

一之書叢義釋律法行現

義釋則總法刑

著 覺 元 衛 郭

册 下

版 出 社 譯 編 學 法 海 上

~~~~~  
行 發 總 局 書 記 新 堂 文 會

585.103  
639  
2:2

中華民國  
刑法總則釋義下冊目錄

|      |      |     |
|------|------|-----|
| 第六章  | 共犯   | 二九三 |
| 第七章  | 刑名   | 三八三 |
| 第八章  | 累犯   | 四八七 |
| 第九章  | 併合論罪 | 五〇〇 |
| 第十章  | 刑之酌科 | 五六八 |
| 第十一章 | 加減例  | 五八九 |
| 第十二章 | 緩刑   | 六〇四 |
| 第十三章 | 假釋   | 六二六 |
| 第十四章 | 時效   | 六四一 |

目錄



53383

刑法釋義 下冊

中華民國  
刑法總則釋義 下冊

郭衛 元覺



第六章 共犯

犯罪之狀態不一。有因單獨行爲而成立犯罪事實者。有因共同行爲而成立同一之犯罪事實者。前者曰單獨犯。後者曰共犯。

從共犯之成立上言。有必要共犯與任意共犯之二種。必要共犯者。其可爲犯罪之行爲。非有二人以上不能成立。例如賭博罪、和姦罪是也。任意共犯者。其可爲犯罪之行爲。不必有二人以上亦可成立。而有二人之加功行爲之謂。例如共同放火罪。共同竊盜罪是也。

從共犯之責任上言。有正犯、從犯、教唆犯、之別。正犯者、本於直接犯罪之意思。而居於直接實施犯罪行爲之地位者也。從犯者、感受他人犯罪行爲之意思。而居於幫助實施犯罪行爲之地位者也。換言之。正犯爲實施犯罪行爲之主動者。從犯者、即實施犯罪行爲之

輔助者也。正犯與從犯之界說。學者聚訟紛紜。莫衷一是。究之終難得一特定不移之狹義的標識。僅能從廣義上說明正犯與從犯之意義。一爲對於犯罪行爲居於獨立之地位。一爲對於犯罪行爲居於從屬之地位而已。教唆者、即教唆他人、使之生犯罪行爲之決意者也。即自己僅有犯罪行爲之意思。而利用他人使之發生同樣之決意、而爲實行之行爲。故對於所發生之事實。實行行爲人爲賦有原因力者。教唆人爲賦有原因力之原因力者也。

同一爲利用他人犯罪之行爲。其間有爲共犯與非爲共犯之區別。一爲利用無故意人或無能力人之行爲、以爲實施其犯罪行爲。其被利用人因無故意或無能力。不能認爲正犯。故利用人即爲間接正犯。其性質即屬於單獨犯而非共犯。此種利用手段。與利用自然力以爲本人直接實施犯罪行爲之一方法無異。故對於犯罪行爲。當單獨負正犯之責任。一爲利用有能力人、使之發生與利用者意思相同之犯罪故意。而爲實施犯罪之行爲。其被利用人因爲係有能力與故意之介入。即爲正犯。而利用人即爲教唆犯。其性質即屬於共犯。須俟被利用人（被教唆者）有實施之行爲。方負共同犯罪之責任。此因利用人與被利用人、同爲有意

思責任與能力責任。其行爲與結果、係有二種相當因果關係併存於其中。故屬之共犯之範圍也。

【註】 間接正犯。在不主張共犯有從屬性之學派。絕對不認有間接正犯。其說以間接正犯與教唆犯。同爲利用他人犯罪之行爲。不過以利用他人爲表現其惡性之方法。仍爲遂行其自己之犯意。故間接正犯與單獨犯無異。與教唆犯亦無異。不過爲二人以上之犯罪之一現象。即對於無能力者及無故意者之利用或爲之加功。特無能力者及無故意者、在刑事上無被制裁之責任。而利用者與加功者固各有其固有之責任存在。此爲完全採主觀主義之學派所主張也。然依近今學者之通說及我國現行刑法之立法例。幷前大理院之所主張者。則尙認共犯中有含有從屬之意義者。則間接正犯之學說。不能不認其有存在之必要。例如(1)利用無責任能力者爲犯罪之行爲。(如使未滿十三歲者或有精神病者爲殺人放火是。)(2)利用無故意者遂行自己犯意之行爲。(如使他人陷於過失而發生殺人放火是。)(3)因詐欺

而利用他人之錯誤行爲。或用強制之手段陷他人於緊急之狀態、而利用其行爲。

(4) 上官利用下官有服從之義務而令其爲非法之行爲。凡此皆以自己犯罪之意思。而假手於無犯意之他人行爲。皆爲間接正犯。而非爲教唆犯也。

共犯之理論基礎。有主觀說、與客觀說之二種。客觀說謂共犯爲同一犯罪事實之加功者。換言之。卽係以同一犯罪事實之發生。關係於數人之行爲者。此行爲之數人。卽爲該事實之共犯。從其說則有如下之結論。(一) 共犯之關係。僅存在於同一個犯罪事實之範圍內。故同一性質之犯罪事項。甲與乙雖相互爲行爲之分擔者。其結果、甲行爲所惹起之事實。與乙行爲所惹起之事實。若各爲別一個之犯罪事實時。則甲與乙不得稱爲共犯。例如甲與乙互謀分擔殺人之事項。甲分擔殺丙。乙分擔殺丁。在通說上被害客體既各異。關於殺人罪之事實。亦爲各別成立。則甲祇負殺丙事實之責任。乙祇負殺丁事實之責任。若對於殺丙之事實爲已遂。對於殺丁之事實爲未遂。則甲當負既遂之責任。乙僅當負未遂之責任。而不能皆謂爲共同正犯也。

(二)依客觀說。共犯與單獨犯所以有區別之必要。則爲犯罪之加擔行爲。(卽犯罪之有從屬性者如從犯及教唆)欲定犯罪之加擔者。須先定犯罪之實行者爲誰。其加功於實行行爲者之行爲。換言之。卽助成實行行爲之行爲。卽爲加擔行爲。加擔行爲。非居於自己有獨立犯罪性之地位。僅爲附隨實行行爲而有犯罪之成立。基此理論。又當生如下之結論。其一、從犯及教唆均無未遂罪之成立。蓋既爲加擔行爲。則主犯之犯罪若不成立。則從屬犯罪者自無成立罪責之餘地。其二、從犯與教唆係對於他人之行爲而發生責任。非僅對於自己固有之行爲而負有成立犯罪之責任。因他人之犯罪不成立時。則從犯與教唆犯之犯罪亦不成立也。

與客觀說成爲對立者。則爲主觀說。主觀說之理論。其基礎係建立在主觀的犯人之惡性上。謂犯罪係各自之惡性所表現。故謂以共犯爲數人對於一個犯罪之加功行爲。不足以說明共犯之意義。特數人爲遂行各自之犯罪意思之方法。因而有合同之行爲。此合同行爲。卽稱爲共犯。換言之。先係有犯人各自之犯罪性。其犯罪性之表現於外界之方法。係藉數人

合同之分擔行爲。此分擔合同行爲之數人。卽爲共犯。從其說、則有如下之結論。

(一)共犯關係。爲因數人合同爲其行爲而成立。此合同行爲之性質。爲分擔之性質。而非此方加擔他一方之性質。蓋協力合作。原爲社會上事業組合關係、最普通之現象。犯人利用此普通現象爲表現其惡性之方法。故稱爲共犯。基此理論。則所謂共犯者。不必僅限於一個之犯罪事實、有共同目的之必要。祇於一定之互相聯絡之事項、有共同之目的。且其向此目的以爲協進之行爲。在此種共同目的之範圍內。其數人之行爲。可視爲合一之行爲。其結果可視爲共同之結果。而算入於各自之犯罪責任內。例如甲乙兩者共謀爲殺人之行爲。雖甲分擔殺丙事項。乙分擔殺丁事項。甲乙兩者對於殺丙丁之結果。不可不共同負其責任也。

(二)依上述理論以適用於教唆及從犯。則教唆及從犯。亦絕非加擔於他人之犯罪。而爲自己固有之犯罪。因係各自欲遂行其犯罪之意思而利用他人之行爲。使用力少而成功多之意思行爲也。與犯人利用自然力以遂行其犯罪行爲爲同一意義。此論之結果。又有與犯罪合

同說全相反之二個結論。其一、教唆與幫助。均得有未遂罪之成立。與正犯之成立與否無關。雖在某種之場合。教唆與幫助。亦有可成爲不能犯之情事。然苟一具備開始實行之條件。則均可成立未遂之罪。以教唆與幫助。均爲各自遂行其犯意之行爲。不能認爲係犯罪之從屬性。而仍爲各具有犯罪之獨立性者。故無論被教唆者或中途違反其教唆而不實行。被幫助者或中途自行中止。則教唆與幫助者仍當成爲獨立之未遂罪也。其二、教唆及從犯。均爲自身之行爲。所以其責任亦爲由於自己行爲所生之責任。而非基於他人之行爲始負有責任也。

有謂主觀說爲犯罪行爲說。客觀說爲犯罪合同說。然余意極不贊同。依吾人之見解。刑法上共犯之立法意義。所謂共犯者。亦不過犯罪之一狀態已耳。因犯罪行爲有數人之介入時。其間因果之關係。則較單獨犯之關係爲複雜。因有此種之複雜狀態。則刑法上不能不就其各種複雜現象。明定其等差。以爲刑事責任之區別。并非以共犯爲別於單獨犯而另有一種特殊之罪質也。故共犯之成立要件。亦與單獨犯(普通犯)同爲須具備主觀的與客觀的之

元素。主觀的即為犯意與能力。客觀的即為犯罪之行為。本此原則以觀察共犯。是共犯者必要有意思及行為之聯絡。僅有意思聯絡而無行為聯絡。固不得為共犯。僅有行為聯絡而無意思聯絡。亦不得為共犯。推此義而又可知(1)責任無能力者相互間。及責任無能力者與責任有能力者之間。又意思無責任者相互間。及意思無責任與意思有責任者之間。均無共犯之觀念存在。(2)陰謀之場合。除有特別規定之陰謀獨立罪外。在普通原則上、陰謀均非成立犯罪之要素。則僅有數人間之意思聯結。而未至於行為。或一方已至於實行。一方已以已意中止其實行。亦無共犯之觀念存在。(3)有違法阻却原因之行為。及刑法無規定之行為。均無共犯觀念之存在也。然犯罪之重有行為者係以行為為意思之徵表。重有能力者。係以能力定意思力之有無。法律雖係處罰行為。仍係處罰行為之意思。是犯罪構成之元素。仍係以犯意為主要。由犯意所表現之行為。乃為構成犯罪行為。共犯之成立。亦不能脫離此項原則而另有其例外。特共犯所表現之共同行為。須由於有聯絡之意思所表現。斯能形成共犯之犯罪狀態。故與其謂為犯罪合同。或謂為行為合同。毋甯謂為意思合同。

之爲妥當也。

共犯之主觀的要素。卽如上述須有犯意之合同。所謂犯意者。須爲有能力者之意思。所謂犯意之合同者。具有兩種含義。一爲共犯之各自身。均有犯罪事實之認識。二爲共犯者之相互間。須有互相連絡之意思。依此種之合同意思所爲之合同行爲。法律上卽視此複數之行爲、可爲合一之觀察也。申言之。此複數之行爲、所以可爲合一之觀察者。以其行爲雖爲各自的。而實質上爲一團的有相呼應相關聯而相利用之意思行爲也。所以若僅對於他人之犯罪有所認識。而無與他人爲共同行爲之認識。尙不足以構成合同犯意。卽尙不能認爲共犯。但共同犯罪之認識。是否以數人相互間均有共同之認識爲必要。抑僅以有一方之認識爲必要。關於此問題之學說亦不一致。一說謂共犯之成立。雖不必於事前有預定之共謀。然至少亦必在實行以先之一瞬間。有數人間合意之聯絡爲必要。故數人相互間、若於事前毫無共同連絡之認識而事實上對於同一犯罪之成立。有加功之行爲時。亦不能認爲有共犯之觀念存在。仍不過爲各別之單獨犯而已。例如甲以強姦之意思。已擄一婦女於林中。

適乙經過遇見。遂協議共同輪姦。此事前雖甲與乙無預定之成約。然於實施強姦之一瞬間前。甲乙有共同強姦之合意。則甲與乙當然成爲強姦共犯。若如前例、甲強姦已畢。已棄被姦之女於不顧。適爲乙遇見而亦施以強姦。於此場合。甲與乙於行爲前及行爲之際均無共同強姦之意思合同。則甲與乙仍爲各自成立單獨之強姦罪也。反之又一說、謂共犯之觀念。不必以雙方的具有共犯之認識爲必要。凡各種共犯之狀態。僅於有共同犯罪之認識之方面。可爲共犯之成立。其無認識者。卽爲單獨犯。依本法之正當解釋。關於共同正犯。則必有雙方相互間、均有共同合作之意思聯絡。方能爲共犯之成立。若教唆及幫助。則教唆者及幫助者之方面。須有共同之認識爲必要。而被教唆與被幫助之正犯。則不必以知有共同之情爲必要也。

共犯之客觀的要素。卽行爲之分擔。共犯之分擔行爲。非僅具有分擔之形式。而係對於一定之目的、含有分業合力之作用。換言之。共犯之分擔。須由於有合同之分擔。所以共犯之合同行爲。係有機的而非無機的。對於共同之目的。有相呼應而相關聯之行動之分擔行

爲也。基於此種意義之行爲。凡可以構成一個之犯罪事實者。雖爲數種之行爲。其各行爲在事實上有相呼應相關聯之關係者。均不可不謂爲共犯。例如甲與乙共謀爲擄人勒贖之行爲。甲僅分擔擄人之行爲。乙僅分擔勒贖之行爲。甲與乙不可不謂爲擄人勒贖之共犯。又雖以數個之行爲、可構成數個之犯罪。若事實上有相關聯相呼應之情況。亦不能不謂爲共犯。例如甲與乙合謀殺A與B。甲僅分擔殺A之行爲。乙僅分擔殺B之行爲。對於殺A B之犯罪。甲與乙不能不均負共犯之責任也。最高法院對於此問題之意旨。其所主張者亦與本說相同(參照十七年上字一一七號判例)。

刑法上共犯之意義。不過爲犯罪上之一種複數狀態。非特別的另有一種之罪質存在。已於上文論及。此不獨本法之立法上當如此解釋。即各國間之刑法立法意義。亦莫不皆然。然近今最新之學派。則尚有進一步之研究。其研究之結果。則認共犯爲實另有一種特殊之犯罪現象。此項研究之基點。係從社會現象。以爲觀察共犯之基礎者。因社會之文化。日趨於新的轉變。隨之而犯罪之形式。亦有日趨於新的組織。共犯者、非單獨犯之機械的集合

體。實社會中分業之一狀態也。分業爲社會發達現象中特別之現象。亦犯罪進化中特別之現象。此爲有特別之惡性所表現之一種加重情狀也。因此觀察之結果。遂有共犯加重論、與從犯減輕否認論之主張。此主張雖非現今立法上之意義。然實可促起將來立法改正時之注意。又同時可以供審判官對於共犯問題之刑事裁量上。有足供參照之資料也。茲爲學者研究之便。特附述其說如次。

從社會之現象以樹立共犯之理論。係發源於意大利學派。同學派之論旨東漸後。贊成之最有力者。爲日本牧野英一博士。觀於牧野博士對於同問題所引伸之論旨。則可以明瞭此新理論之內容。博士之論旨曰。犯罪現象中共犯之作用。實可解爲社會上分業之一狀態。分業之現象。爲促進經濟發展之一大事業。經濟界因有分業現象之發生。而產生力日趨於偉大。遂以使社會之組織。形成根本之變化。法律上對於此分業之現象。亦已有所領會。故於民法商法上、關於組合事業、及團體并法人之組織。亦已有特設之詳細規定。然此種分業現象之作用。固不獨於社會之善良方面有利用之必要。而於社會之害惡方面。亦有利用

之可能。法律獨於社會之善良方面。對於此現象特加以保護與獎勵之注意。於社會之害惡方面。則對於此現象缺乏其特加以預防與鎮壓之注意。此亦不可不謂為立法上之一缺痕也。

犯罪現象中共犯之社會的作用。與關於生產之經濟的作用無以異。第一、因合力之作用。能使欲為之事業、可以用力少而成功多。且最足以減少事業失敗之機會。第二、因合力所生之力量。非各個之力之機械的總計。而由此種合力即成為特別的整個之偉大的活動力。故從來吾人不敢為之企畫。因此力遂可以促成其敢為之膽力。此種現象。不獨互相共同之橫之共犯、可具此觀念。即利用他人行為以實行自己所欲為之縱之共犯、亦可具此觀念。所以依共犯現象之犯罪。其為危害於社會者更大也。

共同現象、對於犯罪之特別關係。尚有可為注意之二點。一為共犯與習慣犯之關係。二為共犯與犯罪方法之關係。

共犯與習慣犯之關係。可分別為二種之觀察。其一、共犯為具有習慣犯之特徵。何以言之

。凡感情犯多缺乏預謀。故其結果常爲單獨犯。反之營利犯則多有預謀。故其結果常爲共犯。營利犯與習慣犯。亦異名而同體者也。其二、共犯爲最足導引人成爲習慣犯罪之方法。以人之個格。常因共犯關係而致於隱沒。因有他人之共同。遂致個人所不敢爲之犯罪事實。亦得發生毅然敢爲之勇氣。而良心上之呵責。亦因有他人之分任而減少。加之一人因一度爲共同犯罪之行爲。遂無形中感受同夥之惡性。而常至於繼續犯罪而不能自拔。蓋惡性團體之引誘力。實較慈善團體之感化力爲尤大。此社會普通之自然狀態也。

共犯與犯罪方法之關係。亦可以分別爲二種之觀察。第一、利用他人以爲犯罪之方法。則犯罪之左證。不如單獨犯之明顯。此犯罪亦隨社會之進化。由強暴之方法、進而改取詐欺之方法矣。所以共犯多不須爲直接實施之行爲。而可以全得其所期望之結果。其巧於晦藏自己之罪迹。爲計良工。不能不謂爲犯罪之文明的新形式也。第二、犯罪之結果。常係依間接之方法即能成功。故對於被害之事實。常不致有直接的密邇之接近。則因犯罪所發生之慘酷情狀。亦因目所不覩而感念俱無。故雖有自己直接所不敢爲或不忍爲之事實。因有

共犯之方法而亦無難爲之犯罪矣。此共犯之行爲。縱其所犯之犯罪形式有似於輕微。因其犯罪之方法。亦足以爲社會上最爲危險而可恐怖之一種犯罪也。

從右述種種之觀察。則共犯者不能謂爲僅係犯罪之一狀態。又不能謂共犯與單獨犯之區別。一爲複數的一爲單數的而已。實際上共犯實有特殊之禍害。共犯者於社會上。實具有特殊之危險性。換言之。共犯之惡性。實較單獨犯之惡性爲大。最低限度亦較單獨犯之惡性爲有特異之情趣也。故學者間有謂共犯對於單獨犯之比較。非數量之相異。而有特殊之心理上之相異。因之有主張共犯宜加重論。從犯不宜減輕論。以爲批評現行刑法制度之一要點也。

右述各節。均牧野氏之論調（參照牧野氏刑法研究第一卷四一—四五頁）。即可代表新派之主張。此種主張之理論。係依據實證的與歸納的方法之研究而成立。雖暫時尙未爲各國刑法立法上之採用。然社會文化日趨於發達。社會之情狀亦日趨於複雜。犯罪之形式與方法。亦日新而月有不同。共犯之作用。實不可不謂爲犯罪新形式之促成者。換言之。即愈新

形式之犯罪。愈不能不賴有共犯之作用而後能成功者。將來之刑法組織。或亦不能不隨其社會之需要。而另講求所以預防之詳密方法。則容有採納此項新理論之必要也。

### 第四十二條 二人以上共同實施犯罪之行爲者。皆爲正犯。

#### 一

本條之要旨。係規定關於共同正犯之定義。法律於犯罪行爲之各狀態中。所以特別須設立共同犯之規定者。蓋因共同犯罪。係由於二人以上之共同行爲。由二人以上之共同行爲而犯罪。則犯罪事實之發生。其存在於同事實中者。既有二以上之原因力。則此二以上之原因力。均爲發生同事實之一條件。換言之。卽同一事實之發生。既由於數多之條件相結合所生之效果。則此結合條件中之一部之行爲。均當對於此結合條件所生之效果而負有共同責任。然此項共同責任。亦須因其行爲所生之條件結合關係、而區別其責任之關係。因須有此項責任關係之區別。故有正犯與從犯及教唆之區別。是共犯者卽對於單獨犯而言。共同正犯者卽對於教唆及從犯而言也。共同正犯之成立。亦須具有主觀的與客觀的二種要素

。主觀的要素。即共具有責任能力者之共同意思。詳言之。即二人以上共同趨向於同一犯罪之目的。有互相聯絡互相利用之共同意思也。客觀的要素。即共同實施犯罪之行爲。詳言之。即二人以上、對於同一犯罪之行爲。爲基於互相關聯互相呼應之意思行爲。此行爲從各行爲者方面觀察。則爲分擔行爲。從同一犯罪方面觀察。則爲合同行爲。在法律上即視爲合一行爲。故本條特爲規定之云。二人以上。共同實施犯罪之行爲者。皆爲正犯。此正犯即共同正犯也。雖本條之文理上、係僅依據客觀的以定共同正犯之意義。然無論何種犯罪之成立。其組織之成分。必含有主觀的與客觀的二種要素。始能成立犯罪行爲。此爲法律上構成犯罪行爲之共通原則。則本條所云共同實施犯罪之行爲者。亦必有共同之主觀的要素存在。是爲法律上當然之解釋也。

間接正犯、及同時犯。在客觀的形式上、亦均爲共同實施犯罪之行爲。所以在客觀上、形式上、亦與共同正犯之行爲無甚差異。而實質上則有各自懸殊之意義。即一爲無共同之主觀的要素。一爲有共同之主觀的要素。例如利用無能力人或無故意人爲共同實施犯罪之行

爲。則被利用者無與利用者互相同之故意與能力。換言之。僅利用者一方面、有利用被利用者爲實施犯罪行爲之故意與能力。而被利用者一方面、無利用其利用者而爲共同實施犯罪行爲之故意與能力。則利用者與被利用者、雖有二人以上之共同形式。而無主觀的共同之關係。所以利用者對於利用他人之行爲。在實質上亦與利用天然力或物力爲犯罪之行爲無異。而成爲單獨性質之間接正犯。又例如有甲正在侵入某丙住宅爲竊盜之行爲。同時適有乙亦侵入某丙住宅爲竊盜之行爲。某丙之被竊。在形式上爲甲乙共同之竊盜行爲。而實質上甲與乙無共同互相聯絡之主觀的意思。卽不能認爲有共同之關係。同一理由。則甲與乙對於同時竊取某丙家之行爲。僅能成爲各自單獨之竊盜犯。又僅可稱爲同時之竊盜犯。而不成爲共同竊盜之正犯。於此場合。若甲之竊取爲既遂。乙之竊取爲未遂。依同時犯之原理。則甲與乙僅當各別的各自負其既遂或未遂之責任。而不能負皆爲既遂正犯之共同責任。反之甲與乙對於行竊某丙家之行爲。若於事前或臨時成立會合行竊之意思。則甲與乙對於行竊某丙家之行爲。卽爲共同行爲。卽皆爲正犯而不能認爲同時犯。無論甲之竊取

爲既遂。乙之竊取爲未遂。甲與乙均當共同負既遂罪之責任矣。依上述之二例。是爲共同正犯之共同關係。須有主觀的要素存在之又一證明也。

共同實施之意義。從狹義言。則爲對於同一犯罪事實。有共同之直接身體動作也。從廣義言。則爲對於全犯罪行爲。有互相聯合爲有形的或無形的遂行其所欲實現之行爲也。例如甲乙丙丁四人、共謀爲殺人之行爲。依同意計畫、互相推定甲爲擔任實施殺人之動作。則乙丙丁三人對於甲之實施殺人行爲。雖未爲有形的之實施動作。而既有聯絡的推定之行爲。則爲無形的遂行其殺人之實施者。甲乙丙丁當皆爲共同實施殺人之正犯。換言之。即數人既有共謀之事實。無論由共謀者中何人之實施行爲。在共謀之意思範圍內。均爲共謀者數人一體之實施行爲。即未分擔實行動作之行爲者。亦不能不謂爲共同正犯也。本條所云共同實施犯罪行爲之意義。則以從狹義的解釋爲正當。蓋另有同謀罪人規定也。惟前大理院關於本問題之判例旨趣。亦均係採取廣義者（參照前大理院九年上字七二〇號）。

## 二

第一 共同正犯之特色。即在共同實施犯罪之行爲一點。此種共同行爲所生之犯罪事實。從行爲者之各自身視之。則爲各自獨立而生之刑事責任。從行爲之關係視之。則共同正犯之行爲。爲數人共同一體之關係。蓋因有相互以遂行其共同目的之企圖。故任從此種共犯中之一人觀察之。共犯者之行爲。既在自己合同意思之內。則共犯者之行爲。亦爲自己行爲之一部。而爲合一之行爲。故單獨犯之刑事責任之由來。爲以自己之行爲與自己行爲所生之結果而生。共同正犯之刑事責任之由來。爲於自己之行爲與結果外。又有他人之行爲與結果相併合而生。此共同正犯性質之特點。而爲刑法上所以必有共同正犯之一種特別規定之理由也。學者間有謂共犯之根本性質。爲有從屬性之存在。所謂從屬性者。卽一人之犯罪行爲。須從屬於他人之犯罪成立。而後能成立犯罪也。例如教唆行爲及從犯行爲。須因被教唆之正犯及所從屬之主犯之犯罪成立。而後教唆者及從犯者始有犯罪成立之可言。換言之。從屬性之犯罪。須主犯罪者有犯罪之成立時。始有犯罪之可言。因從屬性犯罪事實之發生。決非自己單獨行爲所能使之發生。必待他人之行爲始能使之發生。故必待他人

之犯罪之成立。而始有犯罪之成立。其對於犯罪所應負之刑事責任。亦爲附屬於他人之刑事責任而始生其責任也。故教唆犯及從犯爲有從屬之性質。所以應特別的列爲共犯之規定。以明其有別於單獨犯之狀態及其性質。至共同正犯。則爲各自單獨而生之刑事責任。非有附屬之性質存在。實不應列入共犯之中。主此說者以德國之學者爲多。即德國刑法草案中第六十八條至七十條。亦無共同正犯之規定。然共犯之從屬性說。在近世紀已爲世界學者中反對與主張者之激爭問題。依最近之立法例及學說上觀察之。反對從屬性說之學派。已有漸趨於優勝之勢。惟日本及我國之判例及通說上。尙主張共犯中亦有從屬性者。至多數公認爲有分別於單獨犯而列爲共犯中之實益者。其要旨、(1)以共同正犯與同時犯實有區別之實益。因共同正犯與同時犯。在形式上亦頗有類似之處。已如上述。然共同正犯與同時犯之主觀的觀念。與刑事責任上之關係。二者實有迥異之點。簡言之。即同時犯之主觀上與責任上。完全由於單獨關係所生之責任關係。共同正犯之主觀上與責任上。完全由於共同之關係所生之責任關係。其責任雖亦由於各自獨立之惡性所表現而生。而責任發生

之關係。則尚有共同行爲之結合的關係。所以共同正犯中一人之動作。其責任及於全體。而同時犯中一人之動作。其責任則不能及於全體。因有此種區別之原因。所以共同正犯與同時犯有區別之必要。因有此區別之必要。所以共犯中須有共同正犯之立法例也。(2)共同正犯之場合。爲包括共同者之行爲所成立之犯罪。換言之。刑法上對於共同正犯之刑事責任之論斷。當總合共同正犯者因自己行爲與因他之共同正犯者行爲所生之全體犯罪事實以爲構成責任之基礎。又共同正犯中之一人之行爲。同時對於共同正犯中之他之一人之行爲。非可以擬制的而視爲一個之行爲。因共同正犯之共同責任關係。其原因仍係由於加入共同關係之自己行爲。因有此共同關係之加入。所以加入者對於共同中之他人行爲亦不能不任其責。基於此種意義。所以共同正犯者對於他之共同正犯者之行爲所負之責任。仍爲對於自己之行爲(即加入共同之行爲)而任其責。此爲共同正犯所特有之法理。未可以其無從屬性而謂爲不應入於共犯中。而遂可與普通單獨犯爲一例之觀察也。

第二 共同實施犯罪之行爲。爲共同正犯成立之基礎。對於此種基礎之觀念。亦有客觀說

與主觀說之不同。持客觀說者。則從客觀的犯罪之事實。以定共同實施之觀念。謂對於同一個之具體的犯罪事實。有數人爲共同分擔之行爲時。則爲共同實施犯罪之行爲。換言之。加入同一個犯罪事實而爲分擔之行爲者。此分擔犯罪行爲之數人。卽皆爲共同正犯。從此說之結果。則共同正犯之關係。僅限於一個之犯罪事實範圍內始能存在。例如甲乙二人共圖爲殺丙之行爲。甲以槍射中丙之要害。乙以刀雖僅刺傷丙之手足。而乙與甲仍爲共同殺丙之實施者。則乙與甲均爲共同殺丙之正犯。若甲與乙共謀爲殺丙與丁之行爲。甲分擔實施殺丙。乙分擔實施殺丁。依事實個別計算之通說。當以法益所屬之客體之個數。以定犯罪事實之個數。則甲所惹起之殺人事實。與乙所惹起之殺人事實。各爲別個之犯罪事實。甲對於殺丁事實無實施之行爲。乙對於殺丙事實無實施之行爲。卽甲與乙對於殺丙與丁。不能謂爲共同實施之行爲。卽不爲共同正犯。依此種主張之結果。在刑事責任上之關係。對於甲乙共謀分擔殺丙丁之行爲。若均爲既遂時。則實際上雖不認爲殺人之共同正犯。而要之均當認爲獨立之殺人既遂犯。其所予以實質上之刑責。尙不致生有差異。若甲殺丙

爲既遂而乙殺丁爲未遂時。則甲當負殺人既遂之刑責。乙僅當負殺人未遂之刑責。二者對於刑事責任之關係。遂有一出一入之懸殊矣。反之、持主觀說者。則以主觀的共同犯罪之目的。以定共同實施之觀念。謂法律上關於共同正犯之共同實施犯罪行爲之意義。係重在有主觀的共同關係之行爲。而不必限定爲同一個之犯罪事實。所謂主觀的共同關係之行爲者。即於共同爲同一犯罪之實施時。其共同者之相互間。有互有聯絡互相利用之協同意思。以共求達到同一之目的。至所謂同一犯罪之意義。亦非限於法條上各個構成犯罪之單一的範圍。而係指同一目的之全部犯罪而言。換言之。共同實施犯罪之行爲者。即對於全部犯罪而爲分擔行爲之意義。各共同者各係利用此社會上分業合作之現象。以爲表現其惡性之方法。利用此方法以合趨於一致之目的之遂行行爲。即爲共同實施之犯罪行爲也。依此觀察之結果。則共同正犯之關係。係限於利用共同方法以爲表現其同一惡意之行爲。在此同一惡意之目的範圍內。不能即限定其犯罪之事實爲一個的。即連貫於此目的之數個犯罪事實。亦爲利用此項共同方法之實施力所能發生之效果。故凡利用此項共同方法以增加或

擴充其實施之效率者。均爲共同正犯也。如前例丙與丁均爲甲與乙所欲殺之人。而甲與乙之個人所實施者。雖無各共同的次第爲合殺丙又爲合殺丁之具體的事實。而既有分力合作之意思以圖爲殺丙丁之方法。則雖甲係分擔爲殺丙乙係分擔爲殺丁之分別的實施。亦不能不認爲合一之實施行爲。卽不能不共同負殺丙與丁兩人之正犯責任。反之若犯罪之意思不一致時。卽雖有對於同一之客體而共同爲加害之行爲時。亦不能卽謂有共同之關係。卽亦不能視爲有本條上共同實施犯罪行爲之意義而認爲共同正犯。例如甲與乙同時對於丙一人施以打擊。甲則有殺害丙之意圖。乙僅有傷害丙之意圖。甲與乙對於丙之實施行爲。不在合同意思之範圍內。則雖對於一個之犯罪事實同爲加功之行爲。然甲仍成爲殺丙之獨立罪。乙仍成爲傷害丙之獨立罪。而甲與乙不能認爲共同之殺人正犯。或共同之傷人正犯也。持客觀說者。係從犯罪之事實上以定共同之觀念。持主觀說者。係從行爲之共同關係上以定犯罪之觀念。前者爲犯罪合同說之所主張。後者爲行爲合同說之所主張。余則主張當收爲。意思合同之尤爲真切。換言之。則前者關於共同實施之觀念。爲身體之共同動作意義

後者關於共同實施之觀念。為精神之共同活動意味。故依前者之觀念。則不第須限於同一個犯罪之事實有共同之動作。方能認為共同正犯。且須限於有共同之身體動作。方能認為共同正犯。依後者之觀念。則不第不限於同一個犯罪之事實。有共同之行動。即於數多之犯罪事實。有精神上共同實行之聯合。即無身體之共同動作。亦能稱為共同正犯。前者之所謂共同正犯。僅限於狹義的。後者之所謂共同正犯。則包括廣義的。依我國新舊之判例與解釋例。及依本條法例之正當解釋。則均當認後說之主張者為正當。即共同正犯與非共同正犯之分野。在其行為有無意思合同之關係以為區別之標準也。

