吸收犯結合犯繼續犯等特殊一罪，亦可發生數罪問題，數罪之罪名刑度不必相同，如最重本刑爲死刑之殺人罪與最重本刑爲拘役之公然侮辱罪，亦可併合處罰，同一犯人犯數罪，不以單獨犯爲限，即共犯中有一人犯數罪者，該犯數罪之一人，亦應依本條併合處罰，例如甲先與乙共犯強盜罪，繼又與丙共犯殺人罪，則甲係犯數罪，再共犯中一人犯數罪不以共同實施正犯爲限，其更有教唆犯或從犯之行為者，亦可成立數罪，例如甲先與乙共同實施殺人，繼教唆丙強姦，後復幫助丁犯強盜罪，則甲亦成立數罪，如合本條規定，自可併合處罰。

(二) 須在裁判確定前犯有數罪 立法例上關於數罪併罰之範圍，主義有三：(1) 以執行未畢前更犯他罪爲限，如意大利芬蘭瑞典各國刑法是，(2) 以裁判宣告前更犯他罪爲限，如德

圖及我舊刑法是，(8)以裁判確定前更犯他罪為限，如舊何日及我舊暫行刑律是。依第一主義，在執行期內更犯罪，竟可推翻前判，使犯人享併合處罰之利，無異獎勵犯罪，且在執行中更犯罪，足見確定裁判所執行之刑尙未見效，若更許併合處罰限制加重，殊不足以言成化，故其失在過寬。依第二主義，則裁判宣告後未確定前更犯罪者，雖有上訴方法與機會，亦不許變更裁判，併合處罰，而仍須一一執行。夫併合處罰之法意，原在使數罪之宣告刑，不必一一累積執行，若限於裁判宣告前所犯之數罪，實不足以貫通立法之初衷，故其失又在過嚴。本法折衷於二者之間，使裁判確定前所犯之數罪，得受併合處罰之利，以符加惠犯人之旨，是則裁判確定後或執行中之犯罪，即不得併合處罰，本條所謂「裁判確定前犯數罪」，其數罪行為，自須於裁判確定前實施終了，且須發覺於裁判確定之前。若於確定後發覺未經裁判之餘罪者，則僅能就餘罪處斷(第五十二條)。

## 判解舉例

(1)(新例)先姦淫後起意誘逃應依相姦及意圖姦淫而和誘二罪併罰，若以姦淫目的誘逃，行至中途始行姦淫，應從一重處斷(司法院二十七年院字第一七六八號解釋)。

(2)(新例)先與已有配偶之婦相姦，嗣又意圖續姦而和誘，自應併合處罰(司法院二十八年院字第一八六二號解釋)。

(3)(新例)某甲意圖營利設所，以鴉片及煙具供人吸食，並供人吸用毒品，某乙販賣紅丸

及鴉片，均應依修正禁烟治罪暫行條例及修正禁毒暫行條例分別論罪，併合處罰（司法院二十九年院字第一九九六號解釋）。

(4) 在有期徒刑執行中更犯有期徒刑以上之罪，應以後罪所科之刑與前科之刑合併執行（司法院院字第四十二號解釋）。

(5) 詐欺取財罪數之計算應採行為說（司法院院字第七〇〇號解釋）。

(6) (新例) 數罪併罰案件，刑法既以裁判確定前所犯為標準，與舊刑法以裁判宣告前所犯為標準者，顯有不同，故數罪中之一罪，若其犯罪時期，在他罪業經宣告判決，尙未確定中者，依舊刑法之所定固應與他罪合併執行，不得併合論罪，若依刑法所定即應與他罪併合處罰（最高法院二十五年抗字第四八號判例）。

(7) 誣告罪為妨害國家審判權之罪，故就其性質而論，直接受侵害者係國家，即國家之審判事務，每因誣告而為不當之執行，至個人受害，乃國家進行不當審判事務所發生之結果，與誣告不生直接之關係，故以一訴狀誣告數人，僅能成立一誣告罪（最高法院十八年上字第三十三號判例）。

(8) 誣告為妨害國家審判權之犯罪，誣告人雖有使人受刑事或懲戒處分之故意，但祇能就其誘起審判之原因負罪責，故以一狀誣告數人者，只成立一誣告罪，原判決乃依誣告者人格之法益，而計算罪數，自有未合（最高法院十八年上字第九〇四號判例）。

(9) 被告殺死其父後，因其父生前與楊姓有嫌，起意將屍身遺棄楊姓門口，以圖嫁禍，是此遺棄屍體，別有目的，與殺人後湮滅罪證起見，而為遺棄之情形，顯有不同，則其殺直系親屬，及遺棄屍體兩行為，應各獨立論罪（最高法院十八年非字第五號判例）。

(10) 一罪判決確定後，另犯他罪者，應合併執行，不得併合論罪（最高法院十八年上字第一三六〇號判例）。

(11) 所謂常業犯者，乃以同一犯罪行為之意思，因反覆為之而成立，法律上已認為一罪，縱所侵害之法益不同，亦不生併合論罪問題（最高法院十九年上字第三〇二號判例）。

(12) 執行未畢前所犯之罪，原則上應採併科主義，不能使被告仍享併合論罪之利益（最高法院十九年抗字第二一一號裁定）。

(13) 既經判決確定而在執行中又犯他罪者，核與刑法（舊）併合論罪及累犯各特別規定，均不相符，其後罪之刑與前科之刑當然合併執行之，且無庸於後罪判決主文內宣告（最高法院十九年非字第一二八號判例）。

(14) 將幼女小胖子誘走勒索，因其家屬無力措款，復將小胖子帶往上海價賣，其價賣小胖子，係誘人勒索後之另一行為，依法應併合論罪，原審乃以誘拐行為，誤為誘人勒索罪之結果，從一重處斷，適用法則，顯有不合（最高法院二十年上字第三二九號判例）。

(15) 查某甲濫權私禁某乙，當時如本有殺人意思，固應依刑法（舊）第七十四條處斷，否則

私禁行為與殺人行爲，並無方法結果關係，自應併合論罪（最高法院二十年上字第一八六九號判例）。

(16) 以竊盜爲常業者，刑法上定有處罰專款，即學說上所謂集合罪或稱爲常業犯，因其性質係集合同種之數行爲而構成一罪，自不得併合論罪（最高法院二十年非字第一四七號判例）。

(17) 有期徒刑執行中，更犯有期徒刑以上之罪，應以後罪所科之刑與前科之刑，合併執行（最高法院二十一年非字第九八號判例）。

(18) 犯罪應否併合論罪，須以犯罪人之行爲爲標準，如殺害二人係出於一個之行爲，即不應以被害法益爲標準，併合論科（最高法院二十一年上字第八二〇判例）。

(19) 查強盜殺人，以強盜當場殺人爲成立要件，若強盜未遂後，於逃逸途中，殺死其他追捕之人，自應以強盜罪與殺人罪併合論科。本案上訴人，既係強盜未遂後，逃至浦水坊時，將追捕之印捕踴斃，實犯強盜未遂及殺人二罪，第一審論以強盜殺人罪，原審未予糾正，實屬違法（最高法院二十二年上字第一三〇號判例）。

(20) 犯罪行爲雖客觀上似有連續情形，苟其犯意各別，並非出於一個概括之意思時，即仍應併合論罪（最高法院二十二年上字第三九四號判例）。

(21) 先後行爲均是各別起意，並無連續情形，自應併合論罪（最高法院二十二年非字第八一

號判例)。

(22)強盜劫取財物後，將事主家之婦女掠至其他地點姦淫者，其強盜行為與強姦行為，既非同地，而犯意之發生，又有先後，自應依併合論罪之例處斷，方為適當(最高法院二十二年非字第二一九號判例)。

(23)查上訴人等係將某甲毆傷後，始加禁閉，應屬於併合論罪之例，原審乃將其傷害人與私禁二罪，依刑法第七十四條(舊)從一重處斷，其法律上見解，不免誤會(最高法院二十三年上字第一七〇七號判例)。

(24)殺人之行與其傷害人之事實，除證明先祇有傷害之故意，傷害後始起意殺人，應併合論罪外，當然吸收於殺人行為之內(最高法院二十三年上字第二七八三號判例)。

(25)上訴人先殲毀其家具，繼復放火焚燬其住宅，雖出於同一洩憤之目的，究與犯一罪之方法或其結果而生犯罪者不同，自應併合論罪(最高法院二十三年上字第五二三八號判例)。

(26)按擄人勒贖故意殺被害人，在刑法(舊)第三百七十二條第一項，固有處罰規定，惟上述法條，已因懲治盜匪暫行條例施行而停止，適用該條例對於結合犯，既未特設明文，則於擄人勒贖中，另行起意殺被害人者，自應於擄人勒贖罪外，更論以殺人罪，方為合法。據原審判決認定事實，被告將人擄出後，於勒贖中，因被擄人與之相識，恐回贖後，指名

具告，遂起意將其勒斃，並非於殺人時，另有強盜行為，顯於成立誘人勒贖罪外，更犯故意殺人之罪（最高法院二十三年非字第四十五號判例）。

(27) 數次賭博既非常業，又無繼續之意思者，以數罪論（前大理院統字第六六號解釋）。

(28) 所犯二罪，均合於累犯條件，各加本刑，再依併發例處斷（前大理院統字第三四八號解釋）。

(29) 因詐財與人口角而傷人應各科罪（前大理院十一年統字第一七〇九號解釋）。

(30) 本案原審認定事實，上告人甲始則將乙左膀打傷，並強令丙挖出其右眼睛後，已由丁等從中調處，若乙立據了事，繼因乙於次日逃走後，將其趕回殺死，是上告人所犯，係以二個獨立之行為，生傷害及死亡二個之結果，應以二罪論（前大理院三年上字第二三七號判例）。

(31) 查偽造貨幣，以侵害公共信用為犯罪之客體，其性質單一而不可分，故不依銀行之個數以定其罪數，雖偽造色樣計有多種，且不屬於一銀行，然連續數行為而犯同一之罪名，應以一罪論（前大理院四年上字第二〇二號判例）。

(32) 竊賊燃點紙煤搗門入室行竊，經事主聞聲喊捕，匆忙逃走，致將紙煤失落門旁茅草堆內，以致火起延燒者，其失火行為應與竊盜行為分別論處（前大理院六年非字第一號判例）。

(33) 實施殺人後因憶及與某人有嫌，遂唆令他人誣告某人殺人者，是於殺人之後，復起意傷害某人，與僅圖飾卸自己罪責者有間，應將誣告罪與殺人罪分別論處（前大理院六年上字第一號判例）。

(34) 僞證二人共同犯罪者，既係對一事而為虛偽之陳述，其侵害國家法益，僅止一次，自應成立一罪，不得以所僞證者為二人，遂以二罪科處（前大理院六年上字第八一號判例）。

(35) 強搶婦人，載至中途，復因該婦之母追趕，即將其母毆傷者，應分別論罪（前大理院六年上字第四七六號判例）。

(36) 警所巡長將經收捐款，侵占入己，並挾總務股員調查之嫌，捏稱已交該股員收訖，捏訴其侵吞者，成公務上侵占罪及誣告罪（前大理院六年上字第七三號判例）。

(37) 將人門牙打落一顆為輕微傷害，經調處息結後，又因口角將前所傷害之人毆傷致死者，其傷人致死與前之輕微傷害罪，應分別論之（前大理院六年上字第八八三號判例）。

(38) 強盜他人財物後，因他人不依，願將身帶之假銀圓交給，聲稱交還原物希圖了事者，其行使僞幣應與強盜罪分別論之（前大理院六年上字第九四六號判例）。

(39) 誘拐婦女被人追獲，報圖理論及捏稱追殺之人擱途搶劫，赴縣署具訴者，是其誣告乃惡人送案，以為先發制人之計，應與和誘罪分別論之（前大理院六年上字第九九七號判例）。

(40) 逮捕與殺人如何處斷，應於當時犯意加以審究，蓋當逮捕某甲等之時，僅欲拘束其自由，尚無殺害之意思，迨因某乙等在某店決議之結果，始行起意槍斃者，則逮捕行為與殺人行爲各有獨立之性質，即未便與牽連犯同論，反是因欲殺害始行逮捕，則殺人乃目的行爲，逮捕不過爲達其目的之手段行爲，自應從一重處斷（前大理院七上年上字第八五六號判例）。(41) 意圖營利，將某女誘出後，隨時起意在途行姦者，和姦行爲不能認爲和誘之結果，應分別論罪（前大理院六上年上字第六三三號判例）。

(42) 被害人年甫十齡，上告人強行姦姦後復又強姦，第一審以強制猥褻罪及強姦罪各別處斷，適用法律並無錯誤（前大理院九上年上字第二號判例）。

(43) 查懲治盜匪法（失效）第三條所定在盜所強姦婦女一節，指強姦婦女之所在，於強姦時已成爲盜所者而言，若強姦婦女時，尚無強盜之行爲或意思，僅祇實施強姦後，在盜所搜取財物，則應分別情形論爲強姦與強盜二罪俱發（前大理院九上年上字第七七六號判例）。(44) 上告人因與被誘人有姦，曾向被誘人借得錢款，嗣經被誘人之夫，責令被誘人往索，上告人即誘令逃匿，以免其夫追款，第一審認爲和姦和誘俱發分別處斷，尚無不合（前大理院十年上字第六四號判例）。

第五十一條 數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依左列各款，定其應執行者：

一、宣告多數死刑者，執行其一。

二、宣告之最重刑爲死刑者，不執行他刑，但從刑不在此限。

三、宣告多數無期徒刑者，執行其一。

四、宣告之最重刑爲無期徒刑者，不執行他刑，但罰金及從刑，不在此限。

五、宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上各刑合併之刑期以下定其刑期，但不得逾二十年。

六、宣告多數拘役者，比照前款定其刑期，但不得逾四個月。

七、宣告多數罰金者，於各刑中最多額以上各刑合併之金額以下，定其金額。

八、宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之。

九、宣告多數沒收者，併執行之。

十、依第五款至第九款所定之刑，併執行之。

一、數罪併罰方法之主義 立法例上關於數罪併合處罰之方法，主義有四：（一）併科主義，按罪科刑，一併執行，衡情論法，失之過嚴。（二）吸收主義，數罪俱發，從重處斷，失在過寬，不當獎勵犯罪。（三）限制加重主義，就數罪中所宣告最重之刑，加重之以爲合併之刑，此在科數個死刑無期徒刑時，事實上有不能適用之缺點。（四）折衷主義，觀刑罰之種類，爲分別之規定，事實上不能併科或加重者，則明定爲執行其一，可併科或加重者，則折衷之爲適當之處罰，即併用上述三種主義之精神者也，亦稱併用主義。本法所採爲折衷主義，故

於本條第一款至第四款死刑無期徒刑及第八款褫奪公權，探吸收主義，本條第五款至第七款有期徒刑拘役罰金探限制加重主義，本條第九款沒收及第十款依第五款至第九款所定之刑，則採併科主義。

二、本條數罪併罰之方法 本條正文所謂「分別宣告其刑」，係宣告刑，乃法官審酌犯罪之一切情狀，於裁判時，就各罪法定刑範圍內，分別量定宣示之刑罰也。所謂「定其應執行者」，係就各罪所宣告之刑，按照本條各款列舉之標準，定其應行執行之刑，第一款至第四款及第八款至第十款均屬強行規定，無更為裁量之權，而第五款至第七款之情形，則仍得就宣告各刑合併之刑期或金額之範圍內，斟酌裁量，以定其刑。

第一款規定宣告多數死刑者，執行其一，因執行一個死刑，生命即已斷絕，其他死刑，即再無執行之可能也。第三款規定宣告多數無期徒刑者，執行其一，則以無期徒刑監禁終身，以執行其一為已足，他罪之無期徒刑，無合併執行之必要，故第一款第三款均採吸收主義，執行其一。

第二款宣告之最重刑為死刑者，不執行他刑，但從刑不在此限，因從刑與主刑性質不同，無妨併予執行，第四款宣告之最重刑為無期徒刑者，不執行他刑，但罰金及從刑不在此限，可見罰金僅能與無期徒刑併科，而不能與死刑併科，因既執行死刑，即不能再就犯人本身執行罰金也。

第一款至第四款，雖係便於分別適用而設，惟實際上各款併用者，非無其例，如數罪宣告之最重刑爲死刑，而死刑之宣告又居多數時，既應適用第二款不執行他刑，又應適用第一款執行其一是也。

第五款第六款規定宣告多數有期徒刑或拘役者，均於各刑中之最長期以上各刑合併之刑期以下，定其刑期。此種執行刑期，雖得由法官斟酌罪致情狀，自行量定，但有期徒刑併執行之刑期，不得逾二十年，拘役併執行之刑期，不得逾四個月，俾與第三十三條第三款第四款之法意不相違背，至第七款宣告多數罰金者，於各刑中之最多額以上，各刑合併之金額以下，定其金額，其限制加重範圍內，執行金額之多寡，亦由法官量定。

第八款規定宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之，「最長期間」不備以宣告褫奪公權一年以上十年以下者爲限，即宣告褫奪公權終身者，亦包括在內，本款僅規定就最長期間執行，而於宣告多數褫奪公權終身或宣告多數有期褫奪公權，其最長期間完全相同者，究應如何定其執行，則無規定，解釋上應以「執行其一」爲適當。

第九款「宣告多數沒收者併執行之」，因沒收所以消滅犯人再犯之憑藉，若採吸收主義執行其一，恐不能達沒收之目的也。

第十款所謂「依第五款至第九款所定之刑併執行之」，例如被告所犯四罪分別宣告其刑，一罪處有期徒刑五年，褫奪公權三年，一罪處有期徒刑七年，併科罰金三千元，褫奪公權五年，

並沒收因犯罪所得之物，一罪處拘役五十日，併科罰金五百元，一罪處拘役一月，並沒收供犯罪所用之物，應依第五款至第九款先就有期徒刑最長期七年以上，合併刑期十二年以下，定其執行有期徒刑之期間，次就拘役最長期五十日以上，合併刑期八十日以下，定其執行拘役之期間，再就罰金最多額三千元以上，合併金額三千五百元以下，定其執行罰金之額數。至二個褫奪公權中，僅執行其最長期間之五年，及兩個沒收併執行之。以上所定應執行之者，期徒刑拘、罰金褫奪公權及沒收，應依第十款規定，一併執行，此由罪責不同，以併科爲宜也。再本條規定併執行者，以依第五款至第九款規定之情形爲限，與分則所定一罪併科徒刑罰金，而結果須一併執行者，不可相混。

三、數罪併罰之裁判與上訴之關係 數罪併罰分別宣告其刑外，並應依本條所列各款定其應執行之刑，此項應執行之刑，刑事訴訟法第三零一條雖未規定應記載於判決主文之內，惟爲執行便利，總以同時宣告其應執行之刑爲宜，尤以第五款至七款等限制加重各款，其應執行之刑期均有待於法官之自行量定，自應於主文內一併記明，以免執行時發生疑問。再數罪併罰，若當事人對於其中一罪聲明不服，係一部上訴，其效力不及於全部，蓋數罪各自可分，與一罪之不可分者有別，惟一罪上訴結果，與其他數罪所定應執行之刑，自不免發生影響，該有關係之部份，亦應視爲上訴。上訴審認爲上訴有理由者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件，自爲判決（刑訴法第三四〇條第三六一條第三八九條第三九〇條參照）。

判解舉例

- (1) (新例) 依裁判時之法律，原非併合論罪案件，嗣因赦令分別減刑，仍應合併執行，不生更定執行刑問題（司法院二十五年院字第一六〇四號解釋）。
- (2) 徒刑（有期）拘役罰金各科其一時，法無特別規定，當然併予執行（司法院院字第一七〇號解釋）。
- (3) 一人犯數罪，各罪均處死刑或無期徒刑，並科無期徒刑褫奪公權者，雖判決主文中未諗知執行之刑，當然執行其一，事實上亦決無執行多數死刑多數無期徒刑多數無期徒刑褫奪公權之情形（司法院院字第六二二號解釋）。
- (4) 宣告多數期間相同之有期褫奪公權，應以其中之一個褫奪權為最長期，定其應執行之刑（司法院院字第六六〇號解釋）。
- (5) 一罪宣告拘役，一罪宣告有期徒刑者，既係併合執行，與刑法（舊）第七十條第三款第四款第八款指宣告多數有期徒刑或多數拘役之情形不同（最高法院十九年上字第一三三三號判例）。
- (6) 查宣告多數之有期褫奪公權者，止執行其中最長期之褫奪公權，刑法上有明文規定，原判決關於殺人一罪，褫奪公權十一年，殺人未遂一罪，褫奪公權六年，其最長之褫奪公權為十一年，乃竟定執行褫奪公權十二年，顯屬違法（最高法院二十年上字第一一七號判

例)。

(7) 刑法(舊)第七十條第六款所謂宣告多數之有期褫奪公權，止執行其中最長期之褫奪公權云者，係指數個刑期長短不同之褫奪公權而言，若數個褫奪公權其刑期長短均屬相同者，依本款立法精神，只能執行其中之一個褫奪公權，不能依第三第四第五各款之例，併合定期執行刑期(最高法院二十三年第六三八號判例)。

(8) 刑法(舊)第七十條第八款，係規定併合各罪判處多數之有期徒刑拘役罰金褫奪公權之執行辦法，與舊宣告多數之有期徒刑而宣告一個褫奪公權之情形不同，其僅一罪部分宣告褫奪公權，當然應與徒刑同執行，不得依該條第八款爲定其執行之根據(最高法院二十三年上字第二九九五號判例)。

(9) 查審判確定前犯數罪者，應將各罪分別科刑，分別宣告，再定其應執行之期，始爲合法，雖所科各刑內，有無期徒刑或死刑者亦同，不得因不執行他刑，遂即不科他刑，又徒刑爲刑之一種，應與主刑併宣告之(前大理院六年非字第三三號判例)。

(10) 刑法(失效)第二十三條第六款係對於俱發各罪分別判處徒刑拘役及罰金者，規定其執行辦法。本案被告之徒刑罰金，乃係基於法文上特別之規定，判予併科，其併予執行爲當然之結果，與該條第六款並無關係(前大理院八年上字第一三六號判例)。

(11) 上訴人前犯竊盜一案，經判決罪刑後，雖未執行，而另犯本罪時，前案判決固早已確

定，此種已經審判確定尚未執行又犯他罪之案，既與刑律（失效）關於俱發或累犯各特別規定皆不相符，其後罪之刑與前科之刑，當然併執行之，且亦無庸宣告（前大理院十年上字第一二七七號判例）。

第五十二條 數罪併罰，於裁判確定後發覺未經裁判之餘罪者，就餘罪處斷。

第五十三條 數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑。

第五十四條 數罪併罰已經處斷，如各罪中有受赦免者，餘罪仍依第五十一條之規定，定其應

執行之刑，僅餘一罪者，依其宣告之刑執行。

一、數罪併罰於裁判確定後發覺餘罪之處斷 數罪併罰，原則上以在裁判確定前發覺者為限，始能依前條之規定處斷，然數罪中亦有於裁判確定後始行發覺者，究應若何處斷乎？第五十二條特規定為，「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，」所謂「就餘罪處斷」，若斷章取義以求解釋，似僅宣告餘罪之罪刑為已足，惟本條大前提係數罪併罰，則除將未經裁判之餘罪宣告其刑外，並應連同前罪經裁判確定之刑，依第五十一條相當之款，定其應執行之刑，至先之裁判既經確定，且已生執行力，若欲以後之裁判，分別宣告前罪與餘罪之刑，並定其應執行之刑，則為法所不許，故僅須就未經裁判餘罪處斷，並依前條規定，宣告其執行刑較為妥當也。例如某甲犯傷害強盜兩罪，強盜罪先發覺，已經裁判宣告有期徒刑七年，裁判確定開始執行，又發覺未經裁判之傷害罪，此時對於強盜宣告之刑，

已經確定之裁判，毋庸撤銷，只須就未經裁判之傷害罪處斷，若傷害罪宣告有期徒刑二年，則依第五十一條第五款規定，於最長期七年以上，兩刑合併之刑期九年以下之範圍內，定其執行之刑期可也。

「未經裁判之餘罪」為一罪或數罪，非所計，即已經確定裁判者，究只一罪抑已有數罪，亦可不問，惟確定裁判係數罪時，在裁判當時固已依數罪併罰之規定處斷，則於餘罪發覺後處斷之際，究應以前裁判所分別宣告之刑為基礎，抑應以前裁判所已定之執行刑為基礎，而更定應執行之刑，實用時難免發生疑問。依論理解釋，上述情形應以前裁判分別宣告之刑為定應執行之刑的基礎，而前裁判所定執行之刑，則因本條規定而失效，蓋以分別宣告數罪之刑為基礎，定其應執行之刑，為第五十一條所明定，自不容以已定之執行刑雜入其中，致相窒礙，而就餘罪處斷，足使確定裁判處刑部分失其效力，又係基於本條特別規定推論結果所當然者也。

再本條所謂確定裁判後，包括「裁判甫經確定」，「裁判確定已經開始執行」，及「執行已經完畢」（死刑無期徒刑當然除外）而言，就餘罪處斷，定其執行之刑時，與其已經執行之刑，以刑期或金額計者，均應通計合算。換言之，即其「應執行之刑，以已受一部之執行」論，若前罪之刑，已執行完畢者，就餘罪處斷時，亦須更定其執行之刑，執行時並須通算，扣除執行終了之刑。判解舉例如左：

(一)甲罪未裁判前，乙罪業已裁判確定，自應專就甲罪審斷，合與乙罪原處之刑，依刑法(舊)第七十條定其執行之刑(司法院院字第六六二號解釋)。

(二)俱發罪更定其刑，若先發之罪，已受執行，應將已經執行之刑通算後定之刑(前大理院統字第八六五號解釋)。

(三)上告人先發和賈一罪，經地方審判廳判處徒刑，於原審就後發餘罪判決前，執行終了，自應依刑律(失效)第二十四條將已經執行之刑，通算後定之刑，定其執行刑期，再由執行時扣除其已執行之刑期，原判決於此，竟未過問，未免疏漏(前大理院九年上字第一〇六九號判例)。

第五十二條定爲就餘罪處斷者，蓋欲貫徹併合處罰之法意耳，故可從前條之例，更定前後各罪之執行刑，如前罪已經執行，並應通算於執行時扣除其已執行之刑，惟餘罪雖經發覺，因前罪受重刑之判決已經確定，縱就餘罪起訴或科刑，於應執行之刑並無重大關係者，即無併合處罰之實益，檢察官於此情形，對於餘罪得爲不起訴之處分(刑訴法第二二三條)，起訴後法院認爲餘罪毋庸科刑者，應諭知免訴之判決(刑訴法第二九四條第三款)。例如某甲犯殺人罪，經判處死刑，確定後又發覺未經裁判之傷害罪，依第五十一條第二款規定，執行死刑者，不執行他刑，此時縱將傷害罪判處徒刑，拘役，或罰金，徒多勞費，故偵查中得爲不起訴之處分，審判中可逕爲免訴之判決，以符本法開採吸收主義之

精神，此與唐律「若一罪先發，已經論決，餘罪復發，其輕者等勿論，重者更論之，通計前罪，以充後數」，其立法旨趣，正復相同也。

又併合處罰之實益，在於執行問題，若先發之罪經判處徒刑宣告緩刑確定後，發覺餘罪，而就餘罪處斷時，若緩刑未經依法撤銷，則毋庸通算定其應執行之刑，祇須宣告餘罪之刑為已足。

齊例如左：

(一)前罪緩刑之宣告已經確定，如未依法撤銷，只得宣告餘罪之刑（司法院院字第三四二號解釋）。

(二)併合論罪之案件，檢察官先將一罪起訴，經判處徒刑宣告緩刑確定後，又將他之一罪起訴，經審理結果，仍須判處徒刑，如先判之一罪未經依法撤銷緩刑，則祇得就後判之一罪宣告刑罪，毋庸定其應執行之刑（司法院院字第九三五號解釋）。

二、數罪併罰有數裁判時併合處罰之方法。數罪分別裁判而有二以上之裁判者，雖與第五十二條裁判確定後發覺餘罪，就餘罪處斷之情形不盡相同，仍有合併處罰之必要，故第五十三條復明定為「依第五十一條之規定定其應執行之刑」，「裁判」指科刑裁判，必「二裁判以上」均係宣告刑，始有併罰之可言，至各該裁判為一罪之裁判，或數罪之裁判，在所不問。「再二裁判以上」須均係確定之裁判，始適用第五十三條定其應執行之刑，而定執行刑之際，

且須以有更定其刑之必要者爲限，如無此必要者，卽無庸另定其應執行之刑也。例如某甲所犯傷害妨害自由二罪，經重慶地方法院判處有期徒刑，已依第五十一條第五款定其執行之刑期，未執行逃至成都，又發覺曾犯妨害名譽及損毀二罪，由成都地方法院各處罰金，亦已依第五十一條第七款定其執行之金額，裁判確定在案，方執行時，前在重慶所判二罪已定，執行刑期一案，亦經發覺。此種情形，有期徒刑與罰金，依第五十一條第十款，原應一併執行，成都法院方面，卽無庸另定其應執行之刑也。

二裁判以上，既各自宣告罪刑，如有另定其執行刑之必要時，不能將裁判撤銷，另行宣告其罪刑，祇須定其應執行之刑爲已足，其程序依刑事訴訟法第四百八十一條之規定，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官聲請該法院裁定之。

實例如左：

(一)(新例)某甲犯子罪，於判處徒刑未確定前，在所脫逃，並於子罪裁判確定後，續犯寅罪，獲案經法院就其脫逃之丑罪與寅罪分別論科，嗣該丑寅兩罪亦先後確定，某甲所犯丑罪，既在子罪裁判確定前，如子丑二罪之宣告刑具有刑法第五十一條第五款至第七款之情形，自應由檢察官依刑訴法第四百八十一條刑法第五十三條，聲請定其應執行之刑，至寅罪既在子罪裁判確定後所犯，卽與刑法第五十條之規定不合，自將寅罪所宣告之刑，與子丑二罪所定之執行刑，合併執行(司法院二十八年院字第一九一四號解釋)。

(二) (新例) 某甲犯盜案二起，由子丑二法院分別判決，雖甲會對子法院判決在先之部分提起上訴，並於丑法院之判決確定後撤回，但丑法院既係判決在後，依刑訴法第四八一條規定，應由丑法院檢察官聲請定其執行刑，至子丑兩法院各就檢察官之聲請為執行刑之裁定，按諸前開說明，子法院之裁定當然無效（司法院二十八年院字第一八四六號解釋）。

(三) 併合論罪有二裁判以上，須更定執行之刑者，亦應由最後判決法院之檢察官，聲請法院詢問被告之意見後裁定之，但此項併合論罪，以裁判宣告前（本法定為裁判確定前）犯數罪者為限，若一罪判決確定後，另犯他罪者，即應合併執行，不得併合論罪（最高法院十八年上字第一三六號判例）。