第三 共同意思之聯絡。為共同正犯之要件。(意思合同)意思聯絡之成立。是否有預先互謀之必要。又意思聯絡之存立。是否有雙方的為必要。抑係片面的有聯絡之意思即為已足。此亦為學者間論爭之問題。關於第一問題。有主張須有事前互相通謀之必要。謂通謀為意思交換之媒介。無通謀則意思無由交換。而何有共通之意思聯絡。反對此說者。謂意思聯絡之成立。不必有通謀之必要。僅對於同一之事實。有互相認識互相協力之意思。即已

成立意思之聯絡。至互相認識之場合。固不必依明示之合意或通謀。始能達於互認之程度。即有互相暗默之認識。由此認識而互相協力之企圖。亦足構成共同之意思聯絡。近世學者之論旨。以主張後說者爲多。蓋共同正犯之共同意思觀念。係以認識自己之意思實行。與他之共同者之意思實行。有同心相應。同氣相求。以完成自己之意思所欲實行之企圖。即爲已足。至此種共同意思之出於通謀的或出於偶合的。均與共同意思聯絡之成立無關係也。又關於第二之問題。有認有片面的共犯之成立者。謂一方有與他方爲共犯之認識。即他方無共犯之意思時。對於有認識之一方。得認爲係共犯之成立。例如甲正以強暴方法強姦乙女之際。有丙者以共犯之意思。於甲之不知間。爲之壓制乙女之抵抗。則丙得爲甲之強姦共同正犯。其說明之要旨。以共同加功之意思。爲共犯必具之主觀的要件。而不必爲共犯雙方必具之主觀的要件。若一方具備此主觀的要件之意思時。則一方爲已有共犯的要件之成立。法律上即可對於此有共同意思之一方。認爲可生共犯之效果。日本之大場牧馬博士、及牧野英一博士。即主張此說之最力者。我暫行律於此種片面的情形。亦係認爲共

同正犯者。該律第三四條云。知本犯之情而共同者。雖本犯不知共同之情。仍以共犯論。是對於共犯之規定。不以雙方有意思之聯絡爲限。僅以有片面的意思之聯絡。即可構成共同正犯也。然學理上之通說。則類不主張此種畸形共犯之認定。以共犯之構成要素。爲有共通意思之聯絡。所請聯絡之意義。必爲相互的而非畸形的。卽如前例丙於甲之不知間爲之壓制乙女之抵抗而助成其強姦之行爲。是丙亦僅能成爲幫助正犯之行爲。而不能卽認爲強姦共同正犯。蓋共同正犯之對於犯罪事實之認識。必爲相互的。其相互認識之存立。雖不必限於實行開始以前。至少亦必在加入共同之一瞬間以前。有彼此相互之呼應。故於一方之犯罪開始時。他一方雖尙無共同犯罪之認識。然於實行中忽有他方之偶然加入。在實行加入前之瞬間。此一方與他一方始有相互間之共同犯罪認識。亦可無妨於共同正犯之成立。此卽所謂相續的共同正犯。亦曰承繼的共同正犯。例如甲以盜取財物之目的。將乙致之昏醉後。始告知丙。丙始加入而爲共同盜取財物之行爲。是甲既有罪素之一部實行中。始與丙有相互之認識而成立共同之意思。然意思聯絡之成立。旣在共同行爲之一瞬間以前

。則亦無妨於竊盜共同正犯之成立。然若在共同行爲之一瞬間以前。亦無互相認識之互相聯絡意思。則不能成爲共同正犯矣。又如前例倘乙因昏醉而遂致於死。則致死之原因既由於昏醉。丙之加入共同實施竊盜。已在甲致乙於昏醉以後。則丙對於甲昏醉乙之行爲。既無共同意思之聯絡。則爲甲丙合同意思外之行爲。換言之。此昏醉乙之行爲。純爲甲之單獨行爲。而不能成爲甲丙共同之行爲。則丙不能與甲同負昏醉乙致死之正犯責任。此共同意思與共同正犯之成立上之原則。本法於片面的共同意思之行爲。另立專條。(四六條)。明定爲從犯。則關於共同正犯之共同意思。亦採取雙方的相互共同之意思說也。

第四 依上論結。共同正犯之觀念。必於共同意思之範圍內。始能認有共同正犯之存在。共同意思之觀念。必於有互相認識之範圍內。始能認有共同意思之存在。故共同相互間之協力行爲。若不出於相互間共同認識之範圍外。則雖分擔異種類之行爲。亦足以成立共同正犯。例如甲乙共謀爲強盜之行爲。甲分擔入室爲強暴劫掠之行爲。乙分擔在外爲守望之行爲。乙與甲仍爲強盜之共同正犯。若甲在室有致人於重傷之行爲。因強暴爲有發生傷害

人之可能。尚在互相認識之範圍內。故乙與甲仍當爲強盜致人重傷之共同正犯。反之若共同相互間之行爲。有出於相互間共同認識之範圍外。則不能認爲共同正犯。如前例若甲於傷人外臨時起意殺人或犯強姦之行爲。則不在互相認識之範圍內。故乙則不能與甲同爲強盜殺人及強姦之共同正犯。前大理院有九年統字一二五六號判例。亦與此同其旨趣也。但共同犯中之一人。有犯所謂結果犯之加重行爲。換言之。即獨自惹起刑法上所定爲結果犯之加重結果時。於此場合。亦有主張此項加重之結果。爲共同目的範圍內之過剩行爲。即一人獨自超越共同目的之外之行爲。此行爲亦爲出於相互間認識之範圍以外。對於此相互間之認識不一致之部分。絕對不能認有共犯之關係存在。有主張此結果既在共同責任之下之行爲所發生。則一切加入於此共同團體內之人。均當負全部共同之責。例如甲乙共同爲強姦丙女。乙因強姦行爲致丙女死亡。此種情事。依前說則對於致丙女死亡之加重結果。甲不能與乙同負共同正犯之責。依後說則甲仍當與乙負加重之共同責任。然究以後說爲正當。蓋此種結果加重犯。在單獨犯之場合。亦不必以有預見之認識爲要。換言之。即無預

先之認識。亦當依其結果負加重之責任者也。此則與上述共同強盜中之一人臨時起意殺人之事例。其原理原則又有所不同矣。

第五 共同正犯與未遂及中止之關係。可分爲二項說明之。(一)數人對於犯罪事實之全部。基於共約之性質而爲各自分擔實行之已着手時。若從各自之場合分離觀之。則一人之行動雖爲既遂。他之數人之行動可成爲未遂者亦有之。例如甲乙丙共謀入丁家行竊。甲分擔竊取金錢。乙分擔竊取衣類。丙分擔竊取倉穀。甲於金錢已竊取入手。乙丙正當竊取衣類及倉穀時。適爲丁家驚覺。因而乙丙卽行逃走。於此場合。若將甲乙丙之行動分離觀察之。則甲之行爲爲既遂。乙丙之行爲爲未遂。然共同正犯之成立。係以共同意思爲前提。卽以共同關係之成立。爲各共同者共同責任之基礎。故於此場合。祇以甲之行爲爲既遂。則乙丙亦必與甲負共同竊盜之既遂責任。反之若甲乙丙均爲未遂時。則均當負共同之竊盜未遂責任也。於此有一問題。卽數人基於共約之性質。而爲分擔實行之已着手時。若數人中之一人。因以己意中止其所分擔之實行。而爲背約之行爲時。此中止之一人。是否亦當負

共同之責任。依共犯之法理解釋之。則僅有自己之中止實行。仍不能即享受中止犯之特典。蓋共同正犯之場合。係包括共同者之行爲。以定犯罪之是否成立者。換言之。即共同犯之行爲。係包括各共同者全部之行爲爲一體之行爲。所以應對於各共同者一體之行爲而負有共同之責。若共同正犯中之一人欲爲中止之行爲時。須對於共同事實之全部。有防止其成立之行爲。始得成立中止之行爲。否則有如單獨犯以兩手爲實行犯罪之行爲時。僅左手中止其行爲。而右手則仍繼續實行。此則不能謂已對於其行爲有全體之中止。仍當對於其右手之行爲而負責。故共同正犯之場合。雖自己業已中止。又須使其他共同者之行爲亦中止其可發生事實之效力。至少亦須有防止其他共同人之繼續行爲之盡力。始能有法律上中止之成立也。然亦有對於共犯中之中止犯認爲不負全體之責任者。謂中止犯既已中止其行爲。則已退出共犯之團體中。即等於未曾加入其團體。故不因共犯之進行而使負其責任。其說亦甚當。(二)數人對於犯罪事實。有爲分擔實行之共約。若數人中之一人。僅有此項共約之通謀而止。在由共謀而入於着手之程序以前。即毅然中止其着手而爲背約之行爲時

。此則尙未有共同實施之行爲。當然不能構成本條之共同正犯。但若雖無共同之實施。而尙未捨棄其共同之意思。例如依共約之意思。而推定同意之他人使之擔負自己意思之實行之場合。依我國前大理院之判例。則仍與共同實施犯罪之行爲者有同等之意義。而認爲共同正犯。然余意不認爲當。按諸本法。已有同謀殺人及同謀強盜罪之規定。卽當以同謀罪論也。（參照後揭大理院判例九年上字七二〇號及本條一段二項之說明）。

第六 二人以上。共同實施犯罪之行爲。皆爲正犯。共同實施犯罪行爲之意義。已如上述。至謂皆爲正犯。則當各科以正犯之刑。此爲論理上當然之解釋。然共同正犯刑責之由來。亦爲因於加入共同關係之自己行爲。非因於他人之行爲而使其負責者。此種意義。卽共同正犯者對於他之共同正犯者之行爲而負有責任。仍爲對於自己之行爲而負其責任。非於主觀主義之外。另有其他例外之適用情形也。故對於共同正犯之全體所應科之刑。常須以抽象的科以共同一致之法定刑。卽同一法條之刑。至於同一法定刑之範圍內。定其所應科加之具體刑罰。仍當依各共同正犯中之各自之主觀。而分別處以較重或較輕之刑量。固不

必合共同正犯之全體。而科以具體的同一之刑罰。而不能稍有軒輊於間者也。換言之對各共同正犯所應施加之刑罰。仍得各予分別行之。所以對於各共同正犯所應施之刑罰。仍當適用對於單獨犯處刑之原則以爲量刑之標準也。

三

前大理院判例 查上告人於實施犯罪行為之時。雖不在場。而事前既已預謀。事後又曾分贓。自係共同正犯。原審認爲造意犯。殊屬錯誤。(五年上字七四八號)

又 被告人等下手毆打。本有犯意之聯絡。自係刑律第三十九條第一項之共同正犯。對於共同間之實施行為。彼此均應負共同之責任。(八年上字二四六號)

又 偽造假銀。交由他人行使。以詐欺取財。當行使時雖未在场。然既分擔製造行為。并交與他人行使。自係共同實施之正犯。原審認爲教唆犯。殊屬不合。(八年上字五〇六號)

又 甲雇乙發掘墳墓。又隨時到場監視。即未經親自發掘。仍應以共同正犯論。原判論以教唆。殊嫌未洽。(九年上字二六九號)

又 以共同利害關係。參與謀議。并有同意計畫。推定他人擔任實施殺人之事實。應負共同殺人責任。(九<sub>年上字</sub>七二〇號)

又 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。亦應認為共同正犯。若他人所實施之行爲。超越原計畫之範圍。則應就其所知之程度負責。(十<sub>年上字</sub>五七六號)

前大理院解釋例 事前共同謀議。事後得贓。雖未上盜。應以實施正犯論。(九<sub>年統字一</sub>一八九號)

又 在外把風之強盜。對於夥犯入室後之傷人行爲。應共同負責。若傷人外臨時起意殺人。則非所預見。自不負責。(九<sub>年統字一</sub>二五六號)

又 強盜入室夥犯。對於在外把風之人所爲行爲。與在外把風者對於入室夥犯之行爲。同負責任。並無區別。(九<sub>年統字一</sub>四五四號)

最高法院判例 共犯間之實施行爲。既有犯意之聯絡。應負共同之責任。不能就各人所實施之部分。分別論罪。(十<sub>七年上字</sub>一一七號)

又 行爲之當時。既無共同之意思。又非同時下手。不能認為共同正犯。(十<sub>七年上字</sub>一四四號)

第四十三條 教唆他人使之實施犯罪之行為者。爲教唆犯。教唆教唆犯者。亦同。

教唆犯。處以正犯之刑。

一

本條之要旨。係規定教唆犯之意義及其刑事責任。所謂教唆者。即使他人發生犯意而至爲犯罪事實之實行也。自己具有一定之犯罪意識而不自實行。因此意識教唆他人。使他人發生此一定犯罪事實之意識。而爲此一定犯罪事實之行為者。即爲教唆犯。其被教唆者即爲正犯。故教唆犯之成立。分析之可得繁複之含素。(一)教唆者先有犯罪事實之認識。(二)有使他人爲犯罪之故意。(三)有可使他人發生犯罪意思之行為。(四)被教唆之他人爲有責任能力者。(五)被教唆者因教唆而始有行為之決意與實行。此五者之條件有一不具備。即爲教唆犯之構成要素尚有欠缺。五者俱備。即爲教唆犯之完全成立也。

教唆教唆犯之意義。即教唆者以自己之犯罪意思。教唆他人使爲犯罪之實行。而他人亦不

自實行。復轉以教唆其另一他人以爲犯罪之實行。或教唆者教唆他人使之爲教唆另一他人爲犯罪實施者之行爲。例如甲教唆乙爲殺人之行爲。乙又下自往殺人。乃再唆使丙爲實施殺人之行爲。則屬於前一例者。又例如甲教唆乙使往教唆丙爲實施殺人之行爲。則屬於後一例者。要之兩種情事。均以丙爲被教唆犯。乙爲教唆犯。甲卽爲教唆教唆犯者。在法律上之意義均同也。於此場合。丙之實行由於乙之教唆。乙之教唆則由於甲之教唆。甲乙丙一例者。要之兩種情事。均以丙爲被教唆犯。乙爲教唆犯。甲卽爲教唆教唆犯者。在法律上之意義均同也。於此場合。丙之實行由於乙之教唆。乙之教唆則由於甲之教唆。甲乙丙對於同一犯罪行爲。均有因果之連鎖關係。甲與乙對於丙之犯罪行爲。同爲具有因果條件者。故教唆教唆犯者與教唆犯。在法律上之罪質亦相同也。

教唆犯之行爲。雖未如正犯有實行爲犯罪之行爲。然對於本無犯意之他人。爲之造成犯罪之意思。(所謂造意犯)使有此犯罪事實之發現。則對於此犯罪事實之關係。毫無與正犯有相軒輊之理由。故本條對於教唆犯之處分。亦規定爲須與正犯受同一之刑也。

二

第一 教唆犯之主觀的要件。須有教唆事實之認識。申言之。即須有『因自己之教唆行爲。即可使被教唆者發生其所教唆的特定犯罪行爲之意思。并即能發生其所教唆的特定犯罪事實』之預見。此即所謂教唆之故意。無此故意者即不得認爲教唆犯。故若偶因自己之過失行爲。遂致成爲惹起他人之犯意或過失行爲之原因時。不能即因此種之原因。而直視爲有教唆之行爲。例如某甲對於有竊盜之癖性某乙。因不注意而告知某家現藏有金錢。并無有力之看守人。若有人前往行竊。將如探囊取物云云。因而惹起某乙之實行竊盜意思。而遂發生竊盜其家藏金之行爲。是某乙起意行竊之行爲。其原因係基於某甲之告知。然某甲係因於偶爾之語言失檢。初無教唆某乙前往行竊之故意。不能即直謂某甲之行爲即爲教唆行爲也。又被教唆者之行爲。有不屬於教唆者之故意之範圍內時。則對於被教唆者之行爲之全部或一部。亦不能即謂有教唆之關係存在。例如教唆者之故意範圍。係使人爲竊盜之行爲。而被教唆者於實行時。竟爲強盜之行爲。或教唆者之故意範圍內係使人爲強盜之行

爲。而被教唆者於實行時。竟臨時起意殺害抵抗之事主時。則對於前者爲全部阻却教唆關係之成立。後者爲對於臨時起意殺人之一部阻却教唆關係之成立矣。

第二 教唆犯之客觀的要件。一爲教唆者之行爲。二爲被教唆者及被教唆者之行爲。茲分別說明之。

教唆者之行爲。即實施『教唆無犯意人使發生犯意。因而爲犯罪行爲』之行爲。換言之。以利用之觀念。使自己心象中所具之犯罪事實。植入於他人之空虛心象中。爲他人犯罪意思之造型。即爲教唆行爲之已完成。至完成此種教唆行爲之方法。法律上無預定之限制。則不論用如何方法。但以合於教唆之條件。即爲已足。故凡或以利誘、恐嚇、契約、勸告、請託、誘惑、激勵、濫用職權、及其他足以引起他人以自由意志爲犯罪之決意之手段。皆足以爲教唆之工具。至教唆之意思表示。或以語言。或以文字。或以其他明示或暗示之方法。尤屬毫無區別。所有區別之必要者。(一)以恐嚇或濫用職權爲教唆之手段者。須其所施之恐嚇及以職權所加之威壓程度。尙未致使被恐嚇者或被威壓者喪失其意志之自由。而

係以任意的聽從其教唆之意志以爲決意犯罪之行爲。則尙未超越教唆行爲之範圍。若其所施之恐嚇及威壓之程度。已足使他人成爲不可抗力而不能不聽從其驅使。因始有犯罪之行爲。則其所施之手段。已成爲強暴脅迫之行爲。卽非教唆行爲而爲間接正犯行爲矣。又若以誘惑之手段致引起他人爲可以阻却犯意之錯誤行爲者。此種之誘惑方法。亦非教唆行爲而爲間接正犯之行爲也。例如甲欲唆使乙殺斃乙家族中素有盜癖之丙。謂乙若不殺丙。則將訴諸官謂乙縱容家族爲盜。朋比分贓。將重懲乙。乙因聽甲言而殺丙。在此場合。乙雖受甲所恐嚇。然尙未致喪失其意志之自由。其聽甲所使而遂殺丙。仍爲出於乙之任意行爲。則甲之恐嚇行爲。仍不外爲教唆之一手段。若甲竟持槍擬乙。謂乙不殺丙則必先殺乙。乙因不得已而殺丙。在此場合。則乙已失選擇其行爲之自由。故其對於殺丙則爲緊急避難行爲。甲對於迫乙爲殺丙之行爲。則無殊於自爲殺丙之行爲。故甲爲殺丙之間接正犯而不能謂爲教唆犯矣。又例如某省府主席命令某縣長執行某犯死刑。某縣長因奉命卽將某犯處決。在此場合。某省府主席爲濫用職權。某縣長若有審察其命令是否合法之自由。某縣長

之行爲。則成爲任意殺人。某省府主席之行爲。則成爲教唆殺人之行爲。若某軍事長官嚴令其所部兵士槍斃某甲。若兵士不奉令執行。則勢將受抗命處分。在此場合。兵士爲緊急避難行爲。某軍事長官爲間接殺甲之正犯行爲而不能謂爲教唆行爲矣。又例如甲欲使丙盜竊某乙之林木。甲乃僞稱乙所有之林木爲自己之所有物。使丙往伐取。丙因誤認甲所誘惑之語爲真實。遂致引起無故意之盜竊乙木行爲。在此場合。丙對於盜取乙木之行爲。當然無責。而甲卽爲間接正犯之行爲。而不可謂爲教唆之行爲矣。(二)教唆須有關於特定之犯罪事實。始能認爲有教唆之行爲。例如某甲漫然對人云。胡不爲姦。或云胡不爲盜。此均非指示他人爲特定犯罪事實之行爲。縱他人以後果有行姦或行竊之犯罪行爲。亦不能卽謂係某甲之教唆行爲。但對於特定犯罪事實之目的物。不必須在教唆之當時卽有現實存在之必要。例如某甲對於懷胎之婦女。教唆其於分娩後可將嬰兒卽行壓斃。以後該婦果將該嬰兒實施壓斃。則對於該婦殺斃其嬰兒之行爲。不可不認爲某甲有教唆行爲之成立也。(三)教唆行爲與實行行爲競合之場合。關於此點則有數說焉。甲說先有教唆而繼又加入實行。

則成立共同正犯之關係。而非爲教唆之關係。例如甲雇用乙發掘墳墓。又隨時到場監視。即應認爲共同正犯。而不能認爲教唆犯。前大理院曾有此項判決之實例。（見九年上字二六九號）乙說一人而有教唆行爲與正犯行爲競合之場合。則教唆行爲即爲正犯行爲所吸收。而當以共同正犯論。若一人而有教唆行爲與幫助行爲競合之場合。則幫助行爲即爲教唆行爲所吸收。而仍以教唆犯論。最高法院曾有與本說後項同意旨之判例云。『果係教唆教唆犯。則其幫助正犯之行爲。應爲教唆行爲所吸收。』即採此說者也。（見十七年上字四七三號）丙說教唆行爲與正犯行爲競合之場合。非即可視爲僅成立正犯行爲之意味。特可併合兩種之行爲而論以正犯之刑。丁說教唆者基於同一意思之發動。對於同一犯罪之實行行爲而有加功之行爲時。則當比較其教唆之所爲與實行之所爲。從一重處斷。日本判決錄中曾有此同趣旨之實例。要之教唆者之教唆行爲。即爲正犯行爲之根源。故教唆者之行爲亦無殊於正犯之行爲。教唆者於有教唆行爲之外。同時復有正犯之行爲。則係由教唆正犯進而與正犯爲共同實施之行爲。即自係由教唆犯進而爲共同正犯。至由教唆行爲進而爲幫

助正犯之行爲之場合。則其幫助正犯行爲。又當然爲完成教唆之意思。換言之。卽爲欲達到教唆之圓滿目的之一手段。故其幫助之行爲。自當爲教唆行爲所吸收。不能卽因其有幫助之行爲而遂得阻却教唆行爲之成立。而僅令其負幫助行爲之責任也。由上述前大理院及最高法院先後判例之意旨參合而互證之。係承認乙說爲適當者。余亦認乙說爲合於刑法上意思責任之原則也。

教唆犯之客體爲被教唆者。教唆犯不僅以有使他人發生犯罪意識之認識爲原則。而並有特定之被教唆者之認識爲必要。例如以文字圖畫演說或他法煽動無特定之他人(卽一般人)犯罪者。則構成煽惑之獨立罪。而非教唆罪矣。此卽煽惑罪與教唆罪分別之要點也。又對於特定之人。尚須認識其爲有能力者。對之實施教唆。則構成教唆行爲。反之若對於無責任能力之特定人使爲某犯罪之行爲。則爲利用無能力之人以爲自己之犯罪實行。與利用機械力或嗾使猛獸以爲殺人之手段同。則被利用之無責任能力者不能稱爲被教唆者。利用無責任能力人之行爲。不能稱爲教唆行爲。而爲以間接方法實施犯罪行爲。此種行爲人在法理

上則稱爲間接正犯而不能謂爲教唆犯。此又間接正犯與教唆犯區別之要點也。

教唆犯之成立。須被教唆者基於其教唆而已有實行之行爲。若被教唆者對於教唆之初時。即已拒絕其教唆而不生犯罪之決意。或雖暫時承受其教唆而有犯罪之決意。在未着手爲實行行爲以前。即已打消其決意。而不爲實行之行爲時。是教唆之行爲雖已完成。而在法理上則仍當認爲教唆之不能犯。不能認爲教唆犯罪之已成立。惟近代最新之學派中。有主張教唆犯爲有完全之獨立性者。謂教唆犯於教唆行爲既已完畢。換言之。於教唆所用之方法。業已實施終結時。即爲教唆犯之惡性。已完全表現於其行爲。其被教唆者之是否承受其教唆之意旨而發生其行爲時。是爲教唆犯之既遂與未遂問題。而非教唆犯之能與不能問題。故被教唆者雖無實行之行爲。而教唆犯之未遂罪則當然成立。然在通說上則仍以教唆犯之成立。須有被教唆者實施犯罪之行爲爲要件。故僅認教唆者對於正犯犯罪之未遂時。若刑法上對於其未遂須處罰時。則教唆者亦當與正犯同受未遂之刑。而不認教唆者有未遂犯之成立也。日本泉二博士關於此問題。亦係如通說所主張者。其理由謂、「教唆者雖對於

他人有教唆之行爲。而他人果能承受其教唆而發生犯罪之決意與實行與否。究非教唆者之意思所能左右。非如發砲射人之行爲。可期其目的之能達也。故實際上被教唆者無構成犯罪程度之行爲之場合。則不得爲有發生危險之因果關係。是以僅得認爲不能犯。『蓋認教唆之行爲。無直接發生結果之可能性。其能發生因果關係之危險與否。全視被教唆者之態度以爲左右。故其犯罪之成立上。不無附隨之性質。非如正犯者僅依自己之行爲而得獨立成立犯罪者也。考我國向來之判例。及從本條上立法之精神觀察之。蓋亦以正犯有犯罪之行爲。爲教唆犯構成之要件爲適當者。所以對於煽惑犯則不限於有特定之被煽惑人。即可不限於有特定被煽惑人之行爲。而可獨立成立犯罪。對於教唆犯則須限於有特定之被教唆人。即須限於有特定被教唆人之行爲。始可成立犯罪也。』

依上論結。則教唆犯之客觀的標準。除被教唆者須爲有責任能力者外。其一被教者之行爲。即爲教唆者之決意行爲。其二被教唆者之犯意。即由教唆者之造意而生。換言之。被教唆者無行爲。或雖有行爲而非教唆者意思範圍內之行爲。則教唆犯之客觀的要件爲不備。

又被教唆者先有犯意。教唆者僅從旁代為評定而慫恿之。始成爲確定之決意。是則雖亦有教唆之形式。而在法律上亦僅得認爲訓導指示之幫助行爲。因被教唆者之犯意。非由教唆而生。不能認爲即係教唆之行爲。於教唆犯之客觀的要件仍不備也。

第三 教唆犯之問題。亦適用因果關係律之一論題也。教唆者與被教唆者之間。須有因果關係之連絡。始有教唆關係之存在。即牧野博士所謂因果關係之延長者也。蓋教唆者之行爲。不可不爲被教唆者行爲之原因。被教唆者之行爲。不可不爲教唆者行爲之結果。教唆與結果間。其中雖有自由意志之正犯行爲。爲犯罪事實結果之直接原因力。然教唆實直接原因力之原因力。非有正犯行爲之原因力則不生犯罪事實之結果。非有教唆行爲之原因力則不生正犯之行爲。此亦如甲生乙。乙生丙。甲與丙不得謂無直系連鎖之關係。此即因果關係延長狀態之一正比例。關於此論題。在採極端教唆從屬性論者。及採極端教唆獨立性論者。各有極端之見解。蓋極端之教唆從屬性論者。謂教唆者對於犯罪事實之結果。因有自由意志之正犯行爲介入其間。其因果關係已中斷。教唆犯罪之成立。完全因於正犯犯罪

之成立。故教唆者對於刑事上之責任。完全係附隨於他人之犯罪而始生其責任。非有何項因果關係之存在。申言之。犯罪事實之發生。純係由於正犯之行爲。教唆行爲不過爲正犯行爲中所包含之一結合條件。不能爲犯罪事實之原因。此主張教唆從屬性論者之說明方法也。至極端之教唆獨立性論。則謂教唆之性質。爲教唆者自己固有之犯罪。絕對非從屬於他人而成立犯罪之意義。教唆犯之行爲。卽犯人固有之反社會性。因其行爲而表現於外部者。故對於刑事上之責任。純爲基於其行爲之自體而生。絕無因他人之犯罪行爲而隨同負責之理由。至教唆者與被教唆者之關係。純係利用他人行爲以爲犯罪方法之關係。與利用自然力之趣旨無所區別。（此說不認有間接正犯）故教唆者對於被教唆者之行爲。不過爲因果關係之一種過程。教唆者對於被教唆者行爲所發生之結果。則爲有直接因果關係之存在者。換言之。正犯之行爲。僅爲教唆行爲因果關係之一過程。教唆者假正犯之手以爲實行行爲。卽爲教唆之實行行爲。故教唆行爲與結果間爲有完全因果關係之存在。此主張教唆獨立性論者之說明方法也。折衷於此兩說之間者。則不認教唆與正犯行爲之關係。爲因果

之中斷。而亦不認教唆有結果發生之可能的關係。而認教唆與正犯行為必有相當之原因關係。即所謂相當因果關係者。相當因果關係之定義。即限於當該意思活動時。若有毫無關係之獨立的絕對的原因力之介入。以致遮斷其主動原因力之發生。則謂為因果關係之已中斷。若一定之意思活動。與其介入之原因力為協同一致的。以組成該因果之連鎖關係。則當該意思活動與結果之間。亦當認為有相當之因果關係。例如甲教唆乙為殺丙之行為。偶有毫無關係之丁者將丙殺斃。則此丁之行為介入。為獨立的絕對的原因力之介入。而甲對於殺丙之結果。為因有丁行為之介入即已中斷。若甲教唆乙為殺丙之行為。乙因甲之教唆而起意往殺丙。則乙之行為之介入。係與甲行為為協同一致的以組成殺丙之因果連鎖關係。乙之行為之原因力。與甲之教唆之原因力。均為組成連鎖之相當因果關係。甲對於乙行為之結果。不能認為已有因果關係之中斷。但甲之教唆行為。則為發生乙行為之直接原因力。乙之實行行為。則為發生殺丙致死之直接原因力。甲之教唆無直接發生殺丙之可能性。故甲行為對於殺丙致死之事實。非有直接之原因關係。而要必認為有相當原因之關係。

蓋相當因果關係之成立。凡對於犯罪事實之結果與有原因關係者。不問其原因之爲直接原因或間接原因。抑以單純原因而發生結果。或與他之原因相合而發生結果。但以一定之行為爲對於事實之發生有潛勢力。而其行為實有違法性者。均當認爲有相當因果關係。此相當因果關係說之見解也。在迪說上則均主張教唆與正犯之行為。爲有相當因果關係之存在。換言之。卽無相當因果關係之條件存在。則無教唆關係之存在也。

第四 教唆犯以對於特定之人使之發生有犯意之行為爲原則。至以一教唆行為而教唆數人之場合。或一教唆行為而教唆數罪之場合。又或數人相合而教唆一人之場合。在本條上均無特別的規定。然第一與第二之場合。則可以刑法上之共通原則以爲論斷。第三之場合。則可以共同正犯之觀念之同一理論以爲說明。關於第一之場合。例如教唆者甲。同時教唆乙與丙二人爲竊盜之行為。而乙與丙二人均依其教唆以爲實施之行為。則教唆者究應構成一個之教唆罪。抑或成立二個之教唆罪。在學說上亦無不爭議。如日本大審院判例則認爲構成二個之教唆罪。其要旨謂教唆犯係隨正犯之實行行為而成立。對於同一被告事件而教

唆二人爲僞證之行爲。該二人均依其所教唆以至於實行時。縱令教唆者係出於同時所爲。亦當構成二個之教唆罪。而泉二及牧野二博士對於此見解則持反對之意見。其要旨謂對於一行爲施以一罪之處分。此主義已爲近世刑法上之通義。以一個教唆行爲而認爲獨立之二罪。則與一行爲一罪處分之主義未免矛盾。既爲同一之教唆。雖所教唆者爲二人。亦當以一行爲而犯數項罪名之法例。從一重處斷爲當。余於本問題之結論。亦與泉二牧野二氏之意見一致。惟二氏所用以說明之方法。則尙稍有不同。蓋所謂一行爲而犯數項罪名之意義。係指基於一個意思之一行爲而結果犯有數個之罪名者而言。如本問題教唆二人對於同一被告事件而爲僞證之行爲。則被侵害之法益爲一個。而侵害之行爲亦係一次。則祇能認爲單純之一教唆罪。非可適用犯有數項之罪名。僅從一重處斷之例也。依此以論教唆者甲。同時教唆乙丙二人爲竊盜之場合。則可分爲三項以說明之。(1)同時教唆二人行竊一個法益之財產。或數個法益之財產而同屬於一個之監督者。則爲單純一個之教唆罪。(2)同時教唆二人行竊存在一處之數個法益之財產。而不同屬於一個之監督者。則爲以一行爲而犯

二個之竊盜教唆罪名。適用本法第七十四條之例。(3)同時教唆二人各別行竊有分離而不同一個之法益財產。則不能認為單純之一教唆罪。又不能認為係以一個之行爲所爲。縱教唆係出於同時。亦當成立二個之教唆罪也。關於第二之場合。例如甲教唆乙以放火之方法焚斃其同一家宅之人時。依被害之法益計。則成立多數之罪名。然以基於同一個意思之行爲即爲一行爲之論理。則此種焚斃其同一家宅人之行爲。亦爲一個之行爲。其焚燬家宅之行爲。即爲焚斃其家宅人之行爲之一方法所生之結果。當依一行爲一罪處分之主義。適用本法第七十四條處斷。關於第三之場合。則當分爲共同教唆之行爲。與同時教唆之行爲。以爲區別之觀察。共同教唆之行爲。以共同教唆者相互間有共同之意思爲必要。至共同教唆者全體之行爲。不必以出於同時爲必要。即時間上或先後相繼續爲教唆之行爲。亦得依相續的共同正犯之原理認爲相續的共同教唆之行爲。例如甲先對於乙以恐嚇之方法教唆其爲犯罪之行爲。乙尙未發生犯罪之決意。其後與甲有共同意思之丙。復以勸誘之方法對乙教唆其爲犯罪之實行。而乙始決意爲犯罪而且至於實行。在此場合。甲丙二人對於乙之犯

罪行爲。均當共同負教唆犯之責任。倘甲教唆後。乙尙未發生犯罪之決意。同時復有與甲無共同意思關係之丁介入其中。亦對於乙教唆其爲同一犯罪之行爲。而乙始決意而至於實行。則甲之教唆與乙之決意無因果關係之存立。換言之。即甲之教唆關係。因丁之介入而已中斷。故僅丁對於乙之犯罪行爲當負教唆犯之責。而甲則不能認爲係乙之教唆犯矣。又例如甲乙二人同與丙有仇恨。各自有欲殺之而甘心之意。二人均以無共謀之意思。同時甲以金一千元爲酬。乙以土地一處爲酬。約丁代殺丙以洩恨。丁因併得金與土地而決意將丙殺害。在此場合。對於丁殺丙之犯罪行爲。甲與乙當各自單獨負教唆之全部責任也。

第五 教唆教唆犯之教唆。即學說上所謂間接教唆。亦當與教唆犯同處以正犯之刑。申言之。即第一之教唆者。亦與第二之教唆者同負教唆之責任。此本條之明文所規定者。當然無可爭議之餘地。依本條之立法意義。所謂教唆教唆犯者亦與教唆犯同之意旨。蓋謂不第對於第二之教唆者爲正犯行爲之教唆者。即教唆第二之教唆者（即第一之教唆者）亦在正犯行爲之教唆者之包括範圍內。以正犯之行爲雖係由於第二之教唆者之直接影響。而第二

之教唆行爲則係由於第一之教唆者之直接影響。其間實有一系相承之直接因果連鎖之關係也。但若第二之教唆者復不直接對於正犯者施以教唆。而轉以教唆他人使爲教唆正犯之行爲。或第二之教唆之被教唆者。復不直接爲實施之行爲。而轉以教唆他人使爲實施之行爲。則第一教唆者、卽再間接教唆者之責任問題。實已成爲近世辯爭之一問題矣。在探教唆行爲對於正犯行爲之因果關係已中斷論者。謂教唆行爲。因正犯之行爲介入。卽非結果之原因矣。故法律上須以明文規定。始能使其負正犯行爲同一之責任。同此理由。卽間接教唆者對於正犯之犯罪決意。其因果關係。亦因直接教唆者之教唆行爲而中斷。故亦須特以明文爲處斷間接教唆之規定。以資遵守。若同項明文以外之再間接教唆。例如甲教唆乙。乙復教唆丙。丙又復教唆丁。使之實施犯罪之行爲。則甲之行爲。當然不能援用間接教唆之規定。以爲再間接教唆者處罰之根據也。在否認教唆因果關係中斷論者之見解。則謂教唆者在刑法上須與正犯同罰。蓋因教唆爲引起正犯犯罪之根源。換言之。卽教唆與犯罪事實之成立上爲有相當的因果關係之成立故耳。刑法上對於犯罪之成立。須以相當因果關係

爲原則。故教唆教唆犯之成立亦不外此旨。卽再間接教唆犯之仍當成立教唆犯。亦爲法律上當然之解釋也。

關於再間接教唆之是否成立教唆犯。各國刑法中亦多與本法同。均未以明文規定。故各學者間有主張不能於明文規定之外。以類推解釋而認爲有教唆之處分者。有主張再間接教唆對於結果間仍有相當之因果關係者。謂此仍係間接教唆規定中所包括之意義。爲論理上當然之擴充解釋。而非類推之解釋。且謂刑法上規定教唆犯與間接教唆犯之精神。不外因此種教唆犯之本質。與事實之發生有相當之因果關係。蓋對於教唆犯之場合。無教唆則正犯無由發生。對於間接教唆犯之場合。無間接教唆則直接教唆無由發生。若謂因有直接教唆之行爲。則間接教唆已非正犯之原因（換言之。卽間接教唆之關係已中斷。）則凡巧於犯罪者。故意教唆一間接之人。使之代替自己對於正犯爲直接之教唆。以爲卸罪之手段。則因此巧妙之一轉移間。遂可逍遙於法外。同一理由。若再間接教唆又因有第二與第三之教唆而因果關係亦中斷。則巧於犯罪者亦何不可以賄囑及其他之方法。多費一轉移之力。而

遂得倖逃其責任。且間接教唆之處罰。既因其爲對於犯罪事實發生之根本原因。則對於同一具有根本原因之再間接教唆犯。謂爲亦屬於本條後段之規定範圍內。亦不能即謂爲類推解釋。即從文理上以解釋之。本條後段所云教唆教唆犯之意義。即前者爲教唆者。後者爲被教唆之教唆者。其被教唆之教唆者。在法文上原無僅以第二之被教唆者爲限之明文。則從其文理範圍內之意義。從擴張的解釋再間接正犯爲當然屬於本規定之範圍內。究於從本規定之意義範圍外以作類推之比引者不同。亦不能謂爲非法。此說亦不無理由也。

又該說尙有說明之點。謂教唆犯之所以須與正犯同受處罰。實含有三種意義。(1)教唆爲正犯行爲之根源。此爲客觀的意義。(2)教唆他人使之實施犯罪行爲。無殊於教唆者自爲實行之行爲。換言之。即可視爲教唆者利用他人以爲實行自己犯罪意思之行爲。此爲主觀的意義。間接教唆及再間接教唆之意義。亦當以合於此兩種之意義以爲認定。申言之。若間接教唆與再間接教唆。其對於第二或第三之教唆者。在教唆之當時。若僅有使其爲正犯之意思。而無使其爲第二或第三之教唆者之認識。例如甲教唆乙使爲犯罪之實施行爲。乙

已無接受其教唆而自爲實施意思之表示。未經甲之囑託及同意。自行將甲所教唆之計畫。轉以教唆於丙。使爲犯罪之實行者。依嚴格之論理解釋之。在此場合。則乙未承受甲之教唆而自爲實行時。卽與乙已拒絕甲之教唆同。而甲已爲教唆之不能犯。後之乙以同事實轉教唆丙之行爲。既爲甲之意思中所不認識。則乙之第二教唆行爲。已成爲獨立之決定條件行爲。甲對於事實發生之關係。卽可因乙之獨立的決定原因之介入。而認爲中斷。反之若甲當初卽有教唆乙轉教唆丙之行爲。或當乙不自爲實行時。卽有使乙轉教唆丙、或因甲乙互商之結果而使乙轉教唆丙之行爲。是乙之第二教唆行爲。爲屬於甲意思中所認識之行爲。甲對於丙之決意實行則爲有因果之連鎖關係。不能因乙之第二教唆行爲之介入而中斷。換言之。卽甲爲當然成立間接教唆之教唆犯。推之以認定再間接教唆犯之成立。亦當有再間接教唆之主觀的認識爲必要。方能認爲係以再間接教唆之手段。利用正犯爲自己犯罪意思之實施。卽於此場合然後可以認爲再間接教唆犯之成立也。

第六 教唆行爲與正犯行爲發生齟齬時。例如甲教唆乙行盜東隣之丙。而乙乃行盜西鄰之

丁。甲教唆乙竊取丙之森林。而乙乃挖穿丙之宅牆而入室竊取金錢。換言之。即正犯行爲與教唆者之所教唆。發生事實上及方法上之齟齬情形也。關於此場合。本法無明文規定。日本現行刑法亦與本法同。故現亦成爲學者間之一論題。大場博士之論旨。謂、「被教唆者所實行之犯罪行爲。與教唆者所教唆之犯罪構成事實。全然異其旨趣時。則所教唆之犯罪。與實行之犯罪既不相同。即不得謂爲二者間尙有因果關係之存在。」勝本博士之論旨。謂、「被教唆者所犯之罪。與教唆者所教唆全然無關係而另爲別種之犯罪時。則當然無教唆與被教唆之關係」。日本大審院有教唆者與被教唆者間關於犯罪目的物及被害者之齟齬事件一判案。其事件之要旨。爲教唆者教唆甲侵入A方竊取金錢。而甲乃誤入A之鄰家B方竊取衣物。該判例之要旨云、「教唆犯以對於犯罪能力者使其發生實行爲一定犯罪之意思。因而發現該一定之犯罪事實。即爲教唆罪成立。至具體的犯罪實行之手段及其他犯罪之場所時期目的物。初無限定之必要。被告既對於甲有該當竊盜行爲、即侵入他人之支配而奪取其所有財物行爲之教唆。其教唆之結果。甲既實現右竊盜之行爲。雖其所犯之竊

取。係被告所指定以外之人之財物。被告人亦不能免教唆之責。』是教唆者之所教唆者。與正犯之所實行者。但係同種之犯罪時。即可認為係二者間之意思仍相貫徹。換言之。教唆者之意思與正犯之實行。祇以有抽象之符合。即可認為係二者間之意思仍相聯絡。教唆與被教唆之關係。仍然存立也。然關於教唆問題之齟齬現象。種類至為繁瑣。亦未可執一定之概念以為論斷。蓋教唆者與正犯。均為有責任能力與意思責任者。則教唆行為與正犯行為間所發生之齟齬現象。較之單獨犯所發生之錯誤現象尤為複雜。事實之齟齬與目的及方法之齟齬。固有區分之必要。齟齬之原因。係由於正犯之錯誤行為。抑係出於正犯之故意行為。尤為本問題之前提。關於此點。日本泉二博士曾有比較的詳晰之說明。茲為分述如左。

一 正犯所犯之罪。與教唆者所教唆之罪全然異其性質時。是教唆者對於實行行為之結果。為全無相當因果關係之存在。則全然無教唆關係之發生。例如教唆者教唆他人為竊盜。而被教唆者所犯則為賭博行為。又如教唆之事件為偽造貨幣。而實行之事件為殺人行為之

場合是也。反之若正犯因教唆之動機。而發生與教唆事件性質稍類似之犯罪事實時。則教唆與結果間。可認為有相當因果關係之存在。即可認為有教唆關係之成立。在此場合。若實行行為所發現之犯罪事實。重於教唆者所教唆之犯罪事實時。則僅當依教唆者所認識之犯罪範圍內。負有教唆之責任。若正犯所實犯之程度。輕於所教唆之程度時。則僅當依正犯現實之行為負教唆之責。例如教唆者教唆他人為竊盜。而被教唆者所犯為強盜。或教唆他人為強盜。而所犯乃係竊盜。在此兩種場合。教唆者均僅應負竊盜之責任也。泉二氏後項之舉例。似亦不無疑議。依通常單獨犯之法理論之。在僅於具體的事實與犯意中之事實不一致時。則於犯意之成立無關。若抽象的事實亦不一致時。則不能復認有犯意之存在。同一理由。在僅於具體的事實之發生與教唆者之意識中不符時。自可認為與教唆之關係無影響。若強盜與竊盜則抽象的事實亦顯有不符。而亦須認為有教唆關係之存在。應負一部之教唆責任。有謂於通常之法理不合者。但教唆關係之成立。本不以教唆與結果間有意思聯絡之關係。尚以教唆與正犯之決意間。有意思聯絡之關係。如泉二氏後項所述之場

合。正犯爲盜之犯罪決意。既係由於有教唆之原因。特其實行時或超越教唆者所指定之程度而爲強盜。或不及教唆者所指定之程度而爲竊盜。則僅屬於程度上之齟齬。而強盜與竊盜同爲以不法圖取他人之所有物。其性質原有多少之類似。其決意爲強盜或竊盜時之動機。實係因於有此類似之教唆而起。換言之。則假定無竊盜或強盜之教唆。則不致有強盜或竊盜之行爲發生。其間實不爲無相當之因果關係。則認爲應於關係之範圍內。負相當之責任。亦不能謂無理由也。然或謂法律上之因果關係意義。與自然科學上之因果關係意義不同。依自然科學上之研究。則宇宙間之現象。與他之現象間有廣泛之因果關係者。均屬自然科學之因果關係範圍內。而刑法上則不採取此廣泛之因果意義。須以事實發生之原因與結果間有不可分離之關係。卽所謂相當之因果關係。始能認爲有因果關係之存在。如強盜與竊盜之性質。自始卽屬於惡性之程度問題。而不可謂爲僅屬於手段之程度問題。若被竊盜之教唆而決意爲強盜。或被強盜之教唆而決意爲竊盜。則其決意之初。自始卽與教唆者意識中所存在之惡性不生聯絡之關係。而爲基於正犯自己之獨立決意。在此場合。教唆與

正犯之關係。已因有正犯之自爲更新的獨立之決意而中斷。不得復謂爲仍有不可分離之因果關係存在。若因正犯之更新的獨立決意。係由有多少類似之教唆行爲所觸動而起。卽謂此觸動之原因。爲教唆與正犯決意間相當之因果關係。則有類於自然科學上之因果關係意義。而非刑法上所認之因果關係意義矣。惟泉二博士對於右述竊盜與強盜之例。則認爲有教唆之關係存在。對於教唆者教唆人以脅迫奪取人財物。而正犯以恐嚇領得人財物之例。則認爲對於恐嚇取財無教唆關係之存在（參照泉二博士刑法總論六九三頁）強盜與竊盜。與脅迫與恐嚇。均同爲以不法取人財物之稍有類似性質。對於其齟齬之結果。一則認爲有教唆關係之存在而一則否。則又有所不同矣。

二 正犯實行之犯罪方法。與教唆者所特定之犯罪方法。雖屬相異。而在法律上之價值爲相同時。則此種方法之齟齬。於教唆犯之成立上不生如何之影響。例如教唆者教唆他人以暴行奪取人財物。而正犯之實行。則係以脅迫奪取人財物。又如教唆之方法係使其以文書誹謗人名譽。而正犯乃以公然演說誹謗人名譽。暴行與脅迫。以文書與以公然演說。在法

律上之價值爲相同。故仍當成立強取或誹謗之教唆犯。要之被教唆者所實施之犯罪及其犯罪之方法。須在教唆者所指示之犯罪及方法所包含之範圍內。於此包含之範圍內。雖非教唆者所指定之具體的之事實及方法。教唆者仍當與有責任也。

三 加重罪之場合。若非正犯故意所爲之加重結果。則正犯既係依於教唆所爲之基本行爲。則教唆者亦不可不負加重之責任。但正犯加重行爲之場合。須爲教唆者有預見之可能之場合。始可令其負同一之責。若正犯所犯之加重罪。非屬於教唆者觀念所及之結果。則仍當不使其負此意外之責爲宜。例如教唆者若既有使他人以強暴脅迫強取人財物之教唆。則被教唆者以暴力所生之結果。教唆者均不能免其責任也。

四 關於目的物之錯誤。不能阻却教唆之關係。例如甲教唆乙爲殺丙之行爲。乙乃誤丁爲丙而殺之。又如甲教唆乙使竊取丙之金質時計。而乙所竊獲者爲丙之銀時計。或爲丙之他之物件。則甲亦當然負殺人及竊盜之教唆責任也。

泉二氏之說明方法。係分教唆之齟齬爲(一)事實之齟齬。(二)方法之齟齬。(三)目的之齟

語。是均從客觀的現象爲分類之解釋者。然教唆與結果間所可發生之齟齬現象。實非從客觀上之縷述所能詳盡者。要當從教唆之本質上。求一解釋之方法爲宜。蓋教唆之本質。(1)係與正犯行爲之決意間有不可分離之因果關係。(2)係須有正犯犯罪之成立。始有教唆犯之成立。依此以求教唆與結果間相齟齬之解釋方法。則須溯及齟齬發生之原因。如係出於正犯之錯誤。則正犯之錯誤行爲。亦與教唆有不可分離之關係。因無教唆則正犯無錯誤之發生。故正犯之錯誤行爲成立。則教唆者之錯誤責任亦當成立。依此結論。則以通常關於錯誤之法理解決之可也。反之若齟齬發生之原因。係出於正犯故意違背教唆者之意旨而生。則在正犯有違反教唆之故意時。即教唆者已成立教唆之不能關係。在此場合。正犯所發生之故意行爲。已與教唆者之故意分離。而另發生單獨之故意行爲。則教唆者與正犯之決意。已無因果關係之連絡。隨之而教唆者與正犯行爲所生之結果。無論發生何種之齟齬現象。亦無因果關係之連絡。即不能仍以正犯之犯罪成立爲教唆犯之犯罪成立。而爲斷章取義之解釋也。

第七 教唆犯之處分。依本條第二項之規定爲處以正犯之刑。此項規定。分析之可得二種意義。(一)教唆犯應處以正犯同一法定之刑。換言之。即應在正犯法定刑之範圍內處以刑罰。(二)教唆犯應處以與正犯同一之刑。換言之。凡正犯實際上所應處之刑。即爲教唆犯實際上所應處之刑。前者之意義。爲教唆犯須與正犯負同一法定之責任。後者之意義。爲教唆犯須與正犯負同一裁判之責任。依近世刑事政策科刑之方法。犯罪之科刑。須有適合於犯人之主觀的刑量爲原則。且本法特有第十章之專設。其爲採用人格主義更益顯明。則其對於本條第二項之法例。在立法上之意旨。當解爲係採用第一意義無疑也。

三

前大理院判例 查現行刑律。凡教唆責任能力者。使爲犯罪決心。因而實施犯罪者。曰造意犯。(即教唆犯)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。原判謂張正祥係有責任能力之人。不能爲徐壽圖所左右。不成爲教唆犯云云。於間接正犯與造意犯之區別。不免有所誤會。(四年上字  
六〇六號)

又 教唆人於正犯所實施之犯罪行為。有逾越所教唆之範圍時。僅應以所教唆之限度定其責任。(十年上字四七五號)

前大理院解釋例 教唆犯以被教唆者實施犯罪行為爲構成要件。甲賄囑監獄看守乙。代爲殺害在監囚犯丙。立有事後酬謝銀若干字樣一紙與乙。乙不受。立即舉發。此種情形。乙既未因買囑而實施犯罪。則甲自無所謂造意犯。(八年統字一八一號)

最高法院判例 果係教唆教唆犯。則其幫助正犯之行為。應爲教唆行為所吸收。(十七年上字四七三號)

又 因實施行為。致人於重傷。則教唆犯雖未到場。亦應共同負責。(十七年上字四七三號)

最高法院解釋例 人民唆使軍隊報其私仇。應就其教唆犯罪部分以造意犯論。若軍隊犯罪之行為。出於其教唆之外者。該民不負其責。(十七年解字一七五號)

#### 第四十四條 幫助正犯者爲從犯。

教唆從犯者。以從犯論。

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

本條之要旨。係規定從犯之意義。及從犯在刑事上應負之責任。從犯者即正犯之幫助者也。幫助之意義。即非實行行為者、對於實行行為者、與以供犯罪實行上所需要之一切援助及供給之行為。換言之。即非實行行為之一切援應犯罪行為。均屬於幫助之含義中。例如明知人將往殺人而借給以兇器。明知人將往行竊而為之指示其門徑。或代為探報其藏物之所在。均得目為幫助。即均當認為從犯。從犯行為。雖未加入實行而為分擔之行為。然其行為實為予實行者以各種之便利。而援助正犯之犯罪行為使易底於完成。故亦成為共犯之一形式。特從犯在犯罪事實之成立上。僅有助力之關係。而非有原因力之關係。故從犯之處罰時。一須有正犯犯罪之成立。一從犯之刑。當較正犯之刑為輕。後者為本條第三項以明文規定者。前者為通常之法理及判例所共認者也。

從犯之刑。減正犯之刑二分之一。此所謂正犯之刑。係指法定刑而言。例如正犯之法定刑範圍爲七年以下三年以上。則從犯僅當於三年半以下一年半以上之範圍內酌科其刑。非較正犯判決之刑以爲減輕比例之謂也。

從犯減輕之理由。因從犯行爲之危險性程度。較正犯之行爲爲輕故耳。若於正犯實施犯罪行爲之際。有直接及重要之幫助者。例如當正犯爲實施殺人行爲之際而遞給以刀。當正犯爲強姦實施行爲之際而代爲抑制被姦者之手足。則其行爲之危險性程度。亦與共同實施之正犯行爲無異。故仍當依正犯之例以處刑。此本條第三項之後半所由規定也。

教唆從犯者。卽爲發生從犯行爲之原因者。其行爲之危險性。亦無殊於自爲從犯之行爲。故法律上亦與從犯同視。此本條第二項設定之意旨。但從犯須俟正犯犯罪之成立而成立。教唆從犯之犯。亦須俟從犯犯罪之成立而後成立。此爲通說之所共認。又前條之教唆犯。有教唆教唆犯之規定。本條第二項。則無教唆教唆從犯之明文。則對於教唆正犯有間接教唆犯之成立。對於從犯則不認有間接教唆犯之存在。此又爲文理上當然之解釋也。

二

第一 從犯與正犯間有輕重區別之關係。在各國多數之立法例中。大體均有此規定。然於原則上則仍有異同。如諾威新刑法關於從犯處分之規定云、「一可罰行爲而有數人協力之場合。或一協力者爲主。其他之加擔者卽爲有從屬關係。若加擔者中之協力較輕微時。則對於此輕微者得減輕一等。或減至本刑最低之限度以下。」雖有從犯得減輕之規定。然其內容仍係不採用從犯與正犯間有輕重區別之主義者。換言之。卽係不採用從犯減輕制爲原則者也。又英美法系上立法之見解。亦與諾威制同。北米諸州刑法上。且不認有教唆從犯、正犯之區別。有犯則同一處罰。我國遜清舊律。亦有從犯減輕之規定。同律中首從二犯之區別。亦與諾威刑法意義略同。以共同犯中之造意者爲首。餘皆爲從。與本法上從犯之意義則太異其旨趣。暫行律所定從犯之意義。係以事前之幫助者爲限。則認非實行行爲者爲從犯。有實行行爲者卽爲正犯。其立法之意旨。亦與本法相似。惟係採得減之制。而非以減輕爲原則者。其非採從犯與正犯間有輕重區別之主義。亦與諾威刑法例同。該律立法

理由略云、「從犯之刑。比正犯之刑減一等。此本中國現行律例之原則。（指清舊律）然從犯仍有應科原刑者。如顛覆巨艦。非一人之力所能及。當其圖謀之際。從犯之人。忽給以水雷。（即事前供給器具之從犯）其情節不得謂輕於正犯。各國刑法上多以從犯比正犯之刑減一等或得減一等。然恆有不過幫助以一二無足輕重之語言者。情節究輕。倘照減一等或得減一等。亦未適合。故本案特定得減一等或二等之例」云。本法採用第二次修正案理由云、「原案（指暫行律）從犯與正犯同罰。但得減若干等。本案既規定事中直接及重要之幫助。處以正犯之刑。對於其他從犯。則改從必減主義。蓋從犯責任。依主觀及客觀說。皆較正犯爲輕。若謂從犯情節有較正犯重大或相等者。此爲例外。不得因此例外而推翻原則。又原案第三十一條第二項。教唆或幫助從犯者。準從犯論。本案刪去或幫助三字。以免從犯之範圍過於擴充。」是本條係以從犯與正犯間。有輕重之區別爲原則也。

第二 從犯之內容及其性質。以從犯之行爲。爲足以資正犯犯罪之便利。使正犯容易完成其犯罪行爲。故無論係出於作爲或不作爲之行爲。又無論其屬於物質的幫助行爲或精神的

幫助行爲。祇以有便利正犯犯罪之認識。均足以構成從犯行爲。例如代強盜購置槍械。是爲作爲之從犯。亦屬於物質的幫助行爲。當正犯已有爲強盜之決意時。或予以精神的助言。或爲之指導其機宜。或應允於事後代爲收藏贓物或銷售贓物。一切予以精神上之便宜而助成其速行時。亦爲作爲之從犯行爲。亦屬於精神的幫助行爲。又例如有司閹之責者。於昏夜後例須扃鎖門戶。因與盜竊者私通。故意不加鍵鑰。使盜竊者易於侵入。又有看守物品之責者。於他人竊取所看守之物時。故意不加以防阻。或故意使自己入於疏忽之狀態。是卽爲不作爲之從犯行爲。後者又爲事中之幫助行爲。但事後之幫助行爲。例如爲犯罪者湮滅證據。及收藏贓物及代爲牙保。亦爲使正犯之犯罪行爲得有穩固之利益。然此種行爲。除收藏贓物及代爲牙保係出於豫約者外。在通說上均不以爲從屬犯罪之行爲。而另成爲獨立罪。如本法第三十三章之罪是。至於正犯實行犯罪之際。加入直接或重大之幫助。則爲第二次修正理由中所云例外之從犯行爲。此等行爲對於犯罪事實之因果關係。亦與共同實施者無異。特以無共同意思之關係存在。故在性質上則仍不能不謂爲例外之從犯。而在

責任上則不可不認爲與正犯有同一之關係也。

第三 區別正犯與從犯之標準。學說上之見解亦不一致。概括之可得左之數說。但從犯爲有附隨的共犯之性質。卽正犯之犯罪不成立時。卽無從犯之可言。此則爲通說及判例上所共認者也。(亦有反對說。已述於前)

甲 主觀說 此說之說明方法。亦有二種。

A 意思說、謂正犯與從犯之區別。當以本人之意思爲標準。以自己犯罪之意思所爲之行爲。則爲正犯。感受他人犯罪意思所爲之行爲。換言之。卽以加功於他人犯罪之意思所爲之行爲。卽爲從犯。從理論上言。法律係處罰惡意。依此說則與意思責任之原則相合。不能不謂爲正常。然從實際上言。此種隱祕之意思。在事實上殊難證明。且依此說之結果。則於正犯實施犯罪行爲之際。有爲直接及重要之幫助行爲。亦僅得處以從犯之刑。於本條之法例難於適合也。

B 希望說、謂正犯之主觀方面。係欲以自己之行爲。求得自己之利益。故無條件的發

生犯罪之決意。反之從犯之主觀方面。其主動完全係以輔助他人之意思。其所希望之事實。完全為圖謀他人之利益。換言之。即完全以他人欲望中之事實。為自己所欲望之事實。其犯罪之決意。係附屬於一定之條件的。依此見解。則凡圖利他人而為共同實施犯罪之行爲者。亦將為從犯而不得謂為共同正犯。例如雇人圖利其資主。而共同以詐術騙取他人之財物者。亦將不能認為詐欺罪之共同正犯。而祇能謂為從犯矣。此為本說所應有之結論。則此種正從區別之標準。亦殊難認為確當也。

乙 客觀說 此說之說明方法亦不一致。茲分述之。

(1) 形式說、亦可分析為二說。(一)以分擔行爲之輕重為正從區別之標準。謂犯人對於犯罪之行爲。所分擔之部分為重要者為正犯。否則為從犯。(二)以行爲者所居之地位為正從區別之標準。謂行爲者對於犯罪之事實。居於主體之地位者為正犯。居於附和之地位者為從犯。然前者之分擔行爲。即實行行爲。在通說上凡加入實行行爲者。均為構成共同正犯之一條件。例如於實行強盜行爲之際。其所分擔者雖僅為在外守望之最輕微行

爲。因其既爲實行之分擔者。故在通說上及判例上均認爲共同正犯而不得謂爲從犯。則以分擔行爲爲正從之區別者。在通說及判例上均不能成立。後者之地位說。卽舊律首從之意義。在近世已成爲陳舊之意義矣。

(2) 實質說、以行爲之實質爲正從區別之標準。謂其行爲對於犯罪事實之發生。有重大之影響者爲正犯。其僅有輕微之影響者爲從犯。換言之。正犯爲事實之與有原因力者。從犯不過爲事實發生之一條件行爲。卽共同正犯爲對於犯罪事實有共同之原因力。從犯不過爲犯罪事實中具有單一之條件而已。此說以最重要之條件爲原因。其輕微者卽爲條件。蓋謂無此條件則結果必不至發生。此條件卽爲原因。舍此條件亦有發生結果之可能。則此條件僅爲單一之條件。例如甲與乙各以少量之毒藥水給丙服食以致於死。是甲與乙之行爲若缺其一。則結果不致發生。而甲與乙則皆爲丙致死之原因行爲。若乙僅係代甲購置毒藥。甲卽以其所代購之毒藥給與丙食以致於死。是甲雖無乙代爲購買。亦有買入毒藥之可能。故乙之行爲。僅爲丙致死之一條件。則乙僅爲對於甲有幫助行爲。甲卽

爲正犯而乙卽爲從犯。然原因與條件之區別。無論如何說明。終屬不無困難。此項正從之區別。亦殊涉於倫悖而難於確定也。

(3) 時間說、謂在他人實施犯罪行爲之際而與以加功者卽爲共同正犯。僅於他人實施犯罪行爲以前有加功之行爲者。卽爲從犯。暫行律卽係採用此說者。該律第三十一條云、  
 『於實施犯罪行爲以前幫助正犯者爲從犯。』其第二十九條云、  
 『於實施犯罪行爲之際。幫助正犯者。準正犯論。』卽係以事前與事中之加功行爲。以定正從之區別者。然事前之加功行爲。亦非純無可認爲正犯者。事中之幫助行爲。亦非全無可認爲從犯者。例如甲等欲置丙於死。因丙係乙之胞姪。遂將丙拖至乙處告以將其處死之意。乙竟與以贊同。并出具結文交與甲等。聲明并無翻異。甲等始將丙細縛沉之河中以致於死。此亦爲事前之加功行爲。然對於殺丙之行爲。不能謂無共同意思之聯絡。雖乙未親下手將丙沉於河中。然依一般的法理論之。乙既於事前與甲等有共同之意思。并出具結文交甲等令其實行。則亦當認爲共同正犯而不可謂爲從犯。此問題爲前大理院判決案之一實例。因限

於暫行律之規定明文。（以事前幫助爲從犯）遂不能不認爲事前幫助之從犯。（參照八年上字三四九號）然此種判例。吾人不能認爲於法理上亦甚適合也。至事中之幫助行爲。如本段第二項所舉看守物品者。當他人盜竊其所看守之物品而不爲防阻之例。既無於事前與竊盜有共謀行竊之聯絡。而有於竊盜實施時爲便利行竊者之行爲。則爲一方之幫助行爲。當然應認爲竊盜之從犯。而不能認爲係竊盜之共同正犯矣。故本條不採事前事中之區別標準也。

關於正犯與從犯之區別。欲求一合理的不易之標準。誠屬一困難問題。於是有主張廢除正從之區別者。謂行爲者既對於犯罪事實有意思中之認識。且曾與以促成其發生之協力。則皆爲發生事實之原因者。即皆可稱爲同事實之正犯。特對此共同正犯中以爲刑之裁量時。可任審判官依個別主義以各施以輕重之裁判。固不必於立法上。設有正從之區別。然此主張近尚不爲通說上所贊同。惟上述諸說之外。日本大場博士有共同正犯及從犯共通之分野說。其要旨謂凡組成一個犯罪之數個人行爲。可將其數個行爲作個個之區別觀察。其中之

一人行為足以認為直接實行犯罪行為者則為正犯。其不能認為直施犯罪之實行者則為從犯。（參照大場博士刑法論一〇五三頁）又日本泉二博士關於正從犯區別之論旨曰、現行刑法係以共同實行者為共同正犯。故分擔實行行為者則為共同正犯。其實行以外之行為即為幫助正犯之從犯。此為至當之解釋。至對於一定之行為。何者係屬於犯罪之實行行為。則不可不隨各種之場合以為論斷。（參照泉二博士日本刑法總論七〇四頁——七〇五頁）余亦贊同右二博士之說明方法。以其與本條之立法意旨亦甚適合也。

第四 從犯成立之要件。亦與其他之犯罪同為具有主觀的與客觀的之罪素。主觀的罪素即為有幫助他人犯罪之故意。客觀的即為幫助他人犯罪之行為。幫助行為之意義。已如上述。至幫助故意。其包括之要點有三。一須對於正犯之行為有認識。二須認識正犯為有故意之行為。三須有便利正犯進行其犯罪之故意。若不知正犯有犯罪之故意及或不知正犯所犯之事實。而出於一時之不知或過失。致助成正犯之犯罪行為。則在本法上不能以從犯論。例如不知正犯有放火之故意。而借給以火油。或於正犯正在放火之時。因不注意而注以油

。以致助成其燎原之勢。均不能以從犯論也。至關於從犯之意思與正犯之行為發生齟齬時。則可依一般之錯誤法理以解決之。

第五 從犯與未遂及中止之關係。則前條教唆犯中所說明之法理。關於從犯亦可適用之以為解決之標準也。

### 三

前大理院判例 婦女亦得為強姦罪共犯。婦女對於他人強姦犯罪行為。或於事前幫助。或於實施之際幫助。或教唆強姦。自應依刑律第六章分別處斷。(七年上字) (七四三號)

又 知人實施強盜行為而未參與強盜之謀議。則代為搖船。不過事前之幫助。其事後之受贈贓物。亦係幫助強盜之結果。(八年上字) (九三二號)

又 被告人與其繼母夙有仇怨。因聞某人等欲往其繼母家行劫。遂留家內食宿。并與路費。事後并未分得贓物。事前亦無分贓預約。自難謂係共同正犯。原判認為事前幫助之從犯。尚無不合。(十年非字) (七八號)

又 查刑律第三十一條之從犯。必正犯業已成立犯罪。然後有從犯之可言。本案某人等意圖行劫。囑被告人代製軍衣十套。該被告人即購買布疋。代為製造。雖於某人等意圖行劫之事前有幫助行為。然被告人於軍衣尙未交付。即被警局查獲。某人等於強盜行為并未着手。是某人等既未成立強盜罪之正犯。該被告人自亦無強盜從犯之可言。(十年非字一一八號)

前大理院解釋例 某甲製造光面銅元。售賣於乙。乙復造成花紋行使。某甲之製造光面銅元出售。固不能科為乙之共同正犯。然其製成銅胚。顯係供給材料。使收買者易於完成犯罪。自應以幫助犯論。(七年統字八一號)

又 藏匪於家。供給飲食。於匪徒所犯具體事實且係知情。故意資以便利。俾其易達目的行為者。以事前幫助論。(八年統字一五三號)

又 幫助犯應依正犯所犯。正犯所犯不能證明時。無所謂幫助犯罪。(九年統字二四一號)

又 新刑律(即暫行律)并其他補充及特別法令。關於違犯國家禁令之罪名。(例如鴉片煙。嗎啡等罪)其幫助犯以一個行為幫助多數正犯時。僅應論以一罪。(十一年統字一六七五號)

第四十五條 因身分成立之罪。其共同實施或教唆幫助者。雖無身分。仍以共犯論。

因身分致刑有重輕或免除者。其無身分之人。仍科通常之刑。

一