三、數罪併罰各罪中有赦免者餘罪如何執行之問題 「赦免」指大赦特赦赦免其刑之執行及行刑權時效等而言，均足以消滅刑罰之執行，數罪併罰已經裁判各罪之中，有受赦免者，則其基礎動搖，所餘數罪或一罪，究應如何以定其刑之執行，亦一極關重要之問題。本法第五十四條則定為「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，其應執行之刑，僅餘一罪者，依其宣告之刑執行」，所謂「已經處斷」，指數罪已依併合處罰之例處斷，定其應執行之刑，並已裁判確定者而言，如數罪併罰之裁判，尚未確定，遇有赦免情形，則其餘罪可依通常併合處罰之例，定其執行之刑，而不必適用本條更定其刑也。

併罰之數罪中，遇有赦免者，其赦免之罪刑，既不能執行，若所餘尚有數罪，則仍依第五十一條就所餘數罪更定其應執行之刑，若僅餘一罪，則已不合數罪併罰之要件，故只須就所餘一罪之宣告刑而為執行，無從更定其刑，第五十一條規定「數罪併罰分別宣告各罪之刑」云云，此處即有實際之效用。

本條就餘罪更定應執行之刑，依刑事訴訟法第四百八十一條規定，亦由該案犯罪事實最後判決法院之檢察官，聲請該法院裁定之，至赦免之足以影響數罪原定應執行之刑者，以依第五十一條第五款至第七款併罰者為多，故刑事訴訟法第四百八十一條以明文規定之。

院解如左：

(一)(新例)關於數罪併罰之裁判確定後，未經執行或執行尚未完畢，其中有一罪因刑法不處罰而免其刑之執行，設仍餘數罪，應依刑法第五十四條及刑事訴訟法第四百八十一條之規定，聲請該院以裁定更定其刑，若僅餘一罪，則依其宣告之刑執行(司法院院字第一三〇四號解釋)。

(二)(新例)依裁判時之法律原非併合論罪案件，嗣因赦令分別減刑，仍應合併執行，不生更定執行刑問題(司法院二十五年院字第一六〇四號解釋)。

第五十五條 一行爲而觸犯數罪名或犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪者，從一重處斷。一、本條爲數罪併罰之變例 本條前段規定想像的競合犯，後段規定牽連犯，表面雖似構成數

個罪名，均規定爲從一重處斷，與裁判確定前犯數罪各別宣告其刑再定其應執行之刑者不同，故爲數罪併罰之變例。

二、想像的競合犯之要件

「一行爲而觸犯數罪名」，即學說上之「想像的競合犯」，亦稱「想像的數罪」，其要件如左：

(一)須基於一行爲 想像的競合犯以一行爲而觸犯數罪名爲要件，與數行爲而犯數罪名之實質的競合犯（亦稱實質的數罪）性質不同，「一行爲」者，基於一個決意所實施之一個行爲，其間動作之全體也。至於單一之意思或概括之意思，在所不問，如射擊一槍而斃二人，固爲一行爲，即如以一個意思擊斃拳踢數人，而同時重傷數人者，仍爲一行爲，若係分別起意，而爲數行爲犯罪者，則應以實質的數罪論。又一行爲不以單獨實施者爲限，於數人共同實施犯罪時，其所分擔範圍以內之行爲，表面上類似數行爲，惟係基於同一之決意，仍可認爲一行爲。再本法對於教唆犯採獨立處罰主義，如基於一個教唆意思，而以一個教唆行爲教唆他人犯數罪者，雖所觸犯者有數罪名，而其教唆行爲，則祇一個，故亦可發生想像的數罪之問題。

判例如左：

(1)甲同時誘去乙丙二人勒索，自係以一行爲而犯數項罪名，應以犯意所發生之行爲爲標準，乃原審計算人格法益，分別論科，殊有未合（最高法院十八年上字第六九五號判

例)。

(2) 上訴人於拒捕之際，開槍轟擊，傷及二人，固不得謂無殺人之故意，然係一行爲而犯數項罪名，應從一重處斷（最高法院十八年上字第七六〇號判例）。

(3) 上訴人等同時逮捕某甲某乙兩人，係屬單獨犯意所發生之一個行爲，應從一重處斷，原判決按照法益計算，併合論罪，殊有未合（最高法院十八年上字第九四五號判例）。

(4) 同時在途搶劫二人財物，如係屬於同一意思之一個行爲所致，則依刑法（舊）第七十四條之規定，一行爲而犯數罪名，應從一重處斷（最高法院十八年上字第九七〇號判例）。

(5) 查誘拐罪之成立，係以具備誘拐犯行及誘拐犯意之條件爲必要，如被誘人之子女，不爲犯罪之目的物，雖事實上攜帶同行，並不別稱罪名，若對於被誘人及其子女，均具有誘拐之故意，自係以一行爲而犯數罪名，應從一重處斷（最高法院十九年上字第二〇六號判例）。

(6) 被劫事主，本係近鄰，各住草棚一大間，原審既認定上訴人等分頭破門侵入，擄單內又載明同時被劫，自係一個搶劫行爲，其分頭侵入行劫，不過其犯分擔實施之計劃，仍應以一行爲論（最高法院十九年上字第一二一〇號判例）。

(7) 被搶劫之事主，雖爲二人，上訴人等已侵害二個財產法益，但上訴人等分擔實施，本係一犯行而生二罪，應從一重處斷，原審併合論罪，殊屬違誤（最高法院十九年上字第一三

二五號判例)。

(8)被告聽糾搶劫，雖被害者有六家之多，然當時既分頭搶劫，又不能證明其各別起意，應以一行爲犯數罪論，原判併合論罪，殊有未當(最高法院十九年上字第一三三二號判例)。

(9)雙方互毆，凡在場下手之人，對於彼造之死傷，雖均負共同實施之責，然既係同時分頭下手，自屬一個行爲，依刑法(舊)第七十四條規定，以一行爲而犯數項罪名，應從一重處斷，原審各別論科，亦非適當(最高法院十九年上字第一九二八號判例)。

(10)上訴人等果係以共同之意思，同時傷害某某等二人，依刑法(舊)第七十四條一行爲而犯數項罪名從一重處斷之規定，應論以共同傷害一罪，如無共同意思，彼此各別傷害，某某等則應就各人等之傷害行爲，分別論科(最高法院二十年上字第八二六號判例)。

(11)上訴人與甲乙等同時分頭搜劫某丙稻船，及不知姓名之草船，固屬一個強盜行爲，但其侵害數個財產法益之結果，自係一行爲而成立數罪，應從一重處斷(最高法院二十年上字第一五三五號判例)。

(12)同時加害三人，雖被害人受傷輕重不同，核其情形，顯屬一行爲而生數結果，自應依刑法(舊)第七十四條從一重而就同法第二九五條論以一罪(最高法院二十一年上字第五六二號判例)。

- (18) 以共同意思同時殺死五人，即係一行為而犯數罪，應依刑法（舊）第七十四條處斷（最高法院二十一年上字第六四六號判例）。
- (14) 結夥數人同時搶劫商店戶數十家，則分頭下手之際，其行為之次數，本屬無從強為分折，自係一個搶劫行為，雖犯數個罪名，應從一重處斷（最高法院二十一年上字第八〇九號判例）。
- (15) 共犯於同時同地共同傷害四人，自屬以一行為而生數結果，應依刑法（舊）第七十四條處斷（最高法院二十一年上字一四〇號判例）。
- (16) 以一行為而同時毆傷數人，應依刑法（舊）第七十四條處斷（最高法院二十二年上字第二〇〇號判例）。
- (17) 同一處所分頭行劫兩家者，依一行為而犯數罪之例處斷（最高法院二十二年上字第七六五號判例）。
- (18) 刑法（舊）第七十四條前段所謂一行為而犯數項罪名，係指所犯數罪為一個犯罪行為之結果，換言之，即指該項犯罪出於一個意思之發動者而言，如果意思各別，自屬數個獨立之犯罪，不能適用該條從一重處斷（最高法院二十二年上字第三七五三號判例）。
- (19) 危害民國緊急治罪法（舊）所定擾亂治安之罪，如果匪黨共同預定整個計劃，以搶劫擄勒為手段，由各黨徒同時分途實行其計劃，則各該黨徒搶劫擄勒之行為，固可認為分擔犯

罪行爲之一部，而負共同罪責，換言之，卽其犯罪實施可包括的認爲一行爲，依刑法（舊）第七十四條前段，論以共同之重罪，非然者，雖事前定有整個搶劫擄勒之計劃，而先後由各該黨徒分別實施，則僅止連續犯罪，並非一行爲，自應就各該黨徒於其所實施之行爲，分別負責，其他未曾參與實施者，不過負同謀責任而已（最高法院二十三年上字第八四四號判例）。

(20) 於共同行劫時，用火灼逼事主取財，同時傷害一人致死，又傷害二人，顯係一行爲而觸犯數項罪名，應依刑法（舊）第七十四條從行劫傷人致死之重罪處斷（最高法院二十三年上字第二五六三號判例）。

(二) 須觸犯數罪名 觸犯數罪名，卽同一行爲同時構成數個犯罪之意，罪名是否相同，在所不問，換言之，想像的競合犯，重在罪之個數，而非重在罪之本質也。(1) 一行爲觸犯同時種類之數罪名者，爲同種類之想像競合犯，如以一槍而同時殺斃數人，係觸犯數個殺人罪是。(2) 一行爲觸犯數項種類不同之罪名者，爲異種類之想像競合犯，如開一槍而同時發生毀物與殺人之結果，係觸犯損毀罪與殺人罪是也。

判解如左：

(1) 行爲侵害數個法益，雖所犯均爲同一罪名，仍應適用一行爲犯數罪名從一重處斷之規定（司法院院字第九四四號解釋）。

- (2) 本案被害人之人格法益雖有五個，而僅基於一個過失所致，按之刑法(舊)第七十四條自應從一重處斷，原判乃依刑法第七十條併合論罪，其見解自有未合(最高法院十九年上字第一八一七號判例)。
- (3) 既係於同時同地殺害某等三人，而又不能證明其分別起意，依刑法(舊)第七十四條之規定，應依一個殺人罪處斷(最高法院二十年上字第六十號判例)。
- (4) 被誘人雖係三人，然既同時被誘，自屬一個誘拐行爲，應依一重處斷，不得分別科處(最高法院二十年上字第二七六號判例)。
- (5) 本案雖被殺死者有某甲一人，殺傷未死者有某乙一人，上訴人既自認有心把他們砍死，是預謀當時，即有砍死二人之故意，如果確係基於一個意思發動之行爲，縱被侵害者不止一人，依刑法(舊)第七十四條之規定，祇應從一重處斷(最高法院二十年上字第九三三號判例)。
- (6) 查上訴人既係一槍誤傷二人顯係一過失而生數結果，應依刑法(舊)七十四條處斷(最高法院二十年上字第一二四七號判例)。
- (7) 上訴人同時將母女計誘價賣，顯係一行爲而犯數罪名，應從一重處斷，第一審遽以併合論罪，原審未予糾正，自屬於法有所違背(最高法院二十年上字第一二七一號判例)。
- (8) 綁擄三人爲同一時間同一處所，應以一行爲論，原審分別宣告其刑顯有未當(最高法院

二十年上字第一六五六號判例)。

(9)關於殺害某甲某乙某丙部分，被害者雖有三人，但據某丁稱上訴人夥同多人將某甲某乙某丙拉至某山地方，同時殺斃，倘係以一行爲而殺害數人，則依刑法(舊)第七十四條規定，即應從一重處斷(最高法院二十年上字第一七六八號判例)。

(10)查被害人父子既係上訴人與某等預謀邀出，一同槍斃身死，其被害者雖有二人，而行爲僅止一個，顯係一行爲而犯同項數罪，原判決不依刑法(舊)第七十四條而依同法第七十條第二款併合論罪之例科斷，自屬失當(最高法院二十年上字第一九八四號判例)。

(11)本案被害者雖爲母子二人，但被告之殺人行爲，既發動於同一意思，又在同一處所實施，依刑法(舊)第七十四條前段之規定，自應依一罪處斷，原判處被告以兩個殺人未遂罪，亦有未合(最高法院二十年非字第七號判例)。

(12)同時同地殺害三人，被告人雖有已死未死之分，但加害人係以一行爲而犯數罪，核與刑法(舊)第七十四條之規定相當(最高法院二十年上字第二八八號判例)。

(13)殺害二人係出於一個行爲，即不應以被害法益爲標準併合論科(最高法院二十一年上字第八二〇號判例)。

(14)同時同地捕獲多人，令各交銀元，純係一個行爲，雖被害法益，不止一人，釋放被害人之時期，稍有參差，究與連續數行爲而犯同一之罪名者迥不相同，第二審竟依刑法(舊)

第七十五條處斷，自有未合（最高法院二十一年上字第一五二四號判例）。

(15) 同時同地加害二人，既無各別犯意之證明，自係一個行為，即在實施殺人之正犯，尚不得以其殺人，有既遂未遂，就被害之人數分別論科，第二審判決乃於以概括意思而幫助殺人之從犯，不從一重處斷，竟分別處以兩個殺人之罪刑，自屬違法（最高法院二十一年非字第七十五號判例）。

(16) 所謂一行為而犯數罪名，係指所犯數罪，為一個犯罪行為之結果，換言之，即指該項犯罪出於一個意思之發動者而言，如果意思各別，自係數個獨立之犯罪，不能從一重處斷（最高法院二十二年上字第三七五三號判例）。

(17) 被告意圖毒斃某全家，雖被害之法益有四，而實基於一個謀殺之行為，在被告之心術上，既未懷二種獨立罪之惡意，即不得謂非一行為而犯數項罪名，自應依據刑法第七十四條（舊）處斷，初判乃以被害之法益計算，依同法第七十條第三款併合論罪，原審復未糾正，均屬違法（最高法院二十二年非字第一四二號判例）。

三、想像的競合犯之處斷 依本條規定，想像的競合犯，係就所觸犯數罪名中「從一重處斷」而視為一罪，換言之，即比較數罪名法定刑之重輕，諭以最重之刑，其重輕之比較，依第三十五條之規定，法官雖應從數罪名中刑度最重之罪名處斷，而宣告其刑時，仍可在刑度範圍內自由裁量也。

四、想像的競合與法律競合 想像的競合犯，係一行為在想像上同時觸犯數罪名之競合的狀態，與法律競合不可相混，所云法律競合者，單一的犯罪行為，發生單一的结果，祇因法律規定錯綜複雜，以致單一之犯罪而有數法律競合適用，法官只能適用一種相當之法律斷定爲單純一罪，而不發生數罪競合之問題者也。故法律競合純係單純一罪之法律適用問題，在相競合之數法律中，僅能適用其一，而當排除其他法律之適用，茲述其重要關係分別解決如次：

(一)特別法優先於普通法 一行為觸犯普通法與特別法之規定，應依特別法處斷，而不適用普通法，又有相同的法律與相異的法律之分：

甲、相同的法律之特別關係 相同的法律中可適用特別法優先於普通法之原則者，其例有二：

(1)變態法優先於常態法 如對於友邦元首妨害名譽者，非通常的妨害名譽罪，應適用第一百十六條之妨害國交罪（變態法）處罰。

(2)複雜法優先於單純法 如侵占公務上或因公益所持有之物者，亦侵占之行為也，然當適用第三百三十六條（複雜法）處斷，而排斥第三百三十五條單純侵占罪之適用。

乙、相異的法律之特別關係 如充當漢奸者不適用普通刑法外患罪之規定，而當適用懲治漢奸條例（二十七年八月十五日修正公布）處罰。又如軍人犯內亂罪，有普通刑法與陸海

空軍刑法之競合適用，當依陸海空軍刑法處斷。再文武軍民人等戰時犯中華民國戰時軍律（二十六年八月二十四日公布施行）之罪者，俱照該軍律治罪，則又應排除普通刑法與陸海空軍刑法之適用。

(一)基本法優先於補充法 補充法所以補充基本法之不備，基本法與補充法競合適用時，當然適用基本法，例如有追訴或處罰犯罪職務之公務員，濫用職權為逮捕或羈押者，已有第一百二十五條之基本法條可以適用，自無更依第一百三十四條補充法條處斷之理。

(二)實害法優先於危險法 危險法與實害法競合時，應適用實害法，例如越強暴於直系血親尊親屬使受重傷者，應適用第二百八十條比照第二百七十八條之規定加重其刑至二分之一處斷，而排斥第二百八十一條規定之適用。

(三)全部法優先於部分法 如犯罪既遂之規定，為全部法，預備陰謀未遂之規定為部分法，犯罪既遂時，即依既遂犯之規定處罰，不再適用預備陰謀未遂犯之規定，蓋全部法之行為已包括部分法之行為也。

(四)吸收關係 法律規定高度行為吸收低度行為者，依規定高度行為之法處斷，例如使人受重傷者，已將傷害人身體健康之行為吸收在內，故應適用第二百七十八條之重傷罪處罰，而不適用第二百七十七條之規定，又法律有後行為吸收前行為者，則依後行為之法處斷，如先僅幫助他人犯罪，旋即共同實施，應以共同正犯論罪，不更論以從犯，又如先僅預備

殺人，後乃實行殺人，亦係前行為後行為所吸收，當依第二百七十一條第一項處罰，不再適用同條第三項之規定。

(六) 結合關係 原係二以上可以獨立之犯罪行為，法律上結合之俾成一體者，依結合犯之法律處斷，例如誘人勒索，故意殺被害人，分之則為誘人勒索與殺人二罪，惟既結合成為一罪，即應依第三百四十八條第一項處罰，而第三百四十七條及第二百七十一條之規定即無分別適用之餘地。

(七) 擇一關係 不兩立之法律擇一適用，例如不法圖利之行為，既相當於第三百三十五條之侵佔罪，又相當於第三百四十二條之背信罪時，即係一行為而有不相兩立之條文競合適用，當探求立法精神選擇其最相當之一條而為適用，不得誤為想像的競合犯，遍引各條再依第五十五條從一重處斷也。

(八) 一行為生數結果，而其數結果可認為包括的一個法益者，仍為單純一罪，即適用規定該罪之法條以單純一罪處罰，亦非觸犯數罪名，遍引有關各法律條文從一重處斷。蓋人格法益與個人有不可分之關係，以人數計算法益，財產法益以監督權之單數複數為標準，至公共法益係指國家生存，社會秩序公共安寧等而言，凡侵害公共法益之犯罪，不問其侵害私的法益與否，原則上均認為包括的一個法益，如單一的誣告行為，雖誣告十人只成一誣告罪，單一的放火行為，雖延燒數十家之房屋，只成一個放火罪是也。

## 判解舉例

(1) (新例) 所謂法條競合，係指一個犯罪行為因法律錯雜之故，致觸犯數個法條適用某一個法條時，可以排斥他法條者而言，若其行為雖只一個而行為內容既包含數個罪質，此項數個罪質，係列舉於某一條款之內，並無方法或結果之關係，又與一行為觸犯數罪有異者，則判決時自應列舉各款，否則即為違法。本件上訴人攜帶兇器結夥三人以上強盜，係犯刑法第三百三十條第一項之罪，而有同法第三百二十一條第一項第二第三第四各款情形，既非因法條之錯雜一行為觸犯數個法條適用一法條時，可以排斥他法條，而其結夥三人與攜帶兇器又無方法結果之可言，與一行為觸犯數罪又有不同，自應列舉兩款而為判決（最高法院二十五年上字第一〇四號判例）。

(2) 刑法（舊）第一百七十條共分四項，其第三項為第二項之加重規定，苟有聚眾以強暴脅迫脫逃之行為即應成立該條第三項之罪，縱使損壞拘禁處所或械具，乃聚眾以強暴脅迫脫逃當然發生之結果，不能於該條第三項之罪外併論以同條第二項之罪，原審謂一行為觸犯兩項罪名，依同法第七十四條前段從一重處斷，實有未當（最高法院十七年上字第四五二號判例）。

(3) 因強灌毒藥致傷害人身體，此種傷害行為即已吸收於殺人行為之內，並不另成立傷害罪名，原審乃以傷害為殺人之手段，適用刑法（舊）第七十四條處斷，顯屬誤會（最高法院

十九年上字第一三三六號判例)。

(4) 查某氏係上訴人之祖母，該上訴人因強盜而殺害某氏，就殺害尊親屬一部分之行為言，固與刑法(舊)第二百八十三條第一項(相當於本法第二百七十一條第一項)之規定相當，若就全部之強盜殺人而論，實與當時應適用之刑法第三百五十條(本法第三百三十二條第四款)之規定相合，審核事實該上訴人所犯之罪，乃刑法第二百八十三條第一項與第三百五十條適合適用之情形，與同法第七十四條前半段想像上數罪俱發之規定頗有不同，依全部法優於一部法之原則，絕無兼用兩條而依第七十四條處斷之餘地，原審竟引第七十四條，顯有未合(最高法院十九年上字第二〇八三號判例)。

(5) 查上訴人偽造署押為偽造文書之方法，行使偽造文書為詐欺取財產上不法利益之方法，但偽造文書志在行使，其偽造行為當然為行使行為所吸收，其間並無方法結果之關係，原審以偽造與行使發生牽連問題，而對於詐取財產上不法之利益係屬未遂，原審亦未明白認定，均有未當(最高法院二十年上字第一七八九號判例。本例為牽連犯抑為吸收關係，尙有討論餘地)。

(6) 結夥三人以上及攜帶兇器，均為強盜罪之加重條件，與想像上數罪俱發情形不同，原審二審法院判決乃認為一行為而犯數項罪名，依刑法(舊)第七十四條前段處斷，法律上之見解自屬可議(最高法院二十年上字第二九五九號判例)。

(7) 殺人之行為其傷害人之事實，除證明先祇有傷害之故意，傷害後始起意殺人，應併合論罪外，當然吸收於殺人行爲之內（最高法院二十三年上字第二七八三號判例）。

(8) 刑法（舊）第二百八十條（相當於本法第一百六十九條）第二項之偽造證據，係指未實行誣告者而言，若以偽造之證據實施誣告，則低度行爲爲高度行爲所吸收，自無適用同條第三項之餘地（最高法院二十三年上字第三六六三號判例）。

(9) 甲將所收僞幣託由乙覓人購買金丹，其購買金丹之行爲即其行使行爲之實施，並不發生詐財問題（前大理院九年上字第一一二三號判例）。

(10) 原審認被告應成立收受後行使僞造貨幣罪，尙無不合，惟該被告人之行使此項僞幣，其意在圖利，本屬當然之事，原審竟併論以詐財依刑律第二十六條處斷，其法律上見解殊有誤會（前大理院十一年上字第九九號判例）。

五、牽連犯之要件 牽連犯者，犯一罪之原因與其結果，或犯一罪之方法與其目的之間，有牽連關係之存在從一重處斷者也。牽連犯之範圍，學說不一：（一）犯意繼續說，凡犯罪方法或結果相牽連之事實，構成犯罪而犯人具有繼續之犯意者，均屬於牽連犯，此說不但範圍太寬。且與連續犯繼續犯復有混淆之嫌。（二）相互形成一部說，謂必其方法或結果與所犯之罪在法律上包含於一個犯罪行爲之觀念中，即各行爲須相互形成犯罪之一部者，始得謂之牽連犯，此其所說非徒範圍甚狹而與所謂吸收犯結合犯亦有混同之處。（三）直接關係說，犯罪之

目的行爲與方法行爲或結果行爲，有直接密切之關係者，即爲牽連犯，本法第五十五條後段規定：「犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名者，從一重處斷」是，蓋揭明方法行爲與結果行爲本可劃分，惟因與其所犯之罪，目的行爲有直接密切之牽連關係，可從一重處斷，其立法精神，當係採用直接關係說者也。茲分析其要件如左：

(一)所犯之罪與其方法或結果行爲有牽連關係之存在 牽連犯之各行爲間有無牽連關係之存在，不得純以主觀上意思之聯絡爲標準，並須依客觀事實以決定之，即在客觀上，其方法行爲或結果行爲與所犯之罪目的行爲有直接密切之關係者，即可解爲牽連犯。

甲、所云「犯一罪而其方法之行爲」非其犯罪之法定構成要素，僅爲其犯罪行爲之方法上所爲之行爲，另犯他罪名而已，如侵入住宅而強姦，行使偽造之文書而詐欺取財，其侵入住宅，爲強姦罪所採之方法行爲，行使偽造之文書，爲詐欺取財罪所採之方法行爲，不但與目的行爲之意思具有聯絡關係，而在客觀上復與所犯之罪顯有直接密切之牽連關係，故可認爲牽連犯，至若抱殺甲之目的先入乙之住宅，以不法所有之意思，竊取乙之手槍，再以其所竊取之手槍實行殺甲，此例如從純主觀論觀之，則竊盜與殺人之罪未始不有方法與目的之關係，然在客觀上言之，其竊取手槍行爲，不但非殺人罪通常所採之方法，且與殺人罪僅有間接關係，並無直接密切之關係，故非牽連犯，仍爲實質的數罪。

乙、所云「犯一罪而其結果之行爲」亦非屬於其犯罪之構成要素，乃指犯一罪所生之結果行

爲而言，即其犯罪與結果行爲之間，有客觀上直接密切的牽連關係存在者也。例如路誘未滿二十歲婦女而剝奪其行動自由，殺人而遺棄其屍體之類，其剝奪行動自由，爲路誘未滿二十歲婦女所生結果行爲，遺棄屍體爲殺人罪所生之結果行爲，此即所犯之罪與其結果行爲不但意思聯絡，在客觀上復有直接密切之牽連關係，而應認爲牽連犯，從一重處斷者也。再既曰「犯一罪而其結果行爲犯他罪名」爲牽連犯之要件，則與因犯罪致發生一定之結果而有加重其刑之加重的結果犯，自不相同，如上例殺人而遺棄屍體，係牽連犯，客觀上具有牽連關係之結果行爲並非意外發生之事，至如因犯傷害罪而致人於死，因犯強姦罪而致被害人於死，或差忿自殺之類，均非客觀上具有牽連關係之另一結果行爲，不過係行爲人所能預見發生之加重的結果，法律上既已加重其刑，絕不容與牽連犯相混也。

(二)犯一罪而其方法或結果之行爲更犯其他之罪名 基本的犯罪行爲，觸犯某罪名之外，其方法或結果之行爲亦須觸犯其他之罪名，即其兩個行爲觸犯不同之罪名也。牽連行爲觸犯不同之罪名，爲牽連犯之特質，此與想像上數罪所觸犯之數罪名有相同或相異者，性質上自有區別也。然犯一罪而其方法或結果之行爲，若無牽連關係之存在，則仍爲數罪，例如殺人後移屍仇家，以圖嫁禍而誣告仇家殺人者，則殺人與誣告行爲斷不能認爲牽連犯，再牽連犯至少以觸犯二個罪名爲單位，若以結果行爲爲方法，再生其他結果，觸犯他罪名

者，亦仍不失爲牽連犯，如先則偽造文書（方法行爲），繼則行使偽造之文書（結果行爲又用爲方法），最後乃詐欺取財（最終之犯罪）者，亦牽連犯也。

判解舉例如左：

- (1)（新例）甲與有夫之婦乙相姦，嗣因戀姦起意將乙誘逃，應依相姦及意圖姦淫而和誘二罪併罰，若甲以姦淫目的誘乙出逃，行至中途始與姦淫，應就相姦及意圖姦淫而和誘二罪從一重處斷（司法院二十七年院字第一七六八號解釋）。
- (2)（新例）教唆放火燒店，詐取保險賠款未遂，應成立教唆放火罪與詐欺取財未遂罪名，依第五十五條從一重處斷（最高法院二十八年上字第三二一八號判決）。
- (3) 強盜輕微傷害人，其結果既犯他項罪名，應依刑法（舊）第七十四條從一重處斷（司法院院字第五四一號解釋）。
- (4) 如保狀會捏用他人名義，並偽造商號圖章，顯係以偽造文書印章之手段達其圖利犯人隱避之目的，應依刑法（舊）第七十四條處斷（司法院院字第六八五號解釋）。
- (5) 所謂牽連犯，應從嚴認定（司法院院字第九三五號解釋）。
- (6) ××黨徒參加暴動時，如以搶劫財物，焚燬契據，各強暴行爲爲擾亂治安之手段者，應依刑法（舊）第七十四條從一重處斷（司法院院字第一〇八一號解釋）。
- (7) 殺人後遺棄屍體，本係殺人之結果，應依刑法（舊）第七十四條從一重處斷（最高法院

十八年上字第三五六號判例)。

(8) 上訴人之私禁行為，其目的係在以恐嚇使人交付所有物，應依刑法(舊)第七十四條從恐嚇罪處斷(最高法院十九年上字第九七六號判例)。

(9) 查上訴人持刀行兇，已有傷害之預見，其妨害公務，係屬傷害之結果，並非因妨害公務致人於傷，原審既依刑法(舊)第七十四條從傷害罪處斷，而判決主文載為妨害公務因而傷害人，殊嫌抵牾(最高法院十八年上字第九八二號判例)。

(10) 上訴人提出偽造借約，向法院道償已遂行使偽造文書之程度，惟行使文書，意在以詐術使人交付所有物，其行使偽造文書，為詐欺罪之方法，依刑法(舊)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)。

(11) 被告竊取其橋橋板，此項行為，顯係觸犯刑法(舊)第三百三十七條第一項竊盜之罪，其關於所犯第一九九條第一項公共危險罪之事實，係竊盜當然之結果，應依刑法(舊)第七十四條從竊盜重罪處斷，原審依刑法第三百三十七條第一項論處竊盜罪刑，固無不合，惟對於公共危險一罪原判理由竟誤認為竊盜罪所吸收，不依刑法第七十四條處斷，殊於法有違背(最高法院十九年非字第一四二號判例)。

(12) 犯強盜罪因而傷害人者，除致人重傷或致人於死，刑法(舊)第三百四十六條第三項已有特別規定外，其傷害人而未達於重傷以上之程度者，因傷害行為與強盜行為其間實有牽

連關係，依本院近來見解，應依刑法（舊）第七十四條後段從一重處斷（最高法院二十年上字第一三號判例）。

(13) 上訴人是否於以館舍供人吸食鴉片外，尚有販賣鴉片之行爲，如果查明其以館舍供人吸食鴉片，確爲販賣鴉片之方法，則販賣鴉片部分，縱未經檢察官起訴，而罪屬牽連，卽不能置諸不論（最高法院二十年上字第四二九號判例）。

(14) 販賣鴉片並以館舍供人吸食鴉片，如有方法結果關係應從一重處斷（最高法院二十年上字第六二九號判例）。

(15) 如傷害行爲（未達重傷程度）與強盜行爲確有牽連關係應從一重處斷（最高法院二十年上字第九八九號判例）。

(16) 上訴人以強盜目的侵入人家，既據合法告訴，且又觸犯刑法（舊）第三二〇條第一項之罪，應依第七十四條從一重處斷（最高法院二十年上字第一三九九號判例）。

(17) 強盜罪並非以傷人爲當然之方法，其既當場實施強暴拒捕傷人，則於犯強盜罪行並觸犯傷害人身體罪名，而此種傷害行爲又非犯人所不能預見，自應併依刑法（舊）第三百九十三條第一項及第七十四條從一重處斷（最高法院二十年上字第一七七六號判例）。

(18) 查某甲私禁某乙，當時如本有殺人意圖，固應依刑法（舊）第七十四條處斷，否則私禁行爲與殺人行爲並無方法結果之關係，自應併合論罪（最高法院二十年上字第一八六九號

判例)。

(19) 假如被告確係僱用公務員服飭，既非行使偽造銀行券所必要之手段，即難謂有牽連關係，原審併合論罪，本無不合(最高法院二十年上字第一九一一號判例)。

(20) 如係私禁中故意加以傷害，即應依刑法(舊)第六十九條就私禁併合論罪，假使某甲係被私禁因而致傷，縱未達於重傷程度，亦應適用刑法第七十四條比較私禁傷害兩罪，從一重處斷(最高法院二十年非字第二七號判例)。

(21) 強盜傷人未致死及重傷者，應就強盜傷害兩罪，從一重處斷(最高法院二十年上字第十四號判例)。

(22) 以非法方法剝奪人之行動自由，期達其恐嚇使人交付所有物之目的，應從一重處斷(最高法院二十一年上字第十五號判例)。

(23) 將年僅六歲之幼童，帶往他處投諸水中溺斃，如其賂誘行為，係預謀殺人之方法，應從一重處斷(最高法院二十一年上字第一六五號判例)。

(24) 以送縣問辯相恐嚇，且有私禁情事，應成立刑法(舊)第三百十六條第一項第三百七十條第一項之罪，依同法第七十四條從一重處斷(最高法院二十一年上字第二〇八號判例)。

(25) 按擄人勒贖之盜匪，於實施犯罪行為時，因事主抗拒而故意加以傷害以達其擄人之目的

者，應將傷害罪與擄人勒贖罪，從一重處斷（最高法院二十一年上字第六七九號判例）。

(26) 上訴人等與共犯將被害人細縛齋殿，致被害人因傷身死，據供稱先縛住他，他罵，才用棍打他，似此情形，原判僅論上訴人等以傷害人致死罪，竟置剝奪人行動自由之罪於不問，已屬遠誤；即細縛之初，上訴人等是否因意圖傷害，乃共同將被害人細縛，抑於細縛之後，因遭被害人辱罵始行加毆，其究應認爲一罪或二罪，於適用法則上亦有關係，原判明確認定，亦有未合（最高法院二十一年上字第一〇九四號判例）。

(27) 如果原判所謂擾亂治安行爲，即指燒搶行爲而言，而上訴人之搶劫放火目的，亦確在擾亂治安，則其搶劫放火，即爲擾亂治安行爲之實施，依法自應從一重處斷，原判併合論罪，原有未合。反之，若此項之搶劫放火，非係擾亂治安行爲之實施，而其擾亂治安，另有具體事實存在，兩者各別獨立，毫無牽連關係之可言，固可併合論罪，然其所謂擾亂治安者具體事實，究竟如何，原審並未明認，僅以共同擾亂治安一語含混認定，尤覺不合（最高法院二十一年上字第一七一號判例）。

(28) 殺人後用火焚屍，既係爲闔溼滅犯罪證據起見，則其損壞屍體，即係殺人之結果，應從一重處斷（最高法院二十一年非字第七號判例）。

(29) 起意殺人，既係事先受人唆使，實施下手，又係乘被害人熟睡之際，則其殺人自屬出於預謀，又殺人之目的，既在移屍嫁害，其殺人後之棄屍行爲，亦屬當然結果，依法應比較

殺人與遺棄屍體二罪，從重罪處斷（最高法院二十一年非字第七十三號判例）。

(30) 查竊犯兩罪，如有方法結果關係，應從一重處斷，刑法(舊)第七十四條定有明文。本案被告令人將其管有之樓房椽瓦拆卸，意圖變賣使用，是其毀壞建築物，純為實行侵占之方法，已無容疑，且以刑法第三百五十六條第一項之侵占罪，與同法第三百八十一條第一項之毀壞他人建築物罪刑相比較，實以毀損罪為重，自應依同法第七十四條僅論被告以毀損罪刑，乃原判判決分別處斷，實屬顯然違法（最高法院二十一年非字第七十七號判例）。

(31) 開設館舍供人吸食鴉片，並有售賣情事，則其販賣行為，自係以館舍供人吸食鴉片之方法，應從一重處斷（最高法院二十一年非字第八十七號判例）。

(32) 以偽造之文書，向該管檢察官誣告他人盜取他人所有物，且明示當時即有求刑之意，並未在法庭起訴，自應成立誣告，與行使偽造文書，從一重處斷之罪，而與以詐欺手段借贖物上公力冀得不法之利益情形不協，原第二審法院判決，竟依刑法(舊)第三六三條第三項與第二三三條第一項從一重處斷，殊欠允當（最高法院二十二年上字第三五八五號判例）。

(33) 刑法(舊)第七十四條後段之牽連犯，係指所犯之數罪，其意思之聯絡，具有犯一罪之方法或結果關係者而言，如果犯他罪因被人控告，圖免處罰，復又起意犯罪，縱令事實上互為因果，但犯意既非連絡，仍應適用刑法第六十九條併合論罪，不能依牽連犯處斷（最高法院二十二年上字第三七五五號判例）。

(84) 被告屢在瀟海鐵路竊取道釘，其結果必致損壞軌道，係牽連罪之一種，自應依刑法（舊）第七十五條第七十四條第三百三十七條第一項第一百九十八條第一項從一重處斷。乃原判決專依第一百九十八條第一項論科，於其他應引條文，均置勿論，自屬違法（最高法院二十二年非字第二〇一號判例）。

(85) 侵入人家，實施殺人，既據被害人合法告訴，按照刑法（舊）第三二二條第一項又觸犯三二〇條第一項罪名，應依第七十四條與殺人罪從一重處斷（最高法院二十三年上字第一四〇一號判例）。

(86) 查因偷竊而損壞鐵路軌道及於軌道上行車必要之物件者，構成妨害交通及竊盜兩罪，蓋係以犯罪之方法，而生他罪，應從一重處斷（前大理院統字第八十六號解釋）。

(87) 查偽造契據，應係成刑律（失效）第二百四十三條之偽造私文書罪，至以偽造契據投稅，經官署黏尾蓋印者，應以第二百四十三條及第二百四十一條之俱發罪從一重處斷（前大理院統字第二八〇號解釋）。

(88) 查平毀墳墓如無發掘情形，應依刑律（失效）第二百五十七條（對墳墓不敬）及第四百〇六條（損壞他人所有物）第二十六條從一重處斷（前大理院統字第三七六號解釋）。

(89) 庚電情形（甲向乙索錢不遂盜取乙父遺骨勸殮，又有丙丁共同盜取戊父殮物及遺骨後復與己串同令戊出錢贖取遺骨），甲應依刑律第二十六條比較第二五八條二項盜取遺骨及第

三八二條（恐喝取財），丙丁應依第二十六條比較第二五八條二項及第三八五條（共同恐喝），均從重處斷，已應依第三八五條處斷（前大理院統字第三九七號解釋）。

（40）查偽造契據投稅，經官署黏尾蓋印者，應依刑律（失效）第二十六條比較第二百四十一條第二百四十三條從一重處斷，偽造變造已黏尾蓋印之地契，應依第二百三十九條處斷（前大理院統字第七四七號解釋）。

（41）刑律第三四七條係犯私搜逮捕致人死傷之特別規定，若故意傷害人，其犯罪之方法，致觸私搜逮捕法條者，即不在第三四七條俱發之列，當依第二十六條處斷（前大理院統字第八七六號解釋）。

（42）查（警察甲因欲逮捕滋事人子，隨手向不相識之旁觀人丑奪取夏布汗巾用以捆縛，丑堅執汗巾不放，警察乙上前以槍柄向丑一擊，適傷下部，丑負痛釋手而走，甲即將奪得汗巾，與乙共同將子捆送至署，警察丙將子解縛後，問汗巾爲誰之物，甲答稱我向朋友借來，即持之而去，然並未還丑，越日丑因傷身死）甲乙共同奪取丑之汗巾，在奪取當時如實爲自己或第三人所有之意思，自不成立強盜罪。汗巾既由奪取，亦與刑律侵佔罪之條件不符，惟以強暴妨害他人對於所有物行使權利，當然得照第三百五十八條處斷，乙並應依傷人致死律及第二十六條科刑。又甲在警署領取汗巾之際，若有以爲自己或第三人所有之意思及欺罔行爲，並可援用詐財律問擬，至傷害人本不以被害人所受傷害經官驗明爲驗

罪條件，凡能證明被害人確曾受何傷害者，均應按律辦理（前大理院統字第二八四號解釋）。

(43) 查所稱情形（商人甲租賃乙所有汽車貿易，訂期兩年，證約中證人丙於期限內自請代甲照料。要求甲給予月薪，並自邀丁書立與甲合辦之合同偽稱月薪等約，欺誑甲不識字，令其簽押，甲為其所愚，即予照簽，其後丙竟將甲逐出，把持甲之業務及甲租賃之車，自由貿易）如果屬實，丙私造與甲合辦汽車營業之合同，雖係誑甲簽押，但內容全部均係虛偽，又未經甲追認，自係偽造證明他人權利義務之私文書，查核情形當係犯他罪之方法。如起意在甲充其照料業務之後，則其將甲逐出，以甲之車自行貿易得利，應注意是否成立侵佔及妨害人行使權利之罪。若起意在自請照料以前，注意是否成立詐欺罪，均酌依刑律第二十六條處斷（前大理院統字第一九二號解釋）。

(44) 佳代電（甲家被匪擄去四人，經匪函甲囑其託乙說贖，甲如函往託，乙許以能出洋千元快槍一桿，包將被擄四人全行贖回，甲復照辦，詎乙於得洋得槍後，僅給匪洋七十元贖回一人，餘被吞沒，致匪槍斃被擄者二人截留一人）悉，乙如果係受甲託向匪說贖，由甲領收匪索贖款，自有照付義務，且於吞款結果當有預見，應查明從侵佔及不作為殺人等罪一罪處斷（前大理院統字第一二九三號解釋）。

(45) 徵代電情形（竊盜他人所領銀行存款空白支票填寫銀數冒名簽字向銀行取款）應從竊盜

及偽造有價證券二罪，從一重處斷（前大理院統字第一四六號判例）。

(48) 上告人詐稱馬廄入室行劫，其詐稱官員即所犯強盜罪之實行方法，應依刑律（失效）第二十六條從一重處斷（前大理院三年上字第二五三號判例）。

(47) 本案被告既將甲乙捆縛逮捕，復將甲毆打成傷，乙毆傷致死，按其犯罪行為雖於竊犯刑律第三百十三條之罪外，又觸犯第三百四十四條之罪，然核其犯意，專在逞兇毆打，其捆縛甲乙至家關門吊打，不過一種兇毆手段，顯係犯一罪之方法而生他罪之結果，應按照刑律第二十六條從一重處斷（前大理院四年上字第四二七號判例）。

(48) 捏寫他人名氏具狀誣告，係犯刑律第二百四十三條及第一百八十二條之罪，依第二十六條從一重處斷（前大理院五年上字第四十六號判例）。

(49) 三人以上用賭博方法實施詐騙，係觸犯刑律第二百七十六條及第三百八十五條之罪，應依第二十六條從一重處斷（前大理院五年上字第三五七號判例）。

(50) 因警佐持票傳案出頭阻攔，將傳票撕碎，並將警佐衣服扯破者，其撕碎傳票扯破衣服之行為，均係妨害公務之結果，應從一重處斷（前大理院六年上字第二十七號判例）。

(51) 向某人詐得銀款後偽造第三人收條交付者，成行使偽造私文書及詐財罪，應從一重處斷（前大理院六年上字第二六四號判例）。

(52) 殺人後將屍體昇放河中，其遺棄屍體行為為殺人之結果（前大理院六年上字第四一四號

判例)。

(52) 貨人房屋開設商店，經向某公司保有火險後，竟將房屋放火燒燬，向保險公司要償賠款者，應依刑律第三百八十二條第一百八十六條及第二十六條處斷(前大理院六年上字第五一五號判例)。

(54) 於書記官帶同承發吏執行民事判決之際，率人登樓辱罵，並潑水擲石肆行妨害，復因書記官飭警彈壓率人將書記官等人捆縛關禁，其妨害公務各行爲與私擅逮捕監禁行爲，應從一重處斷(前大理院六年上字第六二〇號判例)。

(55) 冒稱禁烟查緝所查緝員糾人將某吸食鴉片烟之人拿獲開鏡花用者，成詐稱官員詐欺取財之罪，依刑律第二十六條處斷(前大理院六年上字第七八七號判例)。

(56) 偽造自己收存他人名義之私文書者爲偽造他人私文書持以向他人詐取錢財未遂者，應以行使偽造私文書爲重罪，依第二十六條處斷(前大理院六年上字第九二四號判例)。

(57) 查被告呈出偽約，係在詐財行爲訴訟繫屬用，斯時詐財行爲早已完成，則此項偽造文書行爲，既非詐財方法，亦非詐財結果，自與刑律第二十條無涉(前大理院七年上字第八十五號判例)。

(58) 將無名屍體抬入被害人家內，雖係無故侵入人家，觸犯刑律第二百二十五條之罪，然其用意，實欲藉此將被害人捆縛送案，且毀損其家屋器具，以爲報復復怨之計，則其侵入人

家，自係犯他罪之一種方法（前大理院八年上字第九五號判例）。

(59) 上告人等將被害人用繩捆至某人家內閉置一室，俟大衆飯畢後，即將其引至一地方擲去雙目，其私擅逮捕監禁行爲，爲傷害人之一種前提方法，應從一重處斷（前大理院九年上字第五二七號判例）。

(60) 上告人殺人本預以爲誣陷某姓之手段，而誣告即係施行此種計劃之結果，顯有刑律第二十六條之關係（前大理院十年上字第四一五號判例）。

(61) 上告人以司法警察吏之身份，於承緝盜犯已就逮捕後，得賂釋放，顯係司法官吏，於其職務收受賄賂，因而爲違背職務上之行爲，核其所爲，其收受賄賂一罪，與縱令按律逮捕監禁人脫逃一罪有牽連關係，應從一重處斷（前大理院十年上字第一一七八號判例）。

(62) 被誘人之傷，係上訴人實施賂誘時所加強暴之結果，則因實施強暴而致人傷害，刑律第三百四十九條既無特別規定，自應適用從一重處斷之原則（前大理院十年上字第一三二三號判例）。

(63) 上告人當殺人之先，曾有強迫被害人親屬背立無事字據情事，是其犯罪，係以強暴脅迫使人行無義務之事爲方法，應從一重處斷（前大理院十一年上字第四八八號判例）。

六、牽連犯之處斷 牽連犯之數罪，不依第五十一條數罪併罰之例，毋庸分別宣告其刑，而當依第五十五條規定從一重處斷，既須從一重處斷，自不能置輕罪於不問，處斷之際，所從者

雖原係數罪，實際上祇論一罪，有牽連關係之數罪中，如有經赦免者，其赦免之效力，應不及於餘罪。

牽連犯從一重處斷，亦以法定刑為比較之標準，依第三十五條之規定擇其法定主刑之較重者從之處斷。例如以行使偽造之文書為方法而達詐欺取財之目的者，其行使偽造之文書，雖僅係方法，行為既較詐欺取財罪之法定刑為重，即可從之處斷。若其犯罪與方法行為或結果行為之罪名，法定刑相等者，自然依其犯罪情節，側重何方而從之處斷，例如偽造文書而行使者，偽造行為與行使行為，其刑相等，惟犯人目的側重行使，即可從行使偽造之文書罪處斷。本例在實例上向採牽連犯說（見前錄二十年上字第一七八九號判例，近已改採偽造行為被吸收於行使行為之說），不認其為有方法與結果之關係，其意以為偽造之意在於行使，則低度之偽造行為即被高度之行使行為所吸收，此在偽造行使其刑相等，依是解決，尙無窒礙。然本法關於偽造貨幣罪，偽造有價證券罪，及偽造度量衡罪，其偽造（度量衡係製造遠背定程者）之法定刑皆較行使之法定刑為重，若亦依上例認為行使行為為吸收偽造行為，勢必從輕處斷，如是輕重倒置，決不合於法理，在實用上轉不如以行使行為為偽造之結果行為，依牽連犯之例從一重處斷之為愈。夫偽造文書罪之偽造與行使，與上述各罪之偽造與行使，其有方法結果之關係並無異致，若以彼為吸收關係，此為牽連關係，解釋兩歧，恐非所許，故鄙意以為偽造文書罪之偽造與行使行為，仍應維持牽連犯說，按其法定刑期相同，自可依

其情節，重在行使，即從一重處斷耳。

判例如左：

(1) (新例) 刑法所定之從一重處斷，其比較輕重係以法定主刑為標準，縱使數罪之中重罪應行減輕，輕罪無須減輕，減輕以後之刑罰，重罪比輕罪為輕，仍應依重罪處斷，此係比較重輕以法定主刑為標準之當然解釋(最高法院二十四年上字第三二八三號判例)。

(2) 如保狀曾追用他人名義，並偽造商號圖章，顯係以偽造文書印章之手段，達其圖利犯人隱避之目的，應依刑法(舊)第七十四條處斷，其圖利犯人隱避之部分雖因乙與甲為同胞兄弟，應依刑法第一七七條免除其刑，而其偽造文書印章之部分，如果具備損害要件，自可依法論科(司法院院字第六八五號解釋)。

(3) 上訴人係竊賊入室，強姦未遂，雖其侵入行為，為強姦之方法，究不能置而不問(最高法院十年上字第一〇七號判例)。

(4) 原判認定上訴人與某甲等將某乙捆縛拉去殺戮，是除殺人罪外，尚有私掠逮捕行為，雖逮捕行為，係殺人之手段，應從一重處斷，究不能置而不論(最高法院十七年上字第二四七號判例)。

(5) 變造文書以行使為目的，係以犯一罪之方法而犯他罪，應從一重處斷，雖變造文書與行使兩罪，刑期相等，自以行使情節為重(最高法院十九年上字第一八九號判例)。

(6) 上訴人於偽造文書後，復向法院提出行使，又犯刑法(舊)第二百三十三條第一項之罪，雖行使爲偽造之結果，其主刑重輕，又復相等，據犯罪情節，依同法第七十四條規定，仍應引用第二百二十四條處斷，但第一審判決置而不論，究屬違法(最高法院十九年上字第九一一號判例)。

(7) 查比較刑之重輕，應以所犯法條之本刑爲標準，至未遂罪應否減刑，屬於科刑範圍，於法定本刑之重輕不生影響，自不能於減輕後始行比較，此爲適用刑法(舊)第七十四條之當然解釋(最高法院二十二年上字第七三四號判例)。

(8) 偽造之錢記爲海關證明已經納稅之符號，依刑法(舊)第二百三十八條第十九條之規定，應爲偽造公文書，惟偽造並已行使，自應認以行使公文書之罪，且其行使目的，原在偷漏關稅，尙應成立以詐術圖得財產上不法利益之罪，雖該罪與行使偽造公文書罪，不無牽連關係，應依刑法第七十四條後段，從一重處斷，究不能置而不論(最高法院二十二年上字第三一四一號判例)。

(9) 上訴人於收斂此項槍彈後復隨時起意持槍行劫，其持有軍用槍斃罪早已成立，與其後之以該槍供犯強盜罪之用截然兩事，不能謂有牽連關係，原審未加注意，認爲法條競合，於持軍用槍斃部分置而不論，殊嫌未洽(最高法院二十二年上字第四二四二號判例)。

(10) 查刑律(失效)第二十六條係採一罪主義，唯所舉之例，第一奪刀殺人，不能生強盜

罪，蓋強盜之成立，依刑律第三百七十條以意圖為自己或第三人所有為構成要件，奪刀殺人，其奪刀時行為雖屬強暴，然其目的在殺人，不在奪刀為自己或第三人所有，自不能生強盜罪，第二殺人棄屍行為可認為殺人之結果，自應依刑律第二十六條之規定，先定其從一重處斷之罪，如或有法輕事實，就其最重刑減輕處斷（前大理院統字第二五四號解釋）。

(五)查偽造公文書，既為詐欺取財之方法，應從較重之偽造公文書處斷，惟查來函所舉之例，既由偽造印帖詐得財物，似其印帖，已經行使，雖偽造本為一罪，而行使是否具備牽連犯要件，尚應調查明確，分別論斷（前大理院統字第一〇七九號解釋）。

(12)捏寫他人之名誣告，於誣告罪外，並犯偽造私文書又行使罪（前大理院統字第一二八二號解釋）。

(13)竊造全省警察廳公文一件，並偽造縣知事示二方，內書神廟重地閒人免入，持向廟內住持聲明保護，索取保護費者，其偽造公文書行使以詐欺取財之行為，依刑律第二十六條論以一罪（前大理院六年上字第二〇五號判例）。

(14)偽造縣署批稿及彙誌字據，捏稱彙誌某人於原妻外另娶彙誌妻，即將偽造各字交與收執者，應成行使並偽造私文書及重婚之罪，依刑律第二十六條處斷（前大理院六年上字第二五四號判例）。

(15) 查被告於假傷被害人時，並將其舊藍布長衫大襟扯破，既據被害人告訴，又經第一審驗明，並已從事審訊，是該被告於傷害罪外更有刑律第四百〇六條第一款姦淫，且核其情節，應依第二十六條處斷，第一審未予論罪，已屬疏漏，原審未予糾正，亦不合法（前大理院七年上字第八三八號判例）。

(16) 原判敘述事實，有各家財物成付一炬之認定，果其不妄，是於放火燒燬他人所有建築物外是否更燒燬建築物外之他人所有物，並有刑律第二十六條之情形，均應注意（前大理院九年上字第一六四號判例）。

(17) 偽造婚書既呈出，法庭主張正當婚姻，應即以行使行為爲重罪（前大理院九年上字第五四六號判例）。

(18) 將他人交其代遞稟詞刪改另繕捏造他人花押，自係犯偽造私文密罪，惟既經呈遞縣署，期已行使捏造花押，顯又觸犯偽造及行使署押之罪，原審僅依刑律第二百四十三條第一項處斷，而於其行使此項文書及偽造署押並行使之所爲，漏未適用第二十六條處斷，亦屬違法（前大理院九年上字第七八六號判例）。

(19) 被告乘間入被害人家內，下毒殺人，更不無故侵入第宅情形，雖依刑律第二十六條前段之規定，結果仍應從殺人罪處斷，然不能置侵入第宅罪於不顧（前大理院九年上字第一一四九號判例）。

(20) 上告人以無故侵入人第宅詐稱官員，偽造又行使關係他人刑事被告事件之證據，為誣告之方法，應依刑律第二十六條從較重之誣告罪處斷，原判置無故侵入第宅，偽造又行使關係他人刑事被告事件證據罪於不論，殊有未合（前大理院十年上字第五一六號判例）。

、牽連犯之起訴與裁判 牽連犯在處斷上只是一罪，其牽連之各行為，不能分別處罰，故於牽連犯之起訴與裁判有可注意者數點，簡述於后：

(一) 牽連犯追訴權之時效，應依從一重處斷之罪之刑計算，不能依構成牽連犯中各個犯罪行為之刑，以計算追訴權之時效。

(二) 對於牽連犯之方法行為或結果行為為已有追訴者，依公訴不可分之原則，其追訴效力，即及於犯罪事實之全部。

(三) 法院須就牽連犯全部事實而為裁判，其確定裁判之效力亦同，故對於一部事實而有確定裁判時，應以全部已有確定裁判論，一旦就數罪名中之一罪名有確定裁判時，其牽連之犯罪行為，均已消納於確定裁判之一罪中，不能再分離而獨立，即依一事不再理之原則，不能更就他罪名起訴（刑訴法第二三一條一款）。如對他罪名起訴，即應諭知免訴之判決（刑訴法第二九四條一款）。

(四) 牽連犯數罪名中，有一為「告訴乃論」之罪者，雖對於「告訴乃論」之罪，撤回起訴，而於其他罪名之追訴權，不生影響，故對於其他已起訴之部分，法官仍得宣告裁判。

(五)牽連行爲一部分係告訴乃論之罪未經合法告訴者，只能就已備追訴條件之罪名，比較輕重，而從較重之罪名處斷。

(六)「從一重處斷」不過指處罰時適用法律之標準而言，其餘觸犯輕罪罪名之行爲，仍不失爲犯罪，苟有合於得爲沒收之規定者，無論重罪有無得爲沒收之情事，仍得沒收之。

判解如左：

(1)（新例）（犯罪之方法觸犯普通刑法上之罪其結果觸犯懲治貪污條例之罪）牽連犯中之一罪爲應由軍法職權之機關審判之特別犯者，不同罪名輕重，均歸軍法審判（司法院二十年院字第二〇九一號解釋）。

(2)甲以姦淫目的和誘婦女脫離家庭租屋姘度，檢察官既已敍入犯罪事實，提起公訴，則關於通姦部分縱第一審因無合法告訴，未能逕予審判，嗣後果有合法訴追，檢察官祇應將此情形通知繫屬之第二審法院已足，倘竟重行起訴，法院應依刑訴法第二九五條第二款爲諭知不受理之判決，惟該案在第二審辯論終結前，關於通姦部分之追訴條件既已具備，如第二審認該甲確有相姦事實，且與和姦罪具有牽連關係，自可從一重處斷（司法院二十九年院字第二一〇五號解釋）。

(3)子罪與丑罪其有牽連關係，檢察官起訴書內僅引用子罪法條，法院得就丑罪部分而爲判決，其應併合論罪者，檢察官既未就丑罪提起公訴，法院自不得逕予受理（司法院院字第

七六六號解釋)。

(4)所謂牽連犯，應從嚴認定，果可認為同一事件，檢察官先就其中之一罪起訴，經判決確定後，就其他牽連之罪起訴者，應依刑事訴訟法(舊)第三百十七條第一款及第二百四十三條第二款為免訴之判決(司法院院字第九三五號解釋)。

(5)子丑兩罪如確有方法結果關係，雖子罪未經檢察官起訴，然丑罪已經起訴，法院自得逕予審判，從一重處斷(司法院院字第一〇六四號解釋)。

(6)以犯一罪之方法結果，而犯他項罪名者，係刑法上之牽連犯，雖檢察官未經起訴，按諸公訴不可分之原則，在審理事實之法院，仍應一併審判，適用刑法(舊)第七十四條從一重處斷(最高法院二十一年上字第一六〇八號判例)。

(7)查刑事訴訟法院就未經起訴之行為，雖不得加以審判，然如果其事實有牽連關係，僅就其牽連之一部分事實而起訴者，則適用公訴不可分之原則，仍應就其有牽連之全部事實予以審判。禁煙法上以館舍供人吸食鴉片罪，係專指以館舍供人吸食鴉片而言，如同時代販鴉片或代用品者，應依刑法(舊)第七十四條從一重處斷，第一審判決僅依禁煙法第六條販賣鴉片罪論科，固有未合，而原判決認販賣鴉片之行為，未經起訴，改依同法第十條吸食鴉片一罪處斷，亦屬不當(最高法院二十二年上字第二〇三號判例)。

(8)刑事訴訟法(舊)第二百五十九條雖明定法院不得就未經起訴之行為審判，苟其事實為

起訴書狀所敘明，而起訴法條縱有疏漏，法院得就起訴之行為變更起訴法條，而為判決，至若本罪上訴，其牽連之犯罪事實，應依刑法（舊）第七十四條處斷者，刑事訴訟法第三六二條第二項，既對於判決之一部上訴者，其關係部份，應以上訴論之規定，則原第一審法院判決，縱有疏漏，而上訴審亦應本其職權，併予審究（最高法院二十三年上字第一九六六號判例）。

八、牽連犯關於時地之效力 牽連犯之各行為於當時當地完成者，除行為後法律有變更當適用最有利於行為人之法律外，應適用行為時行為地之法律。若牽連犯各行為跨於新舊兩法時期，其從重處斷部分為結果行為，而成立於新法時期，原則上固應適用新法，然其從重處斷部分，若為方法行為，且實行於舊法時期，而舊法又較新法為有利時，則又應適用舊法處斷。再如其方法行為實施於我國領域之外，而其結果行為，則完成於我國領域之內者，依本法第四條規定，仍應認為在我國領域內犯罪也。判例如左：

（一）（新例）牽連犯案件如處刑之重罪固法律變更而不罰，應免執行（司法院二十四年院字第一三〇四號解釋）。

（二）（新例）於舊刑法有效時期，犯侵佔公務上持有物及隱匿公務員職務上掌管文書罪，茲判時新刑法，已公布施行，其牽連部分之隱匿文書罪，新法固較舊法為輕，然其所犯從重處斷之侵佔罪，舊法尚較新法為有利，應依新刑法第二條第一項但書，仍適用舊刑法（最

最高法院二十四年上字第二百八十七號判例)。

九、牽連犯與吸收犯不同。犯罪之性質上，其一罪名之觀念中當然包含他罪名者，學說上謂爲吸收犯，如竊取他人之物，詐稱爲自己所有，以出售於人者，其騙取代價之行爲當然爲竊盜行爲所吸收，止成單一之竊盜罪。又如行使偽幣購買物品，因行使者當然冒充真幣，故其欺罔行爲已爲行使偽幣行爲所吸收，只成行使偽幣罪，此均前行爲吸收後行爲之例。至後行爲吸收前行爲者，例如公務員對於違背職務之行爲，先則要求，繼則期約，終乃收受賄賂者，其要求與期約之行爲，當然爲收受行爲所吸收，而成一收受賄賂罪。吸收犯不須法律明白規定，從一般法律規定可知其所當適用之法條，如觸犯數法條，而有適用此法條排斥彼法條之關係者，則可依前述法律競合之法理解決之。吸收犯係此行爲，當然吸收彼行爲，實質上只成一罪，與牽連犯之比較方法行爲及結果行爲，而從一重處斷，認爲處斷上一罪者，其認定罪名之方法上，實有不同也。判解如左：

(1) (新例) 債務人以自己持有之其有不動產詐稱自己所有或謊稱已得共有人同意向債權人押借款項，成立侵佔罪，至詐欺行爲已爲侵佔行爲所吸收，不另成立詐欺罪(司法院二十五年院字第一五一八號解釋)。

(2) 查上訴人於預謀殺人時，攜帶手槍，其攜帶手槍，爲預謀殺人之必要行爲，當然爲殺人行爲所吸收，並無適用刑法(舊)第七十四條之餘地(最高法院二十一年上字第二三二二

號判例)。

(3) 刑法(舊)第一八〇條第二項之偽造證據係指未實行誣告者而言，若以偽造之證據實為誣告，則低度行為為高度行為所吸收，自無適用同條第二項之餘地(最高法院二十三年上字第三六八三號判例)。

(4) 將與他人之房屋轉租後，復意圖變賣，備價贖回，因原業主向索原典契，即偽造賣契當契各一紙，用證該房為己有，賣與另人者，對於侵佔之物，詐稱有處分之權，乃侵佔當然之結果，非另有詐騙買主之意思及行為，自不成立詐財罪。又偽造賣契當契各一紙，用證該房為己業，並非侵佔必有之結果，亦難謂係侵佔之方法，應便行使偽造私文罪與侵佔罪分別論之(前大理院六年上字第六〇六號判例)。