本條之要旨。係規定共犯與身分之關係。刑法上有以身分爲特別之要件者凡二種。一爲某種犯罪之場合。須有一定之身分方能成立。二爲某種犯罪之處分。須隨一定之身分而有重輕。前者例如瀆職罪、重婚罪、囚人脫逃罪、自行墮胎罪、侵占罪、背信罪、均非有特定之身分者。不能單獨構成各項犯罪。詳言之。則瀆職罪非公務員不能成立。重婚罪非有配偶者不能成立。囚人脫逃罪非囚人不能成立。自行墮胎罪非有孕之婦女不能成立。侵占罪非持有他人之所有物者不能成立(準侵占罪除外)。背信罪非有一定之任務者不能成立。後者例如第一七一條與第一七二條之處分。第一七七條與第一七四、一七五條之處分。第一九七條、一九八條、二〇三條之非業務上過失與業務上過失之處分。均係因其身分之有無

。而有輕重各異之規定者也。關於上述二種之身分關係。若無身分者與有身分者爲共犯之場合。則對於犯罪之構成。及處分之準則。學說上常生各異之紛爭。故本條特以明文規定。凡因身分成立之罪。其共同實施及教唆幫助者。雖無身分。仍以共犯論。例如與公務員合謀共同。或教唆及幫助公務員收受賄賂。則合謀共同或教唆及幫助者雖非公務員。仍以第一二八條之共犯論。其合謀共同及教唆者。當處以第一二八條之刑。幫助者當依照第一二八條之刑減輕二分之一處罰也。其因身分致刑有輕重或免除之各異者。其無身分之人。則仍科通常之刑。例如與公務員共同、或教唆及幫助公務員、盜取依法逮捕拘禁之囚人。則公務員當科以第一七二條之刑。其非公務員而與共同或教唆者當科以第一七一條之刑。幫助者當科以第一七一條減輕二分之一之刑。又例如與囚人之親屬共犯前項之行爲者。則共同實施者及教唆者。當科以第一七一條之刑。而囚人之親屬則當免除其刑也。

## 二

第一 身分之概念。亦依各種之法規而有不同。例如戶籍法上所稱身分之意義。則爲人之

有親族關係或繼承關係之地位者。又國籍法上外國籍人與內國籍人之別。及通常所稱男與女之別。公務員與私人之別。有特種之權利義務主體者與非有特種之權利義務主體者之別。均得視為身分之關係。僅限於一種之身分關係者。（如戶籍法）為狹義之身分關係。包含各種之身分關係者。為廣義之身分關係。本條所謂身分之意義。則廣義之身分關係也。

第二 關於本條立法之性質。學者間之見解亦不一致。在採取共犯獨立性論者。謂因身分成立之罪。其犯罪構成之要件。必有身分之存在。無身分而加入實行或教唆幫助者。即為缺乏構成犯罪之要件。依通常之原理論之。則根本不成立犯罪。然因共犯為有特殊關係。故法律特設此例外之規定。以為無身分之共犯之適用根據。故此項立法例在性質上為例外之設定也。而主張共犯從屬性論者。謂共犯係從屬於正犯而成立。其罪之成立與否。常隨正犯之命運以為轉移。共犯之有無身分。在法律上毫無關係。但正犯既有其身分而成立因身分關係之犯罪。則共犯常得準用正犯之例以處罰。此為立法上當然之義例。不能謂為例外之規定也。依此說之結果。則對於本條第二項因身分致刑有輕重或減免者。不問為正犯

與爲共犯。亦當受同一之處罰。而不認一科因身分之刑、一科通常之刑爲適當矣。兩說未免各趨於極端。要之共犯之關係。係犯罪性表現之一種狀態。共犯者既利用此狀態以爲表現其惡性之方法。則對於犯罪之成立。仍爲基於其自己利用此狀態之行爲。申言之。卽共同正犯係基於自己加入共同實施之行爲。教唆犯係基於自己教唆之行爲。幫助犯係基於自己幫助之行爲。而成立犯罪者。至共同正犯相互間。須有他之共同正犯之犯罪成立。教唆及幫助犯。須有正犯之犯罪成立。此不過爲共犯犯罪構成上之一標準條件。從此標準條件觀之。則似不無多少之從屬性。而其對於刑事上之責任。亦係基於其基本行爲所負之責任。非必從屬於他人之個體上所負之刑責。卽在特種之關係上。亦當受同一之罰者也。前者以本條爲例外之規定。亦未洽當。後者以趨於從屬之極端。至處刑止亦不認有身分之區別。亦於刑事責任之原理有未合也。

第三 因身分成立之罪。凡無身分者均得成立共犯。依本條之規定。係包括共犯之全體而言。然從共犯分類之觀念以爲觀察。則於本條之適用範圍。亦有廣狹之不同。蓋共同正犯

之觀念。凡共同實施犯罪之行爲者皆正犯也。雖因身分成立之罪。有身分者與無身分者。均得成立共同正犯。即均可適用本條之規定。若教唆犯與幫助犯。則先有一定之正犯爲前提。對於正犯有教唆之協力者即爲教唆犯。對於正犯有幫助之協力者即爲幫助犯。所謂正犯者。即主體犯之意義。故犯罪之主體爲有身分者。教唆與從犯雖無身分。自當依本條之規定而均以共犯論。反之若犯罪之主體無身分。而教唆與幫助係有身分者。則不能適用本條之規定矣。例如公務員教唆或幫助普通人爲收賄之行爲。則普通人根本上不能成立收賄罪之正犯。自無教唆與從犯之可言。若公務員有利用普通人爲收賄行爲之意思。因而教唆或幫助普通人爲收賄之實施者。則此項之教唆與幫助。即成爲間接正犯之行爲。而不能復視爲有共犯之關係矣。

### 三

前大理院判例 和賣及強賣。乃係因身分而成立之罪。所謂身分者。指依法令契約擔負扶助保護養育之義務者言之。上告人與某人不過爲疎遠之族人。因某人和賣其妻而有所幫助

或教唆。依刑律第三十三條。仍以共犯論。(九<sup>年</sup>上字  
六一三號)

參考判例 常習賭博罪之規定。係指有賭博習癖身分者而言。較通常賭博之刑加重。故賭博之二人中。其一人成立常習賭博罪、他人之一人成立通常賭博罪、之場合。其從犯若在犯罪之當時有賭博之常習者。則當適用常習賭博罪之條文依從犯減輕之規定處罰。(日本大  
正三年

判決錄九三七  
頁以下參照)

第四十六條 知正犯之情而幫助正犯者。雖正犯不知共同之情。仍以從

犯論。

一

本條之要旨。係規定從犯之意思責任。從犯罪之成立。須有幫助他人犯罪之行爲。已如第四十四條所規定。然其幫助行爲若非出於故意。則或出於他人所利用。或出於自己之過失。以致助成他人犯罪之結果。仍不能認爲係從犯之行爲。所謂幫助之故意者。卽一爲認識正犯有犯罪之故意。一爲認識自己爲幫助正犯犯罪之行爲。特正犯對於自己之故意幫助

行爲。有無相當之認識。則與從犯之成立要件無關。例如甲蓄意爲毒殺乙之行爲。密置毒藥於餅餌內。囑丙代爲送致於乙。丙明知甲係用此毒餅以殺乙。乃代爲送致於乙。乙食之因而致死。是甲雖不知丙有幫助殺乙之意思。而丙既知甲殺乙之情而復代爲送達毒餅。則丙仍構成從犯之行爲。

## 二

暫行律第三十四條之規定。亦與本條頗類似。而立法之意義則有不同。該律第三十四條云、「知本犯之情而共同者。雖本犯不知共同之情。仍以共犯論。」又該律立法之理由云、「本條卽學術上稱爲一方共犯之處分。此項若無專例。疑義滋多。於實際殊多未便。本案設立之意以此。」又注意內稱、「例如甲謀侵入乙某之室。意圖殺乙。鄰室之丙。雖未與甲通謀。而心頗贊成。乃自爲戶外鎖扉。防乙脫逃。甲并不知丙之爲助。然竟以殺乙。丙應屬共犯與否。各國學說及判決例。皆未有定論。茲有本條之明文。則丙仍爲甲之共犯。」從該條之文理上及立法理由上以觀察其立法之義例。卽學說上所謂爲片面的共同意思亦得爲

共同正犯之趣旨。不僅以從犯爲限。即共同正犯亦得適用該條之規定也。然在通說上則共同正犯必有共同間相互之意思聯絡。方能稱爲負共同之關係。但從犯則不以有雙方之共同意思爲必要。亦即從犯與共同正犯區別之要點。本條之立法例。蓋係採用通說者。從其規定的內容分析之。可得三種之含義。(1)從犯可爲一方的共犯。故特設爲專條。其不在此專條範圍內之共犯。當然以有雙方意思爲必要。(2)從犯須有正犯行爲之認識而并有幫助之決意。則過失行爲當然無從犯。(3)從犯以明知正犯之情爲要件。則對於正犯之情有所不知之部分。雖有幫助之行爲。當僅從其所知之部分負從犯之責任也。

#### 第四十七條 二人以上。於過失罪有共同過失者。皆爲過失正犯。

##### 一

本條之要旨。係關於共同過失正犯之規定。含有三種意義。(1)二人以上於應論過失罪之場合。有共同關係之過失行爲。則皆爲過失正犯。其無共同之關係者。則僅能成爲並立之單獨過失罪。例如甲乙二人於昏夜中見前途有一黑影。不加審慎。即誤斷爲獸。共謀合同

發槍以擊之。槍發而被擊斃者實爲人。於此場合。則甲乙二人皆爲過失殺人正犯。不論人之致死原因係被甲乙中何人所發出之槍彈所致命。甲乙均當共負過失殺人之責任。又例如甲乙二人各駕汽車鱗次駛行。甲因不注意撞傷行人丙倒地。同時乙亦因不注意復凌轢被傷人丙之身體上而過。致丙登時斃命。在此場合。甲乙則成爲並立之單獨過失罪。若甲之撞傷僅爲丙之足部而未達於致命之程度。乙之轢傷係壓破丙之頭骨因而致丙於死。則甲僅有傷人之過失罪。乙則有致人於死之過失罪。(2)甲乙二人。對於同一之犯罪。一方係有故意之行爲。一方僅係有過失之行爲。以致發生事實之結果。則一方成立單獨之故意犯罪。一方在應論以過失罪之場合。成立單獨之過失罪。無共犯之關係。(3)過失與共犯之關係。僅有共同過失正犯。無過失教唆及幫助犯也。

## 二

過失犯有無共犯關係之存在。學說上亦莫衷一是。第一說謂犯意與過失。非意思之實質爲違法與否之區別。不過爲行爲者有意思之實質違法之認識與否之區別。故數人若共有違法

之認識者。即爲故意之共犯。數人間雖有共同之行爲。而共爲無違法之認識者。即爲過失之共犯。依此說則過失犯可存在於共犯之全體狀態中也。

第二說謂過失犯僅有共同正犯。若教唆及從犯。對於事實之因果關係已中斷。換言之。教唆及從犯。其行爲僅得謂爲事實中之一條件而非原因。若因他人之過失行爲之介入而因果關係仍不至中斷者。則唯間接正犯可有此觀念。而不可以律於教唆及從犯。故過失犯僅於共同正犯中有認爲存在之理由。若教唆及從犯。不能認爲有過失犯之存立也。

第三說謂共同正犯之場合。雙方之間。須有意思之共通爲必要。故結果則共同正犯中不能有过失犯之成立。至對於過失者有教唆及幫助之場合。則亦僅能認爲間接正犯而不能認爲教唆及幫助矣。故其結果則教唆與幫助犯亦無過失犯存在之餘地也。若對於同一事實因過失而與以共同之原因時。祇能各自負其單獨之過失責任焉。

德國刑法改正案第三十一條云、法律應處罰之共同相互行爲之事實。若係因於過失而致其實現時。各人均以過失正犯處罰。又第二八條及二九條則不認有過失教唆及從犯之存

立。亦以明文規定。奧國草案第二七第二九條。瑞士草案第二二條第二三條。亦均規定教唆及從犯之處罰。以出於故意者爲限。日本現行刑法對於過失與共犯之問題無規定。判例上則以共犯無過失關係之存在。學說上亦多贊成之。日大審院判例曰、二人因共同過失致他人於死傷之犯罪。不得謂爲共犯。(大正三年判決)蓋採上述之第三說者也。我國暫行律第三十五條云、『於過失罪有共同過失者。以共犯論。』該律立法理由云、『過失罪之有無共犯。各國學說與判決例。亦多有不同。本案取積極之論。』又補箋云、『過失共犯。在各國刑律。對於實施正犯、造意犯、從犯。有均採積極說者。有均採消極說者。有對於實施正犯採積極說。其他採消極說者。又有對於實施正犯採消極說。其他採積極說者。本條之規定。對於三者之犯罪。均採積極說。』是暫行律係採上述之第一說者也。又該律第三十六條云、『值人故意犯罪之際。因過失而助成其結果者。準過失共同正犯論。但以其罪應論過失者爲限。』其立法理由云、『前條雖定有過失罪之共犯。然故意之犯罪與過失罪二者。是否得爲共犯。未甚明晰。故本條特設積極之規定。例如甲故意放火。乙因過失而注以

油。致火勢張盛。又如甲謀殺人。乙醫師以過失給毒於其所謀之人。致斃其命。此在各本條亦應任失火及過失致死之責。但其性質究非共犯。故本條以有應罰過失者為限。準前條予以過失共犯之處分。』是該律并認共犯中有單方之過失犯存在也。本法則不全採積極說。依本條之規定。則共犯中僅認有共同過失正犯之存在。其他之教唆、從犯、及單方之過失行為。均不認其有過失之共犯關係成立。從本條立法之形式上觀察之。亦與上述之第二說同。然其立法之意旨。要不能即依第二說之說明方法以為解釋。蓋對於過失罪既有共同之過失行為。自當成立共同之過失正犯。若教唆及幫助。須以有故意為構成之要件。已於第四十三條第四十四條第四十六條內說明。至教唆或幫助過失者之行為。則僅能認為間接正犯而不能認為教唆及幫助矣。故其結果則無論或因過失而致發生教唆及幫助之影響。或對於過失者有教唆及幫助之行為。均無共犯關係之存在。關於此點。上述第三說之後項理由。不能不認為正當也。

## 第七章 刑名

(1) 刑名者即法定刑之種類并其所附之名稱及界域也。刑法上刑種之設定。胥隨時代上刑罰主義之進步而有不同。刑名者非即刑罰之目的。而為用以達到刑罰目的之一種工具。故刑罰之體、係存在於刑名之外而有所謂刑罰之目的。刑名者不過為刑罰之用而已。基此原理。則欲明刑名之真實的意義。不可不先明瞭刑罰目的之所在也。

古昔國家設立刑罰。僅包含有報應主義與威嚇主義之二種作用。報應主義係以刑罰為犯罪之一種報應。謂犯罪者種此惡因。即當予以惡報。此即緣古代私人復仇行為而發生。自有國家組織成立後。即禁止私人轉相報復。由國家定立刑罰以代洩其報復之仇忿。他之一方面。則用以為威嚇人使不敢有犯罪之行為。故對於刑罰之施予。完全以過去的事實為其標準。毫無他種目的之存在。其結果則(1)刑罰與事實。均係具體的規定。一種事實祇有一種刑罰。刑罰之種類遂日趨於繁瑣。(2)為欲達到報應與威嚇之目的。則刑罰務求苛酷。

刑罰之本質。卽以予犯人以痛苦爲唯一天職。凡足以殘虐犯人之手段。無所不用其極。(3) 此種刑罰制度之效果。犯人出獄後。惡性之感染愈深。謀生之途徑已絕。徒驅其入於累犯之途。以故刑網愈密。民情愈熾。近世刑事立法。因鑒於上述刑制之不良。根本上係由於刑罰之方針錯誤。於是拋棄報應主義并威嚇主義而採取豫防主義。又謂之目的主義。雖亦不能否認以刑罰爲防壓犯罪之具。但於處刑之種類、及刑罰之重輕、并運用之方法。則不專以鎮壓與威嚇爲手段。要以改善犯人之環境及性格爲主旨。謂刑罰目的爲維持法律秩序及保護國家社會并個人利益之方法。所以認刑罰雖以過去之犯罪事實爲前提。非可卽視爲科刑之主要原因。主要原因爲豫防社會上之犯罪。自應以遷善犯罪人之性格及犯罪人之技術爲原則。不能損及犯罪人之身體及精神。科刑之標準。須適如其犯人之個別的性行而止。此爲刑罰上社會之適格性。從前基於報應主義所生之刑罰平等說。於義實無足取。此種新主義所立之刑制。又稱爲感化刑。或曰保護刑。此爲今昔刑罰主義沿革之大略情形。其詳非本論範圍所及。拙著刑事政策學言之頗詳。可資參證也。

由今日刑罰制度之主義言之。則刑罰之作用。其主要係對於犯罪所施之社會防衛方法。將此作用爲分類之觀察。實包括如下之三種原則。

(甲)對於犯人方面 刑罰對於犯人方面之作用。爲防止犯罪人成立犯罪之常習性。即豫防犯罪人使不致有再犯罪之行爲。此爲特別豫防主義。依此主義所生之刑罰作用。又可分爲二項以說明之。

A 社會的適合 刑罰爲矯正犯人惡性而科加。則設定之刑。當以能使個別的犯人於受刑後。該犯人之生活能成爲與社會適合的生活爲目的。爲欲達此項目的。則刑罰對於犯人。須包含有匡正之手段。又教育之手段。與威壓之手段也。

B 社會的隔離 犯罪爲社會中之一種病菌。刑罰之作用。一在使此種病菌與社會隔離使不能爲害。一在使抱有此種病菌之人。受刑罰之治療至足以消失其病菌期爲止。與社會隔離。免致任其傳染及於別人。故刑罰對於犯人。或須使其一時與社會隔離。或須使其永久與社會隔離。一視犯人惡性程度爲準也。

(乙)對於社會方面 刑罰之目的。除一方係改善犯人使不致再為犯罪之行爲外。一方又須足以警戒一般人使勿踏其覆轍。是刑罰所具之性質。又不能不兼含有威嚇之效能。方足以使社會一般人因有刑罰而發生警惕之心。此又為一般豫防主義。在學說上有單主張特別豫防主義者。有單主張一般豫防主義者。而立法上則多兼採此兩主義而折衷之也。

(丙)對於被害者方面 刑罰之作用。其主眼固全為對於社會與犯人之二方面。然對於保護個人之法益方面。實未完全置之度外。蓋刑罰對於犯人與社會之作用。其效力之附隨的作。非發揮之至足以保護個人法益之程度。則刑罰之能事尚有所未盡。至關於被害人已發生之損害。其賠償制度。則讓之他種法律規定。非刑罰目的中之所注意者也。

(2)我國刑罰制度發達最早。惟數千年來抱持一成不易之報應與威嚇主義。故刑制之設定。雖歷有增減。而刑制之作用。則無甚改革。以致本法所定刑罰之種類及性質。多係取法於歐西。然欲研究本法之刑名制度。又不可不先明我國刑制之沿革。茲將歷代傳統的刑罰制度。及現代刑名之沿革情形。擇要說明如左。

(甲)唐虞三代時代之刑罰。此時無成文法規可言。然散見於典籍中可考者。有五刑之制。與流鞭朴贖等制。所謂五刑者。爲左列各刑。

墨刑 傷其面而以墨塗之。使之別於良民也。又謂黥面。

劓刑 削其鼻也。

剕刑 剔其脛也。又謂之剔刑。

宮刑 男子去其勢。婦女子以幽閉也。惟幽閉之說有二。一謂幽閉於宮。不使遇男子。一謂用木槌擊婦女胸背。卽有一物自腹部墜下而掩其牝戶。能溺而不能人道。男子去勢又謂腐刑。因初去時恐中風。應置之密室。有如溫蠶。因又謂之下蠶室。

大辟 卽死刑

右五刑制除大辟外。在唐虞時代。鮮有用時。

流刑 卽放逐也。舜流共工於幽州。放驩兜於崇山。竄三苗於三危。皆流也。舜典有流宥五刑之語。謂應處以五刑者。有可宥卽應改爲流也。

鞭刑 舜典中鞭作官刑。中世所用之體刑。蓋基於此。

朴刑 舜典中朴作教刑。謂不勸於業者。則朴撻之也。

贖刑 舜典中金作贖刑。謂情有可原而法不能免於刑者。即可納金以贖。後世罰金刑。

蓋肇於此。與近世之易科罰金意同。

周代有圜土之制 圜土與近今之監獄相似。圜土即圍牆也。置之圜土中使其困而悔。悔而改。其能改者置之鄉里。三年不許列於平民。又上罪三年而舍。中罪二年而舍。下罪一年而舍。其不能改而先行逃亡者則殺之。後世所用之徒刑即肇基於此。

炮烙 醢脯 炮烙即置火於金屬柱中燬令紅。而使犯人抱持之也。醢脯即以鹽類製人肉以爲脯也。此爲桀紂時代慘無人道之殘暴手段。不能謂爲正式之刑。

周道中衰。刑制愈重。穆王命呂侯作刑。世稱呂刑。五刑之屬凡三千。其嚴峻可想見。其後於五刑之外加流贖鞭朴。稱爲九刑。

(乙)秦漢時代之刑罰。刑政在秦漢時爲最繁苛之時期。自魏文侯用李悝作法經六篇。除五

刑外。有夷三族、梟首、腰斬、棄市、城旦、鬼薪、諸刑。(義詳後)始皇專政時。又增加左列各種。

鑿頂 以鑿挖其頭頂也。

抽脅 將脅部之筋抽出之也。

鑊烹 烹人於釜也。

車裂 以五車分繫人之四肢及頭。各駕以牛馬。使之異向奔馳。以分裂其人之身體也。漢初入關時。除秦苛法。及蕭何定律。除抽脅鑊烹車裂等制不存外餘仍多沿秦制。茲將漢代刑名列次。

梟首 斬其首懸之示衆也。秦制亦然。

腰斬 從人之腰際分斬爲二也。秦制亦然。

棄市 殺之而棄其屍於市。別於梟首者。不懸其首耳。秦制亦然。  
以上爲死刑。

宮刑 見前 文帝除肉刑。或謂宮未除。或謂宮旋復。

黥刑 見前 文帝時易爲笞三百。

劓刑 見前 文帝時易以髡鉗爲城旦舂。髡鉗爲城旦與舂之義見後。

剕右趾 剕其右足也。

剕左趾 剕其左足也。

以上爲肉刑。秦制亦然。

髡鉗爲城旦 此爲專科男子之刑。髡係雉其髮使爲禿。鉗係以鐵械束其頸。城旦係晝使

同寇虜。夜使築長城。蓋始於秦也。其期爲五歲。

髡鉗爲舂 此爲專科婦女之刑。謂髡鉗而使任舂。舂卽舂米也。其期亦五歲。

以上爲髡刑。髡其髮而使之服勞役也。

完城旦 卽男子不去髮而爲城旦。不去髮故曰完。其期爲四歲。

完舂 卽婦女不去髮而使之舂也。其期亦四歲。

以上爲完刑。完其髮而使之服勞役也。

鬼薪 此爲科男子之刑。謂使採薪以供宗廟之需也。其期三歲。秦制亦然。

白粲 此爲科婦女之刑。使舂白米也。其期亦三歲。

司寇作 謂使之司守備也。其期二歲。

罰作 男子使守邊。其期一歲。

復作 女子軟弱。不任守邊。令作於官。卽令服役於官。其期亦一歲。

以上爲作刑。僅任勞役而已。

贖刑 謂以金代刑。古之贖罪皆用銅。漢始改用黃金。但輕其量。使與銅之值等。惟死

刑亦能贖。納金二斤半而已。

罰金 與今之所爲罰金略同。

奪爵除名 謂奪其爵位。或除其名。

夷三族 刑及罪人之三族也。三族之說有二。一爲父母兄弟妻子爲三族。一爲父族母族

妻族爲三族。此本秦制也。

徙邊 謂徙其家於邊地也。

鞭杖 僅施之郎官。與隋唐以鞭杖列爲五刑者不同。故明帝有引杖撞郎之舉。

顧山 謂女徒論罪已定。并放歸家。不親役之。但令每月出錢三百以雇人也。

禁錮 卽監禁也。

(丙)魏晉至南北朝。雖代有增減。大抵均因循秦漢之舊法。無大創作。至隋唐而刑罰漸趨簡略。此爲刑罰臻於整理時期。

隋唐之刑。僅有笞、杖、徒、流、死、之五等。死刑二。卽絞與斬。隋唐均同。流刑三。隋爲一千里至二千里。唐爲二千里至三千里。徒刑五。一年至三年。隋唐同。杖刑五。六十至一百。隋唐同。笞刑五。一十至五十。隋唐同。元明之制多因於唐。但凌遲之制昉於宋。至法外所施者雖亦有剝指、斷足、挑筋、及夷三族、夷九族之慘。然非爲定制也。

(丁)清代刑制多因於明。但至清末有現行刑律之改革。復有刷新之新刑律之制定。清代刑

制之類別如左。

死刑 斬、絞、凌遲。以外復有梟首戮屍之制。

流刑 二千里至三千里。

徒刑 一年至三年。

杖刑 六十至一百。

笞刑 一十至五十。

充軍 重於流。附近二千里。近邊二千五百里。邊遠三千里。極邊煙瘴四千里。

發遣 重於軍有一定之地點。不計里程。如煙瘴極邊之處是。

以上爲未修改前之清律。及清末改用現行刑律。廢除凌遲、梟首、戮屍、及緣坐之制。流罪改爲工作。軍罪改爲安置。笞杖酌改罰金。旋又制定新刑律。其刑制全採取歐制。未及實行而鼎革矣。

統觀以上所述歷代刑罰。均純係恃以爲報應及威嚇之作用。蓋舍此以外。并無其他目的之

存在者。自民國成立以來。改訂暫行新刑律。即係將清末之新刑律。刪其與團體抵觸各點。并略加修正而頒行者。其刑罰之種類如左。

A 主刑。

一 死刑。

二 無期徒刑。

三 有期徒刑。

(1) 一等有期徒刑。十五年以下。十年以上。

(2) 二等有期徒刑。十年未滿。五年以上。

(3) 三等有期徒刑。五年未滿。三年以上。

(4) 四等有期徒刑。三年未滿。一年以上。

(5) 五等有期徒刑。一年未滿。二月以上。

四 拘役。二月未滿。一日以上。

五 罰金 一圓以上。

B 從刑。

一 褫奪公權。

二 沒收。

右列新刑制。與數千年來傳統的刑名之種類及性質。實有澈底之改革。凡一切煩碎嚴酷主義之刑名。均廢除淨盡。蓋其施刑之目的與曩昔有根本之不同。（暫行律即係採用上述之新主義者）故其所用之刑種亦有根本之變異矣。至民國十七年。本法頒行。其刑名與暫行律仍無變更。特暫行律中有期徒刑係採用等級制。而本法則易為年月制。其他則無甚差異也。現代東西各國所用之刑罰。亦與本法相類似。但其制度上依各國之立法例而稍有出入耳。

## 第四十八條 刑分為主刑及從刑。

一

本條之要旨。係規定之本法上刑種之性質。亦即本法上刑種分類之總綱。依本條之規定。則本法上所設定之刑罰。大別之爲主刑與從刑之二種。刑罰所以須有主從之區別者。(一)爲主刑得獨立科加。而從刑爲附加於主刑者。換言之。即審判科刑時。主刑能獨立單行宣告。而從刑不能獨立單行宣告。惟依第五十二條及第六十一條之規定。亦有得專科從刑之場合。按五十二條一則須有依第八條免除主刑之場合。一則須有主刑而依法免除之場合。始得於例外專科以從刑。又第六十一條則以違禁物爲限。專科沒收。(二)爲比較刑罰輕重之場合。須以主刑爲標準。與從刑無涉。故主刑與從刑之間。無輕重區別之可言。此本條之所由設定也。

二

前大理院判例 查沒收爲從刑之一種。與主刑有附隨之關係。除有特別規定外。凡主刑不在者。不得單科從刑。(七年六月上  
字七二一號)

第四十九條 主刑之種類如左。

- 一 死刑。
- 二 無期徒刑。
- 三 有期徒刑 二月以上十五年以下。但遇有加減時。得減至二月未滿。或加至二十年。
- 四 拘役 一日以上。二月未滿。但遇有加重時。得加至二月以上。
- 五 罰金 一元以上。但因犯貧。得減至五分之一。

本條之要旨。係規定主刑之種類。卽一死刑。二無期徒刑。三有期徒刑。四拘役。五罰金。本法上法定之主刑。卽止於此。刑法爲維持法律秩序及保持國家社會安寧起見。在基於此目的所採取之刑事政策範圍內。有對於犯罪人須剝奪其一部分之法益之必要。刑罰之作用。一方面卽爲剝奪犯人一部分法益之工具。從其剝奪犯人之法益以爲標準。則刑罰種類之細別。可分爲生命刑與自由刑及財產刑。生命刑者。卽剝奪犯人之生命。使之永遠與社

會隔離。即死刑之意義也。自由刑者。即於一定之期間或無限制之期間。剝奪犯人之自由。而拘禁於一定之場所。使之爲一時的或永久的與社會隔離。即有期徒刑與無期徒刑及拘役之意義也。財產刑者。即剝奪犯人財產法益之一部分。此種刑罰。多爲對於有貪念之犯罪人而科加。即罰金刑之意義也。但剝奪犯人一部分之法益。僅爲刑罰之本質上一方面之作用。而刑罰之實質。則非僅以剝奪犯人法益爲唯一之作用者。其詳俟後述之。

心神病人之監禁處分。及行政法上之懲戒罰。在形式上言。亦似有類於刑罰。然前者僅爲約束心神病人免有悖戾之動作。非剝奪心神病人之自由。以心神病人原已喪失其意思之自由也。後者係以維持特別權力服從關係之秩序爲目的。與刑罰之以制裁犯罪者。性質迥乎不同。二者均非有刑罰之實質。而爲行政上之一種處分。故對於同一行爲。前者雖依法不處以罰。而仍得施以監禁處分。後者則刑罰與懲戒罰不妨併科也。

## 二

第一 刑罰之種類。係與刑罰之實質爲比對者。刑罰之實質。又係與刑罰之目的爲比對者

。在昔刑罰之目的。純爲報應與威壓。已如上述。故其刑罰之本質。僅爲使犯人感受痛苦。冀以收報應與威壓之效。凡具有痛苦性與威壓性之方法。無所不用其極。雖形式上有生命刑自由刑財產刑之種類。亦與現代同。而其運用之方法則大異。如生命刑則有斬絞梟首凌遲之歧出。自由刑則務取於黑暗陋穢。足以戕害人之精神并身體爲制。財產刑則往往不惜絕其人之生計。使受刑後至於無生存之餘地。凡此種種。均無不足以使人趨入於再犯之途。與威壓之用意適得其反。且於生命、自由、財產、刑外。又有體刑、（如墨劓削宮笞杖之類。尤以笞杖爲行之最久）名譽刑、（如刺字於面。荷板於頸。以示衆而傷及犯人之廉恥。此尤爲刑事政策上之所大忌）緣坐刑。（如誅三族、誅九族、甚至如方孝孺之被滅十族。使人知淫威之不可犯。不惜將數千百之無辜者。盡遭慘戮。可謂人道滅絕殆盡）凡此種種。在我國之遜清時代。猶行之而未廢者。至民國暫行律以來。始採用現世之防衛主義。其刑罰之目的。則不在予犯人以痛苦。而在予犯人以自新。又刑止及犯人之一身。而不能科及以外之人。卽所謂感化主義。縱於無可感化之犯人。不能不處以生命刑。然亦在使

之與社會永遠隔離。而亦非以予人以痛苦爲目的者。顧防衛主義。在近代亦有二種學說。

(1) 社會防衛主義。(即一般預防主義) 謂刑罰之設立。爲社會對於違反社會條理之人所予之打擊。易一方面說。即使社會一般人望而知所畏懼。致不敢萌爲惡之意念之一種方法也。依此說之結果。則刑罰之本質。仍係以威嚇之效用爲主。(2) 特別預防主義。(即改善犯人主義) 謂刑罰之設立。係對於已犯罪之個人。以強制力予以改善之方法也。若欲爲預防社會上一般人之犯罪。則當設法改良社會。當讓之其他之社會政策。非刑罰所能收效者。依此說之結果。則刑罰之本質。係專以改造犯人之環境性行爲爲任務。毫不能有威嚇之作用。近世所盛唱之教育刑主義。謂刑罰當採用強制教育手段。即本此說也。要之兩說之觀念。未免各偏於極端。刑罰之正當目的。一方固須注重犯人之改善。他之一方仍不能不使社會一般人知所警戒。故刑罰之使用方法。一方須有改造已犯者不流於累犯之效用。一方仍須有使未犯者不蹈其覆轍之效用。依社會預防主義者之所說。則未顧及犯人之善後問題。究非杜絕犯行之方策。依特別預防主義者之所說。謂對於社會之防衛。當讓之社會政

策。要知社會政策之實行。非賴有刑罰之威力。亦實無以維持其政策之秩序。且依其說而謂刑罰之目的僅在改善犯人。與社會之預防無關。則國家僅有強制教育之設備即爲已足。又何所取義而必有刑罰之存在。故近代各國關於刑法上之立法精神。及學者間之通說。多認爲依現今之時代性。所謂防衛主義之刑罰制度。其主要之意義。固在謀犯人之感化。凡從前所有不合於感化作用之報應刑及威嚇刑。均認爲有刪除之必要。然刑罰制度之含義中。仍不能完全廢除報應與威嚇之附隨的存在。此即所謂折衷主義。尤其在我國新舊刑罰主義交替之際。又教育尙未普及之時代。關於刑罰制度。尤不能不採用折衷主義者。依暫行律及本法本條刑制之立法例觀之。當認爲係採用折衷主義者無疑也。