(5) 持偽造錢帖(有價證券)向商店購物，其購物行為，即其行使行為之實施，依本院近來判例，認為並不發生詐財問題，原審乃又論被告人以刑律(失效)第三百八十二條之罪，依第二十六條處斷，已屬未洽(前大理院十年上字第二七九號判例)。

十、牽連犯與結合犯不同。數個獨立的犯罪行為，依法律規定，使之結合一體，成為一個犯罪者為結合犯，例如結合強盜與強姦二行為而規定為一個強盜強姦罪者，非可比較強盜罪與強姦罪從一重處罰，結合犯亦以犯一罪之方法或結果觸犯數罪名，殆與牽連犯類似，但結合犯乃將各個犯罪行為互相結合而另組成新的第三罪者也。牽連犯則否，蓋其方法行為與結果

行爲並非結合成爲一罪，不過比較其方法行爲與結果行爲從一重處斷而已，故與結合犯性質不同。判解如左：

(1) (新例) 甲與有夫之婦乙相姦，嗣因戀姦起意，將乙誘逃，應依相姦及意圖姦淫而和誘二罪併罰，若甲以姦淫目的誘乙出逃，行至中途始與姦淫，應就相姦及意圖姦淫而和誘二罪，從一重處斷(司法院二十七年院字第一七六八號解釋)。

(2) 放火非行劫之必要手段，或當然之結果，對於夥同行劫之盜犯，如不能證明放火行爲係出於共同計劃，不應負共同放火責任(司法院院字第一〇七四號解釋)。

(3) 殺人而不法取得財物，如謀害行旅等，應以強盜殺人論(前大理院統字第三二九號解釋)。

(4) 查在盜所強姦婦女，係指強姦婦女之所在，於強姦時已成爲盜所者而言，若強姦婦女時尙無強盜之行爲或意思，僅止實施強姦，後在盜所搜取財物，則應分別情形，論爲強姦與強盜二罪俱發。如或強姦以前並意圖強姦而有侵入第宅等行爲，更應將侵入第宅等與強姦婦女從刑律(失效)第二十六條處斷，不得概論爲強盜在盜所強姦婦女(前大理院九年年字第七七六號判例)。

第五十六條 連續數行爲而犯同一之罪名者，以一罪論，但得加重其刑至二分之一。

一、連續犯之要件 本條規定即學說上所謂連續犯。其要件如左：

(一)須有數行為之存在 此爲連續犯之前提要件，蓋行為如爲單一而生單一之結果者爲單純一罪一行爲，同時生數結果則犯數罪名者，則爲想像的競合犯，應從一重處斷。連續犯必有數行為之連續始能成立，若僅一行爲決不能成立連續犯。例如以概括之意思連續數行為而先後毆傷數人者，當聯合其連續行為之全體，以一個傷害罪論，判解如左：

(1) (新例) 一次買入鴉片數兩，零星售出，應論以連續販賣鴉片罪 (司法院二十九年院字第二一〇七號解釋)。

(2) 公務員侵佔公務上管有物多次，無論其逐月侵佔，或遇機侵佔，如係出於概括之犯意，應以連續侵佔論罪，至事後因希圖掩飾，復犯偽造文書印文各罪，係另一犯意，與侵佔罪並無方法結果之關係，應依刑法(舊)第七十條併合論科 (司法院院字第八六五號解釋)。

(3) 上訴人既係將逐日賣得貨款，逐日侵佔入己，顯係以同一意思反覆而爲同一行為，第一審未依連續犯處斷，原審復未補正，均屬疏漏 (最高法院十七年上字第十號判例)。

(4) 查上訴人在某木行經收賬款，先後將甲乙丙丁四處所還銀洋侵佔入己，顯有連續之意思，兩審未援用刑法(舊)第七十五條處斷，殊有未合 (最高法院二十七年上字第四一七號判例)。

(5) 查被罰之蘆柴雖爲某甲等所有，但上訴人以一教唆行為教唆他人連續竊盜他人之所有物，依刑法所應論以一罪，與刑法(舊)第七十五條之規定無關 (最高法院十八年上字第

## 九六〇號判例)。

(6) 以概括之意思，連續數行為，而先後毆傷數人，應依刑法(舊)第七十五條論以一罪，若係以一行爲而同時毆傷數人，即應依第七十四條處斷(最高法院二十一年上字第二〇〇號判例)。

(7) 連劫兩船之米糧衣物，顯係連續數行為而犯同一之罪，與一行爲而犯數罪之情形不同，第二審不依連續犯處斷，而適用想像上數罪之規定，自屬不當(最高法院二十一年上字第八七五號判例)。

(8) 原審既認上訴人先後竊盜多次，自係連續數行為而犯同一罪名，應依刑法(舊)第七十五條以連續和姦論，乃原審判決僅論以單絕和姦之罪，未免錯誤(最高法院二十一年上字第三四〇號判例)。

(9) 犯罪之個數，初不以被害法益之數爲標準，苟基於概括之犯意，雖先後搶劫多家，仍應依刑法(舊)第七十五條以一罪論，其在同一處斷，分頭行劫兩家者，則依刑法第七十四條一行爲而犯數罪之例論科(最高法院二十二年上字第七六五號判例)。

(10) 刑法(舊)第七十五條之連續犯，以有數行為爲前提，上訴人同時同地擄去某甲等三名勒贖，係以一行爲而生數結果，應依第七十四條前段從一重處斷，原判決乃認爲連續犯，依第七十五條爲論定罪數之根據，亦屬錯誤(最高法院二十二年上字第一五三一號判例)。

(1)對於養女用種種方法，凌虐拷打，雖非一次，因其迭次傷害，始發生死亡之結果，依法祇成立一個傷害致人死之罪，與連續數行為而視同一之罪名者，迥乎不同。原審未注意及此，竟以上訴人毆打養女，既非一次，顯係連續行為，遽引刑法（舊）第七十五條論以連續傷害致人死之罪，顯有未合（最高法院二十三年上字第一〇三六號判例）。

(2)須連續數行為而犯之。連續犯係數行為觸犯一罪名，其情形適與想像的競合犯相反，且數行為間，必須有連續之關係，凡以概括的犯意，反覆為數個行為，即為連續犯，惟「行為之連續」，涵義若何，則有主觀說客觀說折衷說之分。主觀說謂行為之連續否，當視行為人之意思以為斷，如其意思連續，則行為亦必連續，客觀說謂如有犯罪事實之相同，方法之類似，時間之連續，即當構成連續犯。折衷說則又調和主觀客觀兩說，以為意思或行為與結果，均須有連續性，以法律精神言，自以折衷說為當，是則「連續數行為」云者，不外意思或行為與結果相連續之意也。

甲、意思與結果之連續。意思連續之義，包括三端：(一)出於概括的一個意思，(二)連續其初發的意思，(三)犯罪行為終了前同一的意思，綜合言之，即連續犯以出於概括的意思發動為要件，其連續實施之數行為，均在其自始預定的一個犯罪計劃以內，客觀上雖有次數可分，主觀上則不外出於始終同一的犯意之進行，若中途另有新犯意發生，縱使所犯罪名相同，究非發動於概括的一個意思，而已超出原定的犯罪計劃範圍之外，其甚於新

犯意發生之犯罪行為，即應數罪併罰，不能成立連續犯。特解如左：

(1) (新例) 某甲以連續之犯意結夥據守要道先後擱劫數人並故意殺死一人者，依懲盜盜匪暫行辦法第十一條刑法第五十六條應論以同辦法第三條第六款之罪（司法院二十九年院字第二一〇〇號解釋）。

(2) (新例) 刑法之連續犯除以就一個或數個之法益連續數行為實施同一侵害之客觀條件外，必須其概括犯意之主觀條件，故雖就所侵害之法益反覆為數次之行為，而後之行為係另行起意，並非為貫徹最初之單一意思，則基於新犯意發生之犯罪行為，無論其所侵害之法益是否相同，究難認為連續犯（最高法院二十四年上字第二八一六號判例）。

(3) 刑法上之連續犯係指有數個獨立犯罪之行為基於一個概括的犯意反覆為之而觸犯同一性質之罪名者而言，如果該項犯罪係由行為人以單一犯意接續進行，縱令在犯罪完畢以前其各個舉動已與該罪構成之要件完全相符，但在行為人主觀上對於各個舉動不過為其犯罪行為之一部分，即應包括的認為一個犯罪行為，當然成立一罪，不能以連續犯論（最高法院二十八年上字第三四二九號判例）。

(4) 先後殺死二人以上，如出於一個概括的意患者，應依刑法（舊）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兩人，係出於一個概括意思，認為連

續犯，並非變更前例（司法院院字第六九二號解釋）。

(5) 上訴人侵占之款，係代郵務局保管，雖前後侵占兩次，實出自概括之意思，依刑法（舊）第七十五條概應論以一罪（最高法院十八年上字第七五二號判例）。

(6) 上訴人連劫不在一地之數家財物，係基於同一意思，連續而犯同一之罪，應以一罪論（最高法院二十年上字第一九六七號判例）。

(7) 領導土匪綁擄多人，既非在同一處所，意思雖屬連續，其行為究非單一，實亦合於刑法（舊）第七十五條連續犯之規定（最高法院二十一年上字第七七八號判例）。

(8) 連續犯必須基於概括之故意，反覆而為同一之數個行為，始能成立，故其犯罪行為，雖客觀上似有連續情形，苟其犯意各別，並非出於一個概括之意思時，即應併合論罪，不得以連續犯論（最高法院二十二年上字第三九四號判例）。

(9) 刑法上之連續犯，係指以一次即已成罪之行為，而以特定或概括之意思，數次反覆為之者而言，本案上訴人擄架某甲後，因贖款數目說定，將其放回，嗣因其款未付，復行擄去，則後之擄架行為，係屬以前擄架行為之繼續動作，以促其贖款之早日交付，俾達犯罪之目的，尚不生連續犯問題（最高法院二十二年上字第八二六號判例）。

(10) 刑法上之連續犯，係指一次即已成罪之行為，而以特定或概括之犯意，數次反覆為之者而言，故以意思之連續，為成立之要件，倘於犯罪完畢後，另自起意，無論侵害之法益

相同與否，均應獨立成罪，本案某甲，將未滿十六歲之女子，押為娼妓，係得其行親權人某人之同意，并共同使用押款後，經某乙賄出，斯時之被誘人，已在某乙之親權監督之下，乃某甲為營利起見，復將被誘人押為娼妓，並取得押款，其犯罪意思與行為，均係各別獨立，不能認為連續犯（最高法院二十二年上字第二二〇五號判例）。

(11) 連續犯必須基於一個概括的犯意，連續數行為，而犯同一罪名時，始能成立，所謂基於一個概括之犯意，即指該項犯罪行為，客觀上雖有次數可分，而在犯人主觀上不外出於一個犯意之進行，如果每次犯罪，係由各別起意，則無論所犯罪名，是否相同，均應併合論罪，無適用該條規定之餘地（最高法院二十二年上字第三三三三號判例）。

(12) 連續犯必須基於一個概括之意思，連續數行為而犯同一之罪名時，始能成立，所謂基於一個概括之意思，即指該項犯罪行為，客觀上雖有次數可分，而在犯人主觀上，不外出於一個犯意之進行者而言，如果每次犯罪，係由各別起意，則無論所犯罪名是否相同，均應併合論罪，無適用連續犯規定之餘地（最高法院二十二年上字第三三七〇號判例）。

(13) 刑法上連續犯，以其犯罪行為出於單一意思之發動為要件，即指其連續實施之數個行為，均在其預定計劃範圍以內而言，若於原定計劃範圍以外，另有新犯意發生，縱使犯罪原因相同，而其行為，究非發動於單一意思，即無連續之可言（最高法院二十三年上字第一二三號判例）。

(14) 上訴人於槍殺被害人甲後，因乙喊叫，爲防止聲張計，復將乙殺死，顯係臨時起意，應予獨立論罪，不能爲連續犯（最高法院二十三年上字第一三六三號判例）。

(15) 連續犯之要件，須出於單一的意思，換言之，即犯人自始即爲一個預定之犯罪計劃，而連續以數行爲實施之者爲連續犯，若中途有新犯意發生，縱其犯罪原因同一，並非自始即爲一個之預定計劃，則基於新犯意發生之犯罪行爲，即應併合論罪，不成爲連續犯（最高法院二十三年上字第二三八九號判例）。

(16) 連續犯以意思連續爲要件，其意思是否連續，亦在審判官之調查認定，不受被告供述之拘束（前大理院統字第四九四號解釋）。

(17) 查婦女與多數人相姦，應以連續犯爲理由論爲一罪者，本以犯意連續爲限，若僅先後與數人相姦，而犯意各自不同者，即應論以數罪（前大理院九年非字第八十號判例）。

乙、行爲與結果之連續 連續犯本有獨立成罪之數行爲，每一獨立行爲，均生犯罪事實之結果，法律不以數罪而以一罪論者，以其初發概括之犯意，數次反覆的行爲，與犯罪終了時之結果而，始終連續未嘗間斷也。關於數行爲結果之連續，學說有三：（一）犯意相同說，以犯意之單複爲準，一意思數行爲而有數結果者爲連續犯，如有二以上之意思，則成數罪，非連續犯。（二）行爲相同說，謂是否連續犯，以是否爲同種之行爲爲斷，反覆爲同種之行爲者爲連續犯，反覆爲不同行爲者則否。（三）法益相同說，以被告法益之是否

相同，爲決定是否連續犯之標準，如數行爲侵害同一之法益者爲連續犯，侵害數法益者，卽爲實質上數罪。前大理院判解及學者通說，固有採折衷說者，卽以當括之意思，同種類之行爲，而侵害同一之法益者，方以連續犯論，此蓋根據舊暫行律第二十八條「凡連續犯罪者以一罪論」之規定，其立法技術過於簡單，不得不爲嚴格之解釋，以免蹈寬縱之嫌耳。至本法既規定爲連續數行爲而犯同一之罪名者，以一罪論，且得加重其刑至二分之一，則解釋上自可不必過於嚴格，尋繹本條語義，其所云「連續數行爲」只須同一意思之連續，不以同種之行爲爲限，更不以侵害同一法益爲必要，但就近年來判解以觀，連續犯雖亦不以侵害同一法益爲限，猶須以侵害同一性質之法益爲必要，至先後連續之數行爲，時間上不宜過於隔離太久，而各行爲之間，又須事實上確有連續之關係，固不待論也。判解如左：

(1)按連續犯並不以侵害一個法益爲必要，上訴人某甲等反覆竊盜恐嚇，以達其開財之目的，雖侵害數個法益究屬同一犯意之發動，致生數個結果，仍屬於連續犯之範圍，不能以數罪論，原審依其侵害之法益，以計罪數，法律上之見解，亦有誤會（最高法院十八年上字第八三八號判例）。

(2)查刑法上之連續犯，係指一次卽可成罪之行爲，而以特定或概括之意思，數次反覆爲之者而言，故必預以連續之意思，對於同一性質之法益予以數次侵害者，乃爲連續犯，若

於實施犯行後，因尙未能完成其犯罪，而在繼續動作以促成其結果者，則前後所實施者，乃組成犯罪行為之各動作，而先行之低度行為爲後行之高度行為所吸收，僅成立單一之犯罪，無所謂連續犯（最高法院十九年上字第五九〇號判例）。

(3) 本院近例，犯罪之數，原不以法益之數爲標準，苟爲基於概括之犯意，雖先後殺害二人，仍應認爲連續犯以一罪論（最高法院十九年上字第一八四八號判例）。

(4) 查其先後竊取車輛，雖所侵犯非一人之法益，而其詐騙行爲，既係基於概括之犯意，依刑法（舊）第七十五條之規定，仍應以一罪論，原審以被害法益爲計算之標準，論以六個刑法第三百六十三條之罪，顯有未合（最高法院二十年上字第五七五號判例）。

(5) 上訴人向甲乙兩家，先後投函恐嚇，雖侵害兩個法益，但刑法上之連續犯，祇須侵害同一性質之法益，並不以屬於同一之人爲限，上訴人以同一犯意，連續數行爲侵害同一性質之法益，自亦應依刑法（舊）第七十五條以一罪論（最高法院二十年上字第六六一號判例）。

(6) 原判決論定事實，謂甲聽從在逃之乙利邀夥同丙等八九人，分持槍械，先後侵入某某等家搜劫財物，得贓朋分云云，既係先後侵入數家，是行爲不僅一個，但犯罪行爲，雖以數個，如果以連續之意，窺犯同一之罪名，縱有侵害者，爲複數之法益，依法仍應論爲一罪，再如其先後行爲均係各別起意，並無連續情形，自應併合論罪，原審乃謂依本院判

例，應認爲一行爲而犯數項罪名，從一重處斷，不知本院判例，區別此種行爲之個數，係因夥盜同時分頭侵入行劫數家，以分擔實施之計劃，而共行爲次數，無從強爲分析者，故以一行爲論，與本案判決情形有別，原審未詳加研求，其見解已屬誤會（最高法院二十年上字第六七八號判例）。

(7) 查犯罪行爲雖屬數個，如以連續之意思，竊犯同一之罪名，縱所侵害者，爲複數之法益，依法仍應論爲一罪（最高法院二十年上字第九三八號判例）。

(8) 本案被告先後盜竊蓄毒雞不止一次，但既係出於同一概括之意思，則無論被告之法益爲一人或數人，均應依連續犯之規定，論以一罪，乃原判決，對於被告竊盜部分，竟以被害法益之個數，爲論罪之個數，處以三個竊盜罪刑，亦基此而定其執行之刑，實屬顯然違法（最高法院二十年非字第一六九號判例）。

(9) 刑法上之連續犯，祇以同一之意思，連續數行爲而犯同一罪名爲成立要素，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）。

(10) 先後窩藏被擄人，雖屬兩個行爲，但既以同一犯意，連續數行爲，侵害同一性質之法益，自應依刑法（舊）第七十五條以一罪論（最高法院二十一年上字第七七四號判例）。

(11) 刑法（舊）第七十五條之連續犯，係指犯人以連續之意思，反覆而犯同一之罪而言，至被害法益，是否同一，則非所問（最高法院二十一年上字第一二七〇號判例）。

(12) 無追訴犯罪職務之公務員，勒罰各煙犯，雖非侵害同一之法益，但顯有連續意思，應適用刑法（舊）第七十五條論以一罪（最高法院二十一年上字第一三一五號判例）。

(13) 先後擄勒四人，係屬以同一犯意連續數行為侵害同一性質之法益，應以一罪論（最高法院二十一年上字第二六五一號判例）。

(14) 連續犯祇須以同一之意思，侵害同一性質之法益，至被害人數之多寡及犯罪之手段如何，均非所問，如先後侵入各家劫取財物，縱其所用手段，有強暴脅迫與恐嚇之不同，但其所侵害之法益，既屬於同一性質，即應進而調查其犯意是否同一，抑係分別起意以爲論罪之標準（最高法院二十二年上字第九二五號判例）。

(15) 關於連續犯罪，並不以侵害同一法益爲限，上訴人同日在某處，先後向某某四號發賣偽造公債票，詐取票價，顯以概括之犯意，連續數行為，而犯同一罪名，其間雖有既遂未遂之分，仍應依刑法（舊）第七十五條論以一罪（最高法院二十二年上字第一一四三號判例）。

(16) 刑法上所稱之連續犯，係指對於一個或數個法益，以概括之意思，數次反覆爲同樣之侵害者而言，其先後行爲，均係各別起意，並無連續情形，自應併合論罪，不得以連續犯論（最高法院二十二年非字第八十一號判例）。

(17) 查犯脫逃罪者，所侵害之法益，既爲國家，則犯人如以連續之意思，觸犯同一罪名，自

應以連續犯論（前大理院統字第九七七號解釋）。

(18)發掘無主墳墓所侵害之法益，乃係社會，業經本院變更前解釋，認定犯本罪者應以行為定其罪數，甲乙丙數月間先後挖掘無主墳墓百餘次，盜取其殮物，如合於連續犯之條件，自可依連續犯規定論罪（前大理院統字第一〇六一號解釋）。

(19)查刑律（失效）第二九條（與本法第一九六條相當）本為保護造幣權而設，上告人雖經兩次行使偽票，而侵害者，既為同一法益，又係連續實施，應論以一罪（前大理院五年上字第三七六號判例）。

(三)須連續數行為而犯同一之罪名，刑法上之罪名，其性質同一或相類似者，往往規定於同一章內，異章之罪，必非同罪名，即同一章內而揭出複雜之標題者，亦非同罪名，是則本條所云「犯同一之罪名」，應指同一性質之罪名而言，罪名雖須同一，刑罰則不必相同，實用時應注意者，約有數端：

甲、連續數行為，倘犯同一之法律條文，因為連續犯，即條文不同，而其性質相同者，亦得有連續犯之存在，惟罪有輕重時，應論以一重罪。

乙、同一條文中擇一而規定之數種手段，雖併合犯之，亦可認為行為之連續，如強盜罪之方法，無論以強暴脅迫藥劑或催眠術，其罪名性質，仍屬相同，又如竊匿人犯之罪，或為竊匿，或使隱避，亦均可成為連續犯。

丙、法律上規定甲條之罪，以乙條之罪論者亦得成立爲連續犯，如第三百二十九條與第三百二十八條之關係是。

丁、竊盜與侵入竊盜，強盜與結夥強盜，條文雖異，而其罪名性質則屬相同，自可成立連續犯，至強盜殺人與強盜強姦，強姦與重婚，放火與決水等，雖規定於同章之內，而其罪質絕不相同，則其先後行爲不能認爲連續犯，卽如單純竊盜與常素竊盜之情形，對於常素竊盜法律上已有加重明文，亦不發生連續犯問題，有謂以概括意思繼續而爲搶奪及竊盜，或詐欺及恐嚇之行爲，亦可以連續犯論者，其財產法益雖屬相當，而罪名性質終非同一，若擴大範圍亦認爲連續犯，法律見解似欠允當。

戊、預備陰謀或未遂與既遂之行爲，若相爲連續時，則其數行爲亦可成立連續犯，例如第一次於甲處爲放火之預備，第二次於乙處爲放火之未遂，第三次於丙處爲放火之既遂，可成爲放火罪連續犯。又如先對甲乙二人爲殺人未遂行爲，後對丙爲殺人既遂行爲，亦應以連續犯論，卽如以傷害數人爲目的之概括的犯意，先則傷害甲乙二人，繼則傷害丙致死，亦未始不可成爲連續犯，而判例則似不採此說。

己、對於一個被害者，其先後漸次發展之多數動作，向最後之目的，依階段的進行，而成爲包括的一事實者，爲單純一罪而非連續犯，例如對於同一之人，二次殺人未遂，最後一次始成殺人既遂，其前行爲爲後行爲所吸收，爲包括的一個殺人既遂罪。又如對於同一之

人，始則要求賄賂，繼則期約賄賂，終乃收受賄賂，亦係包括的一罪，而非連續犯。

判例如左：

(1) 搶奪與竊盜，均係因盜取他人之財產而成立之犯罪行為，其本質毫無所異，若以概括意思，繼續而為搶奪及竊盜之行為，應以連續犯論，第一審依強盜竊盜二罪分別論科，原審未予糾正，法律見解，顯有錯誤（最高法院十八年上字第八〇七號判例）。

(2) 查上訴人雖先後三次向人索取銀洋，其所用手段亦不無詐欺及恐嚇之不同，但既以同一之意思，侵害同一性質之法益，自應以一個連續恐嚇論罪（最高法院十八年上字第一二五二號判例）。

(3) 於實施犯行後，因尙未能完成其犯罪，而在繼續動作，以促成其結果者，則前後所實施者，乃組成犯罪行為之各動作，而先行之低度行為為後行之高度行為所吸收，僅成立單一之犯罪，無所謂連續犯（最高法院十九年上字第五〇九號判例）。

(4) 查上訴人致函某甲雖不止一次，但其迭次致函之行為，無非欲達最終之得財目的，依法應成立一個恐嚇使人交付所有物之未遂罪，與連續數行為而犯同一之罪者，迥不相同，原審未注意及此，竟以第一審依連續之例科上訴人以恐嚇未遂罪刑為無不合，將其上訴駁回，其見解實有未當（最高法院十九年上字第二〇一三號判例）。

(5) 刑法（舊）第三百三十七條為普通竊盜罪，如連續數行為，而犯該條之罪，固應依同法

第七十五條以連續犯論，如果係以竊盜爲常業，則在同法第三百三十八條第一項已有加重明文，即應適用該條處斷，並不發生連續犯問題（最高法院十九年非字第八十三號判例）。

(6) 結夥強盜故意殺人犯罪行爲雖非一次，但以同一之意思連續數行爲而犯同一之罪，應以連續犯論科（最高法院二十一年上字第五七二號判例）。

(7) 上訴人連劫不在一地之數家財物，係基於同一意思，連續而犯同一之罪，應以一罪論（最高法院二十年上字第一九六七號判例）。

(8) 迭次傷害，始發生死亡之結果，依法祇成立一個傷害致人死之罪，與連續數行爲而犯同一之罪名者迥乎不同（最高法院二十三年上字第一〇三六號判例）。

(9) 連續犯規定同一罪名，係指罪質相同之罪而言，又曰以一罪論，其非單一罪可知，故凡連續數行爲，而犯罪質相同之罪，均可構成連續犯罪，有輕重時，應論以一重罪（最高法院二十三年上字第三三八九號判例）。

(10) 前後受人陪與三次，既係一人所贖，自係受贖之連續犯，不爲常業（前大理院六年非字第一三五號判例）。

(11) 該上告人和姦某女，自成姦後，曾經歷次續姦，已爲兩審所認定，乃第一審於應認爲連續犯一節，未予置議，原審亦未纠正，均屬疏忽（前大理院十年上字第一四七號判例）。

(四)須連續數行為而犯同一罪名於裁判確定之前 裁判確定執行完畢或執行一部而赦免後五年以內再犯罪者，可發生累犯問題，裁判確定前，連續犯同一罪名者，則為連續犯，蓋若裁判確定以後再犯罪者，已中斷其行為之連續也。

二、連續犯之處斷 連續犯「以一罪論」可知其數行為原非一罪，祇因連續行之，姑以一罪論耳，惟因判解上關於連續犯之解釋，時有變更，以致連續殺死多人，連續搶劫多人，連續竊盜或強盜多次，或連續犯其他之罪者，均僅論以一罪，恐社會上誤解為有寬縱之嫌，且其行為次數既多，犯罪意思，亦復一貫，實為惡性甚大之犯罪，若科以通常之刑殊不足以懲惡儆奸，故本條特設但書，得加重其刑至二分之一，以求平允，至連續數行為犯同一性質之罪名，如其中有較重者，既應以該較重之一罪論，則加重其刑之際即應減該罪之本刑加之。

三、連續犯與繼續犯不同 繼續犯實際上可分三種：(一)持續犯，即一行為持久繼續而侵害一法益者，亦稱永續犯，如第二九六條之使人為奴隸罪，第二九四條之遺棄罪是。(二)徐行犯，即性質上在短期時間內本得完成之犯罪，而犯人偏於事實上延長時間以完成之，亦稱接續犯，如破壞他人建築物者，今日折一棟，明日毀一廳，以完成第三五三條之毀損罪者是。(三)慣行犯，即基於性癖於繼續時間，反覆為同一行為者也，亦稱集合犯，如第二六七條之常業賭博罪，第二三一條之常業誘姦罪等是。繼續犯行為時間雖有延長，只成單純一罪，與連續犯之本係數個獨立犯罪行為，而因明文規定論以一罪者迥不相同也。

判例如左：

(1) 刑法上之連續犯，與繼續犯有別，蓋繼續犯係以一個行為持續的侵害一個之法益，自其行為延長之點觀之，雖與連續犯相類似，然連續犯係反覆實行數個性質相同之行為，而繼續犯之特性，則僅屬一個行為，不過其不法狀態常在持續之中，本件上訴人等開設館舍供人服用鴉片，顯屬繼續犯之一種，無論行為時期之延長如何，當然只構成一罪，與連續犯之本係數個獨立行為，因明文規定之結果而論為一罪者迥然不同（最高法院二十年上字第九八八號判例）。

(2) 擄人勒贖罪係繼續犯，自擄人以至勒贖終了，均屬實施犯罪行為繼續中，則本案被擄人某甲於地瓜井內逃出，復被某甲綁回，自屬實施犯罪繼續中之行為，第一審誤認為連續數行為，以連續犯論，原審未予糾正，自屬不合（最高法院二十二年上字第廿九四號判例）。

四、連續犯之起訴與裁判 連續犯既以一罪論，即不許分割而為處斷，故下列各端，應當注意：

(一) 連續犯不可分割，在連續犯罪行為終了後，遇有刑法變更者其全部行為應受新舊法中最有利法律之適用，若連續行為跨於新舊法之間，即其行為終了於新法時期者，則應依新法處罰。

(二)即成犯之追訴權時效期間，自其犯罪成立之日起算，連續犯追訴權之時效期間，則自其行為終了之日起算，故其最終行為，如未罹於消滅時效，則他部分之行為，可以全部追訴。

(三)連續犯之一部行為，雖有他人加功於其間，其連續關係並不中斷。

(四)就連續犯一部行為而起訴者，其效力及於全部，法院即可審理其全部事實，連續犯雖為告訴乃論之罪，其一部既有告訴時，則可就全部加以裁判，而起訴並不中斷，犯罪行為之連續，故對於起訴後裁判確定前所有連續之行為，裁判上仍應以一罪論。

(五)連續犯之行為，一部分已經宣告有罪或無罪之裁判確定後，其餘之行為，雖相繼發覺，亦不得再理，偵查中應為不起訴之處分，審判中應諭知免訴之判決（刑法第二三一條第二九四條）。

判解如左：

(1)犯吸食鴉片罪，經檢察官起訴後，在候審期間連續吸食，係合於刑法（舊）第七十五條之情形，起訴之效力，當然及之，毋庸另行起訴（司法院院字第一〇九六號解釋）。

(2)連續犯屬於同一事件，檢察官先經發覺其一部，經起訴判決確定後，其續發之部分，依刑訴法（舊）第二四三條第二款及第二四四條第一款之規定（與現刑訴法第二三一條第一款相當）應不起訴（司法院院字第一一八九號解釋）。

(3) 連續犯罪只須有概括意思，無論其行為全部在起訴前或其一部在起訴後，均無關係（最高法院十七年上字第七五二號判例）。

(4) 查閱卷宗被告某甲，因其叔某乙為佃業理事局委員，年者多病，遂自稱代理委員，僭行仲裁職權，已非一次，其前次處理某丙浮收租穀一事，既經抗縣地方法院於民國十八年五月二十五日判決認為連續犯罪，且本案第一審判決，亦敘明被告對於某丙曾犯同一之罪，經另案判處罰金云云。依刑法（舊）第七十五條規定，該被告應迭次僭行民國公務員職權，祇應論以一罪，毫無疑義，乃查第一審檢察官，既就被告一個犯罪行為重予起訴，原審不依刑訴法（舊）第三一八條第二款將後之公訴諭知不予受理，復就其連續之犯罪行為宣告罪刑，實不能謂非違法（最高法院十九年非字第二〇四號判例）。