第二 死刑之目的及其效用。均爲現代刑事學者所認爲重要之問題。蓋凡受執行死刑者。一方喪失其生命。一方感受痛苦。在主張隔離社會主義者。謂執行死刑。係欲摒除犯人於人類交際社會以外。一以免致擾亂安寧秩序。二以免致傳佈犯罪性。故必對於萬無改良希望之犯人。始行此永遠隔離之方法。其目的亦祇在使之喪失其生命而已。而主張威嚇主義

者。則不徒以使之喪失其生命爲目的。更欲使受痛苦。以促起一般人之警惕。前者對於死刑之執行。務使減除痛苦。所以有用電氣殺或瓦斯殺者。卽此目的之表現也。後者既以使其兼受痛苦爲目的。故不惜創立種種殘酷之執行方法。如凌遲卽其一也。然死刑之效用。其結果實足以生鎮壓之功能。使未犯者生畏懼之念。卽所謂辟以止辟之義。按之刑事政策上。雖非根本辦法。然於威嚇刑上觀之。誠無愈於死刑者。若僅以隔離社會爲目的。則非除死刑外別無代替之方法。例如以終身監禁之無期徒刑。亦足以使其與人類交際社會相隔離。不必定須採用死刑之方法。說者謂死刑爲對於萬無可有與社會合作之一日之犯人。始決然的令其退出於社會。對於此種犯人。既無可令其再與社會合作之希望。若仍永遠留置於監獄中。則於國家及社會上大不經濟。至無期徒刑雖亦爲永久隔離之性質。然尚有於一定時期後。依赦免或假釋。猶可有復令其與社會合作之希望。故死刑亦仍僅爲社會隔離之方法。特僅爲對於無改良希望者之一種隔離方法而已。究之死刑爲已死不能復活。其效用之部分。雖不能謂非社會隔離之一方法。然從實證的加以觀察。其因此所生之反射作用。

大足以發世人之警省。此刑罰之威嚇力。終當認爲係死刑效用之最大部分也。特於使其喪失生命之上。復必予以極殘酷之痛苦手段。則有逾於威嚇之程度而流於暴虐。實爲人道之所不取矣。

死刑在歷史上爲最古之刑制。自有刑罰歷史以至於近世。無死刑之刑法。殆不可得見。惟現代則歐西各國中。已有實行廢止死刑之新刑法矣。死刑廢止之論。創始於十八世紀之初。首唱此論者爲伯加利亞。伯加利亞係以社會契約說爲基礎者。謂刑罰權之淵源。實基於社會之契約。社會中各個人爲保持自己最大利益起見。因割其自由權之一部委之於統治者。使得爲保護社會中各人之最大利益。而有剝奪人類一部之自由之權。若喪人生命則爲斷絕個人之最大利益。實與社會契約之原旨相違云。主張廢止死刑者。以此說爲最古。至今日則死刑存廢之論爭。已成爲刑法學上之一大問題。茲將關於此問題之學說。略述其大要如次。

甲 主廢者之說其所持之重要理由 (1)死刑無伸縮之餘地。(2)死刑無回復之可能。其

結果則(A)斷絕罪人自新之路。蓋死者不可復生。不如無期及有期徒刑、於執行一定年期後。犯人倘能悔悟。尚可予以假釋。若處以死刑。是絕人改悔之念也。(B)法院判刑。難免錯誤。觀於最高法院所提起之非常上告案件。常多有因誤判而改正者。誤處徒刑。一經改正。便能恢復自由。若死刑一經執行。則雖發見錯誤。亦無由改正。(3)天地有好生之德。凡含生之動物。猶當矜全。而人類則自爲殘殺。此種冷酷之手段。殊非人道上所宜。(4)人類俱賦模倣性及習慣性。故非常之原。黎民懼焉。其所不常見者則不敢爲也。試觀承平時代。殺傷之事甚少。而亂世則殺傷之事甚多。可以知矣。若國家常執行死刑。爲人民所目見。實將增長人民殘殺之風。(5)死刑之在社會上。并無威嚇之效力可觀。自有死刑以來。亦未見有犯罪減少之實益。以上均主張廢止死刑者所持之論旨也。

乙 主存者之說則認上述主廢說之理由爲全不能成立。其反駁之論點 (1)伸縮之有無。應於法定範圍內求之。例如依刑法之規定。殺人者處死刑、無期徒刑、或十年以上有期徒刑。其究應處死刑與否。審判官未嘗無伸縮之權。就法定範圍內而科以無期徒刑或若干年

之有期徒刑。不能指爲違法。卽就科惟一死刑之條文而論。依法亦有酌量減輕之機會。不能謂死刑無伸縮之餘地。(2)死刑雖無回復之可能。而(A)凡處死刑者必爲罪大惡極。無法可以改善者。苟認其惡性尙能有一線之改悔希望。則正不必處以死刑。不妨處以無期徒刑。可知死刑係對於具有萬無可改之重大惡性者而科加。無自新與否之可言也。(B)死刑於執行後固無改正之望。此爲一般人所知。而立法者亦未嘗不注意於此。故刑法上規定非經法部覆准回報不得執行。是於判決之後。仍留改正之餘地。既經過法部之覆加以審核。則當改正者卽時當已依法以行改正之手續。未有法官錯誤於前。而法部復錯誤於後者。(3)除惡所以安良。處人死刑。非無故奪人生命可比。故古今中外皆有死刑之制度。不約而同。除少數之兇徒。以救多數之生命。卽諺所謂殺狼虎不爲損德。於人道主義無傷。(4)死刑足長殘忍之風。亦爲學者之通說。但現在刑法已不取梟首棄市之制度。均於監獄內祕密行之。卽除避免此種弊害而起。是已有救濟之法。(5)主廢者之前四說均非有法律上之根據。惟第五說係根據法律以爲立論者。然此說之理由若能成立。則一切之刑罰均當

廢止。固不獨死刑爲然也。以上均主張死刑存留論者所持之理由也。

死刑存廢之理論。在主張應報刑論者及一般豫防論者之觀察。則死刑有存在之必要。固無俟繁言而解者。若主張特別豫防主義者之觀察。則死刑對於改善個人之目的。實無意味之可言。然在現代社會之文化的進步程度。則死刑之威嚇的效力。尙未到達即可全然廢止之時期。實爲學者通說上之所共認。蓋僅就社會隔離之點言之。則有無期徒刑之存在。即可盡其長久隔離之能事。但死刑則爲對於特種之場合與特種之犯罪。除具有社會隔離之能事外。并具有強性之威嚇力。依現代刑法之時代性。及各國多數之立法例觀之。則對於此種威嚇力之要求。卽有採用折衷預防主義之必要。實爲不可掩之事實。謂依將來文化之進展之傾向。則死刑將有悉予廢止之趨勢則可。謂在現代之社會情形。死刑卽無存在之餘地。則尙未見其有當也。

暫行刑律補箋云、「死刑存廢。學說尙不一致。在我國有不可廢者三。一曰法理。蓋刑罰如藥石。罪犯如疾病。醫之用藥。非審其病質與藥力。則藥無效而病不得瘳。故潰爛之癰

疽。非尋常藥力所能奏效者則割去之。死刑之加於犯罪。亦猶之刀割之加於癰疽。定其適用之標準。厥有二端。曰大惡。曰不治。使對此大惡不治之犯。不加以絕對淘汰之刑。豈國家刑期無刑之意哉。二曰歷史。國家當改革之秋。沿歷史之舊固不可。不審其所當存者亦不可。我國自有史以來。倫紀之重。未常忽變。使一日廢止死刑。則對於干犯倫紀者。裁判必多窒礙也。三曰社會心理。我國用死刑相沿已久。使一日廢止。則影響必及乎社會心理。兇惡之徒。必玩其刑輕而肆無忌憚。良民必駭其不情。愈滋權利侵害之懼矣。『要之刑法上可否有死刑之規定。非純然法理上之問題。胥隨一國之時代與情勢以爲適宜之決定之問題。立法者不能於社會所需求以外之刑罰而任意設定。亦不能於社會所要求以內之刑罰而任意廢除。以我國現時之情勢論之。則死刑之刑制。實尙爲社會中所需求以內之刑罰也。歐洲各國之刑罰法典中。已廢止死刑者爲意大利於一八八九年之新法典。已實行廢棄死刑。蓋主張廢止死刑論者。亦以意大利之學者爲最盛也。又荷蘭、腦威亦於一九〇二年廢止死刑。至瑞西之若干州。亦曾一度實行廢止死刑。旋即因人命犯之增加而恢復。法

蘭西政府關於死刑之制度。中經四十年存而未用。於一九〇六年曾提出死刑廢止案。經國會多次辯爭之結果。又適因巴黎市中連次發生慘殺事件。該案遂於一九〇八年終被否決。英奧美等國。則尙未有廢止死刑之動議。德國一九二七年草案。對於死刑廢止與否之理由書中。對於廢止論亦不予以批難。惟認該國尙未到達廢止之時期。因此次長時期戰爭之結果。民風已趨於獷悍。殺人事件。日有增多。國家之威嚇力尙未可全行拋棄。則死刑之存留尙認爲必要。其結果則該草案僅認死刑爲當有限制。而仍維持死刑之存在。日本常現行刑法編纂之際。亦有廢除死刑之提議。然立法者亦以該國尙未到達廢止死刑之時期。關於重大之犯罪。仍保留此種威嚇力之刑罰。此各國刑法立法例關於死刑存廢之情形也。但各國刑罰法典中。關於死刑之廢止者。雖屬寥寥無幾。而關於專科死刑之規定事項。則有日趨於減縮之勢。亦有於刑罰制度上雖尙存留死刑。而執行則極少或全未執行者。如日本現行刑法之專科死刑者僅四條。英美常以特赦而不執行。法國則常亘數十年而不一執行。亦日期減少之意耳。

死刑在我國刑法上之地位。呂刑大辟之屬已二百。漢武時復增至四百〇九條。凡千八百八十二事。降至遜清。則達八百四十餘條。及暫行律始大加削減。專科唯一之死刑者僅三條。即第一百條之通謀外國使對中國開戰端或與敵國對抗中國之罪。第一百八條加危害於外國君主或大統領之罪。及第三百十二條殺尊親屬之罪。其餘則爲選擇刑之死刑。本法專科唯一之死刑者爲七條。即第一百二十一條之殺友邦元首罪。第二百四十條犯強姦而故意殺被害人之罪。第二百八十三條殺直系尊親屬之罪。第三百四十五條搶奪他人所有物而故意殺人之罪。第三百五十條犯強盜而故意殺人之罪。第三百五十三條海盜放火、強姦、故意殺人之罪。第三百七十二條擄人勒贖而故意殺被害人之罪。其餘則爲選擇刑之死刑。以與昔時之刑制比較。則已爲死刑之緩和化矣。

第三 無期徒刑與有期徒刑。均係自由刑之一種。無期徒刑爲終身監禁於監獄者。在遜清時謂之永遠監禁。其實除遇赦或假釋外。即係以終身爲期。則稱爲終身徒刑亦無不可。此種制度。在從前係以使犯人受終身之痛苦爲主。一面亦有使其與社會永遠隔離之意旨。在

今日則以其與社會爲長久之隔離爲主。一面仍有望其有改善之一日。故本法第九十三條之規定。無期徒刑逾十年後。有悛悔之實據者。得許其假釋出獄。此與死刑相異之一點也。有非難其制度者。所持理由。則有下列數端。(一)無期徒刑爲終身刑。其慘酷實較死刑爲尤甚。蓋人類遭受終身獄居之生活。則一切之人生觀。遂終其身俱被斷絕。亦與喪失其生命無異。且其所受長時間精神上之痛苦。較之被處死刑者不過受最短時之痛苦而遂喪其生命爲尤烈矣。(二)人壽無定。長壽者其所受痛苦之時間多。壽短者其所受痛苦之時間少。於刑罰上殊欠公平。(三)徒刑以使犯人改悔爲主。其最宜注意者則在勿使犯人絕其幸福之望。若一旦宣布無期徒刑。則犯人明知終身不能再履幸福之門。遂以斷其改過自贖之念。是無異以刑罰杜其改悔之路也。現在葡萄牙刑法。竟因此點而不有無期徒刑之存在矣。然在一般之通說及法例上。則俱認以上諸說爲無充分理由。蓋第一點所謂無期徒刑尙慘於死刑者。不過有偶然之少數人具有如是悲觀。人之恆情。莫不好生而惡死。況日後尙有出獄之望乎。且凡被處無期徒刑者。必爲極惡不道之人。法律上對於此等極惡不道之性格。若

非予以無期之威壓與教導。則惟有毅然的淘汰之於社會以外。方可以維護社會之安甯。是不予以淘汰而予以無期徒刑。猶係出於博愛之懷也。第二點謂人壽無定。不徒無期徒刑爲然。卽有期徒刑亦何莫不然。蓋有期徒刑亦有今日入獄而明日卽死者。豈非對於同期限之徒刑者。有少受多受之別乎。第三點謂杜絕犯人改悔之路。此對於昔時之刑制則尙有一部分之理由。而今日則各國刑法中對於無期徒刑之囚人。類有假釋之規定。善用之適足以促大惡之犯人亦有改悛之日。不能謂爲杜絕悔悟之路也。蓋無期徒刑之運用方法。今昔已有不同。其一爲使之隔離社會。其一則使窮兇極惡之犯人。仍有悛悔之餘地。已如上述。除其所具之威嚇力較死刑稍弱外。而在刑事政策上之效用。實足爲死刑之緩和和方法。則較死刑爲尤優。法律上對於處死刑者。必已認其無改善可言。始去其生命。但其人究竟有無改善希望。固非立法者所能預測。卽在司法官。亦難下絕對的判斷。倘於執行此死刑之緩和化之無期徒刑中。該犯人一旦能完全改善。有與社會爲共同生活之適合性。卽置之交際社會中亦必無妨害。是此種具有彈性之隔離刑。甯不較死性爲更優。縱該犯人終身不能遷善。

又何妨存其生命於監獄之中乎。故在今日之社會中。除因一時特殊情形。不能不採取強有力之威嚇主義外。實以適用無期徒刑以爲死刑之緩和爲最當。又可知今之主張存留死刑制度之用意。乃係欲保存其合乎鎮壓政策之威嚇主義。并非因隔離社會之必要而定須存留死刑也。基於上述理由。則無期徒刑者亦爲今日緩和死刑制度之一種良好刑罰也。

無期徒刑之在今日。實有存留之必要。已如上述。但依現代最新之學派所主張。則對於無期徒刑制度之概念上。亦認爲無可批難之點。惟對於無期徒刑制度之運用上。則認爲尙有改良之必要。其結果則仍認無期徒刑制度之當廢止。而代以不定期之自由刑。所謂不定期刑制度者。可分爲絕對的與相對的二種。絕對的不定期刑。卽宣告科刑時。僅宣告若干年以上之刑。而無若干年之一定的刑期。被處刑者經過若干年以上之時期以後。如認爲已完全改善。卽可令其出獄。否則須至有改善之日爲止。始能令其出獄也。相對的不定期刑。卽宣告科刑時僅宣告若干年以上至若干年以下。在此以上以下之範圍內。無一定之年期。被處刑者經過若干年以上之時期。若有改善之實據。卽其刑期可以終了。否則非至滿若干

年以下之時期不能出獄也。前者即無期徒刑制度與假釋制度相合而成之制度。學者間有認爲無期徒刑與假釋相併合。即爲實質上之不定期自由刑。但(1)假釋爲有條件附之性質。犯人於出獄後。雖有與社會共同生活之適合性。而仍不能脫卸被判之資格。但不執行其刑耳。是人類一被處無期徒刑以後。雖有改善與出獄之時期。而終其身不能回復社會之完人地位。究不能謂非刑政上之缺痕。若不定期刑制。則一達於可以出獄之時期。即立可成爲社會之普通人矣。(2)受無期徒刑之宣告者。每易令犯人失望。受不定期刑之宣告者。則易令犯人奮發其遷善之心。(3)無期徒刑須經過一定之長期年限。始有假釋之可能。在此最長期之固定年限中。犯人雖改善至與普通優良人相若。仍須忍受其所不必受之痛苦。國家方面與犯人方面。未免兩不經濟。不定期刑則宣告之起始刑期。不妨稍低。而仍不致有失出之弊害。(4)無期徒刑制度中既認許假出獄。則立法者已承認不定期刑制之實質上理由。所差異者不過爲傳統的之刑罰形式而已。是無異避免康莊大道而故入紆迴曲折之小徑。則不如避免紆迴之小徑。而徑取此康莊大道之不定期刑制也。至相對的不定期刑制度。則

係對於有犯罪之習慣性者而設。學者間認爲須與保安制度并立。始能收有圓滿之效果也。不定期刑制度之緣起。初創始於北美中之諸州。一爲對於有改善可能之犯人所施之匡正方法。一爲對於無匡正可能者所施之隔離方法。後漸爲歐洲所採用。此制度初於一千九百年在布爾克塞爾之國際刑事會議中。曾被否決。後於一九一〇年在華盛頓又於一九二五年在倫敦之兩次國際刑事會議中。則認不定期刑爲刑罰個別化之必然的結論。終於成立有採取必要之決議。現代之腦威刑法典。及意大利、捷哥斯拉夫刑法草案。均有適用不定期刑之規定。特均係對於特種罪犯之法例。日本少年法第八條。則已實行採用不定期刑制矣。要之不定期刑制度之在今日。尙屬萌芽時代。換言之。則尙屬試驗時代。若從目的刑主義及惡性刑主義之原理以爲推斷。則不定期或不第有可取無期徒刑之制度而代之。即有期徒刑制亦將有可以動搖之趨勢。然試驗上之效果如何。則尙未可以理論而臆斷者。依現今之刑法經驗觀察之。則無期徒刑尙爲刑事政策上所認爲係有實證的之一種需要制度。而未能遽以不定期刑制替代之者。故本法關於刑種之設定。仍係採用無期徒刑制也。

有期徒刑完全以改善爲目的。能依個別的罪情及個別的犯人性格而有伸縮之餘地。爲世界上所公認爲最良之刑制。在本法上亦係居於主要之地位。此種刑制。係有一定之期間。故曰有期。即係依其惡性之重輕以爲期限長短之標準。而法律上且有最長最短之限制。蓋若無限制。則長可至與無期等。短可至與拘役相混。失其本旨矣。依暫行律之規定。最短期爲二月。最長期爲十五年。中分五等。已如上述。倘遇俱發併科。則最長亦不得過二十年。本法則改暫行律所定之等級制而爲年月制。依本條之規定。則本法所定有期徒刑之期限。亦與暫行律同。最短期爲二月。最長期爲十五年。但係原則。若於例外之場合。即遇有加減及併合時。(參照第七十條第三項)長期可加至二十年。短期可減至二月未滿。至此種定期制之運用範圍。依各本條所規定之標準範圍。約可分爲十種。茲分列如次。

(1) 七年以上。

(2) 五年以上十二年以下。

(3) 三年以上十年以下。

(4) 一年以上七年以下。

(5) 六月以上五年以下。

(6) 五年以下。

(7) 三年以下。

(8) 二年以下。

(9) 一年以下。

(10) 六月以下。

本法改等級制爲年月制之理由。謂有期自由刑以年月規定。爲各國通例。暫行律採等級制。不能無失。且有期徒刑分五等之意。不過爲便於加減耳。惟以等爲加減。則加必一等。減亦必一等。其中難免畸重畸輕之弊。例如二等有期徒刑加一等。則高度加半。低度加倍。三等有期徒刑加一等。則高度加倍。低度加三分之二。又如一等有期徒刑加一等。則變爲無期徒刑。相差更遠。若祇欲加重數年使不至於無期。則無法處斷。卽拘役加一等則變

爲五等有期徒刑。其相差亦甚遠也。況於立法上亦諸形不便。蓋分則及各單行法所科之刑期。惟以此五等爲標準。而罪之輕重各有不同。必以此五者繩之。則所規定之刑。恐有不失之寬卽失於酷之病。考各國刑法科二年以下六月以上之徒刑者尙多。卽如日本刑法科二年以下懲役者十餘條。科六月以下懲役者計數條。照暫行律徒刑之等級。欲科二年以下或六月以下。則無可規定。其餘介乎各等級之年期亦復如是。不若廢去等級。各定年月。而以若干分之幾爲加減。旣無定刑失當之虞。并免加減相懸之慮矣。且分則及單行法各條徒刑。明定年月。則一目瞭然。無俟檢查等級表。卽知刑期長短。實較便利。此本法所以不採等級制也。

有期徒刑之最長期。究以若干年爲最適當。學者間頗多爭論。主張長期說者。謂徒刑期間之長短。應以犯人惡性之深淺爲標準。其惡性深者。有非處以最長期難望改善者。如法定範圍過短。則無以改善其惡性。其處刑之效果。每至功虧一簣。殊爲可惜。因以主張法外期間務求其長。主張短期說者。謂長期足以改善惡性較深之犯人。固也。但改善之有無效

果。不在期間之長短。而在改善之方法。如改善方法不良。雖處以數十年之徒刑。亦難生效。否則雖三數年亦能生改善之效也。而反對短期自由刑者之又一說。謂短期自由刑執行後所隨生之弊害。甯以全無刑罰為猶優。蓋(1)短期自由刑為無益之刑。此短期間絕不能收懲過遷善之效。(2)短期自由刑為有害之刑。一面足以使多少素有名譽心之偶然犯人。因受此短期刑之結果。而陷入於自暴自棄之途。他之一面。則於短期間徒使偶然犯感受監獄中同犯之惡性。而造成多數之職業的犯人。(3)短期自由刑既如此其無益而有害。則徒足以耗損國庫之費用。於是有主張廢除短期刑而代以保安處分者。有主張擴充執行猶預之範圍者。依我國刑法第一次修正案。曾將最長之十五年改為十二年。其理由謂犯罪年齡在二十五歲為最多。而人生平均年齡不過四十一二歲。若對二十五歲以上犯罪者科以最長期刑十五年。則至四十歲以上始能釋放。殆與無期徒刑無異矣。本法則仍主張以十五年為最長期。其理由謂法律所科有期徒刑之最高度。實際上於犯人之關係各有不同。此皆事實上犯人本身問題。似不足以為縮短自由刑之標準也。況有假釋制以救長期自由刑之弊。犯人

果能遷善。不必待至刑期滿後始能出獄。否則卽科以十五年之刑。爲社會及個人之防範起見。未爲過也。又科刑時有最高及最低度之規定。法官可以酌量於其間。非必處以最高度而始可。原定十五年。實從多數國刑期擇其適中者。故本法亦認爲允當也。

吾人之意見。若以目的刑言。有期徒刑之本旨。在改善犯人之惡性。其改善之有無效果。全在改善方法之良否。不在刑期之長短。且能否發生效力。大半於入獄之初數年內卽可斷定。蓋犯人於入獄後。依通行之階級制。先受獨居之痛苦。必翻然生改悔之念。復受教誨師之教導。自能漸知正義。歸於善良。若經過三五年以後。受痛苦而不覺。置教導於不顧。則其心性已如木石。雖再過十年二十年。恐亦難有改善之望。嘗以此說徵之老獄吏。亦皆云然。況犯人心理。亦必各有前途之計算。如受三五年之徒刑者。自計爲期未遠。於出獄後不無恢復地位或發展之望。由是洗心向善。尙有可爲。若自計所受徒刑在十餘年以上或至二十年。於出獄爲期尙遠。人壽幾何。有無生還之日。尙在不可知之數。反因而減縮其改過之心者有之。要之欲犯人改悔。須常使犯人抱有無窮之希望。凡爲希望力所迫者。

其進步必速。至云恐出獄後惡性未改。足以爲害社會。殊不知犯人出獄後若再行犯罪。仍可處刑。若出獄後不再犯罪。則已無害於社會。又何必定使置之獄中耶。然以現代社會之情勢言之。則刑罰主義。似尙未達到完全廢除威嚇之時代。當此威嚇主義未可完全拋棄之秋。則長期刑制又似不能驟予廢除。是在立法及司法當局者。須寬其假釋之範圍。并勵行假釋之方法。庶得以資調節而救濟其利弊之衝突。此現代學者所以力倡行刑委員會制度之意義也。所謂行刑委員會之制度。卽與司法陪審制之意義相若。對於裁判執行之行刑實際上。卽關於執行上之運用。不能一任監獄吏員之獨裁。須使監獄官吏以外之裁判官、及受刑之保護者、(例如律師)及社會事業家、(例如各國間司理免囚保護事業者)組立行刑委員會。以爲行刑官吏之輔助及監督機關。參加審查犯人獄居之狀態、及犯人個別之待遇、并可否予以假釋、諸端。以收刑制之利而祛其弊也。

關於無期或有期徒刑之運用精神及其方法。學者亦當知其大概。庶足以瞭解自由刑之實質的意義。茲爲分別述明如次。

甲 自由刑運用之精神。今昔已不相同。昔時對於自由刑以使犯人受痛苦爲唯一之目的。故於獄囚之設備。甚爲簡陋。且故意予犯人以難堪。其結果則犯人因受自由刑之執行而損傷其身體之健康。於出獄後既已失社會信用。復乏工作能力。無業可就。則盜心以起。且有除再犯罪無其他之生活方法者。又昔時監獄係採雜居制。既不予教導。復不予攷察。往往羣居終日。侈談罪史。或以豪強誇其能。或以詭異鳴其術。習時既久。潛移默染。在本無惡性之偶犯。亦將因此中之薰陶而變爲不可自拔之豪猾。不獨於犯人無絲毫之匡救。社會以至國家亦均隱受其害。在今時則對於自由刑之運用。(1)在使感受生活之寂寞。令其生悔悟之心。并須注意保護其身體上之健康。今日後仍與健全人有同等之能力。(2)在使與人類交際社會隔離。以免傳染惡性於社會。或有侵害他人法益之虞。除限制其自由之一部外。其他之法益。如生命身體財產名譽。均保持其不可侵權。(3)有教導以改善其惡性。強制學習工藝以勤其體力。練其技能。使出獄後得有自新之路。以上各點。均爲新監獄政策之精神也。

乙 自由刑運用之方法、自由刑爲將犯人禁置於一定之場所、卽監獄內。受管獄官吏之監視。而限制其自由行動之範圍。周禮大司寇以圜土聚教罷民。（罷民卽疲民。爲不肯勤勞職事之隋民。故禁制於圜土內而教之）凡害人者置之圜土而施職事。與現代監獄之制相類。亦可謂爲我國監獄制度之起緣。現代監獄內監視獄囚之方法。有分房制。獨居制。階級制。又曰折衷制之三種。雜居制係使多數犯人聚居於一室。於犯罪性質及犯人性格均毫無區別。其優處僅在節省監獄經費。而其黜點則（1）無法禁止犯人間之交際。容易使犯人感染惡性。（2）不能使犯人感受寂寞之苦。則難生改悔之念。蓋改悔之念。每生於思想清簡之時。其理解心始能透出。其良心亦能由此發見。若羣處終日。侈談罪史。欲促其生改悔之念。則曩曩乎難矣。（3）失刑罰之屈壓作用。蓋刑罰貴能使犯人對於國家權力生屈服之心。而屈壓之作用。又不能如曩昔之以黑暗慘酷之方法。卽所以力服人之作用。故今日監獄。既務洗去從前之惡制。若復予以雜居。則神經漸忘感觸。屈服之作用將終歸於消失。（4）不能貫徹刑之公平。蓋雜居制施之於下等兇頑則反覺其快意。施之於具有身分及良心

者。則感受之痛苦尤深。學者對於以上各種弊害。故對於雜居制多所批難。與雜居制相反之制則爲獨居制。亦曰分房制。卽每人分居一室也。除監獄經費須有多量之增加外。則悉能矯正以上之弊害。更加以獄中教導師之隨時啓迪其向上之心。則對於救濟犯人之良心改良犯人之性行之目的。容易達到。此制之優良。久爲學者間之所共認。至現代所通行者多爲階級制。係取獨居制之長以救濟雜居制之短。并參酌刑事政策而產生者也。故又謂之折衷制。或累進制。以其採取各種制度依步驟而併用之者。其法卽係對於初入獄之犯人採獨居制。加以嚴格的管束。書信接見。均予限制。經過若干時期後。攷察其情性。認爲係良善或已顯有改悔之狀態者。三數月後卽使之雜居。否則須經過較長之期間。俟察其俱有改悔之情態。始予寬緩。此種雜居亦非普通所云之雜居。卽晝間許其雜居作業。夜間仍分房而處。并可依其行狀之良否。及作業之勤惰。再設階級使之升降。其升降之標準。由獄官依據其平日之成績審定。經過此種雜居後。再行分別使入第三階級。第三階級卽假釋也。於其中察有行狀善良。且查有悔改之實據者。認爲無再受其餘刑期之必要。卽隨時呈請假

釋。此階級制之大略情形也。階級制已經過各國間之實驗而有良效。故在學說上及各國監獄法上。亦均認為適宜。惟於第一期之獨居期間。則尚有研究餘地。因過長則有傷犯人身體之健康。過短又未足以改變其精神。胥視犯人之個別的性格而有不同。現代制度最長者多止於一年。有時猶嫌其過短者。但應在制度內酌量情形而伸縮之。或法定上期間不妨稍長。而適用時則俾獄官攷察其情形而伸縮之使合於各犯人之個格性為宜也。至第二期之雜居。更當隨時考察有雜居之可能性。如認不合。尚可使之獨居。此又在監獄官訓練得宜。使得隨時補救之耳。

自由刑之運用方法。除以階級制為適宜外。要當有一定之勞役。與特別之訓導。服勞役之理由。俟於五十四條述明。至特別之訓導。則學者所謂強制的教育刑之性質也。現代新監獄制關於教育之設施。為刑政上最為注要之一端。除監獄官職定有教導之專職外。其他如宗教師之宣講。名人之演述。及關於美序良俗并有教育意味之活動電影。在優良之監獄中。均為其注意施設之事項也。

第四 拘役亦爲自由刑之一種。次於徒刑之自由刑也。依本法之立法例言之。其與徒刑不同之點。則受徒刑之執行者。於一定期間內再犯罪。則當以累犯論。應加重其刑。而受拘役之執行者。則不生累犯之問題也。在暫行律上徒刑須服法定勞役。而拘役只酌加勞役而已。本法則無此區別。依主張廢除短期自由刑者之見解。拘役刑當然非其所贊許之制度。然實際上拘役刑亦能有相當之威嚇的效果。在此威嚇主義未能全廢之社會時期。故拘役制亦尙未能即予廢除也。

第五 罰金刑即財產刑之一種。且爲主刑中之財產刑也。罰金之最寡額爲一元。因貧者尙得減少至五分之一。其最多額則本條不規定。一讓之於分則各本條。此制之優點。(1)能依犯情及犯人性格而有最富之伸縮力。(2)宜於制裁因利慾而起之犯罪。(3)可以補救短期自由刑之弊害。可不致犯人感染獄囚中惡性。(4)其執行無妨於犯人之身體地位與職業。可免輕微罪犯損失社會上之地位。然亦有反對罰金刑之存立者。其所持之理由謂(1)罰金不合於刑罰之原理。因不能改善犯人之惡性。(2)對於無資力者無從執行。但此點在本

法上爲無問題。以有易科監禁之制以濟其窮也。(3)罰金對於犯人所受痛苦。太不平等。蓋貧者絕其一百元卽足傾其產。富者有雖絕其萬元尙不啻其一夜游興之資。是罰金僅可對於貧者及次貧者能稍收懲戒之效力。若對於富者或豪富者則實無絲毫效力之可言。然准此理由以評論。刑法上關於罰金制運用上之不良則誠爲適當。若卽以之爲此制度之本體上之弊害則殊非根本之理由。人固以其資產之厚薄。而易其對待金錢之心理。然罰金之數。亦可隨其犯人貧富之境遇以定其多寡。假定對於擁有百萬之富人。科以數十萬之罰金。亦未嘗不足以收懲戒之效。且榮譽心每爲富人之所普具。損失其少量之金錢。固於其富力毫無影響。然受法庭罰金刑之宣告。其不名譽之刺戟或較貧人爲尤甚。故於不能處自由刑之罪。在別無替代之方法以前。仍非採用罰金刑不可。此各國立法例上所以對於罰金制均不能遽予以廢除也。但在暫行律上。尙有於徒刑執行困難之場合。有換科罰金之規定。而本法則未採用。僅有罰金執行困難之場合。得易科監禁而已。

最高法院解釋例 新刑法總則無易科罰金之規定。無論在施行前判決確定之案件。或施行後判處徒刑拘役之案件。均不得易科罰金。(十七年解字二〇三號)

又 罰金因犯貧得減至五分之一。乃為法院之職權。毋須當事人之聲請。更不應延至執行時始行裁定。凡科處罰金之案件。犯人是否貧困。祇須於判決理由內加以說明。無須在本文中表。 (十七年解字二三八號)

又 新刑法之所謂易科罰金。係選擇刑之一種。與舊刑律規定於宣告後得易科罰金者不同。(十七年解字二三九號)

司法院解釋例 凡依刑律判處五等有期徒刑或拘役之案件。在刑法施行後。即使執行有窒礙。亦不得適用舊刑律易科罰金。(十八年院字四三號)

## 第五十條 從刑之種類如左。

- 一 褫奪公權。
- 二 沒收。

一  
本條之要旨。爲關於從刑之規定。從刑之性質。卽附加於主刑所處之刑罰也。在原則上非已科主刑者。不得獨立科加從刑。從刑之種類。卽一爲褫奪公權。二爲沒收。公權卽人類所應享受之公權。上述之生命自由財產權。皆爲人類固有之私權。因犯罪之種類而有以生命刑自由刑財產刑予以剝奪之必要矣。關於公權之部分。（公權種類。見第五十六條）因處罰某種犯罪之場合。而亦有附隨的予以褫奪之必要者。則在法律上不能不有褫奪公權刑之設定也。

沒收者卽將犯人所持之財物藉沒入官之謂。亦財產刑之一種。但此項財產刑之立法意旨。非處罰犯人之意。而爲收沒不應存在於犯人之手或犯人之所不當利得之財物之意。故以附隨於有主刑之科加時爲原則。但例外於雖不執行主刑之場合。而認爲其物不應爲犯人所持有時。亦得專予以沒收。則其非爲處罰犯人之意旨尤屬顯然也。

第一 褫奪公權制。在各國刑法立法例中。亦有不認爲適當之制度者。如日本舊刑法有剝奪公權刑。新刑法則刪除之不爲規定。其一例也。泉二博士對於此項刪除之法理的說明。意謂犯人於免囚後復受褫奪公權之制裁。則已有悔改之犯人將失其正業之途。刑法上之急務。當以使改後者有實現社會的復活之必要。若認禁止公職之制度尙須存立。則於現代免囚保護之見地爲不相容云。依余之意見。刑法上各章關於有褫奪公權之附加者。均係對於罪情有惡性之危險。及對於犯罪人性向有惡性危險之堪虞時。始認爲有附帶科加之適宜。故從本法之立法例觀察之。褫奪公權之刑制非係絕對的。而爲賦予法官之職權的審察其犯罪之情節與犯人之性格而定其科加與否者。換言之。卽非必褫的而爲得褫的。較之採絕對褫奪主義。(暫行律有必褫奪與得褫奪兩種)與採絕對不褫奪主義者實爲有斟酌適宜之餘地也。惟褫奪公權制在本法上爲從刑之一種。非已科有主刑者不得獨立科加。在余之見解。則以爲尙有缺憾。蓋行使私權。其能予社會上之危險。較行使公權時爲小。對於有危險性之人。有時可令享受私權。不宜使有公權。例如其人雖具一種危險性。若僅令享受私權。

尙可不至發生實害。但若使爲公務員或軍人律師之類。則難免因其職位而發生犯罪。此種人在刑事政策上有時不必處以徒刑。然不可不褫奪其公權。假若褫奪公權亦列爲主刑之一。直可獨立科處。對於此種人用之甚有效力。且甚爲適合。故余主張褫奪公權亦當爲主刑之一也。

第二 沒收之趣旨。爲防範將來犯罪之憑藉。及剝奪犯人不當利得之利益。日本泉二博士認刑法上沒收之立法意旨。係剝奪犯人之財產上之利益。此種說明。係僅從立法上之形式而言。究非立法上之實質也。

### 三

前大理院判例 犯罪行爲。既照赦令已予以免訴。則無主刑之存在。不能單獨爲從刑的宣告。(二年非字六二號)

又 沒收爲從刑之一種。與主刑有附隨之關係。除有特別規定(如本法第五十二條第六十一條之規定)外。凡主刑不存在者。不得單科從刑。(七上年上字七二二號)

前大理院解釋例 變價乃就具體的物件。實施沒收處分之一種辦法。罰金係抽象的財產罰。二者性質迥然不同。不能混而爲一。(五年三月統字四〇八號)

第五十一條 主刑之重輕。依第四十九條規定之次序定之。

同爲死刑或無期徒刑者。據犯罪情節。定其重輕。

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

最高度與最低度俱等者。據犯罪情節。定其重輕。

一

本條之要旨。係規定刑罰重輕之比較的標準。刑法上關於比較刑之關係。一爲以一行爲而觸犯數種之罪名者。須比較各罪之刑之重輕以定從一重處斷之事項。二爲新舊法交替時。須比較新舊法對於同一犯罪之刑之重輕以便適用較輕刑之事項。依本條之立法例。則當以下列之四點爲比較刑之重輕標準。即(1)刑之重輕標準。須從主刑之法定範圍內以爲區別

。從刑與主刑間不生重輕之標準問題。至主刑之重輕標準。則依第四十九條所定之次序。即以死刑爲最重。無期徒刑次之。有期徒刑又次之。拘役又次之。罰金刑爲最輕。(2)同爲死刑或無期徒刑者。據犯罪情節定其重輕。例如兩種行爲中。一爲目的行爲。一爲方法或結果行爲。則應以目的行爲爲重也。(3)同種之刑。(本項所謂同種之刑。即指同爲自由刑或同爲罰金刑)以最高度之刑期較長者或罰金額較多者爲重。最高度相等者。以最低度之刑期較長者或罰金額較多者爲重。所謂最高度與最低度者。例如法定刑爲七年以下三年以上之有期徒刑。則七年爲最高度。三年爲最低度也。又例如法定刑爲處二年以下有期徒刑。則最高度爲二年。最低度爲二月。又例如法定刑爲處二年以下有期徒刑拘役。則最高度爲二年。最低度爲拘役也。罰金額之最高度與最低度之意義。亦以此類推。(4)同爲自由刑或罰金刑而最高度與最低度均相等者。則據犯罪情節定其重輕。亦如第二項之標準意義也。

第一 本條立法例。在暫行律係規定於俱發罪章。本法採用第二次修正案規定於本章。其理由謂關於主刑重輕。原案於俱發罪章第二十七條規定之。惟該章以外之事項。有時亦須定其重輕者。即如修正案第一條第二項（即本法第二條）新舊兩法從輕處斷是也。本案既於有期徒刑廢等。則此項重輕標準。自應隨之而改。故擬規定於本章。以求賅括云。攷暫行律第二十七條所定主刑重輕比較之意義。亦與本條同。惟所用以為標準之刑量名稱。則本法因有期徒刑廢等而有不同耳。

第二 法律於同種刑之最高度與最低度俱相等者。依犯情以為重輕之標準。然於最高及最低之自由刑雖俱相等。而此俱相等之自由刑中。其一有併科罰金之法定刑者。例如一行為而犯二個罪名。其一罪名之法定刑為二年以下有期徒刑。其一罪名之法定刑為二年以下有期徒刑。得併科一千元以下罰金。果依如何標準以為重輕之比較。法律上則無明文規定。於此有二說焉。甲說謂在此場合。仍當以必科之自由刑為標準。而不能以因有得為併科之罰金刑為標準。故若自由刑之最高度及最低度俱同者。仍當依犯情以為重輕之衡定。例如

日本大審院之判例即係主張此說者。（參照日本明治四十四年判決錄一三九〇頁）反之乙說則謂依自然的條理性。在此場合。當以得併科罰金刑者爲重。蓋同一種之刑而高度與低度俱等。其一得併科罰金。則此其一之罪情。亦當然可解爲較無併科罰金之規定者爲重。即與依犯情以爲區別標準之意旨亦不相違。余亦信乙說爲正當。我國前大理院八年上字七號之判例要旨。亦係採用乙說者也（參照後列判例）。但若自由刑之輕重若不相等時。則無論其一之自由刑中有無得併科罰金之規定。惟當以自由刑較重之一罪爲重。此則爲當然之解釋也。

### 三

前大理院判例 初審判決。於被告人僅依刑律第二百七十七條處斷。原審認被告人所犯者乃第二百七十八條之罪。該兩條之自由刑雖同。但第二百七十八條之罪。尙應併科罰金。

固應以該條之罪爲重。則初判自係引律錯誤。（八年上字七號）

又 以情節定輕重者。如兩種行爲中一爲目的行爲。一爲方法或結果行爲。除有其他情形

外。應以目的行爲爲重。（九<sup>上</sup>字一）  
（一七六號）

第五十二條 依第八條免除主刑者。得專科褫奪公權。

免除主刑者。得專科沒收。

一

本條之要旨。爲規定例外得專科從刑之場合。依法律科刑上之原則。從刑係附屬於主刑者。故通例必科以主刑。方能科以從刑。本條卽其例外也。依第八條免除主刑之場合。卽中國人在外國犯罪。已受外國刑之執行或經免除者。國家對於此種犯罪人。爲免其受二重刑罰起見。特爲免除本法應執行之刑。但若認其危險性恐尙有未完全改悛之虞。故仍得褫奪其公權。以免易入於再犯。又本條第二項之免除主刑者。係本有主刑之當科。而因其情節得免除其刑者。例如防衛過當者之得免除其刑。中止犯之或免除本刑之場合是。又例如此等場合。若有供犯罪用及犯罪豫備之物爲被免除其刑之人所持。而認爲有沒收之必要時。則在此特別情形之下。法律上亦當有特別得爲專科沒收之例。此本條之所由設立也。惟有

應注意之點。本條爲專科從刑之例外規定。則所得專科者。當以法文所明定者爲限。故本條第一項不能專科沒收。第二項不能專科褫奪公權也。

二

本條立法例。爲暫行律所無。民國四年法律編查會修正案第六條第二項。增設本條第一項之法案。又該案第六十一條第二項。增設本條第二項之法案。至第二次修正案則併爲一條。本法採用之。蓋必有此例外之規定。方能免除刑事政策上之困難。此亦本法較舊法的詳密之一點也。

三

參考解釋例 前司法部十四年四四六七號指令云。依照赦令准予免除之刑事案犯。原判會褫奪公權者 因主刑根本消滅。公權當然回復。

第五十三條 死刑用絞。於監獄內執行之。

死刑非經司法部覆准。不得執行。

本條之要旨。爲規定死刑執行之方法及執行之時期。從本條規定之趣旨觀察之。則可得本法對於死刑之運用精神。有三種重要之意義。(1)死刑唯一。不若從前之死刑亦有數種。(如斬、絞、梟首、凌遲)從可知本法上死刑之特質。僅在剝奪其生命。不在予人以痛苦。生命唯一。故其剝奪之方法亦祇有一也。(2)死刑不採公開制。須於監獄內執行之。蓋死刑爲國家不得已而用之。由其作用所生之反射力觀之。雖亦含有威嚇之性質。然實不可以此種冷酷之手段。昭示於國人以爲威嚇。且恐爲國人所習見而長成其殘忍之風。於刑事政策上尤所不宜。(3)死刑一經執行。卽無回復之可能性。故各種自由刑及財產刑。一經判決確定卽可執行。而死刑須於判決確定後仍經過報部覆准之手續。始得爲執行之時期。所以昭慎重而妨枉濫也。依現制司法部接到法院呈報已判決確定之死刑案件。須加以詳密之審核。有疑誤時則報由司法部令總檢察處。依法提出非常上告以糾正之。須毫無疑議時始予覆准。原審法院須俟覆准到日始能執行也。

二

第一 第二修正案對於本條立法之理由。略謂死刑之執行。不採公行制者。蓋刑罰之設。所以制裁犯人。而死刑尤爲不得已之制裁。公刑之制。實與刑法原理不合。況從實際上察之。不但不足以懼民。而反養成殘忍之性。刑事政策。尤不應爾。又前清現行刑律分死刑爲斬絞。誠有大惑不解者。蓋死刑之特質。在剝奪其生命。使不再爲社會害。非在剝奪生命之方法。生命一而方法二。於受刑者之生命。實無重輕。非若徒刑之分有期無期。罰金之分多額寡額。其於自由及財產。受刑者顯然有價值可憑。至斬絞則同一死也。豈有死後而尙知己之生命。被如何處分者哉。我國一般之論。謂斬刑須身首異處。故重於絞。然亦不過就客觀的感情上言之。於受刑者無與也。以客觀的之感情。爲刑罰之輕重。非所以爲法也。依余之見解。本法於執行死刑。不用斬而用絞。仍未免有客觀的之感情。至實質上絞刑所予犯人之痛苦。恐較斬刑所予之痛苦爲尤遲久而酷烈。特於客觀上斬刑須身首異處而絞則能全其屍體。故不用斬而用絞。若律之死刑不在予犯人以痛苦之主義。則尙未云貫

澈。故現代各國新刑制。有採用電氣殺者。其痛苦已比斬絞爲減少。而最新學派則猶以未足。尙研究更足以滅除痛苦之制。以貫徹死刑專爲隔離社會而非爲痛苦之精神。卽須利用其反射之威嚇作用。亦不在予以痛苦。本條之用絞制。余意將來因新主義之趨勢。或尙有改良之方法以爲替代也。

第二 遞清之死刑制。雖係純爲威嚇主義之作用。然其慎重執行之精神。亦與現代相脗合。清例凡死刑案件。須經各省之高級執法機關（臬司）加以覆議。然後轉報刑部。刑部於每年秋季彙集各死刑案件上之朝廷。名曰秋審。秋審時對於死刑分別爲可矜與不可矜者。復區分爲實緩。不可矜者則入實。卽本條覆准之意義。經秋審入實者始予執行。若可矜者則入緩。入緩者則定爲絞監候或斬監候。卽監禁之俟下次秋審再予以覆核。實際上有監候至數年。秋審至數次。仍未遽予覆准執行者。有於遇赦時仍得赦免者。其慎重人命之意。固較現代爲尤周密。於以知本條第二項之立法例。不獨因現代之新主義而始有此慎重之規定。亦我國刑法上傳統的精神之特色也。

三

前司法部通令 查宣告死刑人犯。如罹精神病或係孕婦。在各國刑法均應停止執行。精神病者係自病療止後。孕婦須產後滿百日。方可執行。(元年)

國民政府訓令 查現制死刑以用絞爲原則。刑法第五十三條規定甚明。此外惟刑事特別法令。如懲治盜匪暫行條例。陸軍刑律。海軍刑事條例之類。間有定爲死刑用槍斃者。至於死刑用斬。吾國自司法制度改革以來。此制早已廢除。是以各法院執行死刑。并未有沿用斬刑者。原呈所稱猶多沿用一節。是否軍警各機關因鎮壓匪徒。施有此種辦法。本府無從懸揣。要之原呈靄然仁者之言。係爲維人道而應潮流起見。用意至爲深厚。似不妨略取其意。酌予申明禁令。嗣後凡執行死刑。除依刑法及刑事各特別法令處置外。一律禁止死刑用斬以符法制(十八年三月一七號)。

第五十四條 徒刑及拘役之囚犯。於監獄內拘禁之。

徒刑及拘役之囚犯。令服勞役。但得因其情節免服勞役。

本條之要旨係規定徒刑及拘役（即自由刑）之執行方法。自由刑之本質已如上述。即（1）爲使犯人與交際社會隔離。（2）爲改善犯人之惡性及環境。故徒刑及拘役之囚犯。須拘禁之於監獄內而令其服勞役也。本條所謂徒刑。當然包括無期與有期而言。但令服勞役之意義。一方面係謀增長囚人之技能。使於出囚後有與社會共同生活之能力。他之一方面則係保持囚人之健康。以勞役足以活動其血脈。免致因長期之鬱居而構成疾病。若對於素有不宜於勞役之疾病。及不宜於勞役之生理。（例如孕婦）則當酌察情形。令其於一時的或長時的免服勞役。以貫徹令服勞役之第二方面意義。此本條第二項但書之所由設也。

## 二

第一 自由刑之性質及其運用方法。今昔亦各有不同。古有皋陶造獄之說。其制不詳。自此以降。夏有夏臺。桀以拘子履。殷有羑里。紂以羈文王。意在禁制其自由。使不能一時脫離君主威力之範圍。即爲獄囚之嚆矢。周禮大司寇以圜土聚教疲民。凡害人者置之圜土

而施職事。與現代監獄之精神實遙相契合。至有徒刑之名稱則始於五代。歷唐而明而清皆相沿未廢。然此時期內徒刑之制。實有流謫之性質。又有徒者奴也之訓義。凡應受徒刑者。則徙之遠地而禁之。并奴使之。此種徒刑之性質。在清時之立法上尙未改易。惟實行時甚少。大半處徒刑者。多在其本籍處以監禁。然其作用仍不外爲威嚇之工具。不教不誨。雜居如圈豕。不過繯絏桎梏使犯人不致逃亡耳。初未計及改善其環境與保持其健康之作用。而與以有益之勞役也。至民國暫行律之所謂徒刑。則與舊時立法上之所謂徒刑。其性質已迥不相同。其執行方法。則以第監禁於獄內爲原則。不有流謫之性質。并令其服一定之勞役。惟對於徒刑則須服法定勞役。對於拘役則不過酌加勞役而已。本法關於徒刑之性質及執行方法。亦與暫行律同。依本條之規定。則拘役與徒刑亦同樣的須服法定之勞役。此與暫行律相異之點也。

第二 各國亦有採用無役自由刑者。類係施之於情節較輕或不傷廉恥之犯人。故自由刑與法定勞役。在學者間之意見亦各有不同。有主張不必服法定勞役者。即謂勞役當因人而施

。不必有法定的絕對性質。其理由蓋視勞役爲卑賤事務。以犯人中不乏有地位之人。爲保存其身分。不使服勞役。反足使出獄後仍得保持其體面。不致因消極而趨於暴棄。蓋勞役爲補犯人藝術能力之不足。若犯人非係由於生活關係而犯罪者。亦何必定令其學習藝術。祇施以教導爲已足矣。且強未習慣苦力之犯人而一律須服法定之勞役。反足以損害其健康。基此理論。遂認勞役當爲職權的選擇制。而不主張爲法定制也。余則認此種見解。不能謂有充分理由。要知教導與勞役。可以並行而不必分級。且置犯人於獄中動經若干歲月。不令有所勞作。反致有損健康。此事理之昭然者。其不勝重力之勞役者。不妨使服輕役。若基於身體上及生理上之現狀。即輕役亦不勝任時。不妨特定得免其勞役之制。（即本條第二項但書之例）未可以此偶然的特殊情形而廢止法定勞役制也。至視勞役爲卑賤事業。則此種見解未免過於陳腐。於今日勞工有神聖之目。并不以勞心勞力而分高下。犯人中雖不乏有地位與身分之人。又雖不乏本有藝術能力之人。然對於此種人亦可令其從事與該本人相當之勞役。即對於堪任重力之人。及素無藝能之人。并因生活關係而犯罪之人。及一

般無職業之習慣犯人。亦均當各因其人而施以相當之勞役。勞役制之意義已如上述。實具有二方面之作用。固不能以貧富貴賤而分其法定之等差也。

第三 勞役制與自由刑之關係。在刑事政策上實認為有重要之效用。(甲)於獄內養成勞動習慣。則(一)不致損害犯人身體之健康。(二)可以養成犯人之秩序行動。(三)免致逸居而馳心於歧途謬妄之思想。(乙)於獄內授以工業學術。使得成功一種技能。則出獄後既有職業能力。自易啓其向上之心。(丙)於獄內工作所製出品。每能分得若干獎金。出獄後如無財產者。亦可稍充資本。以發展其生產力。(丁)入獄後漸對於工作發生興趣。則容易有悔改之實據。獄官可因其悔改而請予假釋。故勞役制每能促進犯人改善之念。其改善之程度與興趣。當能因此而臻速。以上諸點。均為施行監獄勞役制後所應有之效果。故現代對於自由刑之執行。多採用法定勞役制也。

第五十五條 罰金於裁判確定後。令一月以內完納之。  
期滿而不完納者。強制執行。其未完納者。易科監禁。

易科監禁。以一圓以上三圓以下折算一日。但因犯貧而減罰金者。應以減得之數比例計算。

科罰金之裁判。應依前項之規定。載明折算一日之額數。但監禁期限不得逾一年。

完納期內。經本人之承諾者。得易科監禁。即時執行。

易科監禁。於監獄內附設之監禁所執行之。得令服勞役。

易科監禁期內納罰金者。以所納之數。依裁判所定之標準折算。扣除監禁日期。

罰金總額逾一年之日數者。以罰金總額與一年之日數比例折算。

易科監禁。不滿一日之零數不算。

一

本條之要旨。爲規定罰金執行之方法。從來學者間對於罰金刑之批難。以罰金刑爲不易執

行。爲其理由之一端。本條爲便利罰金之執行起見。特採用分期繳納制。與易科監禁制。以期於罰金之執行上不生如何之困難。故其執行之方法。有應予注意者四端。(1)罰金執行之程序。於罰金判決確定後。卽令於一月以內完納之。(第一項)在一月之期限內。以一次繳納如額固可。分數次繳納如額亦可。至期滿而不完納者。則當強制執行。(第二項前半)經過強制執行而仍不繳納。或實無力繳納者。則易科以監禁。(第二項後半)但監禁期限不得逾一年。(第四項但書)蓋監禁爲奪取人之自由。其性質本與罰金刑之素質不同。易科監禁。實爲謀罰金執行之便利所爲不得已之法。故至長不得逾一年。否則太失罰金刑之本質矣。若易科監禁期內有繳納罰金者。則其應令補繳之數。須扣除已經過監禁日期之應折罰金數。至此項應折罰金數之標準。則當以裁判所定係若干元折算一日之標準折算之。(第七項)此執行方法一定之順序。惟得本人之承諾者。(例如本人請求易科監禁。亦爲承諾表示之一)則不必經上述之順序。卽不必俟第一項之完納期滿。亦得易科監禁而卽行執行之。此亦爲謀執行上與被執行者雙方便利之一法也。(2)易科監禁之折算法。卽於一元

以上三元以下之範圍內。審按犯人之情節。及不繳納之原因。擇定以罰金若干元折易監禁一日之標準。(第三項)而確定其易科之日數。此即為裁判之標準折算。即隨裁判者以職權於法定範圍內所裁定之標準也。若罰金總額逾一年之日數時。換言之。即罰金總額。依法定最高折算標準。而一年之日數。尚不能折盡罰金之總額時。依第四項但書之規定。則不得有別種之折算標準。例如依本條第三項折算之標準。折算監禁一日之金額。最高為三元。而一年之日數。依本法第二十六條第二項之規定。為三百六十日。則即以最高額三元折算一日比例之。僅能折抵罰金一千零八十元。假若判決罰金總額為二千元。則當逾一年之日數。始能折盡。在此場合。則當依本條第八項之標準例。以罰金總額與一年之日數比例折算。換言之。即以罰金總額與三百六十日相除。視其所得之數。即為折抵監禁一日之數。所以須有此種計算法之規定者。一為避免第三項與第四項但書之衝突。一為便於第七項之計算也。又若依裁判標準折算。而有奇零不盡之零數。即不滿標準折算一日之金數時。則當棄除之不算。(第九項)此亦非有法律之規定不能解決者也。(3)易科監禁之執行場

所。爲監獄內附設之監禁所。但此種監禁。非自由刑可比。在通例上本無法定勞役。然爲謀被監禁者利益起見。亦以得令服相當之勞役爲宜也。(第六項)(4)易科之標準折算法。須與科罰金之裁判同時裁決之。(第四項)此本條之分析的系統上之要義也。

## 二

第二次修正案理由云。罰金爲輕微罪之刑。對於社會及個人之防範。本無奪犯人自由之必要。故於不能繳納罰金時。易科監禁。實爲萬不得已之辦法。各國學者及立法例。皆謀所以便利罰金之執行。最近一八九一年萬國刑法學會、及一九〇五年萬國監獄會。先後議決。便利罰金執行之方法如左

- 一 分期繳納。
- 二 以工易罰。
- 三 酌定金額。

以上所舉三種方法。各國有兼用之者。有僅用其一二者。茲分別述之。

分期繳納之制。其用意爲犯人一時不能繳滿全額者。分期或能繳納。實行此制者、爲英、俄、那威、荷蘭、紐恩勃、(瑞士州名)布加利亞。(准展期三月。與此制略有不同。其用意則一)墨西哥、其見諸草案者爲西班牙刑法草案(一八八四年)瑞士、及德國刑法準備草案。本案以此制易於實行。故擬從之。

以工易罰之制。分爲兩種。一作工而不限制其自由。一作工而限制其自由。其已實行此制者爲那威、滑特、(瑞士州名)紐恩勃、墨西哥、意大利、匈牙利、法、德、其見諸草案者爲瑞士刑法準備草案。本案以此制在我國情形難於實行。故不採

酌定金額之制。詳於刑之酌科章。

原案(暫行律)第四十五條第一項規定。易科監禁。以一元折算一日。本案改爲一元以上三元以下之額數。折算一日。俾法官審察其不繳納之原因。以定其標準。又原案易科監禁日數。最長者以三年爲限。查各國規定此項期限。或以數月。(瑞典六十日。芬蘭九十日。英國三月。那威四月半。比利時、布加利亞、印度皆六月。荷蘭八月。)或以一年。(日

本、暹羅、西班牙、德國、日本舊律原定二年新律改爲一年。且得隨時假釋出獄。最近草案。如瑞士及德國刑法準備草案皆以一年爲期。是各國此項規定。最長爲一年。本案擬從之。

繳納期滿而不繳納。照本條第二項先強制執行。但確知執行無效者。可省執行之手續。而經科以監禁。又繳納期內。預知其強制執行無效者。若得本人承諾。不必俟期滿即可科以監禁。以免遷延。此本案所以增入第四項也（本條採入第五項）。

原案採確定期限制。以一元折算一日。本案既採用酌定期限制。以一元以上三元以下折算一日。故增入第五項易科監禁之時間。於裁判時併宣告之。以省手續（本條採入第四項）。

### 三

前大理院解釋例 罰金易監禁人犯。設在監禁執行中。又因另案被人在別縣告發。由該縣提案偵訊。羈押數月。迨審理終結時。另案宣告無罪。復送回原監繼續執行。其提案偵訊之羈押日數。并非在監獄內執行監禁。不應算入。（十年統字一五七五號）

又 湖北高等檢察廳原呈稱因另案須該犯到案證明。由該縣提去質訊。致在縣署羈押數月。始送還原縣署執行一節。依法本不得羈押證人。若謂因其在監禁執行中而羈押之。則其性質係繼續從前之監禁。無所謂因別案羈押。(十年統字一六二八號)

司法院解釋例 科處罰金之判決。如未定有易科監禁之期間者。在不能執行罰金時。應由檢察官聲請同級法院裁定之。(十八年院字八〇號)

### 第五十六條 褫奪公權者。褫奪左列資格。

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

一

本條之要旨。爲規定褫奪公權者所褫奪之資格。自第一項至第五項。均係人所享有之公權。本法所認爲應當褫奪者僅此五種。五種以外。雖有其他屬於人所享有之公權。而非屬於本條所列舉之範圍內者。均不得因受褫奪公權之宣告而被褫奪也。在從前暫行律時代。關於褫奪公權。有褫奪法律所列舉者之全部。與褫奪法律所列舉中之某一種或數種資格之區別。本法不採此區別。故對於褫奪公權則均爲全部的。又現代男女在法律上之地位。均屬平等。凡本條所列舉之資格。女子亦能享受。卽本條之規定。對於女子亦能適用之也。

## 二

第一 第二次修正案理由云。原案(暫行律)褫奪公權之規定。似過於複雜。就分則各條而言。公權有必褫奪及得褫奪兩例。其必褫奪與得褫奪之標準又至不一。以國籍爲標準者。如原案第一百十六條。以犯人之業務爲標準者。如原案第三百二十六條。以被害人之身分爲標準者。如原案第三百十四條。以犯人之身分爲標準者。如原案第一百二十六條。以受刑之輕重爲標準者。如原案第一百零六條。以犯罪之目的爲標準者。如原案第三百五十六

條。其餘之標準不一而足。更就得褫奪一例而論。原案第四十七條。謂於分則有得褫奪公權之規定者。得褫奪現在之地位。或於一定期限內。褫奪前條所列資格之全部或一部云云。夫既曰得褫奪現在地位。則有不必褫奪者。身既入獄。安有不褫奪現在地位之理。而所謂現在地位。是否包現任職官而言。亦未分明。蓋原案分則中定免現職者凡四條。第一百五十條官員犯瀆職罪者。第一百七十六條第二項官員犯脫逃罪者。第一百八十五條官員犯偽證及誣告罪者。第二百七十五條官員犯鴉片煙罪者。均有并免現職之明文。然則犯其餘之罪而奪公權者。應否并免現職。未見規定。又所云一定期限內褫奪。而期限之長短。復無限制。獨於第一百六十三條選舉罪。則有十年以下二年以上喪失選舉被選舉資格之規定。此外尚有全部及一部分之分。其條文實覺紛歧。本條擬照修正案廢去一部分之褫奪。明定有期褫奪之期限。并確立應科有期及科無期之標準。至其應褫奪與否。一併取裁量主義。本條及次條之立法例。蓋採用此修正案者也。

第二 本法上關於褫奪公權。概取裁量主義。所謂裁量主義者。即於分則各章後有得褫奪

公權之規定範圍內。一任審判官酌量其應否褫奪也。審判官於裁量時。究當採如何之標準。以爲應否褫奪之判定。依學理上之論斷。大約不外次列數種。

(1) 以國籍爲標準。凡不屬於本國國籍者。在原則上不能享受本國公權。應無褫奪之可言。卽日後歸其自國。其自國必不受外國判決之限制也。惟有特別情形時。亦足發生問題。例如外國人在我國充當律師者。雖有種種限制。然亦係一種公權。是又屬例外矣。

(2) 以犯人之身分爲標準。有時因其所犯事實與犯罪人身分有密切之關係。雖所犯罪刑甚輕。而不得不褫奪其公權。

(3) 以犯罪之目的爲標準。大抵欲達偶然之需要爲目的者。其惡性不必常存。以營利或反復爲之者。則其惡性必難除。於褫奪公權之裁量時。亦當注意及之。

(4) 以受刑之重輕爲標準。罪刑重者其惡性必深。此原則也。然亦不無特別情形。本法之立法意旨。對於褫奪公權之規定。原則上係以犯罪之性質爲標準。則較僅以受刑之重輕爲標準者爲適合也。但有時亦不無須採用以罪刑重輕爲標準之場合。要之褫奪公權刑

之性質。完全非有報應與威嚇之用意。蓋因其犯人之性格。有不宜於享有公權者。法律上始必予以褫奪。否則雖有重罪。亦無褫奪之必要。審判官能注意褫奪公權刑之本質。與犯人之性質互為衡量。則於裁量之標準。思過半矣。

### 第五十七條 褫奪公權。分爲無期及有期。

有期褫奪公權。以一年以上十五年以下爲限。

宣告死刑或無期徒刑者。其褫奪公權爲無期。

宣告十年以上有期徒刑者。其褫奪公權爲無期或有期。

宣告六月以上十年未滿有期徒刑者。其褫奪公權不得逾十年。

一

本條之要旨。爲確立褫奪公權有期及無期之標準。(一)有期之褫奪。最低度爲一年。最高度爲十五年。不隨主刑之加減而有減低至一年以下或延長至十五年以上之可能。(二)無期褫奪僅限於主刑之宣告爲死刑或無期徒刑及十年以上有期徒刑之場合。(三)宣告死刑或無

期徒刑者。其褫奪公權亦當爲無期。(四)宣告之主刑爲六月以上未滿十年者。其褫奪之期間不得逾十年。此本條所確立之標準也。第三項之例。由形式上觀察。既宣告死刑或無期徒刑。則當然終身無享受公權之機會。而猶須予以褫奪之形式。似屬毫無意味。然法院雖判決死刑。或無期徒刑。尙有依行政手續而得免刑或減刑之事實。且無期徒刑亦有得許假釋之機會。所以亦必有褫奪公權之裁判也。惟第四項宣告十年以上有期徒刑者。亦得褫奪公權至無期。而第五項十年未滿者。則褫奪期間不得逾十年。二者之相去未免懸殊。且有期徒刑之犯人。在法律上自視爲有改善之可能。然必使其終身不得享有公權之資格。不僅足以阻其向上之心。抑且近於苛酷。在此場合。若非遇有逆倫喪廉及惡根已深之罪犯。以勿輕於適用爲宜。此又司審判之責者於爲褫奪之裁量時所當加以注意者也。

第五十八條 宣告六月未滿有期徒刑拘役或罰金者。不得褫奪公權  
因過失犯罪者。不得褫奪公權。

本條之意旨。爲規定不得褫奪公權之場合。以本法關於褫奪公權。概採裁量主義。關於褫奪公權之規定。僅於分則各章後爲概括的規定。以聽審判者之裁量。於其裁量之範圍。不能不有明定之制限以爲準則。故前條則爲期間上之制限。本條則爲適用各章後褫奪公權之規定之制限。依本條之規定。則犯人所受宣告之主刑。或係六月未滿。或係拘役罰金。是其危險性甚爲輕微。自無褫奪公權之必要。又凡係因過失而犯罪者。其犯罪非出於故意。實無惡性存在。雖宣告之主刑在六月以上。然其犯罪之性質。根本上不具有褫奪公權之條件。故三者均不得適用各章後褫奪公權之規定而亦予以褫奪之也。

### 第五十九條 褫奪公權。於裁判時併宣告之。

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

一

本條之要旨。爲規定褫奪公權之宣告方法及褫奪公權之時效。褫奪公權爲從刑之一種。故

應於主刑之裁判時。在主刑之主文內併宣告之。又褫奪公權。在學說上稱爲能力刑。即限制其一部分行爲之能力之意。在實際上即於一定之期間內。恐犯人之惡性未全悔改。須限制其容易資爲犯罪之憑藉力。以免輕易發生再犯。故褫奪公權之效力。亦如一般原則均從裁判確定時發生效力。換言之。即從刑亦與主刑同時發生效力。惟褫奪期限之起算。則不隨主刑執行起算期之計算。而須俟主刑執行完畢或免除之日始起算也。