(5) 於舊刑法有效時期，犯連續強姦罪，裁判時新刑法已公布施行，依新刑法第五十六條第二百零一條第二項第一項，尚得加重本刑至二分之一，與舊刑法第七十五條第二百零一條第二項第一項比較，舊法尚較新法為有利，依新刑法第三條第一項但書，仍適用舊法（最高法院二十四年上字第三五二號判例）。

五、處斷上一罪之競合，想像的競合犯，牽連犯，及連續犯均為處斷上之一罪，三者不無相競合之情形，其狀態有二：

(一) 連續犯與牽連犯競合者如圖：

牽連關係

第一次……………侵入住宅……………強姦

連續關係 第二次……………侵入住宅……………強姦

第三次……………侵入住宅……………強姦

上項競合先從牽連行為之重罪處斷，再論以連續犯，加重其刑。

(二) 連續犯或牽連犯之一行為中，有想像的競合犯存在者，如例：

牽連關係

想像的競合關係

第一次……………侵入住宅……………同時開槍 傷害並擊斃數人

連續關係 第二次……………侵入住宅……………同時開槍 傷害並擊斃數人

上項競合先就想像的競合部分決定其何者為重，再就牽連關係部分之行為比較從一重處斷，而後依連續犯以一罪論，加重其刑。

## 第八章 刑之酌科及加減

近世刑法大抵以罪刑法定主義爲原則，防止專擅之弊，然犯罪情狀，千差萬別，若繩以單繩劃一之法定刑，必不足以實現刑事裁判之衡平與正義，此立法上所有擴張法定刑之範圍，並予審判官以廣大裁量權之必要也。第法定刑度之間，如何不失伸縮之旨，法定加減之限，如何能保輕重之衡，非有一定標準以爲審酌，則欲求裁判之適法而又適當，莫及其難，故設本章規定，俾資準繩。第五十七條至第六十三條規定刑之酌科，第六十四條至第七十三條規定刑之加減。

第五十七條 科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，爲科刑輕重之標準。

- 一、犯罪之動機
- 二、犯罪之目的
- 三、犯罪時所受之刺激
- 四、犯罪之手段
- 五、犯人生活狀況
- 六、犯人品行

七、犯人智識程度

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

第五十八條 科罰金時，除依前條規定外，並應審酌犯人之資力，及因犯罪所得之利益，如所得之利益，超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內，酌量加重。

一、科刑之標準 科刑指司法官就法定刑之範圍內量定宣告刑而言，同一犯罪，有併定數種刑罰，許司法官選擇或併科者，而在有期徒刑拘役或罰金之中，期間之長短，金額之多寡，亦多任司法官之自由裁量，權限甚大，故於第五十七條設定科刑輕重之標準以示限制，而求刑罪之相當，但在絕對法定刑如專科死刑，或專科無期徒刑之罪，即無適用第五十七條之餘地，如犯罪情狀可以憫恕，僅能依第五十九條規定酌量減輕其刑。

科刑時應行審酌之事項，非列舉所能盡，故第五十七條僅抽象規定為「應審酌一切情狀」，至所列舉各款，乃科刑時尤應注意之事項，第一款犯罪之動機，即犯罪之原因，如殺人或因復仇或因嫉妬是，第二款犯罪之目的，如志士殺漢奸以除國賊，俠客劫土劣以濟貧困是，第三款犯罪時所受之激刺，如貧病交迫而驅為竊盜，無端受辱而盛氣毆人是，第四款犯罪之手段，如殺人方法過於殘酷，詐財手段極其狡狴是，第五款犯人之生活狀況，如飽暖生淫慾，

復仇或因嫉妬是，第二款犯罪之目的，如志士殺漢奸以除國賊，俠客劫土劣以濟貧困是，第三款犯罪時所受之激刺，如貧病交迫而驅為竊盜，無端受辱而盛氣毆人是，第四款犯罪之手段，如殺人方法過於殘酷，詐財手段極其狡狴是，第五款犯人之生活狀況，如飽暖生淫慾，

機裏起盜心，皆與生活有關，第六款犯人之品行，如疏財仗義，或爲富不仁，或好奇僞犯或犯罪成性，其品性有高下也。第七款犯人之智識程度，如未受教育而犯罪，或知法執法而犯法是，第八款犯人與被害人平日之關係，如夙有冤仇，或恩同再造，或分屬師生，或誼關親友是，第九款犯罪所生之危險或損害，如危險有巨細之分，損害有重輕之異，第十款犯罪後之態度，如表示厭忱，或任情殘虐，或已知悔悟，或怙惡不悛是。凡此列舉特須注意各款，大多係根據主觀主義及防衛社會主義之精粹而制定，此外如犯人之職業，年齡之大小，身分之關係，其犯人數等，苟足爲科刑輕重之準據者，量刑時亦應斟酌，總期法官細心審酌，養成其富有判斷而不偏頗之觀念，以求刑事裁判之適法而又適當耳。

法官經依列舉各款審酌結果，科刑時得分三種情形，一爲選科，在數刑選科之罪，情狀重者得科以最重之刑，情狀輕者得科以最輕之刑。二爲併科，在數刑得以併科之罪，情狀重者，得予併科，情狀輕者得不併科。三爲量刑，情狀重者得處以最高度之刑，情狀輕者，得處以最低度之刑。判解如左：

(一)查毀損自己與他人之共有物，亦成刑法上毀損他人所有物罪，但既有共有之關係，於科刑時應依刑法（舊）第七十六條（與本法第五十七條相當）注意犯罪之結果（司法院院字第三〇二號解釋）。

(二)以報紙登載司法官受賄，除有刑法（舊）第三二六條第三二七條情形外，應分別依同法

第三二五條或第三二八條處斷，至事後更正因現行法律尚無免責之條文，自不影響於罪之成立，祇得視為同法第七十六條科刑之標準（司法院院字第三〇三號解釋）。

(3) 刑法（舊）第三二〇條所稱無故侵入，即不法侵入之謂，甲與丙丁戊己等，既無搜索住宅之權，而入住宅時，如未得乙婦庚明示或默示之許諾，即為不法侵入，應成第三二〇條之罪，但該罪須告訴乃論，且甲等侵入，係為搜查被竊之物，應注意同法第七十六條（司法院院字第三一六號解釋）。

(4) 乘人驚惶之際，詐稱土匪前來相距不遠，迫人驚走之後，乘機取去財物，既未施行舉動，應成立竊盜罪，惟科刑時應注意刑法（舊）第七十六條規定（司法院院字第三二一號解釋）。

(5) 上訴人犯罪結果，被害人所受損害，尚不甚重，故仍於各該條法定刑內，科以較輕之刑（最高法院十七年上字第五〇四號判例）。

(6) 上訴人逮捕某甲之際，某乙係一在場勸解之人，該上訴人始則用足踢傷其臀部，繼則開槍轟擊，致某乙受傷身死，審核情節，該上訴人之惡性較深（最高法院十七年上字第五二二號判例）。

(7) 查刑法（舊）第七十六條規定為臆懼科刑應注意之事項，以為法定刑科刑輕重之標準，與減輕或酌減本刑不同，縱有從輕情形，要不能軼出本刑之最低限度（最高法院十九年非

字第二一二號判例)。

(8) 查刑法(舊)第七十六條之規定，原爲法定刑內科刑輕重之標準，苟無同法第七十七條之酌減情形，及其他法律上加減之原因，則審判上自由衡量之範圍不得超過法定刑最高度以上，及降至法定刑最低度以下，否則即不能謂非違法(最高法院十九年非字第二一二號判例)。

(9) 刑法分則各條所定處某刑云云係予法院選擇適用刑罰之權，若非有併科之規定不得就一罪而宣告兩種之刑，此不易之定則也(最高法院二十二年非字第一三五號判例)。

二、科罰金之標準 第五十八條前段「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」，此係科罰金之特別標準，前條爲一般的標準，故科罰金時仍應加以審酌。罰金爲財產刑，若量定金額時，對於犯人資力及所得利益若何，漫不加察，則富有着縱科以多金，無損毫末，貧困者卽科以寡額，已感艱窘，或應多而反少，或應少而轉多，均有失科刑之本旨，故設罰金酌科之標準，以求比較的平允。

三、罰金刑之酌量加重 審酌犯人資力以量定罰金數額時，原則上仍以法定範圍以內爲限，不能超出法定最高度最低度以外，然分則所定罰金之數額，均有限度，而犯人之利慾，則無底止，苟犯人所得不法利益，超過罰金之最高度，而科罰金時仍受法定範圍之限制，則犯人縱得最高度之罰金，得失之間盈餘尚多，仍可坐享不法巨額之利益，殊不足以貫徹罰金裁制

貪慾之效用，故第五十八條後段復設「如因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」之規定，所云「因犯罪所得之利益」與「因犯罪所得之物」，不可混濇，蓋彼為有形之物，可以沒收，此為有形或無形之利益，未必均可沒收，彼為因犯罪直接所得之物，此為因犯罪直接或間接所得之利益也。此種所得利益，往往超過罰金之法定最多額數十百倍不等，自應酌量加重，以遏止其貪慾，但加以至所得利益之範圍內為限度，此為裁判上加重之特例，與我國古代許讞論罪之制用意正相同也。

第五十九條 犯罪之狀況可憫恕者，得酌量減輕其刑。

第六十條 依法律加重或減輕者，仍得依前條之規定，酌量減輕其刑。

一、裁判上之酌減 第三十九條規定「裁判上之減輕」，學說上簡稱「酌減」，與舊律「情輕法重」之情形相當，蓋為救濟法定刑過重而設，即審酌第五十七條各款情形外，其餘就犯人之環境年齡性格資力等一切犯罪情狀加以切實考量，認為確有可憫恕者，始得依本條酌量減輕其刑，應以宣告法定最低度之刑猶嫌過苛者為限，否則減輕後所宣告之刑，仍不出法定刑範圍之內，徒具酌減之美名而無酌減之實惠者，不足以語酌減之本旨。故酌減之規定，所以救濟法定刑失之過高，許於法定刑範圍外，量定其宣告刑，而予以酌減時裁判上應附以相當之理由（刑訴法第三〇二條第三款）。

判解舉例如左：

(1) 查刑法(舊)第七十七條(與本法第五十九條相當)之規定，本為裁罰之酌減，必須認其犯罪之情形，確有可以憫恕之理由，始得援用，與法律上之減輕，只須具備特定之要件，即可減輕本刑者情形迥不相同(最高法院十九年非字第一四五號判例)。

(2) 被告因姦和誘未滿二十歲之女子某甲，固應成立刑法(舊)第二百五十七條第二項之罪，惟該條之法定刑，為一年以上七年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金，原審既未認定其有如何可以減輕之原因，乃竟適用刑法第七十七條改處有期徒刑六月，顯屬違法(最高法院二十三年非字第二十一號判例)。

(3) 被告如果被告入夥，其被告程度，顯係喪失意思自由，應依刑律(失效)第十二條第一項(與本法第十二條相當)宣告不為罪，若僅犯罪情節較輕，祇得於未遂減輕之外，再酌用第五十四條減等間擬(前大理院院字第一一四七號解釋)。

(4) 在未決盜遇火災未曾逃走，不能為刑律(失效)第五十四條減輕之理由(前大理院二年非字第二三號判例)。

(5) 聲起彼造，又非下手殺人犯之犯，兩審處以無期徒刑，並未越法定範圍，而原其心術及犯罪事實尚有酌減之餘地，本院自得予以改判(前大理院五年上字第九一號判例)。

(6) 因自己胞妹，以口角細故服毒自盡，竟至心有不甘，遽行捏詞誣告，按其情節，不無可原，自應按刑律(失效)第五十四條酌予減等，以期平允(前大理院五年上字第二一〇號

## 判例)。

(7) 本夫知姦夫與其妻相姦之情，因孤身無援，無奈伊何，一日與姦夫同至家內睡宿，因其乘間又將妻姦淫，聞妻告知後，即行殺害者，情節可原（前大理院六年上字第一〇九號判例）。

二、裁判上的酌減與法律上減輕之並用 酌量減輕後，不徒以情輕法重時為限，即依法律，減輕或加重後衡情度理，猶嫌其刑失之過重者，依第六十條所定「仍得依前條之規定」酌量減輕其刑，「蓋法律上減輕，係根據法律所定得減或必減之具體原因，而予以減輕者，裁判上酌減，則以情狀有可憫恕付諸裁判上之審酌者也，用意各不相同，自不能因已依法律上減輕而排除第五十九條裁判上酌減之適用，即因犯人具有法律上得加或必加之具體原因，已予加重者，亦不能謂其情狀更無憫恕之可言，如合於前條規定，裁判上自亦無妨酌量減輕其刑，以貫徹酌減之立法本旨。

法律上之減輕，有一般的減輕與特別的減輕之分，一般的減輕，規定於刑法總則，如第二十六條不能犯，第二十七條中止犯，第六十二條自首之減輕，及第二十六條未遂犯，第三十條從犯，第十六條因不知法令，第十八條與第六十三條因年齡關係，第十九條精神耗弱，第二十條癡癲，第二十三條正當防衛過當，第二十四條緊急殺難過當之得減輕者是，特別的減輕，規定於刑法分則，如第一〇二條第一二二條第三項第一六六條第一六七條第一七二條之

減輕及第一二二條第三項第二四四條第三〇一條第三四七條第五項之得減輕者是。

法律上之加重，亦有一般的與特別之分，見於總則者如第四十六條累犯之加重，第五十六條連續犯之得加重是，見於分則者，如第一三四條第一七〇條第二六四條第二七條。第二八〇條第二九五條第三〇三條之加重，是至第五十八條之酌加罰金，未應酌科之濫，故不在法律加重之列。舊例如左：

(一)刑法(舊)第七十八條所謂依法令加重或減輕者仍得依前條之規定酌減本刑云云係指具有法定之加重或減輕原因時仍不妨依法酌減者而言，否則自無援引該條之餘地(最高法院二十年非字第八號判例)。

(二)國民搶劫糧食應否依刑律第十三條第二項(失效)減輕，係事實問題，至一再減輕應依第五十五條第六十一條辦理(前大理院統字第一四二八號解釋)。

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

- 一、犯最重本刑為三年以下有期徒刑拘役或專科罰金之罪，但第一百三十二條第一項第一百四十三條第一百四十五條第一百八十六條第二百七十二條第三項及第二百七十六條第一項之罪不在此限。
- 二、犯第三百二十條之竊盜罪。

三、犯第三百三十五條之侵占罪。

四、犯第三百三十九條之詐欺罪。

五、犯第三百四十九條第二項之贓物罪。

一、裁判上之免除 犯罪情狀有可憫恕，認為科以法定最低度之刑，猶嫌過苛者，裁判上固得酌減其刑，如酌減結果，仍嫌其刑過重，亦不可無救濟之方法，此本條所由設也。本條所列各罪，原屬於簡易程序之案件，可以不經通常審判程序，因檢察官之聲請，逕以命令處刑（刑訴法第四二條第二項），檢察官偵查刑法第六十一條所列各罪之案件，參酌刑法第五十七條所列事項，認為以不起訴為適當者，本得為不起訴之處分（刑訴法第三二條），然自訴範圍較前擴充，自訴案件，勢必增加，若果被害人向檢察官告訴，而逕向法院自訴，經法院認為情節輕微顯可有恕，如僅得酌量減輕，不許免除其刑，則是同一案件，檢察官得不起訴，而法院轉須依法科刑，殊不足以保持平衡，故特設本條，許法院免除其刑，以資調劑。

本條規定得免除其刑者，要件有三：（一）須犯本條例舉之罪，（二）須情節輕微，顯可有恕，（三）須依第五十九條規定酌減其刑，尚嫌過重，各款列舉之罪，第一款以法定刑為準，第二款至第五款以犯罪性質為標準，蓋皆罪之輕者，惟第一款但書之罪，雖最重本刑均在三年以上有期徒刑以下之刑，而案關瀆職妨害投票公共危險或預備殺人，情節並非甚輕，

均不在准許免除之列。本條既稱「得免除」，則得免與否，權在法官，非被告所得強求，一經免除其刑，除有專科沒收之情形外，其效力及於主刑與從刑。

本條爲裁判上之免除，此外尚有法律上之免除見於總則者如第十六條第二十三條第二十四條第二十六條之得免除及第二十七條之免除是，見於分則者如第一〇二條第一一二條第三項第一六六條第一六七條第一七二條第三八八條之免除，及第三二四條第三三八條第三四三條第三五一條之得免除是，凡免除其刑者應諭知免刑之判決（刑訴法第二九一條），法院認爲諭知免刑之案件，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者得不待其陳述，逕行判決（刑訴法第二九八條），雖經免除其刑，而其罪則仍屬成立也。

二、酌科酌減酌免之運用 酌科者，仍迴溯於法定刑範圍之內，酌減者，得減出於法定刑範圍之外，而酌免者竟得就特定之罪，免除其法定之刑，則減免之際，不容輕率，而當於裁判書內載明相當之理由（刑訴法第三〇二條第三款）。本法於刑度既寬其範圍而容許酌科，酌科不足則又容許酌減，而酌減又可與法律減輕並行，遞減結果可使法定重刑之規定等於虛設，若酌減又嫌過重進而容許酌免，得酌免之罪，既及刑法分則所定罪名之半數，其結果幾足使此半數之罪刑又等於虛設，司法者職權之擴大至於此，應如何兢兢自勉，深感責任之重，以期其運用得宜。定罪科刑，求其適法，有法可據也，求其適當，則存乎其人。司法者誠能於適法之餘，得酌盡善，以求其適當，則人情法律，庶可保其持平耳。

第六十二條 對於未發覺之罪，自首而受裁判者，減輕其刑，但有特別規定者，依其規定。

一、自首減輕之要件 自首減輕，爲我中國法系獨有之特色，漢律卽有「先自告除其罪」之規定，唐律復有「犯罪未發而自首者原其罪，其輕罪雖發，因首重罪者，免其重罪，卽因所劾之事，而別言餘罪者亦如之」之明文，足見自首之制，自古已極賅備。本法爲保持中國法系之精神，亦於本條設自首減輕之規定。茲析其要件如左：

(一)須對於未發覺之罪而爲自首 通常所云「犯罪發覺」，指法院檢察官司法警察官或其他有搜查犯罪權限之公務員已知悉犯罪事實及犯人而言，本條所稱「未發覺之罪」，不問犯罪事實未經發覺，抑犯罪已經發覺而犯人未經偵知均屬之。「自首」者，卽對於未發覺之罪而到案自首自願陳明其罪由於自己所犯之謂，若於犯罪已經發覺之後，始由犯人自述犯罪之事實者，則爲自白而非自首，但一罪先發覺而別首未發覺之餘罪者，本法雖無明文規定，而在解釋上，其所首之餘罪仍不失爲自首，特解如左：

(1) (新例) 查自首以犯罪未發覺爲要件，被告向崗警自陳犯罪事實時已經發覺不合自首條件 (最高法院二十五年上字第四八六號判例)。

(2) 查刑法 (舊) 第三十六條之所謂發覺，係指該管公務員已知犯罪事實並知犯罪人之爲何人而言，至被害人及以外之人知悉其事並知其入而該管公務員猶未知之者，仍不能不認爲合於該條所謂未發覺之規定，蓋該條之立法本旨，自首減輕，爲獎勵犯罪者悔過投誠，而

一方為免搜查逮捕嫌疑累及無辜，就此觀察，其所謂發覺，並不包括私人之知悉在內（最高法院二十年上字第一七一號判例）。

(3) 上訴人於開槍時，曾經巡長某甲曾見制止無效，是其犯罪行為已經發覺，就令上訴人確有投案陳述事實，亦不能認為自首（最高法院二十年上字第一九七二號判例）。

(4) 自首係以犯罪未發覺為條件，雖犯罪事實已發覺，而尙未知何人犯罪，仍屬未發覺（前大理院三年上字第七十八號判例）。

(5) 抗傳不到後經知事用函勸誘，乃得獲案，何得謂為自首（前大理院三年上字第二六一號判例）。

(6) 自首以未經官廳發覺為要件，本案被告係被圍董拿獲送案，且在縣署據訴詰問之後，雖縣署審訊時，被告直認不諱，然謂之自白則可，謂之自首則不可，自白除誣告及偽證罪有特別規定外，並無減免之條（前大理院四年上字第一八〇號判例）。

(7) 自首之要件，必以犯罪未發覺者為限，而未發覺之範圍，雖非限於犯罪事實之發覺，即兇犯未明而自首者，亦應以未發覺論，然本案殺人行為之事實，係被告所實施，已明明發覺在案，該被告於搜索中，即令自行投案，於自首要件亦屬不合（前大理院四年上字第二六四號判例）。

(8) 先經有人報緝，始具稟投案，不合於自首條件（前大理院五年上字第二三六號判例）。

(9) 因竊盜被保衛團緝獲送案後，即將如何行竊，並曾在另處行竊之情形，一併供出者，其在另處行竊一節，當未經獲案之先，早經共犯供出，則到案後供述及之，自不得以別首餘罪論（前大理院六年上字第三七九號判例）。

(10) 查刑律（失效）第五十一條所謂發覺，並不包括私人之知悉在內，上告人如果合於未經報官發覺其犯罪以前赴案自首，即與刑律第五十一條規定相符，原判謂該條所稱犯罪未經發覺者，明係對於普通一般人均未經發覺而由犯人自首於官，並非指普通一般人已知其犯罪行為僅官廳一面尙未發覺而犯人自首於官而言，顯係誤會（前大理院九年上字第六六六號判例）。

(11) 查某家被竊雖經報縣差緝有案，然未發覺行竊者為誰，則上告人因另案發覺到案，將竊盜某家一事，一併供出，已合於別首餘罪之要件（前大理院十年上字第五七五號判例）。

(二) 須自首而受裁判，自首必須聽受裁判，方備減輕之要件，若僅自陳其犯罪行為而不受裁判或畏罪遠颺者，即不能以自首論，且自首以告知犯罪為已足，不以與事實完全相符為必要，自首之對方，無論向審判機關，或向偵查機關為之均可，其未向偵查機關自首而向其機關自首者，移送至偵查機關時，應認為等於向偵查機關自首，至僅向被告告訴人或向請求權之人首服者，固不能認為自首，然一經此等人據其首服事實向偵查機關告訴或向法院自訴而受裁判時，似亦應以自首論，方足以貫徹立法上獎勵自首之政策，自首之方

法，亦無限制，或以容狀，或以口述，或當面陳述，或委人代首，均無不可，但必須親自受裁判，此乃法定必備之要件也。

舊例如左：

(1) 刑法(舊)第三十八條之自首固應於犯罪未發覺前向該管公務員爲之，但委託他人報案，既非法所不許，則其自首之機關縱非該管公務員，如其託其轉報即有自首之效力(最高法院二十二年上字第三九五號判例)。

(2) 查上告人投案後，對於殺人原因，供述雖有不實不盡，而其殺人行爲，實不得謂非因有自首而發覺，核與自首減輕規定，尙屬相符(前大理院八年上字第三一八號判例)。

(3) 自首須見諸實行，若僅在預備之中，即被逮捕，亦難以業經自首論，原審援引刑律(失效)第五十一條，予以減等，亦屬違法(前大理院十一年上字第八九〇號判例)。

(4) 被告殺人之後，雖稱曾向地保告知其事，然地保並非搜查犯罪之官吏，僅向地保告知，尙不能謂爲自首，如果被告當時有委託他保赴縣報案投審之意思，則雖地保代爲報案，仍不失爲自首(前大理院十一年上字第一二三一號判例)。

二、自首減輕之原則及特例 合於上述條件而自首者，即應減輕其刑，本法採必減主義，意在速求犯罪事實之發覺，廣闢犯人自新之途徑，並以省偵查之勞費，免無辜之受誣，故應減輕其刑，以資獎勵耳。然此係一般自首減輕之原則，而刑法分則及特別刑法中尙有自首減免其

刑之特例存焉，犯預備或陰謀內亂之罪而自首（第一〇二條），犯行求期約或交付賄賂之罪而自首者（第一二二條第三項），及犯參與以犯罪為宗旨之結社之罪而自首者（第一五四條第二項），不僅減輕，且有免除其刑之寬典，此即本條但書所指之特別規定有優先適用之效力。

三、自首之效力 自首之效力，僅及於所首之一罪，不及於未經自首之餘罪，惟連續犯因法律上視為一罪，雖僅自首其連續犯罪之一行為，而不別首其餘之行為者，仍應以自首論，又減輕其刑，以實際上應負之罪責為準，自首人自陳之罪名，縱與事實頗有出入，亦不能排斥本條之通用，實例如左：

（一）（新例）刑法上自首減輕以所首之罪為限，如犯數罪應行併罰之際，僅自首其中一罪者，關於未首之罪，仍不能援引自首例子以減輕（最高法院二十四年上字第三一六九號判例）。

（二）自首規定本為使犯罪事實易於發覺及獎勵犯人知所悔悟而設，故犯人就其犯罪行為苟已到官自首，縱令對於犯罪原因未肯盡情吐露，仍不失有自首之效力（最高法院二十二年上字第四五〇二號判例）。

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

未滿十八歲人，犯第二百七十二條第一項之罪者，不適用前項之規定。

一、對於老幼不得處死刑或無期徒刑之限制。滿八十歲者精神衰退為日無多，未滿十八歲人，年猶幼穉，前途有望，本法對於此等人除於責任年齡上已設得減規定外，復於本條第二項設「不得處死刑或無期徒刑」之限制，以符憐老恤幼之國情，若法定本刑為死刑或無期徒刑而別無他刑可以選科者，則規定應減輕其刑，所以濟其窮也。

二、不適用前項規定之例外。未滿十八歲人若犯第二百七十二條第一項殺直系血親尊親屬之罪者，其人固知孝道，滅絕人倫，惡性甚深，難期改悔，如仍不得處死刑，或無期徒刑，深恐恕息之仁，適足養奸，故定為不適用前項之規定，以資儆戒，但因其猶在減輕責任之年齡或別具法定減輕之原因，而予以減輕者，則又為法律所不禁也。

第六十四條 死刑不得加重。

死刑減輕者，為無期徒刑，或為十五年以下十二年以上有期徒刑。

第六十五條 無期徒刑不得加重。

無期徒刑減輕者，為七年以上有期徒刑。

第六十六條 有期徒刑拘役罰金減輕者，減輕其刑至二分之一，但同時有免除其刑之規定者，

減輕得減輕至三分之二。

第六十七條 有期徒刑加減者，其最高度及最低度同加減之。

第六十八條 拘役或罰金加減者，僅加減其最高度。

一、死刑無期徒刑加重之限制 死刑為最重之刑，無可再加，故第六十四條第一項規定「死刑不得加重」。無期徒刑亦不應加至死刑，因一係生命刑，一經執行，卽難復活，一係自由刑，尚有假釋出獄之望，性質既不相同，輕重亦復懸殊，故第六十五條第一項規定「無期徒刑不得加重」。是則犯專科死刑或專科無期徒刑之罪而有加重之原因者，若別無減輕之理由，祇能仍處以死刑或專科無期徒刑，若係選科死刑無期徒刑或有期徒刑之罪，而有加重之理由者，則祇能將有期徒刑加重，就其加重結果，與死刑無期徒刑選科其中一種之刑。

二、死刑無期徒刑減輕之標準 舊刑法刑之加減，除酌減外悉規定其分數，而死刑無期徒刑，蓋亦設減輕幾分之幾為如何刑之標準，其計算頗不近理，本法對於刑之加重，均僅規定其最高之分數，如累犯連續犯加重至二分之一是，而減輕其刑，則除第六十六條有期徒刑拘役罰金設減輕之分數外，關於死刑與無期徒刑之減輕，不復以分數為計算之標準，惟於第六十四條第二項規定「死刑減輕者為無期徒刑，或十五年以下十二年以上有期徒刑」，第六十五條第二項規定「無期徒刑減輕者為七年以上有期徒刑」，蓋本法關於刑之減輕，有必減得減之分，亦有與免除其刑同時併定者，情節參差不等，自應寬其限度，以便適用也。

三、有期徒刑拘役罰金減輕之標準 有期徒刑拘役罰金加重之限度，在加重之各本條已有規定，故第六十六條僅規定其減輕之標準，減輕其刑至二分之一，示至多不得逾二分之一之意，至

與減輕同時有免除其刑之規定者，法官原可選擇適用其一，若其減輕範圍，仍以減至二分之一爲止，則與免刑相較，取捨之間，懸殊太甚，故許其得減至三分之二，法律上僅云減至二分之一或三分之二，而最少自幾分之幾起，則未定有標準，自可自由裁量。所應注意者，有期徒刑拘役爲自由刑，罰金爲財產刑，性質既已迥異，計期計額亦有高下之殊，故自由刑不得減至財產刑，財產刑不得加至自由刑，而自由刑復包括無期徒刑有期徒刑拘役三者而言，其期間依第三十三條規定均有一定之限度，無期徒刑之減輕，雖爲有期徒刑，而有期徒刑之得減，至二月未滿仍爲有期徒刑而非拘役。拘役加重雖得加至四個月，並非有期徒刑，至有期徒刑之加重，以加至二十年爲限，自亦不得加至無期徒刑也。

四、有期徒刑之加減例 第六十七條規定「有期徒刑加減者，其最高度及最低度，同加減之，」即就其最高度及最低度，加則同加，減則同減，再就加減所得之刑度，量定其宣告刑，但不能先量刑而後加減。

刑法分則各條，於有期徒刑之最高度及最低度同規定者有之，僅規定其最高度或僅規定其最低度者亦有之，其未特定最高度及最低度之限制者，當依第三十三條第三款規定，以二月爲其最低度，十五年爲其最高度，加重時不得逾二十年，減輕時得減至二月未滿，加減之結果，終不能變更有期徒刑之本質也。

五、拘役罰金之加減例 依第三十三條第四款及第五款規定，拘役之最低度爲一日以上，罰金

之最低度爲一元以上，其單位既以日計，或以元計，卽不許加減爲若干小時，或若干角之零數，故第六十八條規定，「拘役或罰金加減者，僅加減其最高度，」拘役在分別各條僅稱曰「拘役」，其最高度依第三十三條第四款所定，爲二月未滿，所云「二月未滿」不以曆計，應以日爲單位，按照民法積三十日爲一月，則應以一月又二十九日爲拘役固有之最高度，拘役最高度，雖有加重以加至四個月爲限，不得加至徒刑，減輕時亦祇就其最高度減輕，而不能減至罰金。至罰金爲主刑之最輕者，分則各條，亦僅規定其最高度，無論爲專科選科或併科罰金，均加減其最高度，既不能加至拘役，亦不能減至徒刑也。例如犯第三百〇九條之侮辱罪，處拘役或三百元以下罰金，如有加重原因者，僅將拘役罰金之最高度加重，而後就加重範圍內選科其一。

實例如左：

- (1) 有期徒刑減至二月未滿時，仍稱有期徒刑（司法院院字第三一九號解釋）。
- (2) 執行中再犯罪處刑，應合併執行，但不得過二年（司法院院字第六二六號解釋）。
- (3) 有期徒刑應加減者，其最高度及最低度同加減之。刑法（舊）第八十一條有明文規定，第一審於犯罪本條之最低度本刑減二分之一，雖其減處之刑，未逾法定限度，而僅就最低度減輕，卽與規定相違（最高法院二十一年上字第一五九二號判例）。
- (4) 按有期徒刑應減輕者，其最高度及最低度，均應減輕，雖最低度減至二月未滿，仍稱有

期徒刑，不得稱爲拘役（最高法院二十二年非字第七十四號判例）。

（5）有期徒刑應加減者，其最高度及最低度同加減之，刑法定有明文，第二審法院判決，對於被告減輕二分之一處刑，乃不先就其所犯罪之本刑高低並減，再於所減之範圍內，酌量科刑，竟僅就其最低度之六月有期徒刑減爲三月有期徒刑，未免不合（最高法院二十二年非字第八十七號判例）。

（6）加重者（中賂）加重之減輕者（中賂）減輕之，然後於此範圍內選擇科刑，法官官果不出乎選判刑以外，應即認爲適法（前大理院三年上字第七十五條判例）。

第六十九條 有二種以上之主刑者，加減時併加減之。

第七十條 有二種以上之刑之加重或減輕者，遞加或遞減之。

第七十一條 刑有加重及減輕者，先加後減。

有二種以上之減輕者，先依較少之數減輕之。

第七十二條 因刑之加重減輕，而有不滿一日之時間或不滿一元之額數者不算。

一、二以上之主刑併加減之例 第六十四條至第六十八條規定一種主刑加減之限制與標準，第六十九條，係規定二種以上主刑之加減，其加減應一併加減之，即分別各條有規定二以上之主刑爲法定刑，由法官選擇論科者，遇有加減時，應將各種主刑均加重或均減輕，再就所加或所減範圍內，量定其宣告刑。至各種主刑加重之限度及其加減之標準，仍應依第六十四

條至第六十八條之規定，例如死刑無期徒刑與他刑選科而應加重時，因死刑無期徒刑不得加重，祇能就他刑依法定標準加重是也。

第六十九條所謂有二種以上主刑，不以專指選擇刑爲限，即有二種以上之主刑併科者，亦應包括在內，如今則各條每有規定徒刑與罰金併科，亦有規定徒刑拘役與罰金併科者，在徒刑拘役遇有加減之原因時，其併科之罰金，自應一併加減，以貫徹立法之本旨。惟罰金如係依第五十八條而款犯人所得利益範圍之內酌量加重時，則係審判上量刑結果之加重，非法定一般加重之原因，故無論與他刑選科或併科，關於罰金酌加之效力不及於他刑，即除將罰金酌加外，不能將其他選科或併科之主刑一併酌加也。

二、遞加遞減之例 犯人兼具本法規定數種加重之原因或數種減輕之原因者，其加減之法如何解決，依第七十條規定「遞加或遞減之」。遞加者將主刑加重後，就加減之數再爲加重之謂，遞減者將主刑減輕後，就減成之數再行減輕之謂，遞加遞減既與擇一加減不同，而與併加併減亦異，例如犯人有二個加重二分之一原因，若採併加辦法，僅能加重本刑一倍，又如二個減輕二分之一之原因，若採併減辦法，則本刑勢必減盡，不足以達科刑之目的。故採遞加遞減之制，以濟其窮，有二種以上刑之加重或減輕之原因者固應遞加遞減，然死刑無期徒刑不得加重，有期徒刑遞加結果不得逾二十年，拘役遞加結果不得逾四個月，此固本法所明定之限制也。

判例如左：

(1) 查刑法(舊)上所謂遞減者，指就法定刑減輕後，再就減得之刑，加以減輕，并非先就減得之刑，定其刑期，再於已定之刑期上，加以遞減，此徵諸第八十七條第一項之規定，其義至明(最高法院十九年非字第一三八號判例)。

(2) 依懲治盜匪條例(已失效)第二款減輕其刑之部匪如有合於刑法(舊)第七十七條酌減情形時，仍得依同法第九條第八十七條第一項遞減其刑(最高法院二十一年上字第三二九號判例)。

三、主刑加減之順序 第七十條係就加重競合或減輕競合時，規定遞加或遞減之法，第七十一條第一項規定加減競合時加減之順序，同條第二項係規定遞減之際孰先孰後之順序。

(一) 加減競合時先加後減 刑有加重原因及減輕原因同時存在者，為加減競合，其次序應先加而後減，此於主刑為有期徒刑拘役或罰金者，無論為先加後減或先減後加，其結果相同無關出入，然其最重刑若為死刑或為無期徒刑之罪，而加減競合時設先加後減，則死刑無期徒刑均不得加重，應捨加而言減，依第六十四條第二項規定死刑減輕者，為無期徒刑或為十五年以下十二年以上有期徒刑，依第六十五條第二項規定無期徒刑減輕者為七年以上有期徒刑，此先加後減之結果也。反之設先減後加，則減輕結果，雖仍為上述之數，若再就減得之數加之，無論加重之數若干，而所加得之最低度，必超過上述之數，其結果顯不

利於犯人，本法採先加後減者，蓋在有利於犯人也。舊刑法於加減競合除先加後減外復有互相抵銷之規定，本法以死刑無期徒刑，既不得加重，縱加減競合，亦僅能減輕，若加減互相抵銷，即於犯人為不利，故刪除之，特例如左：

(1) 刑法(舊)第八十六條所謂刑有不同等分之加重減輕先加後減者，應就加得之刑減輕，其結果並非必與互相抵銷者相同，(中略)不得因偶與互相抵銷有同一結果，即謂先加後減之規定，與互相抵銷相同(司法院院字第四七二號解釋)。

(2) 刑法(舊)上先加後減之規定，其立法意旨，即較之先減後加，於被告有利，大赦條例上之減輕，遇有應依刑法加重同等分數之情形時，既不得援引刑法第八十六條第一項予以抵銷，為被告利益計，仍應先加後減(最高法院二十三年上字第二三九〇號判例)。

(二) 遞減時先依較少之數減輕 有二種以上刑之減輕原因，遞減時如分數不同者，應先依較少之數減輕之。此項規定行之於有期徒刑拘役或罰金，無論其減輕標準為三分之二或二分之一，亦無論孰先減或孰後減，結果均屬相同，似無實益可言，然於專科死刑或無期徒刑之罪，而有二種以上減輕之原因者，若就較少之數先減，較多之數後減，即有實益可觀，例如犯專科死刑之罪，具有精神耗弱(得減輕)及中止未遂(減輕或免除)二種減輕原因，先依第六十四條第二項減輕，為無期徒刑或十五年以下十二年以上有期徒刑，再就此數依第六十五條第二項就無期徒刑減輕及依第六十六條但書就有期徒刑減輕三分之一，

則無期徒刑部分減至七年以上有期徒刑，有期徒刑部分減至五年以下四年以上，是即於犯人爲有利矣。

四、加減後不滿一日或不滿一元之零數不算。有期徒刑拘役罰金之加減，均以分數計算，遞加遞減結果，自不免有零數之存在，若概予合算，未免過於瑣碎，故第七十二條規定「因刑之加重減輕而有不滿一日之時間或不滿一元之額數者不算」。此在加重時其零星不算，固無疑問，而在減輕之際，不可因零數不算，而誤爲可以減盡不科，蓋以期日計者以一日爲至少之單位，以數額計者以一元爲至少之單位，拘役罰金之加減，既僅加減其最高度（第六十八條），則其最低度之一日或一元（第三十三條第四款第五款），倘非依法免除，即不能不留此最低之限度，有期徒刑得減至二月未滿（第三十三條第三款），其最低度雖未限定限制，然拘役且須至少有一日之保留，則有期徒刑遞減結果之不能少於拘役之最低限度，奚待論耶。

第七十三條 酌量減輕其刑者，準用減輕其刑之規定。

一、酌減之標準及方法 酌量減輕與減輕不同之處，存於兩者之原因，由於法定，則依一般的或特別的減輕各條文而減輕其刑，若由於犯罪罪狀有可憫恕，則得依第五十九條或第六十條之規定，酌量減輕其刑。本法第六十四條至第七十二條關於減輕之標準及方法，均係爲法律上之減輕而設，酌量減輕，係裁判上之減輕，應否準用法律上減輕之標準與方法，不可無明

文規定，此本條所由設也。舊刑法減輕本刑無若干分之幾者，規定爲至少減輕二分之一，酌量減輕，本應包括在內，乃判解上竟別加限制，謂酌減者最多僅能減輕二分之一，殊屬於法無據，故本法特增本條，使法律上減輕之標準及方法，概可準用於裁判上之酌減，以便實用時有所依據，而免紛歧之解釋。

二、加減時應先加減而後科刑。加重減輕或酌減其刑，均以主刑爲限，其效力不及於從刑，而適用時，皆先就法定本刑加重或減輕，其有範圍者，先就其範圍加減之，必俟加重或減輕之後，始得就所加或所減之結果或範圍內，酌科其刑，若先科刑而後加減，則爲法律所不許。

判解如左：

(1) 關於刑法之減輕，祇須援用減輕法條，即不說明減輕分數及減輕後之刑度，亦非違法(司法院院字第一九九號解釋)。

(2) 被告犯數罪，其中有一罪或數罪，應依法減輕或酌減其刑者，須先就其本條法定主刑減輕若干以後，再就其宣告之刑，與他罪宣告之刑，定其執行之刑期金額，方爲合法，乃原預審判決，不依上開說明，先宣告其應減之刑，竟於定執行刑後，始依據其所引用之法條，遽予減科，尤屬違法(最高法院二十一年非字第一一四號判例)。

(3) 刑法所謂加重，係指刑法分則各條原有法定本刑以爲加減而言，關於褫奪公權，既無所

謂本刑，自不發生加減問題，初無待於刑法（舊）第八十九條之規定而始明，惟刑法第五十七條第五十八條第一項已揭明應視所宣告之主刑，以定褫奪公權之標準及制限，可知宣告之主刑有加減時，褫奪公權有時亦受其影響，不能不隨之轉移，但祇隨之轉移，不得謂之加減，且隨之轉移，與加減本刑有別，固不得指為與刑法第八十九條之規定違背。至於褫奪公權，須隨主刑為轉移者，原欲謀褫奪公權與主刑之適應，適用時非特不得超越刑法第五十七條第五十八條第一項所定標準及限制以外，更應權衡於所定標準及限制之中，此在通常科刑判決為然，即關於大赦之減刑裁定，亦無不同（最高法院二十一年抗字第三六一號裁定）。

(4) 按大赦條例之減刑，僅就主刑而為規定，並未及於褫奪，而科刑判決確定後，若因大赦條例之減輕，而減輕主刑時，對於原科之褫奪部份，亦應一併酌核裁定者，乃因原科主刑，既有變更，其褫奪部份，為求與輕減後之主刑適應起見，不能不加以酌核裁定，並非褫奪部份，亦得適用該條例予以減輕，如原科之主刑，已因執行完畢而不存在，事實上既無所謂減輕主刑，則褫奪部份，即亦無適應與否之問題發生，自亦無單就褫奪部份再予裁定之理（最高法院二十二年抗字第六十一號裁定）。

(5) 減等處斷之案，應先將本刑按等減低，於所減範圍內，酌量科處，所科處之刑，不以降至本法之最輕刑以下為限（前大理院六年上字第八八九號判例）。

## 第九章 緩刑

廣義所謂緩刑，包涵暫緩刑之宣告及暫緩刑之執行兩者而言，暫緩刑之宣判，係對於初犯及少年犯認為有改善之望者，緩其刑之宣判，附以條件釋放被告，因其經過良善，即免除其刑之宣告，認為等於未有犯罪者也。暫緩刑之執行者，對於有罪之判決，仍應宣告，惟因犯罪之情狀於一定期間緩其刑之執行，待一定期間之經過，並未犯罪受刑之宣告者，則其刑之宣告，即為無效之制度也。本法之緩刑，係緩其刑之執行，而不採暫緩刑之宣判之制。因緩其刑之執行，足以矯正短期自由刑之弊，且輕犯偶犯之徒品性原非不良，正可以因緩刑而促其自新，遏其再犯，不失為刑政上必要之良制，故本章詳為規定。

第七十四條 受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告而有左列情形之一，認為以暫不執行為適

當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算。

一、未付定有期徒刑以上刑之宣告者。

二、前受有期徒刑以上之宣告，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。

一、緩刑之要件 依本條之規定，關於宣告緩刑之要件約可規納為數端：

(一)須對於受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告者而爲之。各國立法例，有限制重罪不得緩刑者，有不加限制僅以某罪爲例外，均准緩刑者，又有不問所犯何罪，惟以刑之種類及重輕爲標準而決定其應否緩刑者，本法原則上係採後說，並加以其他條件之限制，始可由審判官斟酌情形予以緩刑。緩刑之旨本在救濟短期自由刑之弊而設，亦所以獎勵偶犯輕犯之豁然悔悟，勇於改過。本法對於受短期自由刑在二年以下有期徒刑或拘役之宣告者，既可准其緩刑，則輕於自由刑之罰金，自不應置諸度外，故受罰金之宣告者，亦得宣告緩刑，以促其自新。

所云「受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告」均指宣告刑而言，法定刑如何在所不問。即法定之本刑或最重本刑經或過之，而因減輕或選科，致宣告二年以下有期徒刑拘役或罰金者均屬之。又「受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告」係指各別宣告而言，惟不以選科之刑爲限，即併科之刑亦包括之，蓋徒刑或拘役與罰金併科者，不乏其例，其在併科時，如有宣告緩刑之必要，則徒刑或拘役與併科之罰金，應一併諭知緩刑，不得擇一宣告，然此不過就單一犯罪而言，又有因犯數罪分別宣告有期徒刑拘役罰金而併執行者，如其執行刑並不逾此範圍，亦得一併予以緩刑，倘其間有一宣告刑爲超過二年以上有期徒刑者，則各罪均不得緩刑。

在數罪併罰而科多數有期徒刑之時，有謂只須各罪之宣告刑，均在二年以下，所定執行之

刑縱或過之，亦無礙於緩刑之宣告者，復有謂非僅各罪分別宣告之刑，均須在二年以下，即其應定之執行刑期，亦須在二年以下，方合於緩刑之條件者，自以後說為當，蓋數罪併罰所定之執行刑，仍不失為宣告刑，則本條所云「受二年以下有期徒刑之宣告」自應包括所定執行之刑期在內。況緩刑既所以補救短期自由刑之弊，倘所定應執行之刑為超過二年以上之有期徒刑，罪情既屬匪輕，刑期亦不為短，如謂亦可緩刑，寧不近於濫耶？

判解舉例：

(1) 查徒刑重於罰金，法院判處徒刑併科罰金之案件，如擬諭知緩刑，徒刑與罰金，自應一併諭知，不應單獨將徒刑宣告緩刑（司法院院字第二九四號解釋）。

(2) 禁煙法（已廢）既無不准緩刑之規定，則吸食鴉片人犯，自得適用刑法宣告緩刑，又徒刑與罰金，既係併科，如認為應宣告緩刑，自應同時宣告（司法院院字第三四六號解釋）。

(3) 查刑法（舊）第九十條二年以下有期徒刑，係指宣告刑而言（司法院院字第六五三號解釋）。

(4) 數罪中有一罪宣告之刑超過二年，縱其他各罪之刑，在二年以下，仍與刑法（舊）第九十條之規定不合，自不得宣告緩刑，若數罪之刑，均在二年以下，其一罪經宣告緩刑者，該緩刑之宣告，如撤銷時，自應依刑法（舊）第七十二條定其應執行之刑（司法院院字第七八一號解釋）。

(5) 查罰金依刑法(舊)第九十條之規定，本亦得宣告緩刑，徒刑既被罰金爲重，則判處徒刑併科罰金之案件，如諭知緩刑時，自應將徒刑與罰金一併宣告，方爲合法。第一審以上訴人合於緩刑條件，僅將徒刑宣告緩刑，並未就併科之罰金，同時宣告，原審復未加糾正，殊爲違法(最高法院二十年上字四一三號判例)。

(二) 須對於未曾受徒刑之宣告或未曾累犯者而爲之。緩刑除以上述之宣告刑爲其要件，犯人平日之品行如何，亦應注意，即本條所列第一第二兩款之情形是也。第一款以「未曾受有徒刑以上刑之宣告者」爲緩刑之條件，所以證驗其人平日品行是否安分守己也。如以前曾受有期徒刑以上刑之宣告，則縱未執行，而後犯之罪，亦不能宣告緩刑。至若以前曾受拘役或罰金之宣告者，固仍可予以緩刑也，反對者謂本款不應以未曾受徒刑之宣告者爲限，其有前曾受拘役或罰金之宣告者，立法上亦不應許其緩刑云云。要知緩刑制度，含有獎勵輕犯偶犯自新之旨，前受拘役或罰金之宣告者，惡性未可謂爲甚深，自不妨從寬待遇。若果屢受拘役或罰金之宣告而具有犯罪之習慣性者，則在實用上應認爲「暫不執行」爲不適當，不予宣告緩刑，原無不可也。

第二款與前述累犯之期間相銜接，蓋「前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後五年以內，若再犯有期徒刑以上之罪，而應受有期徒刑以上刑之宣告者，」已足構成第四十七條之累犯，依法應加重本刑至二分之一，故不許其享受緩刑之利益。舊刑法於此曾定爲

「三年以內」，本法據其過寬，改爲「五年以內」，未曾受有期徒刑以上刑之宣告始可緩刑。本法緩刑條件均較舊刑法爲寬，惟此則較舊法爲嚴，蓋求其不悖緩刑本旨，且與罪惡規定不相鑿納也。再第四十七條「赦免」二字，不包括大赦在內，而本款「赦免」二字解釋上認爲應包括大赦在內，實用時應注意也。

判解如左：

(1) 宣告緩刑須具備刑法(舊)第九十條所列之條件，刑律(失效)之第六十三條限制尤嚴，上訴人是否合於緩刑之條件，原審及第一審均未調查，遽以上訴人爲女流，予以緩刑，則原判決宣告緩刑是否合法，亦屬無從斷定(最高法院十九年上字第一三三一號判例)。

(2) 查被告曾於民國二十二年六月三十日因傷害案受有拘役一月之宣告(舊刑法緩刑以未曾受拘役以上刑之宣告爲要件，與本法所定未曾受有期徒刑以上刑之宣告者顯有不同)，雖經諭知緩刑二年，尙未滿期，乃該被告又犯徒刑之罪，核與刑法(舊)第九十條所列緩刑之要件不符，原判決又予諭知緩刑三年顯屬違法(最高法院二十三年非字第五十三號判例)。

(3) 緩刑之宣告須具備一定條件，刑律(失效)第六十三條規定甚明，乃原判決對於被告僅稱依第六十三條宣告緩刑，並未釋明其是否具備該條各款之要件，則其宣告之合法與否，本院自無從爲法律上之判斷(前大理院七 years 上字第四〇九號判例)。

(三)須有可以緩刑之情狀 卽指本條正文所云「有左列(一)(二)兩款情形之一，認爲以暫不執行爲適當者」而言。除其前述二要件，並須具此要件，始可宣告緩刑。惟何者可認爲「暫不執行爲適當？」尙無明確之標準，自應由法官自由裁量以定之。實用上既假以事權求其適當，自不宜爲機械式的緩刑，法官除審查犯人是否合於(一)(二)兩款之情形外，並須審酌第五十七條所舉科刑標準，及國家政策，時代思潮，社會背景，與夫犯人之環境，關係前途希望等種種方面，加以慎重考慮，斟酌其執行是否適宜，而後爲應否緩刑之決定。切不可濫施緩刑，致啓僥倖之心。按波蘭刑法第六十一條第二項有「依據犯人之性質，犯人之環境，及其他犯罪後之操行，推定其人決不再犯他罪者，適用緩刑」之規定，足資借鏡也。

實例如左：

(1) (新例)受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告，必於判決時認爲以暫不執行爲適當，始得宣告二年以上五年以下之緩刑，故緩刑之宣告，仍應與判決同時行之(司法院院字第一三九七號解釋)。

(2) 原判決引用刑法(舊)第九十條宣告緩刑三年固無不合，但未釋明緩刑之理由，顯有錯誤(最高法院二十一年非字第六號判例)。

(3) 查諭知緩刑爲審判官之職權，本有自由裁量之餘地，原審未予諭知緩刑，自難以此指摘

爲不當（最高法院十九年上字第二〇四三號判例）。

(4) 刑律（失效）緩刑之規定，本有一定條件，但宣告與否，審判衙門，自有裁量之權，非被告所得請求（前大理院五年上字第三六七號判例）。

(5) 宣告緩刑，本有一定之條件，如上告人合於緩刑條件，而收監執行又不能得感化之實益，或反有害者，自可依法緩刑，並不以犯罪之情節可原爲標準（前大理院九年上字第一八四號判例）。

二、緩刑之期間 合於以上要件者，得與刑之宣告，同時宣告二年以上五年以下之緩刑，此項期間仍有自由伸縮餘地，其顯有易於改悛希望之性格者，不妨從短，否則可以較長。至其期間自裁判確定之日起算。即裁判一經確定，其宣告緩刑之期間，即應開始進行也。在此緩刑期間之內，除緩刑撤銷者外，其宣告之刑即不得執行，亦毋須命其具保，惟爲防範其惡性復萌起見，得付保護管束耳（第九十三條）。

判解如左：

(1) 查宣告緩刑，刑法並無令其相當保證之規定，緩刑期內，自無取具保證之必要（司法院院字第八五五號解釋）。

(2)（新例）刑事訴訟法第三百六十二條前段之規定，係指第二審法院對於此種案件於撤銷改判時，其所處之刑不得較第一審判決之刑加重而已，至處刑以外之附隨處分，並無不利

益變更之限制，如第二審判決改判之刑期，與第一審判決之刑期相同，並未加重，僅就其附隨處分之緩刑期間，由二年改爲三年，按之上開說明，殊非法所不許（最高法院二十八年上字第三三一號判例）。

(3) 宣告緩刑之效力，當自審判確定之日始行發生（前大理院三年上字第四三五號判例）。(4) 諭知緩刑，應與諭知刑法同時行之，至刑律（失效）第六十三條所稱自審判確定之日起，得宣告緩刑云者，乃指緩刑效力發生之時期，並非謂判決確定後，亦得諭知緩刑（前大理院十二年抗字第四八號裁決）。

三、緩刑時從刑是否同緩之問題 本條規定之緩刑，所緩者僅爲主刑，在實際上科主刑時每有從刑，刑者，主刑既已緩刑，從刑是否隨之而緩，似成疑問。然按本條規定，受二年以下有期徒刑之宣告者，得宣告緩刑，如或褫奪公權，其褫奪公權之期間，依第三十七條第二項，雖自主刑完畢，或赦免之日起算，惟因主刑緩刑暫不執行，則褫奪公權之期間即亦無從起算，縱未明言同緩，實已等於同緩矣。若僅宣告主刑，並未褫奪公權，則在緩刑期內，關於公權之享有，當然不受影響，至沒收之宣告，因第七十六條規定，「緩刑期滿未經撤銷者，刑之宣告失其效力」之故，亦以附隨於主刑同失效力爲宜，且其緩刑之效力，併及於不能沒收時間於價額之追徵，但違禁物仍得單獨宣告沒收。

疏解如左：

(1) 緩刑之刑，係指主刑及包從刑而言（司法院院字第七八一號解釋）。

(2) 被處徒刑並未褫奪公權，經宣告緩刑者，在緩刑期內，其享有公權問題，除別有消極資格之限制規定外，不受影響（司法院院字第九八五號解釋）。

(3) 受緩刑之宣告者，在緩刑期內，除別有關於消極資格之限制規定外，仍得任職（司法院院字第一二四一號解釋）。

第七十五條 受緩刑之宣告而有左列情形之一者撤銷其宣告。

一、緩刑期內更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。

二、緩刑前犯他罪而在緩刑期內受有期徒刑以上刑之宣告者。

因過失犯罪者不適用前項之規定。

第七十六條 緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。

一、撤銷緩刑宣告之條件 第七十五條第一項規定撤銷緩刑宣告之條件，其情形分爲二款，若

有其一即應撤銷。

(一) 第一款以「緩刑期內更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」爲撤銷緩刑之原因，蓋緩刑之旨在使人自新，乃於裁判所定緩刑期間之內更犯他罪且受有期徒刑以上刑之宣告，則其人顯有犯罪之習慣，無可期其改善，自應撤銷其緩刑也。按緩刑期間自裁判確定之日起算，若於緩刑裁判尚未確定即緩刑期間尙未起算時，更行犯罪，或於緩刑期間已經屆滿後更行犯

罪者，則均不能依第一款撤銷緩刑也。

(二)第二款以「緩刑前犯他罪而在緩刑期內受有期徒刑以上之宣告」為撤銷緩刑宣告之原因，因前曾犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，若發覺於緩刑之前，早已不得宣告緩刑。茲乃發覺前罪於緩刑期內，且受有期徒刑以上刑之宣告，則其業行顯非善良，故亦應撤銷緩刑之宣告，以資救濟，至緩刑前所犯罪，與宣告緩刑之罪，罪名是否相同，在所不問。

上述二款情形，所謂受有期徒刑以上刑之宣告，雖不以已經開始執行為必要，但其宣告刑之裁判必須俟其確定後，始得撤銷緩刑之宣告。再上述兩款情形，既均以受有期徒刑以上刑之宣告為限，則在緩刑期內更犯罪僅受拘役或罰金之宣告，或於緩刑前犯他罪而在緩刑期內亦僅受拘役或罰金之宣告者，則因犯罪情節尚屬輕微，均不得撤銷緩刑之宣告，惟上述兩款情形，均以故意之犯罪為限，若因過失犯罪者尚無惡性可言，故第七十五條第二項規定「不適用前項之規定」，換言之，因過失犯罪者，雖合於前項第一款或第二款之情形，亦不得撤銷其緩刑之宣告也。

(三)再緩刑內得付保護管束，若違反保護管束規則情節重大者，亦可成為撤銷緩刑宣告之原因(第九十三條)，惟此為得撤銷與第七十五條之應撤銷不同耳。

院解如左：

(一)(新例)宣告緩刑之案件雖經非常上訴判決將原判決適用法則違法部分撤銷，但其效力

既不及於被告，則原宣告之緩刑期間仍屬有效，至緩刑期內更因他案受有期徒刑以上刑之宣告應依刑訴法第四八〇條規定經檢察官聲請法院裁定撤銷緩刑後方能合併執行（司法院院字第一七四五號解釋）。

(2) 刑法(舊)第九十一條第一款所稱受刑之宣告係別乎刑之執行而言，而撤銷緩刑之宣告既以受有期徒刑以上刑之宣告為前提要件，當然須俟宣告刑之裁判確定後始得撤銷緩刑之宣告（司法院院字第三八七號解釋）。

(3) 緩刑期間應自裁判確定之日起算，裁判未確定前，雖未犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，仍與刑法(舊)第九十一條第一款所謂緩刑期間內之條件不合，自不得撤銷前案緩刑之宣告（司法院院字第一二〇六號解釋）。

二、緩刑宣告撤銷之效果 緩刑宣告撤銷之後即應執行其原所宣告之刑，依第七十五條第一項第一款情形撤銷者因所犯在緩刑期內即緩刑裁判確定以後不合於數罪併罰之規定，應就先後兩罪所宣告之刑併執行之。至依第七十五條第一項第三款情形撤銷者，因所犯在緩刑裁判確定前惟於緩刑裁判確定後發覺未經裁判之他罪，俟他罪裁判確定撤銷本罪緩刑之宣告時，應依數罪併罰之例以裁定其應執行之刑。至撤銷緩刑宣告之程序如何，依刑事訴訟法第四百八十條規定「緩刑之宣告應撤銷者由受刑人所在地及其最後住所之地方法院檢察官聲請該法院裁定之」。

三、緩刑宣告未撤銷之效果 緩刑期間已經屆滿而緩刑之宣告未經撤銷者效果如何，立法例上，主義有二：（一）附條件釋放主義，即緩刑期內並無犯罪，僅免其刑之執行而其罪刑依舊存在之制度也，德國採之。（二）附條件刑之宣告主義，即經過緩刑期間並未犯罪，則使刑之宣告失其效力，與未受有罪判決者無異，而其罪與刑因之同時消滅之制度也，俄法比波等採之。本法第七十六條所採者，係附條件刑之宣告主義，因附條件釋放主義，罪刑並未消滅，足使緩刑後之人因受法律上歧視而自暴自棄，似覺失之嚴酷。若於緩刑期滿未經撤銷緩刑之宣告，而使其刑之宣告失其效力，則視為自始未受刑之宣告，其效果直與當時受無罪判決者無異，則緩刑後之人，自必勇於自新，而緩刑之宏效可收矣。緩刑期滿未經撤銷，既使刑之宣告歸於無效，五年內縱使再犯有期徒刑之罪，因緩刑期滿，與執行完畢性質不同，故不能成累犯加重之基礎，其因受罪刑宣告而喪失之資格，仍然回復，而合於單行法所定之消極資格，亦應視為並未具備。

院釋如左：

（1）緩刑期滿而緩刑宣告未經撤銷者，其刑之宣告無效，自得仍充律師（司法院院字第六六一號解釋）。

（2）被告在緩刑期內，除別有關於消極資格之限制外，苟未經撤銷緩刑之宣告，仍得充任公務員（司法院院字第一〇三三號解釋）。

(3) 律師曾處拘役或徒刑以上之刑，經宣告緩刑，而在緩刑期內，仍應依律師章程第四條第八項規定，撤銷登錄，非俟緩刑期滿未撤銷宣告，不得聲請回復登錄（司法院院字第一〇七五號解釋）。

## 第十章 假釋

假釋者對於入獄之人，因其執行中已知悔改，始附以條件，准其暫行出獄者也。假釋與行刑上之累進制互相接合，成爲獄制上必要之階梯，尤以長期拘禁之無期徒刑，因與假釋相連繫，始可稱爲有效之良刑。因科自由刑之目的，重在改善犯人，受刑人既知悔改，則科刑之目的已達，若必繼續執行，不惟徒勞無益，且足以使自新者氣沮，至虛糜公帑，猶其餘事。按救濟長期自由刑之缺點起見，對於已有悔改之實據者，自不妨暫許出獄，以觀後效。如假釋後更行犯罪，復可撤銷假釋，仍使入獄，以爲改善不終，伴爲偽善者戒。

假釋之用意，不外五端，獎囚人之自新一也，救量刑之適當二也，爲出獄之階梯三也，種犯罪之預防四也，謀監獄之疏通五也，其性質與期滿釋放或減刑，根本不同，而與緩刑之救短期自由刑之弊者，旨趣亦異。