二

前大理院解釋例 審判官於判決時。認定該犯人應褫奪公權者。雖主刑爲死刑或無期徒刑。亦應褫奪。(三年統字一三三號)

又 減處徒刑之特別法盜犯。仍應依刑律宣告褫奪公權。(四年統字二三四號)

又 婦女犯罪。亦應依法褫奪公權。(四年統字三六六號)

又 省議會議員。僅因刑事嫌疑通緝。并未經審判確定褫奪公權。其議員資格。不能認爲應行喪失。(十二年統字一八五〇號)

## 第六十條 沒收之物如左。

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

本條之要旨。爲規定依本法科以沒收時。其可爲沒收之目的物之種類。蓋沒收者。即將犯人所持之財物。藉沒入官之謂也。昔時多爲全數沒收。例如清時查抄犯人家產入官之制。在最昔時并有藉沒犯人家屬入官爲奴之制。此類制度。均不合乎刑罰原理。現代則無論中外刑法。均已一致採用特別沒收之制。以法律上所規定之標準爲限。始得沒收。其非法律上所規定應予沒收之物。則不得任意沒收。依本條之規定。則可爲沒收目的物之標準。(一)爲違禁物。即法令上禁止私人不得私造私有之物。例如槍砲火藥之類。(但受特許者。不在禁止之列。則不爲違禁物。蓋違禁物之意義。係違反法令上所禁止而持有之物也)。

(2) 供犯罪所用及犯罪預備之物。前者例如供殺人用之刀。後者例如爲預備放火用之引火物。(3) 因犯罪所得之物。即財物之持有。係由犯罪而取得者。例如因賭博所得之財物。及賄賂皆是。合於上述三種性質之物則可予以沒收。否則不得沒收。但雖合於上述第二第三類性質之物件。而仍有須與他之條件相符合始得沒收者。換言之。即尙有因其他之條件而不能沒收者。於第六十二條述之。

二

第一 沒收爲從刑。所以防範將來犯罪之憑藉。依暫行律之立法例。係做照日本舊刑法制度。對於沒收之附加。採必科主義。本法除本條第一項外。則採得科主義。即關於第二項第三項之物。除法律有特別規定外。其應否科以沒收之附加。均由審判官審酌事物之性質。依職權以爲裁量之也。例如本法分則上關於賄賂罪之賄賂物。僞造罪之僞造物。鴉片罪之鴉片嗎啡高根安洛因及其化合質料并吸食器具。又賭博罪之賭博器具財物。以其均具有第一項之性質。法律特爲規定不問其物之屬於犯人與否。必科以沒收。其餘則均無特設之

明文規定。一任之於審判官之自由裁判。以定其應否科以沒收也。徵之各國法例。如德國刑法係採必科主義者。與我暫行律同。日本新刑法除其他特別刑法之規定外。應否為沒收之宣告。均屬於裁判官以職權決定之事項。意大利刑法關於本條第二項第三項之物則採職權主義。即得科主義。關於本條第一項之物。則採必科主義。全與本法同其趣旨者也。

第二 本條第一款違禁物之定義。係包含(1)組成犯罪行為之物。即其物為構成犯罪法定要素。而法律上所特定為犯罪之條件者。學說上稱之為罪體。例如鴉片煙并其同種物質之物。及猥褻圖畫文字之類皆為法律所禁制者是。(2)本法及行政法規所禁制不許私人製造及持有之物。例如炸藥、棉花藥、雷汞。若受行政官署之允許者。則不為違禁物。若未受允准而製造或持有者。則為違禁物。(3)除供犯罪以外無其他用途之物。例如吸食鴉片器具之類。凡具有上述三種性質之物。均為法律上所不許存在於私人之手之物。即皆為違禁物也。

第二款供犯罪所用及犯罪預備之物。即不屬於組成犯罪要素之物。而為供實行手段之物。

供犯罪用之物。如供殺人之刀及供毀壞人牆壁而侵入住宅之鐵鑿是。故有說謂供犯罪所用之物之意義。爲犯罪非由於該物而成立。特用以爲犯罪之工具之物。例如賄賂罪所封存之賄賂。是爲由此而成立犯罪之物。則不得謂爲供犯罪所用之物。而爲組成犯罪之物矣。亦與本法之立法意旨相符也。供犯罪預備之物。卽欲實施犯罪行爲而預爲準備之物。例如意圖以暴動犯內亂罪者預爲準備暴動之器械是。蓋在法律上處罰預備罪之場合。則預備罪亦可爲獨立罪。故預備行爲之物體。卽可視爲供犯罪用之物體。於此有當加以研究之價值者。

(1)沒收爲從刑。除違禁物及有特別規定外。非有主刑之宣告不得科之。則於預備行爲不處罰之場合。其預備之物亦不能沒收。是供預備犯罪之物。亦非盡可沒收者也。(2)以供犯罪爲目的而預備之數個物件。若於實行時使用其一部。而其他之一部。雖未經使用。祇以有犯罪之成立而科有主刑時。依本條之解釋。其未經使用之預備物。亦可加以沒收。

(3)供犯罪所用之物。應否含有專供之意義。蓋犯罪時所用之物。不必皆爲專供犯罪所用者。例如乘汽車前往劫取他人之財物時。其汽車應否作爲供犯罪所用之物。當以是否專供

犯罪爲斷。此當從各種犯罪之現實情形區分之。如非用汽車不能達劫取之目的。換言之即汽車係犯人用以爲達到犯罪目的之手段者。則汽車除作犯罪之用外。別無所用。是汽車卽爲專供犯罪所用之物。反之若不恃汽車亦無妨於犯罪之實行者。則汽車亦可視爲用以代步。而不能謂爲專供犯罪之用。在此種非專供犯罪用之汽車。而汽車實爲犯罪時所乘。且爲犯人所有之場合。究應沒收與否。甲說謂供犯罪所用之物。當以專供其所用者爲限。始能沒收。否則如犯人所着之衣褲。亦可解爲犯罪所用之物。蓋不着衣褲則不便外出。不外出則難達犯罪之目的也。乙說謂法條無專供之明文。則凡在犯罪當時所用之物。皆可沒收。蓋在犯罪當時所用之物。皆足以資犯罪之便利也。依前大理院及近今最高法院之見解。(參照十一年解字一七一七號解釋又十八年院字一四〇號解釋)則係採專供說者。余謂其物不論是否專供犯罪之用。應以犯罪時有無需用其物之必要爲斷。蓋供犯罪用之物。須爲與犯罪有直接關係之物。則依據本條第二項以爲沒收之宣告時。尙須審量其情形爲當也。(4)供犯罪所用及犯罪之預備物。是否僅於故意犯之場合有此項性質之物存在。抑於過失

之場合亦認有此種性質之物之存在。本法無明文規定。關於法律上之解釋。亦爲一種疑問。在外國立法例中亦有沒收之處分。僅限於故意犯始得附加者。（如德國刑法改正案第五十四條）亦有法文上未明加以限制者。（如日本刑法）日本學者間有甲乙二派之主張。依甲說則謂沒收之物件。從文理解釋之。（日本刑法上得爲沒收之物。係規定於第十九條。該條第二項之法文云。供犯罪行爲及意圖供犯罪行爲之物）以關於故意犯爲必要。例如因過失射出銃丸以致人死傷。其所持之銃雖亦得認爲係供犯罪行爲之物。然對於過失犯而亦認其有意圖供犯罪行爲之物。則未免涉於牽強。故關於供犯罪行爲之物。不能解爲法律上係包括過失犯而言。除法律上有特別規定之場合外。關於第十九條第二項。當然不能適用於過失犯云。例如勝本博士即係主張是說者也。乙說則謂沒收之附加。故意犯與過失犯無所區別。在各國刑法之法例中。雖亦有以故意犯爲限。始得科以沒收之規定。然本法上既無如此之制限。則原則上不能不從廣義上之解釋。例如泉二博士即係主張此說者也。余意本條第二項所云供犯罪所用及犯罪之預備物。實有利用其物以爲實行犯罪之意義。申言之

。供之意義與預備之意義。均係就犯人之主觀方面而言。過失犯無主觀之犯罪意思。則無主觀的用以供犯罪及預備供犯罪用之物。則本條第二項之法意。自係不包括過失犯在內。依此論結。則勝本博士之說。較爲適合也。

第三 沒收物之限制。除第六十二條所規定外。(1)沒收之物。當以動產爲限。(但懲治綁匪條例有沒收房屋之規定)例如對於種粟粟之土地。供人吸食鴉片之館舍。營利之博場。均非刑法上可予以沒收之物。(參照前大理院統字一一四八號解釋)(2)沒收之物。以能證明與犯罪有直接關係者爲限。例如犯人之衣服及行李。非與犯罪有直接之關係。均不得沒收。(3)沒收之物。以現實存在之物爲限。若原物已費失時。則除法律有追徵沒收明文之事項外。(刑法上對於賄賂罪所得之賄賂。雖已消費。仍須追繳沒收。學說上謂爲追徵沒收。例如第一百二十八條是也)以現實存在者爲限。但若應沒收之物。因分合之結果。雖已變更其原物之形式。而物之性質仍全未變更者。則予以沒收亦不爲違法。例如兩個五元鈔票。已換成拾元。或拾元鈔票。已易成兩個五元。則仍可爲沒收之目的物。又如

因犯罪所得之物。雖原物業已變價移轉於別人所有。而原物之價銀。若現實存在并經搜獲者。仍可視為因犯罪所得之物而予以沒收也。

三

前大理院判例 將備有人格之甲氏。誤認爲物。按照第四十八條（暫行律關於沒收物之規定。在第四十八條）與沒收。殊屬謬誤。（三年非字一號）

又 本案被告人所得地畝。先由所有者當給被告人管業。後因賭博輸負。遂加價杜賣。以償博負。是此項地畝。不得謂爲因犯罪直接所得之物。原判竟予沒收。實屬違法。又刑律可得沒收之物。以動產爲限。（五年非字七號）

又 沒收之物。應以法定條件爲標準。本案第一審判決。對於強盜一節。即認爲不能成立。則沒收之物。除刀槍子彈煙具外。其皮襖各物。當然不在沒收之列。如謂係他項犯罪所得之物。然查閱兩審判決。又屬毫無根據。與第四十八條之規定不合。（五年上字二四號）

又 駕大輪車。以販賣油酒爲名。徧遊村堡。乘間竊取財物。車馬油篋等物。於實施竊盜

行爲。既無直接關係。又未能證明其物是否爲行竊所得。則自未便沒收。(五年非字) (四八號)

又 誘賣人口之身價。不得追徵沒收。(六年上字) (二四九號) (按因無追徵明文也)

又 查上告人所執挖補塗改之官契。雖應還給。然其中關於偽造部分。仍收審判衙門依刑律第四十八條第二款宣告沒收。再由執行衙門依刑事訴訟律草案執行編第四百九十八條。

表示無偽造之處還給之。方爲合法。(七年上字) (六〇一號)

又 煙槍煙斗。并屬違禁私有之物。原判僅依刑律第四十八條第二款沒收。漏未援引同條

第一款。不免疎略。(十年上字) (九八七號)

前大理院解釋例 交付而未收受之賄賂。仍得沒收。(五年統字) (四九二號)

按賄賂爲組成犯罪之本體。有本條第一項之性質。故無論是否收受。均得沒收。

又 查私和得錢。刑律既無論罪正條。則所得私和之款。當然不能沒收。(五年統字) (五三〇號)

又 刑律所稱供犯罪用之物。本以動產爲限。栽種粟粟之土地。不得沒收。卽劃歸行政處分。亦須根據有效之法規辦理。(八年統字) (一四八號)

又 專供運送煙土之車馬。自應沒收。(十一年解字)

(一七一七號)

最高法院判例 共犯罪所用之主婚字據。應予沒收。(十七年上字)

(四一〇號)

又 呈案封條。既係供犯罪所用。亦應依法沒收。(十七年上字)

(一九一號)

司法院解釋例 鹽船非專供販運鴉片所用之物。依法不得沒收。(十八年院字)

(一四〇號)

### 第六十一條 前條第一款之物。得專科沒收。

本條之要旨。爲規定違禁物無論在何時均得科以沒收之特例。蓋違禁物係含有危險社會之性質。爲本法及行政法規上所禁制不許私人持有之物。與前條第二第三項之物。其性質有不同。故對於此項所科之沒收。不必俟有犯罪之成立。亦不必俟有主刑之宣告。換言之。即所持有人。不必爲犯罪者及被有主刑宣告之人。均得特別的予以沒收之宣告。前第五十二條係限於有犯而免除主刑者得專科沒收之規定。其得被專科之物體。不限於前條第一項。本條則不限於有無犯罪及有無主刑。均得專科沒收之規定。其得被專科之物體。僅限於

前條第一項。二者均爲對於沒收在從刑性質上之一例外。故必有特設之規定也。

二

本條之立法例。爲暫行律所無。而爲本條所新設者。故暫行律時代。對於違禁物有必須沒收之場合。除以行政處分外。實無他法可以救濟。於維持法律及社會秩序之實際上。殊多困難。例如煙槍煙斗。依上述最高法院判例。係認爲違禁之私有物。若法院因他案而搜獲煙鎗煙斗時。在暫行律上則無沒收之可能矣。故前大理院四年非字五二號判例云。從刑在原則上必附加主刑而宣告。故辦理開設煙館案件而并搜獲賭具者。如未就賭博行爲加以制裁。自不得沒收賭具。又該院十年上字一一〇五號判例云。既未論以收藏危險物品之罪。而單就違禁私有之槍彈。適用第四十八條第一款諭知沒收。顯屬違法。以上二判例。蓋亦因無本條特設之規定所生之障礙也。

第六十二條 第六十一條第一款之物。不問屬於犯人與否。沒收之。第二款第三款之物。以屬於犯人者爲限。得沒收之。

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

一

本條之要旨。爲規定適用第六十條之限制。即第六十條所列舉之物。除該條第一款之物。係無論在何時與在何場合及其物屬於何人所有。均得爲沒收之附科或專科外。其第二款第三款之物。(1)須除犯人以外無有權利者存在爲限。換言之。即其物雖爲供犯罪所用及犯罪預備之物。或因犯罪所得之物。若其物不屬於犯人所有者。(所有之意義。包括占有而言)例如犯人借用不知情之他人所有之刀以犯殺人行爲。或竊盜所竊得之賊物有失主可指者。又或竊盜所竊盜之賊物已爲第三人以善意買得者。以上均非犯人以外無有權利者。均不得予以沒收。反之如官吏所收受之賄物。則爲犯人以外無有權利者。即可予以沒收也。至關於賊物有被害人爲私訴之請求時。自應追還給領。此屬於民事範圍。又對於現存賊物須爲扣押保管之處分。此屬於訴訟處分之事項也。(2)除有特別規定外。須最重主刑係徒

刑以上者爲限。始得科以沒收之附加。其最重主刑僅拘役或罰金者。則以不科以沒收爲原則。但從本條第二款文理上解釋之。所謂最重主刑者。係指各本條法文上所定之法定刑。非指裁判時所宣告之刑而言也。

## 二

前大理院判例 假作媒合。騙取身價銀兩。在被告人一方。固爲因犯罪所得之物。而在被騙者一方。仍係被詐之贓。既請被害人爲私訴之請求。自應追還給領。不得沒收。(四年非字三一號)

又 受行竊人所贈之贓物。雖經起獲。而贓物既由偷竊而來。自非犯人以外無有權利者可比。不得濫予沒收。(六年非字一三五號)

又 被害人所交上告人之四十兩借字一紙。原以補當價之不足。雖亦由上告人之欺罔行爲所取得。而被害人本可請求返還。原審竟判予塗銷附卷。實無根據。(八年上字七二號)

又 上告人買良爲娼時所得之絕賣字及擔保字各一紙。該上告人因犯罪所得之物。以外更

無有權利者存在。應予沒收。(八年上字  
一三八號)

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

按暫行律無第本法六十一條及本條第一項第一款之立法例。故金丹雖爲違禁物。除因情形以行政處分外。實無合法之辦法。依本法則遇有右判例之情事。若金丹在被告宣告主刑時業已起獲。則依本條第一項第一款之規定。當然可以併案爲沒收之宣告。若金丹查獲時已在被告宣告主刑之後。則依第六十一條之規定而科以沒收。無以行政處分之必要矣。

又 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(以犯人以外無有權者爲限)之限制。原判乃依第四十八條第二款沒收。亦屬違法。(十年上字  
六二六號)

又 偵緝隊兌換之僞幣。縱屬上告人等行使之原物。但經行使人結果。其物之權力已因而

發生移轉之效力。自應受刑律第四十九條之限制。(十年上字一  
二二五號)

按僞幣在通說上均認爲係違禁物。無論何人不能持有者。依本條第一項第一款及第一百十六條之規定。則右判例之場合，仍當予以沒收也。

前大理院解釋例 賊物之失主不明者。亦不能沒收。(七年統字  
七九八號)

按賊物之失主不明者。其物尙有失主。特一時不確知其失主之爲誰耳。在此場合。對於該物仍非犯人以外無有權利者之存在。故亦不能沒收。僅能出示招領。俾得歸還原主。

倘經過一定期間而無人認領時。則可以行政處分收歸國庫也。

最高法院判例 供犯罪所用主婚字據。應予沒收。(十七年上字  
四一〇號)

## 第六十三條 沒收於裁判時併宣告之。

### 一

本條之要旨。爲規定沒收之宣告方式。沒收爲從刑。故當於裁判時有主刑之宣告者。則於宣告主刑之主文內併宣告之。至依第五十二條第二款及第六十一條專科沒收時。亦當於裁

判時宣告免除主刑或無罪之主文內併宣告之。以省繁複之手續也。

第六十四條 裁判確定前羈押之日數。得以二日抵有期徒刑或拘役一日。或以一日抵第五十五條第七項裁判所定之罰金額數。

一

本條之要旨。爲規定裁判確定前羈押日數折抵自由刑及罰金刑之例。裁判確定前之羈押。即包括判決確定、發生執行力以前之一切羈押而言。依刑訴通常之程序。裁判自宣告判決之日起。須經過上訴期間而被告人尙未上訴。或於上訴期間內被告人已表示捨棄上訴。及上訴後業經終審判決。要之除非常上告外。已無再使本案有覆審之可能之程序。則爲裁判已經確定。該裁判之內容。始能發生執行力。故判決有即時確定者。如終審判決是。有須經過上訴期間或被告人已表示捨棄上訴始確定者。如第一審及第二審之判決是。裁判確定後拘禁於監獄。即爲執行自由刑。裁判確定前之拘禁。即爲羈押。不問在偵查中、或在公判中。及開始偵查以前。與宣告判決以後。又無論被禁於監獄中或看守所中。但在未發生

執行力以前之羈禁日數。均爲裁判確定前之羈押日數也。（依前大理院三年統字一一三號判決例。卽開始檢查前羈押於他機關者。亦得謂爲未決羈押。）在事實上此種羈押日數。有延長至數年者。不有折抵之法例。亦未免太背乎人情。此本條前半之所由設立也。至罰金易科監禁。本爲第五十五條第二項後段所規定。其折算扣除監禁日期之罰金額數。當依裁判所定之標準。卽爲第五十五條第七項所規定。其立法理由與該條項例旨。前已有所說明。此種易科監禁。亦與羈押性質類似。故該條第七項於監禁期內繳納罰金者。可以監禁日數。扣除依裁判所定之標準罰金額數。（例如裁判所定之標準。爲以每三元罰金額數。易科監禁一日。卽謂之標準罰金額數。）則依本條後段之法例。若裁判確定係處罰金者。亦可以裁判確定前之羈押一日。折抵裁判所定之標準罰金額數。例如裁判所定之標準罰金額數。爲以每三元折科監禁一日爲標準。則假若被羈押之日數爲三十日。則可折抵罰金額數九十元也。又依本條後段立法例之意旨。則罰金易科監禁時。若裁判確定前有曾被羈押之日數。可依裁判所定之標準。折抵罰金額數後。再以其餘定易科監禁日數。又於監禁期

內繳納罰金時。所納之罰金額數。可依裁判所定之標準。扣除以前之羈押與易科之監禁之總合日期所應折抵之罰金額數也。因罰金刑與自由刑之性質不同。易科監禁與徒刑及拘役之性質亦異。故裁判確定前之羈押。與有期徒刑及拘役折抵計算法。爲一與二之比例。而與罰金折算監禁之標準額抵算。則爲一與一之比例。此本條後半立法之例旨也。

## 二

本條前半之立法例。與暫行律第八十條立法例略同。該律立法理由書云。未決監禁日數算入刑期。爲今世學說所公認。蓋遇重要案件。凡預審中檢證等事。必須慎重。監禁之期。亦因之延長。恆有遲至數年始決者。久困囹圄。不無可憫。本案特立此例以補救之。惟未決中監禁。究與囚人有異。故計算之法。較普通之刑期。定爲二倍之比例也。第一次修正案對該條之意見。謂暫行律對於羈押折抵之例。係採得減主義。施行以來。審判官每多視爲具文。罕有適用此種規定。應刪去得字。採用必抵主義。第二次修正案亦採用其說。本條則未採用該兩修正案之意見。而仍與暫行律同爲採得抵主義。應抵與否。一任審判官之

隨案酌量也。

### 三

前大理院解釋例 判決無期徒刑之案。不生未決羈押日數折抵之問題。所稱監犯某。因處無期徒刑。未決羈押日數。未判折抵。其未決期內羈押日數。既有二十餘年。在監又確有悛悔實據。自可報由司法部酌依別種方法辦理。（九年統字一三九六號）

又 查刑律第八十條規定。未決期羈押日數。得抵刑罰。既係抵刑。自與免刑不同。法律上固應視為已經執行。雖假釋出獄。係為獎勵受刑人之悛悔。入監未久。不能認為已受監獄之感化。是否實行悛悔。亦無由確知。然第六十六條定明有悛悔實據者。始得許其假釋。究竟可否准許。儘有斟酌餘地。且裁判准否折抵。亦有裁量自由。既經准抵。自係認所未經折抵實應執行之刑期。為應受感化之期。本院意見。以為抵刑部分。無妨算入第六十六條年期制限之內。（九年統字一八六號）

依右解釋例。則在暫行律時代。對於羈押折抵刑罰之日數。可視為已被執行之日數。當

算入假釋年期限制之內。(暫行律年期限制爲有期徒刑執行未滿三年者不在假釋之限。)  
然依本法第九十三條尾項之明文規定。對於同條第一項但書內之年期限制。遇有第六十四條情形者。以所餘之刑期計算。則右解釋例已無適用之餘地矣。因此例不無參攷之價值。故併錄之。

## 第八章 累犯

(1) 累犯者卽累次爲犯罪之行爲也。刑法上關於一人而有累次之犯行。有二種之區別。(一) 在受刑事裁判宣告前有累次之犯行者。曰併合罪。(二) 在受徒刑執行完畢或已受徒刑之執行而被免除後。於一定之期間內。有再犯罪之行爲者。曰累犯罪。併合罪特設有併合論罪章。累犯罪則規定於本章。二種區別之趣旨。前者因尙未受刑法上之警戒與感化。雖有一次以上之犯行。該犯人之主觀方面。仍與普通犯罪之惡性無異。故僅須使其負併合之責任。後者則已受刑法上之警戒與感化。猶不知悛改而復再犯罪。此其人實習於爲惡。且

足徵前次科刑之期過短。法律上認此種犯人之主觀方面。實非僅繩以初犯之刑所能收改良之效者。故須有特別之處置。以期達累犯預防之策。此本章設立之意旨也。

(2)對於累犯之範圍及預防累犯之特別方法。在各刑法立法例上及學說上有如左之區別。

甲 一般累犯主義 此主義從廣義解釋累犯。謂凡前經受處罰之人。不問以後再犯何種罪刑。亦不問其間相距時期之長短。皆以累犯論而特別加重其刑。各國刑法立法例上亦有採用此說者。然於期間一點。多主張應予限制。蓋初犯於出獄後經過長期而始再犯。可知其因執行已發生相當效果。其前此犯罪之惡性已經竣改。其本來之惡性。亦未必深重。且已經過甚遠之期間。其後犯之罪。未必仍基於前此之惡性而生也。

乙 特別累犯主義 此主義從狹義解釋累犯。謂受刑後再犯之罪。非與初犯之罪同一性質或同一種類之犯罪者。不成謂為累犯。又謂初犯與累犯之間。須設一定期間。在此一定期間內再犯者則為累犯。經過一定期間後而有再犯者。則不構成累犯。依此主義之主張。累犯之成立。既限於再有同一性質或同一種類之犯罪。則如初犯竊盜。已受刑完畢

後。再犯傷害。雖在一定期間內。亦不得謂之累犯矣。然無論何種之犯罪。皆係由於惡性所發生。對於累犯不應以後犯當屬同一性質及同一種類爲限。蓋就惡性論之。實不得謂同種類之惡性爲非惡性。其人於受刑後仍不知悛悔。以致發生再犯之情形。又實不能因所犯與前犯爲不同種類。遂得謂雖怙惡不悛。亦不當受特別之處置也。惟主張須設定構成累犯之期間。則較甲說爲適當耳。

丙 折衷主義 此主義則取兩說之長而折衷之也。亦有二種。(一)以一般累犯主義爲原則。而採用特別累犯主義說之期間限制。(二)認有一般累犯與特別累犯之區別。對於一般累犯之特別處分較輕。對於特別累犯之特別處分爲重。前者係我國之暫行律所採取。後者即本法所採用也。

第六十五條 受有期徒刑之執行完畢。或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後。五年內。再犯有期徒刑以上之罪者爲累犯。

本條之要旨。爲規定本法上累犯之定義。其要件有三。一初犯已受有期徒刑之執行完畢。或曾受無期或有期徒刑一部之執行而後免除者。二再犯係有期徒刑以上之罪者。三初犯與再犯之期間。距受刑完畢或受刑一部而免除後尚未逾五年者。具有此三要件之再犯。則構成累犯罪。三者若缺其一。則不能依本章處罰累犯例以處罰。關於累犯之成立與否。各立法例及各學說上各有異同。本法爲統一解釋起見。故由法律自體確立累犯之定義。以明本法上關於累犯構成之要素。此本條之所由規定也。

## 二

第一 前科與再犯之距離期間。各刑法立法例上有不加以限制者。有加以限制者。不加以限制者。雖其人於受刑後經過數十年之久而有再犯時。亦爲累犯。加以限制者即須在受刑後一定之期間內有再犯時。方爲累犯。已於本章緒論中述及。徵之各國刑事統計。初犯於出獄後復再犯者。其實行多在二年以內。間有在三年以內或四五年以內者。蓋凡有慣習犯罪之性格者。其再犯多在出獄後不久之期間內。所以對於此種受刑後而仍無悔改之效者。

須速加以特別之處遇。免致有慣習犯性者愈以養成其堅強之慣習性。未成慣習者亦有足以養成慣習犯之傾向。至出獄後四五年以內而不再犯者。則可認其人已改悔之效果。故各國間對於累犯期間之認定。有以三年為限者。有以五年為限者。有以七年為限者。亦有以十年為限者。逾此期限而有再犯之行爲者。則無依累犯處分之必要。本條之採五年期限制。亦斟酌各國成例之適當者也。

累犯成立之起首時期。各立法成例上亦可分爲三派。依法國派則從受有罪之確定裁判後起。有再犯者則爲累犯。其曾受刑之執行與否所不問也。例如受有罪裁判確定後即犯脫逃之罪。亦當依累犯之處分。依德國派則須從受刑之執行完畢後起。有再犯者則爲累犯。例如雖於受有罪裁判確定後或刑之執行中犯脫逃罪者。仍爲普通犯罪。不能構成累犯問題。依暫行律則從已受刑之執行起。有再犯者。則爲累犯。例如雖受有罪裁判確定而尚未受刑之執行者。雖犯脫逃罪。不能成立累犯。至已受刑之執行中而犯脫逃罪。雖執行尙未完畢。亦以累犯論。（參照前大理院四年上字一七號判例）第二次修正案謂主張德國派者謂裁判一經宣告。犯人即應

有所警戒。受警戒而復犯罪者。應加重其刑。主張德國派者。謂裁判宣告。猶未受刑。若果足爲犯人之警戒。則宣告以前。刑律具在。亦足以警戒之。何待裁判之宣告。故必以實體上受刑罰全部之執行或一部之執行而經免除者。方足爲犯人之警戒。蓋受刑後復犯罪。可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性。而有加重其刑之必要。兩派主張。自以第二派爲優。本條之立法例。係採用第二次修正案而主張德國派者。其立法主義之大體上。亦與暫行律同。惟暫行律係以已受徒刑之執行中爲累犯成立之起點。本條則須受有期徒刑之執行完畢。或受無期或有期徒刑執行之一部而經免除者。始爲累犯成立之起點（參照司法院十八年院字四二號解釋）換言之。累犯之成立。須以出獄後有再犯者始爲累犯。在獄中有再犯者不爲累犯。故受無期或有期徒刑者。須經免除後而出獄者。始得於受執行之一部之場合而認爲可成立累犯也。推其立法之用意。蓋謂審判宣告執行之刑期。卽爲本犯人應受感化之期間。若執行之期間尙未完畢。則可認爲感化之作用若未完全發生。在此期間內有再犯之行爲。祇能認爲犯人尙未受有完全之感化。不能證明犯人係依通常之刑不足以生感化作用。在此場合。尙

無施以累犯處治之必要。至受無期或有期執行之一部而經免除者。雖免除之原因不一。要均視爲無繼續加以感化之必要。亦與執行之業已完畢無異。故在未經免除以前。雖受有執行之一部。亦不能卽爲成立累犯之起點。須在已經免除以後仍復不知後悔而再有犯罪之發生者。則當以累犯之例處治矣。

累犯期間之起算日。究以徒刑執行完畢之翌日爲起算期。抑以執行之最終日爲起算期。法律無明文規定。學說亦主張各殊。依日本大審院之見解。累犯期間之起算日期。當從被告人之利益方面以定計算方法。本此理由。則可以執行最終之日以爲起算點云云。然此種計算法。於確算五年期間限滿之日。則於被告人方面爲有利益。例如再犯時日。依執行完畢之翌日起算。則尙未逾五年之範圍。而可成爲累犯。依執行最終之日起算。則已逾五年之範圍而已不能以累犯處罰之場合は。若於確算累犯成立起首之時。則不能謂於被告人方面爲有利益。例如依執行完畢之翌日起算法。則雖在執行最終之日更犯徒刑以上之罪者。仍當成立單獨處分罪。依執行最終之日起算法。則在執行最終之日有再犯徒刑以上之行爲。

遂當成立累犯罪名矣。是於被告人方面利益之說。仍未能貫徹也。該國學者牧野英一及泉二新熊二博士則不贊同此主張。謂刑之執行之威力。若須依執行之終了方爲完成。則當然不能以執行最終之日爲累犯期間之起算日。而當以執行終了之翌日爲起算日也。余意本法立法之精神。係以出獄後之再犯始爲累犯。累犯所以應加重。係因於前科之刑量爲不足。促其改悔。前科之效力。當於執行終了之時方能視爲完成。依本法第二十二條之規定。時期之初日。不計時刻。以一日論。最終之日。須閱全日。放免囚犯。於期滿之次日午前行之。依上論結。是累犯之期間起算日。當以執行或免除之翌日起算爲當也。

第二 累犯須以曾受刑之執行爲條件之一。故雖受有徒刑之宣告。而或因緩行期間之完成。或因特赦而免除其執行者。卽自始未受刑罰之執行。當然無成立累犯之基礎。又死刑及無期徒刑之未得一部免除者。亦當然不能生累犯之問題。又裁判宣告後執行完畢前之中間期犯罪。不能成爲累犯罪。亦不能成爲併合罪。而爲通常之獨立處分罪。（參照司法院十八年院字四二號）但於此有成爲問題者。（一）遇有本法第六十四條情形。以羈押日數抵徒刑日數。假若有人