假釋制度有規定於刑事訴訟法者，亦有規定於監獄法者，多數立法例，大抵將其原則規定於刑法，本法從之。

第七十七條 受徒刑之執行，而有後悔實據者，無期徒刑逾十年後，有期徒刑逾二分之一後，

由監獄長官呈請司法行政最高官署，得許假釋出獄，但有期徒刑之執行，未滿一年

者，不在此限。

一、假釋之條件 前項執行期間，還有第四十六條情形者，以所餘之刑期計算。

(一)須係受徒刑之執行 假釋既所以救濟長期自由刑之缺點，故以受徒刑之執行爲其前提要

件，蓋死刑與罰金之性質，與假釋均不相容，拘役爲期甚短，亦無假釋之必要。

(二)徒刑之執行，須已經過法定相當之期間 各國關於假釋標準，有以特種重刑爲限者，有限制無期徒刑不許假釋者，亦有限於特種犯人特種犯罪不用假釋者，而本法則以受徒刑之執行者爲準，只須其徒刑之執行經過法定相當期間，有後悔之實據者，即有假釋希望，其期間准無期徒刑，須執行已十年，有期徒刑須執行已逾二分之一，蓋刑法感應性之作用，在此期內，當可達其改善之目的，而藉此較長期之觀察，受刑人之是否實改善，亦可得到相當正確之判斷也。但有期徒刑之執行，未滿一年者，縱屬後悔有據，而執行已逾二分之一，亦不在假釋之列，因未滿一年，時間尚短，恐犯人故爲矜飾，貌充改善，故必限以執行一年以上已逾二分之一之期間，俾監獄官得以留心觀察其改善之誠僞，而免被狡黠者蒙蔽於一時。

(三)須有後悔之實據 所謂後悔實據，指悔改悔悟前非，確鑿有據者而言，如曾因行狀善良而受賞給或賞遇者，或遵守紀律，從未因違反獄則而受懲戒者，或已有後悔之誠意表示，

出獄後可無再犯之虞者等，由監獄長官考查犯人思想言行，或信札日記等，認為確有悛悔之事實根據，始合於假釋之條件。倘濫施假釋，以為市恩之具，則轉足影響刑罰權之威嚴，所關亦鉅，故於厲行假釋政策之中，仍不可不詳慎行之也。

二、羈押抵充刑期日數於假釋時不算入執行刑期之內 本條第二項規定「前項執行期間，選有第四十六條情形者，以所餘之刑期計算」，換言之，所謂無期徒刑執行逾十年，有有期徒刑執行逾二分之一，均以實際在監獄受刑之執行日數為限，其依第四十六條以羈押日數抵充徒刑日數者，於假釋時，不予算入執行徒刑期間之內也。蓋假釋以受刑人在監獄中有悛悔實據為前提條件，羈押日數，雖可抵充徒刑相當之日數，然實際上羈押於看守所者，不過防免逃亡，保全證據，既未入監執行，又未受獄中之教誨教育，自無因受徒刑執行而有悛悔實據可言，若算入前項執行期間，是與假釋之原意相背，故明定為以所餘之刑期計算而羈押抵充徒刑之日數，則不應算入執行期間內也。可知以裁判確定前之羈押日數抵充徒刑之日數者，雖應以受徒刑之執行論，而假釋時則以實際上受徒刑執行之期間為準，羈押抵充徒刑之期間不予通算也。

院解如左：

(一)裁判確定前羈押日數，在判准折抵者，依刑法(舊)第九十三條第二項之規定，於呈請假釋時，且不得算入執行期內，其並未判准折抵者之不得算入更不待言(司法院院字第五

九七號解釋)。

(2)受徒刑人併科罰金，如無力完納，易科監禁(本法改爲易服勞役)，原與徒刑有別，而假釋監犯，祇須受徒刑之執行，又爲刑法(舊)第九十三條所明定，縱受刑人不能繳納罰金，同時折易監禁，並定有與徒刑併執行之期間，應認爲執行徒刑在先，倘經過徒刑法定期間，懊悔有據，自得准予假釋，惟假釋後，對於殘餘之監禁日數，不能繳納罰金，仍得繼續易以監禁(司法院院字第一二八一號解釋)。

三、許可假釋之權屬於司法行政最高官署。假釋爲裁判確定後執行中之行政處分，屬於司法行政之運用，而毋庸經法院之裁定，許可之權，操於司法行政最高官署，如合於上述假釋之要件者，須經監獄官會議多數同意，然後由監獄長官呈請司法行政官署，爲許可假釋與否之核定，經核准後即應假釋出獄，毋庸命其具保，惟依第九十三條規定，在假釋中，應付保護管束耳。

第七十八條 假釋中更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，撤銷其假釋。

因過失犯罪者，不適用前項之規定。

假釋撤銷後，其出獄日數，不算入刑期內。

一、撤銷假釋之條件。假釋制度固爲受徒刑執行人懊悔有據而設，亦所以測驗其在假釋期內果否能終於改善，故非真釋而爲假釋，若改善不終伴爲偽善而於假釋後更有越軌行爲，足見其

人尚未改悔，仍有類於教誨，自須另定撤銷假釋之法，以資警戒，依本法規定，分爲必撤銷與得撤銷兩種情形。

(一)必撤銷假釋之情形 卽本條所規定，其必備條件可分爲二：

甲、須在假釋中更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告 若假釋中雖犯罪尚未受刑之宣告，固不得依本條第一項撤銷假釋，卽已經裁判而受刑之宣告，然所宣告者若僅爲拘役或罰金之刑，則因情節輕微，仍不得撤銷其假釋，所謂「受有期徒刑以上刑之宣告」須已經裁判確定，乃當然之事，然其刑之宣告不以執行爲必要，故受有期徒刑之宣告，因不明前科而宣告廢刑者，仍應撤銷其假釋也。

乙、前項撤銷假釋之規定以故意犯罪者爲限 舊刑法第九十四條，於假釋期內更犯罪受拘役以上刑之宣告者，卽得撤銷其假釋，且不以故意犯罪爲限，本法故採以故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告爲撤銷假釋之條件，而「因過失犯罪者，則不適用第一項之規定」，似較舊刑法爲寬。然舊刑法採得撤銷主義，本條則採必撤銷主義，則又較舊刑法爲嚴。蓋以故意犯罪，而受有期徒刑以上刑之宣告，惡性未改，其情較重，自不能過於寬縱，而必須撤銷其假釋，至過失犯罪性甚微，以不撤銷爲宜也。

(二)得撤銷假釋之情形 本法第九十三條所定「假釋中付保護管束」「違反保護管束規則情節重大者得撤銷假釋」是也。但須違反保護管束規則情節重大時，方得爲撤銷或不撤銷之

決定，若情節輕微者，即不得撤銷假釋也。

二、撤銷假釋之效果 假釋撤銷之後，其因假釋出獄日數，不算入刑期之內，換言之，即其假釋時尚未執行之殘餘刑期，仍須繼續執行其全部也。有撤銷假釋之原因者，仍須由監獄長官呈請司法行政最高官署撤銷之（監獄規則第九十四條保護管束規則第二條參照）。

第七十九條

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

假釋中因他罪受刑之執行者，其執行之期間，不算入假釋期內。

一、假釋之期間 舊刑法第九十六條規定「假釋期滿而未經撤銷假釋者，其未執行之刑期，以已執行論」，此於受無期徒刑之執行而假釋者，何時為假釋期滿，無從確定，是終其身有撤銷其假釋之可能，未免過苛，故本條特就假釋之期間，為明確之規定，在無期徒刑，以假釋後滿十年，有期徒刑以所餘未執行之刑期，為假釋之期間，至其期間當然自假釋之日起算。

二、假釋未經撤銷之效果 在上述假釋期間之內「未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論」。蓋假釋如經撤銷，其因假釋出獄之日數，固不得視同受刑之執行，若假釋期間屆滿，未經撤銷其假釋，則獎掖改善之功效已收，自不應仍予繼續執行，故規定為「未執行之刑，以已執行論」。先之假釋者，此時竟成爲真正之釋放矣。惟所云「以已執行論」，與緩刑未撤

緒者「其刑之宣告失其效力」，其效果不同，因彼則罪刑完全消滅，此則罪刑宣告，依舊存在，不過出獄日數，算入刑期，不再執行，視為執行完畢而已。如五年內再犯有期徒刑以上之罪，仍可發生累犯加重之問題。

三、假釋中因他罪受刑之執行者，其執行之期間，不算入前項假釋期內。假釋中更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，為應撤銷假釋之原因，自不發生執行刑期間算入假釋期內之問題，若在假釋中犯他罪宣告拘役而受執行，或犯罪雖不在假釋期內，而刑之執行則在假釋期內者，各該罪執行之刑期，應不算入假釋期內，不可無明文規定，此本條第二項之所以創設也。蓋其人行狀不善，已可想見，若猶許其將執行期間，算入假釋期內，使假釋效力，早日發生，是與假釋制度之精神，殊相違背，故他罪之執行期間，以不算入假釋期內，較為合理。

## 第十一章 時效

一、刑法消滅之原因 刑法之消滅，有於追訴犯罪時，消滅刑罰之請求權者，有於裁判確定後，消滅刑罰之執行者，其原因不止一端，略舉如次：

(一)赦免 本法所云「赦免」，包括大赦，特赦，免除其刑，免其刑之執行等而言。(1)大赦者，遇國家特典之時，對於一般的或特定多數的犯人，由政府依據國法宣告大赦，根本上消滅其犯罪與刑法者也。故受大赦者，不得以其前犯爲累犯加重之基礎。(2)特赦者，對於受有罪判決之特定人，特予矜全，以政府明令赦免其刑之全部執行，其效力只能消滅刑罰，而具有罪之判決，則非根本無效。(3)免除其刑者，由法院諭知免刑之判決，罪固成立，惟不宜告其刑而已。(4)免其刑之執行者，免其刑之全部或一部之執行，並非免除刑之宣告，而係免除刑之執行。

(二)減刑 對於已受有罪科刑之判決者，由政府明令減去其刑之一部執行者也。

(三)復權 對於受褫奪公權之宣告者，由政府明令准予復權，使其仍得享有一定之公權者也。

(四)再審及非常上訴 其結果，每足使罪刑歸於消滅。

(五)執行終了 刑已執行終了者，刑法權即無對於其人繼續存在之理由。

(六)緩刑 緩刑期滿未經撤銷緩刑之宣告者，其刑之宣告爲無效，則刑罰執行權，即告消滅。

(七)假釋 假釋期滿未經撤銷者，其未執行之刑期以已執行論，此即一部刑罰之消滅。

(八)羈押日數之抵充刑期 亦可解爲消滅刑罰之原因。

(九)犯人之死亡 依刑止一身之原則，犯人一經死亡，刑罰即無從執行，其死亡於裁判宣告

前者，爲刑罰請求權消滅之原因，死亡於裁判確定後者，爲刑法執行權消滅之原因。

(十)時效 即本章所規定者是也。

二、時效之性質 時效者，依法律之規定，因一定時間之經過，而發生取得或喪失某種權利之效果者也。刑法上之時效，並無取得時效，只有喪失時效，即消滅刑罰權之時效而已。關於刑法請求權者稱爲追訴權之時效，即本法第八十條至第八十三條所規定者是。關於刑罰執行權者，稱爲行刑權之時效，即第八十四條第八十五條所規定者是。

刑罰權消滅時效之合理的根據，或因犯人改善之推測，或因搜集證據之困難，或基於社會之遺忘罪惡，或基於犯人之生活保障，故因一定時期之經過，對於早成陳迹之犯行，無復追訴處罰之必要，所以安定社會之秩序，確定權責之界限也。

規定時效之地位，立法例頗不一致，主義有三：(一)以時效全部規定於刑事訴訟法。(二)

以追訴權之時效規定於刑事訴訟法，而行刑權之時效則規定於刑法。(三)不問為追訴權與行刑權之時效，一律規定刑法中。本法從多數立法例，採用第三主義，蓋以時效為實體刑法消滅之原因，亦即刑法上一種科刑之限制，自以規定於刑法較為合理也。

第八十條 追訴權因左列期間內不行使而消滅。

- 一、死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者二十年
- 二、三年以上十年未滿有期徒刑者十年
- 三、一年以上三年未滿有期徒刑者五年
- 四、一年未滿有期徒刑者三年
- 五、拘役或罰金者一年

前項期間自犯罪成立之日起算，但犯罪行為有連續或繼續之狀態者，自行為終了之日起算。一、追訴權之時效期間 本條第一項規定追訴權之時效期間，以本刑之重輕，分為五個階段，而期間亦依之分為二十年十年五年三年一年。蓋犯本刑為死刑無期徒刑之罪者，其情甚重，社會上既尚未遺忘其罪惡，司法上亦不容其倖逃法網，故其時效或期間可長。犯本刑為有期徒刑以下之刑之罪者，其情較輕，故其時效期間亦可分級縮短，經過此項時效期間之後，則有罪證據，有利於行為人之證據，大半散佚，刑事裁判，最忌曖昧糾紛，故為安定嫌疑人心理及確定權責關係，特於本條規定追訴權之消滅時效。

所云「追訴權」包括公訴及自訴而言，公訴由檢察官行使原告職務，代表國家起訴，自訴由有行為能力之犯罪被害人自向管轄法院起訴，如追訴權已逾時效期間而不行使，則追訴權即行消滅，無論公訴或自訴，即均不得提起，如已起訴法院，應諭知免訴之判決。惟公訴及自訴案件中均有告訴乃論之罪，而依刑事訴訟法第二百十六條第一項規定「告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之，」如已逾六個月，當然不得告訴，其逾告訴期間而告訴者，偵查中應為不起訴之處分（刑法第二三一條第五款），審判中應諭知不予受理之判決（刑事法第二百九十五條第三款）。再告訴乃論之罪，逾告訴期間已不得為告訴者不得提起自訴，否則亦應諭知不予受理之判決（刑事法第三百十四條第三百二十六條）。在表面上觀察告訴期間之規定，雖亦係關於時間之限制，然與本條規定並不互妨適用。且本條所規定者，為追訴權之消滅時效，任何人均受限制，而告訴期間縱有一告訴人遲誤期間，其效力不及於他人，他告訴人苟知悉在後，告訴期間，尙未屆滿，仍得獨立告訴，故與時效之性質不同。

二、追訴權時效期間之起算 時效期間，因犯罪狀態之不同，其起算日期隨之而異，除本條第二項規定者外，尙有其他之情形。茲略分述如左：

(一)本條第一項各款所定之追訴權時效期間，原則上自犯罪成立之日起算，所云「自犯罪成立之日起算」即自其行為具備犯罪構成要件之日起算之意，但不以行為終了而犯罪即告成

立之「即成犯」爲限，即犯罪行爲雖已經終了而犯罪尙未成立者，亦包括在內。例如殺人行爲早已終了，而死亡結果經若干時日始發生者，應以死亡之日，爲犯罪成立之日，而追訴權時效期間，亦應自此起算也。

(二)犯罪行爲有連續或繼續之狀態者，自行爲終了之日起算。此指連續犯繼續犯而言，蓋其犯罪本已成立，惟其行爲猶未終了，若自犯罪成立時起算其追訴權時效期間，易起連續犯繼續犯僥倖之心，故定爲自行爲終了之日起算。至所謂「連續或繼續之狀態」，指其行爲有此種狀態而言，僅就犯罪結果，有存續狀態，即所謂狀態繼續犯者，如（重婚罪）不包括之。

(三)想像的競合犯及牽連犯，均從一重罪處斷，應以其最重罪成立之日，起算其追訴權時效期間。

(四)共同正犯間，各人之實施犯罪時間，容有先後，然法律以其數人之行爲，本出於同一之犯罪，而視爲共犯一罪，故其追訴權時效期間，應自共同正犯中最後成立犯罪之時起算，並不因其實施有先後而分別計算也。

(五)教唆犯在本法採獨立處罰主義，不以正犯成立犯罪之日起算追訴權之時效期間，而應以教唆行爲成立之日起算。但既遂犯及未遂犯之教唆犯，仍不妨以正犯行爲成立之日起算追訴權之時效期間也。

(六) 從犯因本法猶採從屬主義，故不開爲事前幫助或事中幫助，均以正犯成立犯罪之日，起算其追訴權時效期間。

(七) 加重的結果犯及結合犯，其追訴權時效期間，均自結果發生之日起算。

(八) 裁判確定前犯實質上數罪者，數罪之追訴權時效，各自獨立，不相牽涉，故數罪中輕罪之追訴權雖已因時效而消滅，如重罪之時效期間，尙未完成者，則其追訴權無不隨他罪而連帶消滅，故仍得就數罪中之重罪起算。

三、追訴權時效完成之效果 追訴權因經過本條第一項各款之期間不行使而消滅，犯罪之被害入固不得提起自訴，檢察官亦不得提起公訴。對於追訴權時效已完成之犯罪，如已開始偵查者，應爲不起訴之處分（刑訴法第三三一條第二款）。如已提起追訴者，應諭知免訴之判決（刑訴法第二九四條第二款）。可見時效之規定，實屬有利於行爲人，新舊法上時效期間，長短頗不一致，苟依舊法時效已完成，而依新法尙未完成，或依舊法尙未完成，而依新法已完成者，均應依本法第二條但書之規定，適用最有利於行爲人之法律。

再刑法施行前非配偶而以永久共同生活爲目的有同居之關係者，在本法施行後，原可認爲通姦之連續犯，其追訴權時效期間，原亦應自連續通姦行爲終了之日起算，但刑法施行法第九條對於此種情形，因其同居關係，發生於刑法施行之前，爲顯全事實安定社會計，特定爲不適用刑法第二百三十九條之規定，則刑法施行後縱有連續同居之事實，亦不得以通姦罪起訴

也。

判解舉例：

(1) 刑法施行前之犯罪，依舊法已因經過時效期間，有起訴權消滅者，不得復因刑法施行，予以論科（司法院院字第二十七號解釋）。

(2) 告訴乃論之罪，被害人應於知悉犯人後六個月內向檢察官告訴，逾期告訴，檢察官尚不得據以提起公訴，則被害人提起自訴更應受六個月期間之限制（司法院院字第六八八號解釋）。

(3) 按刑法（舊）第九十七條係關於檢察官及自訴人行使起訴權時效期限之規定，而刑訴法第二一八條（舊與現行刑訴法第二一六條相當）所規定者，則係告訴乃論之罪，有告訴權者之告訴期限，兩者取義，各有不同，故告訴乃論之罪，縱係連續犯，其告訴期限，應於告訴人知悉犯人之時起，依刑訴法第二一八條六個月內為之，而起訴權之時效期限及起算點，仍依刑法第九十七條定之（司法院院字第一二二二號解釋）。

(4)（新例）刑法第八十條第二項所謂犯罪行為有繼續之狀態云者，係指犯罪行為繼續而言，若非行為繼續而僅狀態繼續，則不包括在內（最高法院二十五年上字第一六七九號解釋）。

(5) 查時效已滿期之案件，其犯罪之起訴權消滅，按照刑事訴訟法第三一七條第一款（舊與

現行刑訴法第二九四條第八款相當)規定，應諭知免訴之判決，又犯罪時之法律與裁判時之法律遇有變更者，按照刑法(舊)第二條前段規定，固應依裁判時之法律處斷，但在刑法施行以前，如依刑律(失效)所定之時效，業已期滿，則起訴權早經消滅，自不得依刑法施行後復適用刑法所定之時效，更爲科刑之判決(最高法院十九年非字第一五七號判例)。

(6)查當時有效之刑律第二百九十一條(失效)之重婚罪，最重法定行爲四等有期徒刑，其提起公訴權之時效期限爲一年，自犯罪行爲完畢之日起算，逾期不起诉者，其起訴權消滅，復爲同律第六十九條第一項第五款及第二項所明定，被告與某甲結婚時間，經原審訊明已有五六年之久，則其犯罪行爲之成立當係民國十四年以前之事，依照上開法條，其起訴權已消滅於刑法(舊)施行以前，雖其發覺在後，但既未具備刑法施行條例第十一條(舊)關於時效中斷之規定)所示之情形，自無根據刑法上時效規定，而予論罪之理(最高法院十九年非字第一八五號判例)。

(7)起訴時效早在刑法施行前，經過檢察官於刑法施行後，提起公訴，依法自應諭知免訴(最高法院二十一年非字第二四號判例)。

(8)起訴權時效與告訴期間不同，如告訴人違越法定告訴期限，自屬起訴之程序違背規定，應諭知不予受理不能諭知免訴之判決(最高法院二十二年上字第三二一號解釋)。

(9) 路誘和誘罪，以犯罪完成之日，爲實效之起算點，如離婚在時效到來之後，則公訴權當然消滅（前大理院統字第二八三號解釋）。

(10) 查重婚罪以有結婚事實爲成立時期，結婚以後，其婚姻狀態，雖云繼續，應不認爲延展犯罪期間，故如結婚事實在民國元年赦令以前，應即赦免，若赦令以後，無論定婚在其前後，亦應依刑律（失效）第六十九條第二項前年規定，自結婚行爲完畢之日起算時效期間（前大理院統字第一一七八號解釋）。

(11) 重婚罪之公訴時效從其舉行相當禮式之日起算（前大理院統字第一六七四號解釋）。

(12) 對於復犯之姦罪，得行使告訴權（原問同一姦夫姦罪因經過起訴時效期限消滅後，能否對於復犯之姦非罪行使告訴權）。若前後犯姦，有連續關係，應依刑律（失效）第二十一條（與本法第五十六條相當）第六十九條第二項（與本法第八十條第二項相當）計算時效（前大理院統字第一八四二號解釋）。

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

第八十二條 本刑應加重或減輕者，追訴權之時效期間，仍依本刑計算。

一、計算追訴權時效期間之標準 本刑爲死刑或無期徒刑者，屬於第八十條第一項之第一款，本刑爲拘役或罰金者，屬於同條同項之第五款，即可依各該款以定其追訴權時效期間，倘無

問題。惟有期徒刑之時效期間與舊法相較，頗多損益，依其期間長短不同，分錄於第八十一條第一項第一款至第四款，以定其時效期間，但分則中有同時規定其最高度及最低度者，有僅規定其最高度或最低度者，亦有規定與他之主刑選科或併科者，則其計算時效期間，究以何者為準，頗涉疑問。爰設第八十一條之規定以便適用。其曰「追訴權之時效期間，依本刑之最高度計算」者，殆就專科有期徒刑之罪而言，例如本刑為「一年以上七年以下有期徒刑」，應以最高度七年為計算標準，依第八十條第一項第一款計算其追訴權時效期間為二十年是也。其曰「有二種以上之主刑者，依最重主刑或最重主刑之最高度計算」者，係就一罪之法定主刑有數種選科或併科時而言，數刑選科者，例如法定刑為「無期徒刑或七年以上有期徒刑」以最重主刑之無期徒刑為標準計算，其追訴權時效為二十年，又如法定刑為「一年以上有期徒刑拘役或五百元以下罰金」，應以最重主刑之有期徒刑其最高度一年為標準，計算其追訴權時效為五年是也。數刑併科者，例如法定刑為「三年以上十年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金」，應以最重主刑之有期徒刑其最高度十年為標準，計算其追訴權時效期間為二十年，不能更加以罰金之追訴期間一年，合併計算是也。

舊例如左：

(1) 公訴權之時效，應以各該罪條最重之主刑為計算標準（前大理院統字第一八二號解釋）。

(2) 先犯之罪起訴權已因時而消滅，斷不能因後犯罪，遂可以復活（前大理院統字第六八二號解釋）。

(3) 本案上訴人所讞犯各罪名，均有牽連關係，則計算公訴時效期限，自應以各罪中之最重刑為標準，其輕刑之罪，時效進行如何原可不問（前大理院統字第八五五號解釋）。

二、本刑應加重或減輕時其追訴權時效之計算標準 本刑有應加重或減輕者，其主義既有必加必減與得加得減之分，其方法又有遞加遞減先加後減之別，而其加減度數復有至二分之一或至三分之二之不同，在如此情形複雜之下，其追訴權時效期間，究應以加減後之刑為計算期間之標準，抑應仍以本刑而為計算？若無明文規定，解釋上不免紛歧，故第八十二條特定為「本刑應加重或減輕者，追訴權之時效期間，仍依本刑計算。」蓋本刑之應否加減，乃法官科刑時裁量之問題，未追訴前無從預為斷定，倘以加減後之刑為計算之標準，勢必發生偏時不等之弊，故不若仍依本刑計算，非徒適用便利，且足以保持追訴權時效之整齊劃一也。

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

前項時效停止，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算。  
停止原因繼續存在之期間，如達於第八十條第一項各款所定期間四分之一者，其

停止原因，視為消滅。

一、追訴權時效之停止 時效停止者，時效進行之中，因一定原因之存續，暫時停止其時效之進行者也，與舊律之時效中斷不同。蓋時效中斷自中斷，原因停止，乃重新起算其時效，若中斷多次，則時效不易完成，故為本法所不採，而時效停止，則於時效進行之中，除去其停止原因存續之期間，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算，俟其時效完成，追訴權即告消滅，並非停止原因消滅後，重新起算其時效期間也。時效停止之原因，依本條所定，以一依法律之規定偵查起訴或審判程序不能開始或繼續者為限，例如刑訴法第二四〇條之停止偵查，第二六〇條之不得審判第，二八七條至第二九〇條之停止審判是也。惟時效期間於停止前未必皆有已經過之期間，而其停止原因，不無在犯罪成立或行為終了之日，自始存在者，如日後停止原因消滅，自應即時開始計算，在實際上即無與已經過之期間一併計算之可言矣。

二、追訴權時效停止原因繼續存在之期限 時效停止之制，原為懲儆元惡巨奸，罪不容赦者，停止其時效之進行，使追訴權不至即告消滅，以杜倖逃法網之弊。然若其停止原因，歷久存在，則時效勢將無期停止，追訴權永遠不能消滅，殊失時效制度之本旨，故於本條第三項規定「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，」以便時效之完成，而免懸案之久擱。所應注意者，其停止原因必須繼續

存在而達於時效期間四分之一，若屢停止，則其期間已有間斷，即不能合計其前後期間，而妄謂已達四分之一也。再所謂「達四分之一」必須屆滿四分之一，應連本數計算，自不待論。再依非常時期刑事訴訟補充條例第六條規定，「犯最重本刑為五年以上有期徒刑以上之刑之罪，因戰事致偵查起訴或審判之程序不能開始或繼續時，其追訴權之時效，依刑法第八十三條之規定停止進行，」此係非常期追訴權時效停止之特別規定，實用時須注意之。

判解如左：

(1) (新例) 告誡乃論之罪，因告訴權人不為告訴或無告訴權人之告訴致偵查起訴諸程序不能開始時，自可停止追訴權時效期間之進行(司法院二十七年院字第一七九五號解釋)。

(2) (新例) 於偵查或審判中逃緝被告，其追訴權之時效均應停止進行，但須注意刑法第八十三條第三項之規定(司法院二十九年院字第一九六三號解釋)。

(3) 查提起公訴時效，除法定停止原因外，審判官自無自由認定之餘地(最高法院十七年解字第七〇號解釋)。

(4) 刑事部分，既係民國十四年前犯三等以下有期徒刑之罪，於民國十四年一月一日停止偵查處分後，已逾三年未予起訴，而其時刑法又未施行，則依刑律(失效)關於時效各規定，其起訴權業經消滅，自不得訴追(司法院十八年院字第一〇二號解釋)。

(5) 檢查長官通緝行為自可認為偵查上之強制處分，起訴權時效，應即中斷(本法不採中斷

之制）（司法院院字第五七二號解釋）。

（6）司法警察官對於無一定住址之被告，本有偵查之權，但僅疑人以某人犯罪，訴請設法捕拿而未實施何種強制處分者，關於某人犯罪起訴權之時效仍應進行（前大理院六年上字第六七二號判例）。

（7）上告人脫逃後，雖經通緝，惟通緝行為一經停止時效，仍應進行（前大理院九年上字第一一七號判例）。

第八十四條 行刑權因左列期間內不行使而消滅。

一、死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者，三十年。

二、三年以上十年未滿有期徒刑者，十五年。

三、一年以上三年未滿有期徒刑者，七年。

四、一年未滿有期徒刑者，五年。

五、拘役罰金或專科沒收者，三年。

前項期間自裁判確定之日起算。

一、行刑權之時效期間 行刑權時效者，犯人於裁判確定後，逃亡未獲，無從執行其刑，因法定期間之經過，遂使國家對於該犯人之刑罰執行行政權歸於消滅之謂也。本條第一項各款之時效期間，均以宣告刑為計算標準，與追訴權時效之以法定刑為標準者不同，而其期間亦較追訴

權之時效爲長，因裁判已經確定，證據不虞散失，故縱經較長之期間，仍應執行其刑也。惟期間過長，亦非所宜，例如宣告死刑之人，經過三十年後，或已痛改前非，成家立業，或已鬚髮皓然，兒孫繞膝，若必追溯其三十年之往事，置之重典，非徒破壞一家之生計，且足致社會之反感，死刑如此，餘者可想而知。故比較宣告刑之輕重，而定行刑權消滅時效之期間，分爲三十年，十五年，七年，五年，三年之五級。行刑權本包括主刑從刑而言，而第五款乃復設「專科沒收者三年」之規定，則以免除其刑而專科沒收者，本爲法律所許，其執行之時效期間，自須明文規定也。再行刑權內罹於時效者，僅不能執行其刑而已，而有罪之確定判決，仍屬存在，此與追訴權時效消滅，根本未受罪刑之宣告者，其效力自有區別。例如受有期徒刑之宣告者，於行刑權時效消滅之日起更行犯罪，縱有可以裁刑之情形，而依第七十四條第二項規定，仍不得宣告緩刑是也。

二、行刑權時效期間之起算 科刑之裁判，須俟其確定之後，始生執行之效力，故行刑權之時效期間，定爲「自裁判確定之日起算」；惟學者有謂前受緩刑之宣告後經撤銷者，其行刑權時效，應自撤銷緩刑之裁判確定之日起算，又假釋經撤銷者，須自撤銷之日起算，其所餘未執行刑期之行刑權時效，此亦解釋上應注意之問題也。

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

前項時效停止，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算。

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

一、行刑權時效之停止 行刑權時效，如因法律規定之事由，不能開始執行或繼續執行時，亦應停止進行，例如刑訴法第四二八九條停止死刑之執行，第四七一條停止徒刑，拘役之執行，第四七三條關於受死刑徒刑拘役之諭知未經羈押者之通緝等，均屬依法不能開始或繼續執行之情形，自須停止其時效之進行，俟停止原因消滅後，通算時效停止之前後期間，以完成其時效。

二、行刑權時效停止原因繼續存在之期限 行刑權時效停止原因，若繼續存在，並未在短期內消滅，恐其時效，永無完成之日，亦非安定社會確定權責之道，故設本條第三項規定，如其停止原因繼續存在期間，已達於第八十四條第一項各款所定期間四分之一者，事實上雖未消滅，法律上亦視為消滅，而時效期間，仍可繼續進行，以便時效之完成而求有利於犯人。

## ，第十二章 保安處分

一、保安處分立法之重要性 保安處分之意義，已於研究本法第二條時，約略述之。自近代世界刑法史上觀察，罪刑法定主義爲十九世紀刑法之特色，而二十世紀之刑事立法，則以保安處分爲風靡一世之制度。良以十九世紀末葉，世界資本主義，已由自由競爭，進入獨占的階段，中產社會日趨沒落，勞資對立，失業衆多，基於經濟的社會變化，終至發生無數作奸犯科之人，而財產犯罪與累犯，加速增多，爲害無已。舊時刑法體系，已無防衛社會之力，暴露無遺，蓋十九世紀以來之刑事立法，雖已確立罪刑法定主義，而法官之任務大多偏重犯罪事實，忽視犯人性格，過於重視刑法效能，忘卻刑罰以外之輔助手段，且拘泥於抽象的法定刑之公平性，而未注意於具體的宣告刑之合理化，自無怪其不足以應付當時複雜之境也。刑事實證學派乃應運而起，主張另定合理的刑法體系，以適應客觀的需要，講求防衛社會消滅犯罪之對策，僉以保安處分爲預防犯罪最有效之方法。自一九〇八年瑞士刑法草案，一九〇九年奧大利刑法草案，及德意志刑法草案即所謂二十世紀始期三大刑法草案告成之後，各國紛紛改訂刑法，均有保安處分之規定。尤以第一次世界大戰告終，各國經濟恐慌日甚，失業人數益多，初犯累犯，增加尤甚，俄德意等國刑法迭次修正，關於保安處分之規定，更見

周密，而其防止犯罪之功能，確有驚人之成績。我國近年以來，外受殘暴帝國主義之侵略與世界經濟恐慌之影響，土地日蹙，國富日斂，加以天災人患，民力難蘇，以致老弱填於溝壑，壯健鋌而走險，舊刑法已失其預防犯罪之效用，於是急起直追，制定切合時代需要之新刑法，而保安處分之規定，遂亦占東方古國對時期重要立法之一頁，尤自七七抗戰以遠，全國都市大半墜於暴寇炮火之下，公私財產損失，奚止數百萬萬元，而流亡失業無家可歸者，又奚止數千百萬人，將來戰事結束之後，疴萬遍地，元氣大傷，若非預籌恢復國力民富之道，將來失業饑饉之恐慌，恐不減於第一次世界大戰後各國之慘狀，哀我國人遭斯浩劫，為預防羣趨犯罪起見，則保安處分之待於積極運用與保安處分處所之急需擴充建設，實更有適應時勢之重要性也。

本法制定之初，頗有主張我國保安處分，有名無實，不如不規定或另定單行法者，要知反社會的犯罪行為，斷非專恃刑罰力量所能絕其根株，而累犯加重處罰，不能防止其惡性之復萌，亦已昭然若揭，故不得不於刑罰之外，別樹保安處分之旗幟，與刑罰輔車相依，以完成防衛社會之目的。況我國通都大邑，關於保安處分之相當設備，已有多處，法院自可依法官將行為人送入相當處所，使受保安處分，若將保安處分明定於刑法典中，不但適用便利，且可以轉變法官思想，使其多多注意於保安處分之運用，以求刑事裁判之個別化與合理化，加以保安處分之設備其重要不減於監所之增建，保安處分既在刑法上占有重要之地位，則司

法行政當局，應深慮其責任之重大，而亟思努力推行新制，以實現保安處分普遍設置之計劃。查第一次國際刑法會議，曾有下列之決議。(一)將來之刑法中，應有保安處分之規定。(二)保安處分應與刑罰同屬法院之管轄。(三)法官依犯罪行為與犯人人格，得就刑罰或保安處分爲選科或併科，我國刑法中之保安處分，既切合環境之需要，亦所以適應時代之思潮耳。二、我國刑法上保安處分之性質，道義責任論者，謂刑罰之性質，爲純粹的應報，保安處分並無應報之意味，而社會責任論者，則謂兩種名稱雖異，在防衛社會之性質上，並無不同，此其所見均不足以釋明我國刑法上保安處分與刑罰之性質，茲就本法觀察，以論兩者在本質適用上執行上不同之點。

(一)本質上之不同 刑法之目的有兩面預防之作用，一爲公判罪刑，懲一儆百，以達一般預防之目的，一爲改過遷善，勉其將來以達特別預防之目的，故有倫理的功利的兩種作用。而保安處分的作用，則注重於特別的預防，故僅有功利的作用。刑罰對於犯人，課以道義的社會的兩種責任，保安處分對於犯人，則僅課以社會的責任。刑罰的本質終不免有痛苦的成分，保安處分則不以痛苦爲內容，刑罰以犯罪之違法性爲基礎，保安處分則以行爲之危險性爲基礎。此蓋本法採取立法二元論之結果，兩者之本質，顯然不同也。至新派所主張之刑罰，與保安處分並無不同之刑法理論，如果實現，則刑罰本身，已非今日法律意義上的刑罰制度，將如蘇俄刑法，變爲一種絕對以危險性爲對象之社會防衛處分，此在

立法一元論者，其說自可成立，然非可隱於立法二元論之刑法也。

(二)適用上之不同 刑罰之分量期間，在立法上均有一定之範圍，原則上法官只能在範圍內有所伸縮，保安處分則有採用不定期主義，或雖規定其最長期限，仍可依行為人危險性之狀態，而延長處分之期間，不同者一。刑罰在一定條件之下，可以假釋，而保安處分，非但無適用假釋之法，且其性質上亦不容有假釋，蓋行為人之危險性如已消滅，免其保安處分之執行後，即無撤銷免除再受執行之必要，此其不同者二。未決羈押日期，雖可抵充刑期，而不能適用於保安處分，此其不同者三。對於正常狀態，具有刑罰成應性之犯人，科以刑罰為主，對於異常狀態之行為人，認為其人無刑罰之成應性或非僅用刑罰所能改善者，則採用保安處分，以消失其反社會的危險性，故兩者適用之對象亦微有異，此其不同者四。刑罰對於犯人剝奪利益，故新刑法或中間法交替之時，適用最有利於行為人之法律，而保安處分則以保護安全施以治療為目的。故對於確有應付保安處分原因之行為人，實屬與以有利的處遇，故保安處分適用新法，此其不同者五。累犯連續犯均可加重其刑，而於保安處分，則無加重其處分之規定，此其不同者六。刑罰之時效，不能適用於保安處分，刑罰可以大赦特赦減刑，保安處分則否，此其不同者七。其他相異之點猶多，比照本法內容，自可瞭然。

(三)執行上之不同 刑罰分生命刑，自由刑，財產刑，資格刑，保安處分，大體上可歸納為

感化處分，治療處分，隔離處分，監督處分，其執行方法，既不相同，執行處所亦均有異。  
二、本法保安處分之種類 勃拉克第十屆國際刑罰會議，曾有關於保安處分之議案，附錄於

左：

保安處分採用者日多，以何者為最適當？且應如何分類？如何管理？

議決 保安處分足以補充刑罰之不及，而保障社會之安全，對於犯人能改善者則改善之，否則隔絕之，使不至為害社會，司法者得按其情節選用之，下列保安處分足以採用。

(一) 限制自由處分

(1) 危害社會之精神病人，及危害性之變態行為人之拘禁，應注意於治療及其釋放後生活之適當。

(2) 酗酒者及嗜好毒物者之拘禁，應以治療為目的。

(3) 乞丐及無賴者之拘禁，應以使其慣於工作為目的。

(4) 慣行犯之拘禁，應以隔離為目的，但仍應注意於改善。

前四款之行為人應以特別處所安置之。

(二) 非限制自由處分

(1) 保護觀察為保安處分最有力者。

(2) 善行保證或禁止其引起犯罪之營業或職業或禁止其入酒店，均能得到實在之效果，必要

時得與保護觀察並行之。

(二)有經濟性質之處分。

前兩種外，尚有以沒收危害公共安全之物，或排除其危害性為目的者。

外國人之驅逐出境有防國際排除，此項犯罪之合作實非完善之方法。

緩刑是否適用於保安處分？

議決 對於保安處分以不適用緩刑之制度為原則，如必要時與保護觀察並行之。本法根據上項決議，並參考各國立法例，及斟酌國內情形，規定保安處分七種：即(1)感化教育處分，(2)監護處分，(3)禁戒處分，(4)強制工作處分，(5)強制治療處分，(6)驅逐出境處分，(7)保護管束是也。

### 第八十六條 因未滿十四歲而不罰者，得令入感化教育處所，施以感化教育。

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

感化教育期間為三年以下。

第一項但書情形，依感化教育之執行，認為無執行刑之必要者，得免其刑之執行。

一、未滿十四歲人之感化教育處分 未滿十四歲人，為教育之對象，非刑罰之客體，本法第十八條第一項認其無刑事責任能力，雖已定為「不罰」，然若放任其人，不施教誨，深恐其自甘

墮落，而與不良少年爲伍，則貽害社會，影響匪淺，故得令入感化教育處所，受感化教育，以改善其危險性的傾向，至應否施以感化教育處分，由法官自由裁量，法官對於未滿十四歲人之行爲除應諭知無罪之判決外，如認爲有諭知保安處分之必要者，並應諭知其處及期間（刑訴法第二九三條）。

二、未滿十八歲人之感化教育處分 十四歲以上未滿十八歲人之行爲，依本法第十八條第二項定爲「得減輕其刑」。若不予減輕者，則其人殆已有受刑之能力，無復施以保安處分之必要，其減輕者，大抵意志薄弱，理解欠缺，且無完全受刑之能力，猶須賴於感化以資補救，故本條第二項原則上定爲「得於刑之執行完畢或赦免後令入感化教育處所，施以感化教育」，但宣告三年以下有期徒刑拘役或罰金者，得於刑之執行前，先施感化教育，此其所犯，本屬輕微，如因先受感化教育處分而已消滅其危險性，則在刑事政策上，實無定須使其一嘗鐵慮風味之必要，故於第四項復定爲「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」。按舊派以刑罰有應報性質，保安處分有恩惠性質，遂不許以保安處分代替刑罰，新派則以兩者均爲防衛社會之工具，即不妨以保安處分代替刑罰之執行，本法折衷於其間，於單科刑罰之時，固無以保安處分代替刑罰之規定，而於刑罰與保安處分一併宣告之時，則可依特定保安處分之執行結果，以代替刑罰，而得免其刑之執行，若本條第四項之規定，即保安處分代替刑罰之一特例也。第四項免其刑之執行，由檢察官聲請法院裁定之（刑訴法第

四八五條)。

新例如左：

依刑法第八十六條第二項但書情形，於刑之執行前施以感化教育者，其結果如認為無執行刑罰之必要，得免其刑之執行，為同條第四項所明定，來呈所述某甲因年未滿十八歲受該刑之判決，既經宣告緩刑，自無庸再予諭知感化教育之期間，如已諭知，應俟緩刑期滿或撤銷緩刑執行刑罰後，再實施感化教育，以資教濟(司法院二十八年度院字第一八五八號解釋)。

三、感化教育之期間 依第三項規定，感化教育期間為三年以下，在此範圍內，法官有裁量伸縮之權。「未滿十八歲而減輕其刑者」乃不失為有罪之判決，如諭知感化教育處分，其處分及期間均須記載於主文內，而諭知感化教育處分之理由，亦應於判決書理由內載明(刑訴法第三〇一條第六款第三〇二條第五款)。感化教育在各國大多專設感化院矯正院等處所以感化之，其教育方法有家庭式兵營式學校式之分，各國以採學校式者居多，以其寬濶適度也。第八十七條 因心神喪失而不罰者，得令入相當處所施以監護。

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

前二項處分期間為三年以下。

一、心神喪失人之監護處分 心神喪失人無刑罰感應性，本法第十九條定為其行為不罰，惟若

放任自由，危險殊甚，故得令入相當處所，施以監護，在各國大多設瘋人院精神病院等加以監護保護。應否施以監護，亦由法官認定，除其行為不罰，應諭知無罪判決外，認為有慮知保安處分之必要者，並應諭知其處分及期間（刑訴法第二九三條）。

二、精神耗弱人瘖啞人之監護處分 精神耗弱程度之重者，幾與心神喪失者相近，瘖啞人精神狀態亦有異於常人，其依第十九條或第二十條而減輕其刑者，為防再犯免後患計，仍有施以監護之必要，故定為「得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護。」如認為無監護必要，則不付保安處分，亦無不可。所謂相當處所，指精神病院或瘖啞院等設備而言。

三、監護處分之期間 前二項處分期間均為三年以下。因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者，亦不失為有罪之判決，故諭知監護處分之期間，須記載於主文，其理由亦須於判決理由內說明（刑訴法第三〇一條第六款第三〇二條第五款）。

判解舉例：

（一）舊刑 對於心神喪失人施以監禁，雖係保安處分之一種，但刑法施行法關於監禁處分之期限，並無自刑法施行之日起，不得逾刑法第八十七條第三項所定期間之限制，祇得仍照原判決所宣示，予以執行，惟在此期間未終了前，若認為無繼續執行之必要時，可依刑法第九十七條及刑事訴訟法第四百八十五條之規定，由檢察官聲請法院裁定之（司法院院字

第一三二號解釋。

(2)精神病人之行爲，雖依法不能成罪，然於社會苟有意外之危險，而其親屬又不能爲相當之監督者，得交付精神病院或其他處所，禁制其自由，以防危險（前大理院二年非字第三七號判例）。

第八十八條、犯吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根海洛因或其化合物之罪者，得令入相當處所施以禁戒。

前項處分，於刑之執行前爲之，其期間爲六個月以下。

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。

一、吸用毒品者之禁戒處分 鴉片嗎啡及其代用品，爲害之烈，盡人皆知，政府年來澈底禁煙，鑒於過去嚴罰主義之無效，乃廣設戒煙所，將煙犯送入，強制戒絕，本條規定之合於實際，已有驚人成績，可以證明。犯吸用鴉片等毒品之罪者，施以禁戒處分，目的既在禁戒，自須先於刑之執行而爲之。如已收效，不復有再犯之虞，即無須更藉刑罰以資改善之必要，故法院認爲依禁戒處分之執行，無執行刑之必要者，得免其刑之執行（刑訴法第四八五條）。

二、本條禁戒處分之期間 其期間爲六月以下，由法官於此期間內裁量之。

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

前項處分期間，爲三個月以下。

一、酗酒犯罪之禁戒處分 酗酒為嗜酒亂德飲醉發怒之意，不得因酗酒而免除刑事責任，乃法理所當然，惟單純科刑，猶不足以治療其酒癖，故明定為「得於刑之執行完畢或赦免後令入相當處所，施以禁戒」，應否施以禁戒，由法官認定之。本條相當處所，指醫院戒酒所等而言。

二、本條禁戒處分之期間 其期間為三個月以下，亦由法官裁量。

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

前項處分期間，為三年以下。

一、強制工作處分 有犯罪之習慣者，不以法律概念上的「累犯」為限，即抱定一貫意思而為連續犯罪者及對於某種感覺興趣養成犯罪習慣者，亦屬之。以犯罪為常業者，即「職業的犯人」，其人以犯罪為職業，熟練犯罪之技術，如常業賭博，常業誘姦，常業竊盜，常業強盜之類是也。因游蕩或懶惰成習而犯罪者，不外為遊手好閒不事生產之犯人，此種人出獄後再犯之危險性甚大，故定為「得於刑之執行完畢，或赦免後，令入勞動場所，強制工作」以養成勤勞之習慣，而矯正犯人之惡習。

二、強制工作處分之期間 強制工作非短期內所能收效，故其期間定為「三年以下」，亦由法官裁量。我國連年寇患，民禍頻仍，失業無業之哀鳴，遍於全國，其羣趨於習慣犯罪，常聚

犯罪，乃事勢所必然，本條之設，最切合於時代之需要，借乎社會經濟衰落，私人企業未必能容納此種犯人，深望政府多設公立之勞動場所，俾得按犯人之身分知識及平時職業，送入農場工廠習藝所教養院及其他之勞動場所，以資改善其犯罪惡習，而養成刻苦耐勞之美德也。

第九十一條 犯第二百八十五條之罪者，得令入相當處所，強制治療。

前項處分於刑之執行前爲之，其期間至治愈時爲止。

一、強制治療處分 本條專爲犯第二百八十五條之罪，即「明知自己有花柳病或麻瘋隱瞞而與他人爲猥褻之行爲或姦淫致傳染於人者」而設，非僅減少犯人自己痛苦，免再傳染於人，且爲改良民族人種着想，均有強制治療之必要，其相當處所不外爲花柳病院麻瘋癩癩院或其他醫院等，其人既身染惡疾，自非速加療治不可，故規定爲其處分於「刑之執行前爲之」。

二、強制治療處分之期間 強制治療處分之期間，須視疾病重輕及醫療手術以定，不能預行量斷，故定爲「至治愈時爲止」，以符實際。此係不定期處分，尤爲本條保安處分之特色。

第九十二條 第八十六條至第九十條之處分，按其情形，得以保護管束代之。

前項保護管束期間，爲三年以下，其不能收效者，得隨時撤銷之，仍執行原處分。

第九十三條 受緩刑之宣告者，在緩刑期內，得付保護管束。

假釋出獄者，在假釋中，付保護管束。

前二項情形，違反保護管束規則情節重大者，得撤銷緩刑之宣告或假釋。

### 第九十四條

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

一、保護管束之意義 保護管束，亦稱保護觀察，其本義為國家因防衛社會預防犯罪起見，令特定人或特定機關，對於緩刑之宣告或受特別處分之少年犯，或其他有反社會的危險性之人，嚴加管束，妥為保護，視察其行狀，指導其生活，藉以改善被保護管束人個性之處分也。英美法比各國均有保護管束法之制定，惟大抵注重於緩刑者及少年犯之保護，與本法保護管束之可代替其他保安處分者，性質上微有不同也。

二、代替保安處分之保護管束 第九十二條規定之保護管束，有代替保安處分之作用，惟所代替者，以第八十六條之感化教育處分，第八十七條之監禁處分，第八十八條第八十九條之禁戒處分，第九十條之強制工作處分，按其情形得以保護管束代之者為限，而第九十一條之強制治療處分不與焉，則因強制治療花柳病麻瘋之處分，其性質上不容以保護管束代替也。至所謂「按其情形」，應從主觀客觀二面觀察，在主觀方面，為犯人之年齡品性精神狀態數種關係及反社會之危險性等，客觀方面，除家庭生活社會環境等外，並應審酌當地有無關於保安處分相當處所之設置，至為適應事實，設此權宜辦法也。此種代替保安處分之保護管

束，其期間爲三年以下，在此期間內，由法官斟酌一切情形及原處分之期間裁量定之，至原處分代以保護管束及其期間，應記載於裁判主文（刑訴法第302條第六款），若在所定保護管束期內，不能收改善之效者，得隨時撤銷，仍執行原處分，以貫徹改善之旨。所云隨時撤銷保護管束，執行原處分，解釋上應由檢察官聲請法院裁定之。

三、緩刑與假釋之保護管束 緩刑期內與假釋中之付保護管束，意在試驗犯人是否悔悟改善，若無人監督，恐其毫無顧忌，故應復萌，久而生玩，故受緩刑之宣告者，在緩刑期內，得付保護管束，假釋出獄者，在假釋中必付保護管束，以期其全始全終，勇於自新。如在保護管束期內違反保護管束規則情節重大者，則其人顯無改悔之意，故得撤銷緩刑之宣告或假釋，仍執行其以前所宣告之刑或殘餘未執行之刑期，惟如何情節始爲重大，則有待於法官之審酌。

四、執行保護管束之主體 英美各國專設保護管束司，以執行保護管束之事務，本法以專設機關，殊不經濟，不如交由現存適當之機關或人，執行保護管束，較易實行。故第九十四條規定爲「保護管束，交由警察官署，自治團體，慈善團體，本人之最近親屬，或其他適當之人行之。」在此範圍以內，究以選交何者爲宜，可由檢察官斟酌定之。而法院於宣告保護管束時，只須泛言保護管束，毋庸指定交與何人，庶於執行時有選擇之餘地也。保護管束規則，已於民國二十四年十一月九日內政部司法行政部訂定公布，全文共計十五條，依其所定，執

行保護管束人須受執行地法院檢察官之監督，執行保護管束人，對於受保護管束人除負責管束外，並應分別原處分之種類，施以感化監護禁戒強制工作及其他職業上之指導。受保護管束人在保護管束期內，對於執行保護管束人之命令或申諭有服從之義務，違者執行保護管束人得限制其自由。又在保護期內，非經執行保護管束者之許可，不得離開受保護管束地，其離開在十日以上者，應經有監督權之檢察官核准，且不得逾一月。實例如左：

(1) (新例) 假釋被撤銷後，其在假釋中所付之保護管束當然消滅(司法院二十五年院字第 一五六七號解釋)。

(2) (新例) 感化教育之處分既無可供執行之場所，依刑法第九十二條第一項自得以保護管束代之，該保護管束並應聲請法院裁定(司法院二十八年院字第一八六二號解釋)。

(3) 查保安處分較新類中華民國刑法第八十六條至第九十一條之規定共有六種，均須有相當處所執行，現距該刑法施行之期已近，應由各級法院及兼理司法之各縣政府將前項相當處所(為感化院醫院精神病院救濟院戒酒所教養局或習藝所之類)詳細調查，分別公立私立，於本年六月十日以前列表具報，其無相當處所者並應先行切商地方政府設法籌設，以便收容，他如各自治團體慈善團體可負保護管束之責者，亦應調查明白，另表報查(司法行政部二十四年五月十日訓字第六四〇二號訓令)。

第九十五條 外國人受有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。

一、受驅逐出境處分之要件 受本條驅逐出境處分者，其要件有二：（一）須對於犯罪之外國人，所謂外國人不以有外國國籍者為限，凡非本國人皆屬之。此與蘇俄刑法不問蘇俄人民或外國人均得受驅逐處分者不同。（二）須對於外國人受有期徒刑以上刑之宣告者而為之，其所觸犯之罪名如何，所宣告之有期徒刑刑期長短如何，均非所問，如僅受拘役罰金之宣告者，或雖犯罪而未受有期徒刑以上刑之宣告者，均不得為驅逐處分之宣告。應否宣告驅逐出境，由法官職權認定，認為有驅逐出境之必要者，應於裁判書正文及理由書內載明。其執行應於刑之執行完畢或赦免後為之。此種驅逐出境處分，不能用保護管束以為替代，外國人受刑之執行完畢或赦免後，縱其人危險性已經消滅，亦不得免除驅逐處分之執行，且此項處分，自應執行之日起，無論經過若干時期，仍須執行，不受第九十九條之限制，此均與其他保安處分，有所不同也。

二、驅逐出境之理由 驅逐出境，係一種完全隔離的保安處分，其目的雖在預防犯罪，而非改善犯人，蓋以其人若任其繼續滯留我國境內，恐其作奸犯科之事，層出不窮，殊有礙於我國社會之安寧，故須驅逐於國境之外，使其不得再在我國境內犯罪，以貫徹防衛社會之宗旨。論者以驅逐處分與國際法律互助之本旨相背，且係歧視外人思想之表現，遂謂本條之設，殊不合理者。此其立論，未嘗不高。惟一顧我國環境，侵略國之僑民，謀我之毒，無孔不入，足跡所到，則特務機關，販毒機關即跟蹤而至，甚者藉名傳教，居心叵測，貌似平民，暗充

間諜，平時則倚勢凌人，奴役同胞，戰時則收買漢奸，擾亂後方，罪大惡極，指不勝指。我國地域遼闊，民智尚未普及，關於外事警察，設備亦未周密，若遇此等卑劣之外人觸犯我國刑章，倘非司法權力所及，自須澈底實施驅逐出境處分，方足以保衛我國社會之安寧而鞏固民族主義之陣線。按德國保安矯正處分法中規定「外國人處三月以上之刑，而察其在國內向來之行狀，對於他人或一般保安上有危險者，法院得宣告於裁判確定後六個月以內，可通知行政官驅逐出國。」意大利刑法第二三五條亦有「除法律明文規定外，外國人被宣告十年以上懲役，法官得命驅逐於國家領域外」之規定，餘若俄法等國刑法亦設有驅逐出境之專條，多數國家既均定有斯刑，則我國之採用驅逐處分，自亦有其理論之根據，何得高談空想，遂譏為歧視外人思想之表現耶？

第九十六條 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。

第九十七條 依第八十六條至第九十條及第九十二條規定宣告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。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。

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

第九十九條 第八十六條至第九十一條之保安處分，自應執行之日起，經過三年未執行者，非

得法院許可，不得執行之。

一、保安處分之宣告 保安處分之立法用意固善，然萬一運用不當，亦可發生流弊，例如對於本非精神病者強指其有精神病而發交瘋人院監護，以拘束其自由，則保護安全之效未收，蹂躪人權之實已見，故為慎重起見，以委諸法院宣告為宜。依第九十六條規定，保安處分以與裁判一併宣告為原則，蓋以裁判之時便於斟酌適宜也。惟仍望賢明之法官，慎思明辨，善為運用耳。宣告時應將各種保安處分之期間及至何時為止，一併記載於裁判主文（刑訴法第三〇一條第六款），即其處分在刑之執行前為之，抑在刑之執行完畢或赦免後為之，亦須一併宣告，以便執行。其依第九十二條以保護管束代第八十六條至第九十條之保安處分者，裁判之際，亦應將原處分及替代之保護管束一併宣告，以便於撤銷保護管束時得仍執行原處分也。但因假釋或於刑之赦免後付保安處分者不在此限。蓋第九十三條第二項假釋中付保護管束者，及裁判確定已經執行其刑期一部後之事實，裁判當時自無從預為一併宣告也。至所謂於刑之赦免後付保安處分者，情形有二：（一）科刑之際雖未宣告保安處分，而於刑之赦免後，認為有付保安處分之必要者。（二）宣告時僅載明刑之執行完畢後付保安處分，乃其刑尚未完畢即受赦免，則原所宣告之保安處分，未便執行，自須令付保安處分，以資救濟。凡因假釋或於刑之赦免後付保安處分者，依刑訴法第四八五條規定，應由檢察官聲請法院裁

定之。

併宣告保安處分之裁判，若爲有罪之裁判，應依刑訴法第三〇一條第六款將保安處分及其期間，一併記載於裁判主文，固無疑義；即因未滿十四歲或心神喪失而執行爲不罰諭知無罪之裁判者，如有依第八十六條第一項及第八十七條第一項諭知保安處分之必要，亦應依刑訴法第二九三條與無罪裁判同時諭知其保安處分及期間。此不但第一審爲然，即在第二審認上訴爲無理由駁回上訴時亦得同時諭知保安處分。所成問題者，檢察官於偵查中因行爲不罰已爲不起訴之處分而其人實有付保安處分之必要者，既無併宣告處分之裁判，可資依據，又與第九十六條但書之情形不符，究應如何辦理，實用上頗有研究餘地，依最近解釋則許由檢察官聲請法院裁定之。

院解附後：

（新例）（司法院院字第一三〇六號解釋）檢察官對於行爲不罰者，依法雖應爲不起訴之處分，然檢察官爲代表國家公益之機關，如認該行爲人有付保安處分之必要時，自可聲請法院以裁定行之。

再「保安處分於裁判時併宣告之」，不以一種保安處分爲限，即一人應付二種以上之保安處分者，亦應於裁判時併宣告之。惟宣告二種以上之保安處分時，其執行應以何者爲先，雖無明文，頗成疑問。實用時應比較各處分之輕重緩急以定其執行之孰先孰後。

二、保安處分之免除執行 保安處分免除執行之情形有二：（一）免其處分之繼續執行即第九十七條前段「依第八十二條至第九十條及第九十二條規定宣告之保安處分期間未終了前，認為無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行」是也。蓋感化教育處分，監護處分，禁戒處分，強制工作處分，及代替保安處分之保護管束，在受處分期間，其自由應受限制，為保障其身體自由計，若果其人因保安處分之執行，於其期間未終了前，已收改善之效，自無繼續執行其處分之必要也。（二）免其處分全部之執行，即第九十八條所定因刑之執行完畢或赦免後，認為無執行保安處分之必要者，法院得免其處分之執行者是也。惟該條之得免處分全部之執行者，以第八十六條之感化教育處分，第八十七條之監護處分，第八十九條因酗酒犯罪之禁戒處分，及第九十條之強制工作處分為限。蓋刑罰與保安處分，均有特別預防之作用，犯人在監獄中受自由刑之執行，因教誨教育作業等亦可改善其品性，如其犯罪之危險性，因刑之執行或赦免後已歸於消滅，即無再付保安處分之必要，故得免其處分全部之執行，此則又為刑罰代替保安處分之特例也。依刑訴法第四八五條規定，刑法第九十七條第九十八條免其處分之執行，均由檢察官聲請法院裁定之。

三、保安處分之期間之酌量延長 依第九十七條規定，第八十六條之感化教育處分，第八十七條之監護處分，第八十八條第八十九條之禁戒處分，第九十條之強制工作處分，及第九十二條代保安處分之保護管束，於所宣告之期間未終了前，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。蓋保安處分，既以防衛社會改善行為人爲宗旨，如審酌其人之危險性尙未消滅，自不妨予法院以在法定期間內酌量延長其處分之權，以謀澈底之改善。惟應否延長，應由檢察官聲請法院裁定（刑訴法第四八五條）。延長之期間，雖未能逾各該保安處分之法定期間，而延長之次數，則並無若何之限制。延長處分之期間與免其處分之執行，有相輔爲用之效，一張一弛之間，保安處分之不定期性及其作用，益已充分發揮無遺矣。

四、保安處分之消滅 保安處分雖不能適用關於刑罰權時效之規定，然若無時間之限制而得隨時予以執行，亦非安定社會保護人權之道，此第九十九條之所以設也。依該條解釋結果，第八十六條至第九十一條之保安處分自應執行之日起三年內未執行者，毋庸經法院之許可，仍得照裁判所宣告者予以執行。經過三年未執行者，如經法院之許可固得仍予執行，如法院不予許可，則不得執行，而保安處分之執行權，即告消滅。限以三年者，因經過三年之後，其人之危險性或已祛除，即無再予執行處分之必要。此項許可處分執行之程序，由檢察官聲請法院裁定之（刑訴法第四八五條）。按行刑權時效一經屆滿，無論如何不能再予執行，而保安處分，雖經三年期間尙未執行，如經法院許可，仍得執行，此實與行刑權時效顯不相同之點，至許可執行與否，歸由法院認定者，蓋所以昭慎重求翔實耳。

我國保安處分設備，猶屬粗具雛形，而本章之設，亦僅定其原則，其詳細辦法，尙有待於各種保安處分單行法之補充規定，方足資適用而利施行，論者固無庸訾議本章規定之過於簡單

疏濶也。

法學宗師伊耶林有言：「國家所掌之刑罰，猶如兩刃之劍」。吾謂刑罰與保安處分之立法二元論的刑法，司法者適用之際，亦無異手持兩刃之劍，應以極其公平慎重之態度運用此類斬式之武器，運用稍有不當，則效果未收，而弊已先見，可不慎哉！可不慎哉！

中華民國三十四年三月重慶初版  
中華民國三十四年十一月上海初版

(81821 滬報特)

刑 法 總 則 一 冊

定價國幣陸元貳角

印刷地點外另加運費

\*\*\*\*\*  
\* 有 所 權 版 \*  
\* 究 必 印 翻 \*  
\*\*\*\*\*

發 行 所	印 刷 所	發 行 人	主 編 者	編 著 者
商 務 印 書 館	印 商 務 印 書 館	王 雲 五	司 法 院 法 官 訓 練 所	趙 琛

6.26 X 160 = 992.00

甲

宣城市圖書館  
藏書章  
第五六一號