受判處徒刑一年。而未決期內羈押已逾二年。則一年之刑期。於判決確定後即完全抵銷。而無送監執行之日。在此場合。於被釋後復再犯罪。是否成立累犯之問題。(二)依本法第九十三條得許假釋後復再犯罪。是否成立累犯之問題。關於第一問題。學者間亦有二說。甲說謂累犯之成立。法律上須以受畢徒刑之執行後或受畢一部而經免除後為要件。羈押折抵徒刑全部之場合。則被折抵者既未一日入監。即係全未受徒刑之執行。雖被釋後復有再犯行為。自不能以累犯論罪。乙說謂法律所以准以羈押之日數折抵徒刑者。以在羈押中已有等於受執行之情形。否則并非定須折抵也。若認為已有等於受執行之情形。則不啻已受徒刑之執行。其折抵徒刑全部。則不啻已受徒刑之執行完畢矣。在此場合復有犯。自仍當以累犯論罪。余意羈押折抵徒刑制。其性質與上述之判決後即被赦免及緩刑之完成。因而未受執行者不同。其由於赦免及緩刑而全未執行者。為消滅處刑之全部的效果。犯人既全未受刑罰之懲戒與感化。自當認為未具備本條已完畢執行之條件。故不足以為累犯之基礎。至羈押雖與監禁有異。法律既認以二日折抵徒刑一日。裁判當時亦審酌其情形而既准予

折抵。則係認其二日羈押之效力。已足抵徒刑一日之效力。其已折抵之日數。即等於徒刑已執行之日數。其全部折抵者。自當等於全部已受執行。徵之前大理院九年統字一一八六號解釋意見。謂未決羈押日數得抵刑罰。既係抵刑。自與免刑不同法律上固應視為已經執行。（中略）且裁判准否折抵。亦有裁量之自由。既經准抵。自係認所未經折抵實應執行之刑期。為應受感化之時期。（即謂已抵部分謂不必再受感化矣）云云。又七年統字七七二號解釋要旨。謂以徒刑改受笞刑。雖未宣示及牌示判決。仍以受執行徒刑論。自應認為再犯云云。依此以為條理上之證明。則（一）羈押折抵之刑。自當認為已受執行（如前一例）。（二）可以受執行徒刑論者。即可認為再犯。（如後一例。又該例再犯用語。即指累犯）且立法之精神。所以須受畢執行。始能以累犯論者。原以驗其前刑之程度。是否足以改變本犯之惡性。故執行未畢。則是否足以懲戒。尚屬無據。不能遽以累犯論斷。若已受畢執行而仍不悛改者。始能決其前刑之程度尚不足以生效。則當依累犯之例處治矣。若已可以受執行徒刑論者。遇有復犯自當依累犯論。於立法之精神上亦毫無疑議。故余對於第一

問題。亦贊同乙說也。關於第二問題。假釋之意義。在假釋期間內。既不能視為徒刑之執行已完畢。又非執行一部而已經免除者可比。自不合於本條累犯之要件。惟假釋期間已滿而尚未撤銷假釋者。依第九十六條之規定。其未執行之刑期。以已執行論。則當然為已合於本條已受有期徒刑執行完畢之條件矣。

三

最高法院解釋例 甲乙丙三罪既為俱發。應依刑律(暫行律)第二十四條定其執行之刑期。丁罪所犯。既在甲罪確定審判後執行中。應查照累犯規定科處。再與甲乙丙三罪之執行刑併執行之。(十七年解字五八號)

按右例係在現行刑法尚未實施期內之解釋。(現行刑法係同年九月一日施行)故尚援用暫行律。關於在執行中所犯之丁罪。亦以累犯科處。依本法則丁罪情形。既非累犯。又非俱發。而為單純獨立處分罪。丁罪應科之刑。當與甲乙丙三罪執行之刑併執行之。

最高法院判例 已受徒刑之執行。未逾五年。更犯徒刑以上之罪。不能援用無效之十四年

赦令。而認爲再犯不成立。(十七年上字一五九號)

司法院解釋例 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。(十八年院字四二號)

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

累犯同一之罪或左列同款之罪。一次者。加重本刑二分之一。二次以上者。加重本刑一倍。

- 一 內亂罪。外患罪。妨害國交罪。
- 二 瀆職罪。妨害公務罪。妨害選舉罪。妨害秩序罪。
- 三 脫逃罪。藏匿犯人及湮滅證據罪。偽證及誣告罪。
- 四 公共危險罪。
- 五 偽造貨幣罪。偽造度量衡罪。偽造文書印文罪。

- 六 妨害風化罪。妨害婚姻及家庭罪。
- 七 褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪。
- 八 妨害農工商罪。
- 九 鴉片罪。賭博罪。
- 十 殺人罪。傷害罪。墮胎罪。遺棄罪。
- 十一 妨害自由罪。妨害名譽及信用罪。妨害秘密罪。
- 十二 竊盜罪。搶奪強盜及海盜罪。侵佔罪。詐欺及背信罪。恐嚇罪。  
。贓物罪。毀棄損壞罪。

一

本條之要旨。爲規定累犯之處分方法。計分二種（一）爲累犯不同一之罪或本條左列不同款之罪。犯一次者加重本刑三分之一。二次以上者加重本刑二分之一。所謂不同一之罪者。即後犯與前犯非同一種類之犯罪。例如前犯爲竊盜罪。後犯爲傷害罪。竊盜與傷害非同一

種類之犯罪也。所謂左列不同款之罪者。即後犯與前犯爲不同一性質之犯罪。本條左列第一款至第十二款。各同一款中所列之各罪。其性質均係相類似者。例如第一款所列者。均係有妨害國權之性質。第二款所列者。均係有妨害政務之性質。第三款所列者。均係有妨害司法之性質。餘依此類推。假若前犯係瀆職罪。後犯係脫逃罪。則爲不同款之罪。亦即爲不同性質之罪也。(二)爲累犯同一之罪或本條左列同款之罪。例如前犯竊盜罪。後又犯竊盜罪。則爲同一之罪。前犯瀆職罪。後犯爲妨害秩序罪。則爲同款之罪。犯一次者加重本刑二分之一。二次以上者加重本刑一倍。從犯罪之種類言。則前者爲普通累犯罪。後者爲特別累犯罪。從處刑之輕重言。則前者較輕而後者較重也。惟有當注意者。加重刑之結果刑期。仍當依本法第四十九條第三款不得逾二十年制限。又後犯之本刑雖較前科之刑有當然加重之場合。於當然加重外仍須依本條再加重其刑也。

## 二

第一 暫行律關於累犯之立法例。凡屬累犯。不論所犯之罪種及罪質前後有無異同。均視

爲係具同一之惡性。故其科處刑罰。僅有累犯與三犯以上（該律係稱累犯爲再犯。故本條所稱累犯二次以上者。在該律則爲三犯以上）之區別。無一般累犯與特別累犯之區別。第二次修正案謂累犯之處罰。可分兩種。一普通累犯。即所犯之罪性質不同者。二特別累犯。即所犯之罪爲同一或類似者。特別累犯有特別之惡性。最難懲戒。故較普通累犯。自應特別加重。本案擬分兩義以規定之。本條即係採用該案者也。

各國關於累犯處分之立法例。亦有二種主義。一爲變更刑罰種類。一爲加重本刑。變更刑罰種類亦有二種制度。（A）對於累犯則處以流刑。即放流於荒島也。（B）對於累犯則處以不定期刑。此例復有二種區別。（1）對於累犯一次者。處以相對之不定期刑。即最長期以二十年爲限。最短期亦須在六年以上。在此範圍內。僅宣告最高與最低之限度。不宣告一定之刑期。須俟被科者有完全改善之實據。認爲無再予處罰之必要時。即爲刑期之終止而釋令出獄。否則非到最高度之期限不能出獄也。（2）對於累犯二次之重罪及累犯三次以上之罪。處以絕對之不定期刑。被科絕對不定期刑者。裁判時僅有最低限度之宣告。無最高

限度之刑期。但最低限度不得低於本刑之最長期。亦視被科者於經過最低限度之刑期後。有完全改善之實據。認為可無繼續處罰之必要時。則為刑期之終止時。否則可延至無期也。上述之二例。要以(B)例為最適合於累犯預防之政策也。至加重本刑主義。對累犯刑罰之種類。亦與初犯刑罰之種類相同。特其科刑之分量。須較初犯應科之刑特別加重。故刑罰之種類雖同而性質則仍異其趣旨矣。本條即採用此主義者也。

累犯之次數。係依受處刑之次數而言。如第一次受刑之執行完畢或免除後再犯罪則為累犯一次。受累犯一次之處刑完畢或免除後再犯罪則為累犯二次。二次以上者以此類推。方符刑法處罰累犯之法意。非於初次犯罪受刑完畢後。復有二次以上犯罪行為。即為認為二次以上之累犯也。(參照前大理院六年統字七一號解釋之條理)

第二 累犯多出於習慣性之犯人。然不能即謂累犯為習慣犯。從實證上之觀察。累犯發生之原因。及累犯中之成分。約可分為下列之數種。(1)習慣犯。此種人素有習於犯罪之倔強性。視他人之法益如無物。以犯罪為常業。故此種人常易至於累犯。(2)單一狂。即人

類學上所稱爲癡狂犯罪性。此種人素有單好犯某一種罪之狂癖。常須反復爲之乃始快意。其癖性之發動時。意思之抑制力。常不能敵其癖性之衝動力。有如癡狂然。明知其爲犯罪而亦必肆然爲之而不能自止。此亦爲精神病之一種病理。如精神病學上所稱之殺人狂、放火狂、竊盜狂、色情狂等。其流於累犯也則較習慣犯爲尤易。(3)環境犯。此種人非有素習危害社會之惡性。或因出獄後因不能爲社會一般人所齒數。或因出獄後遂致生活之技能與途徑均已斷絕。或因法律保護力之太不足恃。因上各種原因。以致欲求生活之資料與欲保生活之安全而均不可得。爲圖保衛生命身體家族而有時不得不激而入於累犯之途。在學說上又稱之爲機會犯。盡謂迫於稀有之機會而犯罪。非出於本人素具有之惡性而犯罪。其犯罪實由於法律及社會之不良所致。由於機會犯之累犯。在累犯之統計中恐亦不在少數也。法律上對於累犯之規定。祇有一般累犯與特別累犯及一次累犯與二次以上累犯之區別。無習慣累犯與狂癖累犯及機會累犯之區別。良以累犯爲刑事政策上特別預防之主要問題。無論何種累犯。但已流入於累犯之途。若不急施以特別之處置。均足爲養成習慣犯或營業

犯之捷徑。而在審判官於爲累犯之裁判時。則不能不確立一適當之標準。於加重本刑之法定範圍內。或低至與初犯之刑量相接近。或高至於加重範圍內之最重刑。換言之。即習慣性及狂癡性之累犯。實爲特別預防政策目標上之重心。非與以最長期之懲戒與感化。不能望其改變之日。反之迫於稀有機會之累犯。其犯罪性質與初犯之相異。亦等於具體而微。僅處以累犯之最輕刑而即可適合矣。

### 三

前大理院解釋例 認爲三罪之要件。係依審判次數而言。如一罪審判確定執行其刑後。又復犯罪。始可謂爲再犯。則累犯罪之三犯。亦當經過再犯審判之確定。始與法意脗合。

(六年統字  
七一二號)

又 第三次犯罪。於判決時已查明爲三犯。不問再犯之刑會否加一等。應依三犯例判決加二等。若至執行第三次之刑時始發覺第二次漏未加重。不得依第二十一條更定其第二次之刑。(十三年統字  
一八七六號)

又 前處徒刑之罪。如在赦令條款不准免除之列。執行後未逾五年。更犯徒刑以上之罪。為赦令條款所不准免除者。應依再犯加重例處斷。否則前之罪刑業經根本消滅。更犯時應視同初犯。(十五年統字一九七〇號)

司法院解釋例 所謂同一之罪。指同案之罪而言。內亂與瀆職。既非同一之罪。亦非第十六條所謂同類之罪。(十八年院字一三〇號)

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

一  
本條之要旨。為規定在裁判確定後始發覺為累犯之處理方法。法律上對於累犯之刑必加重。原為防遏累犯之特別處分。然犯人之矯矯者或早已變易其姓名。或預施有其他之隱蔽方法。亦不無晦匿其為累犯之可能。在此場合。審判時因未能發覺其為累犯。已科以初犯之刑。依通常之訴訟程序。裁判一經確定。非依法律上之特種規定。則無變更原裁判之可能。

。故若於裁判確定後始發覺其爲累犯。依通常程序。則已無法予以累犯之制裁。是法律上防遏累犯之政策將有不能達時。故本條特爲規定於裁判確定後始發覺爲累犯之場合。仍當依前條之規定。分別更定其刑。以貫徹累犯規定之趣旨。但若因未發覺爲累犯而科以初犯之刑。此項科刑已依法執行完畢或已經免除後。始發覺其爲累犯而猶未加重其刑。在此時期若再依本條第一項之規定而仍予更定其刑。則又未免過於苛酷。故裁判確定後雖得基於本條第一項之規定。因發覺爲累犯而更定其刑。然當以在執行終結或免除以前爲限。過此時期則雖有發覺。亦不能適用本條第一項之例。換言之。卽無變更原裁判之可能矣。此本條第二項之所由規定也。

## 二

第二次修正案理由內。謂原案(暫行律)裁判確定後。於執行其刑之時。發覺爲累犯者。依前二條之例。更定其刑。其意謂裁判確定後始發覺者。得變更其裁判而重新科罪。但執行完畢或免除後。則不得變更其裁判。是兩點。一得變更其裁判。一不得變更其裁判。原案

將此兩層。合爲一句。設於判定之後執行之前發覺爲累犯者。恐有不能變更其刑之誤解。故本案將此條分爲兩項。本條之立法例。即採用該修正案者也。

三

前大理院解釋例 審判確定後尙未執行而另犯他罪者。應將後罪判決與前罪之刑合併執行。  
（五年統字  
四一三號）

又 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。此種情形。如係釋放前發覺者。依刑律二一條更定三犯之刑。釋放後發覺者。不能更定。  
（五年統字  
四三〇號）

又 執行第三次刑時。始發覺第二次再犯時漏未加重。不得更定其第二次之刑。  
（十三年統  
字一八七  
號六）

第六十八條 累犯之規定。於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者。不適用之。

本條之要旨。爲規定前科處罰之原因。亦爲累犯要件之一。累犯以曾受前科之刑罰爲要件。而前科之原因。一爲犯罪。一爲受裁判。依本條之例旨。凡前係因違背軍律之罪。因而受軍法之裁判者。其犯罪之性質與常例不同。雖前有受軍法上刑罰之情事。不能卽認爲已受本法第六十五條所指之刑。換言之。不能因前已受軍法裁判之執行刑期。對於後有犯罪。卽認爲具備第六十五條累犯條件之一。隨之亦卽不能適用關於累犯之規定。以爲處理也。又外國法院之裁判。在中國不能視爲法律上有效之裁判。雖事實上已受徒刑之執行。在本法上不能認爲已有執行之效力。則受其執行者。雖後有犯罪行爲。亦仍當認爲初犯而不能適用累犯之規定也。依此規定以作論理上之解釋。凡無權審判之判決。在法律上爲根本無效。受無效判決之徒刑執行者。不能認爲已受徒刑之執行。卽不能認爲再犯徒刑以上之累犯罪。例如陸軍審判處若有關於普通刑事之判決。亦爲無權判決。與外國法院裁判同爲不生法律上之效力。假若在該項判決執行後有再犯之行爲。亦不能以累犯論也。

二

前大理院解釋例 會審公廨判處監禁執行。更犯徒刑以上之罪。不能構成刑律第十九條之再犯。(十二年統字一八四六號)

## 第九章 併合論罪

(1) 一人而犯一罪之場合。則依法論罪。自無問題。若同一人而犯數罪之場合。則論罪處罰之方法。法律上即不能不有明白規定。以資遵守。併合論罪者。即係規定同一人犯數罪之科斷方法。謂將所犯二以上之犯罪。併合論之以定其應科之刑也。此種一人而犯有二以上之罪名。就犯罪之種類上言。則為併合罪。就犯罪之處分言。則為併合論罪。但併合論罪之主義不一。併合論斷之方式亦各殊。故關於本問題之論列。概括言之。似屬簡單。分晰參究。實至複雜。此所以必有專章以為規定也。

(2) 本章在暫行律上名俱發罪。然本章之規定。非限於數罪俱發。即數罪各別發覺。其數

罪之性質。有合於併合罪之定義時。亦得適用之。故本章改爲併合論罪。特所謂併合罪。非係將數罪併合爲一罪。其各罪仍獨立存在。不過併合處斷之耳。

(3) 併合罪之定義。本章第六十九條已以明文規定。茲不贅述。但有與併合罪易於混同者。不可不注意其區別之點。(甲)併合罪與結合罪當有區別。蓋併合罪者。係併合實體上數種獨立之犯罪。或想像上數種之競合犯罪。而定其論斷之方也。所謂結合罪者。即結合數種實質之犯罪而成立一犯罪也。例如強盜故意殺人罪。係結合強盜罪及故意殺人罪而成立第三百五十條之一個罪。又稱爲實質上之一罪。此雖亦係同一人而犯數罪。然在法律上無併合問題之發生。故不得謂爲併合罪。(乙)併合罪與法條競合亦有區別。蓋併合罪者。係併合數種之犯罪而觸犯數種法條之場合。或併合同一行爲所爲及數行爲所爲。而觸犯數種。各異罪名之場合。以定論斷之方也。法條之競合者。即同一所爲而有數種法條之規定。即同一個罪而觸犯數個法條也。於此情形可分之爲二。第一。同一所爲之全部觸犯數種法規之場合。應依特別法優於普通法之原則定之。例如同一行爲。爲違犯軍法上之規定。又

爲違犯刑法上之規定。則適用軍法。(陸海空軍刑法)第二。同一行爲之一部觸犯他之法規之場合。於此場合。遇充實法與局部法競合時。以充實法優於局部法之原則定之。例如內亂罪。其陰謀預備之規定爲局部法條。內亂既遂之規定爲充實法條。凡陰謀預備爲內亂者。若出於暴動行爲時。則單以內亂既遂論也。若遇實害法與危險法競合時。以實害法優於危險法之原則定之。例如因偽造貨幣而準備器械原料。觸犯危險法也。實行偽造。觸實害法矣。由準備而達於實行偽造時。單以偽造論罪也。又遇包括法規與單獨法規競合時。以包括法規含單獨法規之原則定之。例如強盜之所爲。觸犯第三四六條之罪。強姦之所爲。觸犯第二四〇條之罪。若強盜又於盜所強姦。則第三四九條有包括之規定。應從第三四九條處斷也。又遇獨立法條與不獨立法條競合時。以獨立法條優於不獨立法條之原則定之。例如教唆或幫助人犯罪。更進而加功於實行時。是觸法教唆、從犯、及正犯。數法條。然僅當從正犯之法條處罰。不再論以教唆犯從犯之原則也。以上述法條競合之場合。在法律上亦均無併合論罪之問題發生。故亦不得謂爲併合罪也。

## 第六十九條 裁判宣告前犯數罪者。併合論罪。

### 一

本條之要旨。爲確立本法上關於併合論罪之定義。本法上得認爲可以併合論罪者。惟以同一人所犯之二以上之罪。其各罪之發生時期。均在裁判宣告以前之時期爲限。於此時期內所犯之各罪。均得依本章併合論罪之各規定而併合論之。申言之。併合論罪者。即在未經裁判宣告以前所犯各罪之相互關係也。此種數個之犯罪。有於同一審判當時同被發覺。得受合一之審判者。或一罪先發。業經於甲次裁判宣告判決。餘罪後始發覺。但以所犯確係在甲次裁判宣告以前發生者。則無論係得爲合一審判之場合。或生二以上裁判之場合。均得發生併合論罪之關係。反之若一罪發生在裁判宣告以前。他之一罪發生已在裁判宣告以後。則無論在如何之場合。均不屬於併合論罪之範圍。例如甲乙丙三罪。甲乙二罪發生在裁判宣告前。丙罪發生在裁判宣告後。甲乙二罪。無論是否同時受合一處分。不過裁判之方式上有合一審判與各別審判之各異。其間不因而消失其併合論罪之關係。反之在裁判宣

告後之丙罪。若甲罪已先受裁判。丙罪係與乙罪同時被發覺。其間亦僅乙罪與甲罪有併合論罪之關係。丙罪雖與乙罪得受同時之審判。而丙罪與乙罪不能生併合論罪之關係也。

裁判宣告之意義。即係依裁判之結果所爲判決之宣告也。裁判上對於某行爲判決爲有罪或無罪。抑有罪者應處以某刑。均須經過宣告之程序。方能生判決之效力。本條所指之裁判宣告。即指判決有罪并定有刑罰之場合之宣告也。但依刑事訴訟法對於六月以下之有期徒刑或拘役罰金。有處刑命令之規定。(刑訴法第四百六十一條)此項處刑命令。其性質亦與判決之宣告無異。則處刑命令送達之前後時期。於併合論罪之關係上。亦與本條所謂裁判宣告有同等之條件力也。

## 二

第一 第二次修正案理由。謂關於併合論罪之範圍。各國立法例可分爲三種。一以裁判宣告前所犯之罪爲限。德國俄國是也。二以裁判確定前所犯之罪爲限。中國(暫行律)日本葡萄牙匈牙利是也。三以執行未畢前所犯之罪爲限。芬蘭瑞典意大利是也。第三派在執行期

犯罪者。推翻以前之裁判。使犯人得享併合論罪之利益。無異獎勵犯法。故此派爲學者所非議。第二派縮小併合論罪之範圍。而以裁判確定前爲限。較第三派略優。但裁判宣告後確定前之期間內犯罪者。與裁判宣告前之罪併合論罪。亦無充分之理由。蓋裁判既經宣告而於未確定之前。雖或有變更之必要。(如上訴等)然斷不能純因宣告後犯罪而變更其裁判。遷就犯人。使其得享併合論罪之利益。故本案擬從第一派。以裁判宣告前之罪爲限。本條係採本修正案者也。

第二 併合論罪之問題。係由於同一人在受裁判宣告前有數個之犯罪而發生。此數個之犯罪。無論其出於一次或係出於數次。但以犯時均在受裁判宣告前者。卽得受併合論罪之處理。但一罪與數罪區別之標準。學者間之議論亦至不一致。有以行爲之個數爲標準以決定犯罪之個數者。有以法益之數或結果之數爲標準以決定犯罪之個數者。又有以依犯意之數爲標準以區別犯罪之個數者。茲爲分別說明如次。

甲 行爲說、依主張行爲標準論者之說明方法。謂犯罪之本質。卽在於行爲。故法律上

係以處罰行爲爲原則。是犯罪之單複數。不可不依行爲之單複數以決定之。然行爲標準論者中。關於行爲之觀念。亦所見不一致。有謂一個意思活動。祇能成立一個行爲。有謂須依意思活動所生結果之個數以定行爲之個數。其詳於第七十四條內述之。但若依行爲之個數以定犯罪之個數。則學者間對於行爲之觀念既有如是之差異。其結果則對於罪數之論結亦自難得一定之標準矣。

乙 法益說、主張法益標準論者。謂從刑法處罰行爲之點觀察之。則行爲爲犯罪之基本。犯罪之數。似可依行爲之數以爲論定。然法律處罰犯罪。實因其行爲爲侵害特種之法益。行爲者亦不外對於其行爲所生之各個法益侵害之結果而負有責任。此法律所以特對於各個之侵害法益行爲。設立專條。附以一定之刑罰制裁也。是各個之法益侵害。實爲形成法罪行爲之基本的要素。故認定犯罪之個數。當以犯人所爲對於法益侵害之單複數以爲區別之標準。且行爲不過爲實行犯罪意思以期達到犯罪目的之一手段。手段之爲單一與否。與犯罪之個數無關。蓋一個實質之犯罪。有以單一之手段而即可完成者。有合

數個之手段而始能形成者。犯罪與行爲。其個數非必爲一致的。犯罪與行爲之關係。因犯罪之意思。須藉外部之行爲以爲徵標而已耳。法律上常有給合數個之行爲而僅構成一罪者。且并認有連續犯之觀念。從此點以爲觀察。則知法律之意旨。行爲之數不必與犯罪之數爲一致。實最爲顯明而無可疑議者。前大理院判解各例。亦屢有採用此說之見解者也。

丙 意思說、依意思標準之學說。謂犯罪爲犯人之非社會的性格所表現。動作與事實。不過爲犯罪性格之表徵。換言之。卽僅爲證明此性格之一條件。究非犯罪之本質也。故犯罪之個數。非可以動作之數或法益侵害之結果之數以爲標準。而必依犯意之個數以爲決定者。此意思標準說之論旨也。又有主張依犯人決心之個數以定犯罪個數之說者。以犯罪行爲爲犯罪之決心之表示。故決心若爲單一。無論其行爲是否數個。祇能認爲一罪。若行爲係出於數個之決心時。則行爲雖爲單一。亦當認爲數罪。此主義亦與犯意標準說無甚差異。均同爲主觀主義說也。

行爲說與法益說。均係以客觀的定犯罪個數之標準。意思說係以主觀的定犯罪個數之標準。要之區別犯罪之單複方法。不能僅執單一之標準以爲論斷。須合主觀的與客觀的二方面以爲論定。換言之。卽於法益及行爲外。當以意思爲主要之條件。蓋僅有法益之侵害或行爲之違法。而未有犯意之連結。不能成立犯罪。故有數個之法益侵害或有數個違法之行爲。而犯意實祇有一個。卽不能成立數個之罪也。反之僅有數個之犯意。而未有被侵害之法益。及未有足以徵表之行爲。如錯誤犯及不能犯之場合。亦不能卽成爲數個之犯罪也。依此以論結。則本條之所謂數罪者。須有數個意思責任之行爲。及依其行爲而有侵害數個法益之結果者也。

第三 同一人而犯實質的數罪(獨立的數罪)之場合。其間在法律上有認爲須有特別處理之場合者。有認爲當依普通處理之場合者。認爲當依特別處理之場合。亦依其數罪相互間之特別關係。而有特別處理之種類不同。此併合罪與累犯罪所以有區別之必要也。累犯罪之數罪。爲裁判宣告前所爲一定之犯罪與執行完畢後一定期間內所爲之犯罪之關係。併合論

罪之數罪。爲裁判宣告前所爲數犯罪之相互關係。至裁判宣告後與執行完畢前所爲之犯罪。則仍爲普通犯罪之關係而當依普通處理方法以爲論斷。又裁判宣告前所爲之數罪已併合論罪後。於裁判宣告後復有所爲之數罪。亦須併合論罪。前者爲甲併合罪。後者爲乙併合罪。甲併合罪與乙併合罪之關係。不得稱爲併合罪。又同爲裁判宣告前所犯之數罪。此數罪中之若干罪已經前裁判之併合論斷。其餘若干罪後始發覺。其後發覺之數罪。當另予併合論斷。在此場合。前併合論罪與後併合論罪之關係。依第七十一條第七十二條之法例。仍得爲併合罪也。

### 三

前大理院判例 強盜竊盜之成立。固不以行爲之數。爲區別一罪數罪之唯一標準。亦不以財產所有人之數。爲區別一罪數罪之唯一標準。應視其財產係共同監督抑係各別監督而區別之。於一院內同一馬廐中。行劫五人所有馬匹。其馬匹既屬於一廐。而馬廐又爲五人所共有。是卽在共同監督權以內。不得以馬匹係五人所有。而以五罪論。(三年上字六八號)

又 領事館革捕。意圖邀功復役。指某甲故買贓物。私行逮捕。嗣經託人央懇釋出。又起意訛騙。令賠表價銀十元。其前後犯意。并不聯絡。認爲二罪俱發并無不合。(五年上字九〇號)

又 被告人與某氏通姦成孕。恐姦情敗露。致傷顏面。乃復商允某氏使之墮胎。以致某氏身死。是墮胎與和姦。意思行爲。各自獨立。不能謂墮胎爲和姦之結果。(八年上字八五九號)

又 查擄人勒贖。本係強盜之一種手段。懲治盜匪法第四條第三款又爲刑律強盜罪之加重條文。故強盜某家財物。并將其人擄去勒贖者。依同法第四條第三款。應以一罪論。(八年四號)

非字五  
四號

又 被害人年甫十齡。上告人強行雞姦後復又強姦。第一審依刑律第二百八十三條第二項(猥褻罪)第二百八十五條第一項(強姦幼女罪)第二十三條(俱發罪)分別處斷。適用法律。

并無錯誤。(九年上字二號)

又 在相姦人未嫁前之和姦行爲。與既嫁後之和姦行爲。所侵害之法益不同。應成立二罪

(九年上字  
三七號)

又 上告人以代人辦貨爲業。侵佔託其辦貨四人財物。應依侵佔法益卽財物所有權之個數計算罪數。(九<sup>上</sup>字一九一號)

又 上告人於詐取契紙錢以外。又將自己賬簿爲虛僞之登載。若果登載之事行於經人訴告以後。則其間既介入他人之訴告行爲。應卽將其登載幷行使行爲。與前之詐欺取財行爲。依刑律第二十三條處斷。(九<sup>上</sup>字五三三號)

又 上告人因犯姦罪。於獲案後爲彌縫姦罪起見。始行僞造自由書。則其僞造行爲完全獨立。與姦罪幷無方法結果之關係。卽當依同律第二十三條論以俱發。(九<sup>上</sup>字五六三號)

又 上告人於同時收受甲乙二人共出賄賂洋八元。將其釋放。係以同一意思爲同一行爲。又無人格法益問題。自應論以一個因收受賄賂而爲不正行爲。卽故縱脫逃之牽連罪。不能因賄賂出自二人論爲二罪。(九<sup>上</sup>字七〇二號)

又 刑律第三百八十二條之詐欺取財罪。本以財產監督權爲其法益。如僅侵害一人之財產監督權。或二人以上之共同監督權。因被害之法僅止一個。無論擔任取款者爲若干人。均

應止論一罪。不得因涉及二人論爲二罪。(九年上字七五三號)

前大理院解釋例 殺人後棄屍。又強取財物。應注意其意思行物。依俱發罪論。(九年統字一二四五

號)

又 甲託乙代賣煙土。乙侵佔賣價。應查明係受託後起意。抑係以吞沒之意思擔任代賣。

分兩罪俱發或從一重處斷。(九年統字一二八六號)

又 兼售嗎啡鴉片兩種毒質之藥丸。應以二罪俱發論。(九年統字一三八四號)

第七十條 併合論罪。分別宣告其罪之刑。依左例定其應執行者。

一 宣告之最重刑爲死刑者。不執行他刑。但從刑不在此限。

二 宣告之最重刑爲無期徒刑者。不執行他刑。但罰金及從刑不在此

例。

三 宣告多數之有期徒刑者。於各刑中之最長期以上。各刑合併之刑

期以下。定其刑期。但不得逾二十年。

四 宣告多數之拘役者。依前款之例。定其刑期。

五 宣告多數之罰金者。於各刑中之最多額以上。各刑合併之金額以下。定其金額。

六 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。

七 宣告多數之沒收者。併執行之。

八 依第三款至第六款所定之刑。併執行之。

一

本條立法之意旨。爲規定併合論罪科刑之定例。併合論罪爲併合數罪而爲合一之判決。非合併數罪而爲一罪。此義已如上述。故關於數罪中各個之罪。仍須分別科以各個之刑。此與普通各別處刑之宣告無異。惟須將各個罪所被宣告之刑。依本條各款併合之規定以定其應執行之刑。此則併合論罪與各別論罪之異點也。（各別論罪之宣告刑。須併執行之。不能依併合之規定而定其應執行之刑）本條各款併合執行之例如左。

第一 宣告之最重刑爲死刑者。不執行他刑。但從刑不在此限。此學說上所稱爲吸收主義者。卽他刑均爲死刑所吸收而不執行也。例如某甲於裁判宣告前犯殺人罪又犯竊盜罪。依本條第一項之規定。假定分別宣告殺人罪處死刑。竊盜罪處徒刑三年。同時應依本款之例——於宣告主文內判定僅執行死刑而不執行三年之徒刑。其判處二以上之死刑者。祇執行死刑一次。乃當然之例也。但從刑則不妨併執行之。以從刑之性質。與主刑不同也。

第二 宣告之最重刑爲無期徒刑者。不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。此亦爲吸收主義。例如某乙以暴動犯內亂罪。又犯詐欺取財罪。犯罪之時期均在裁判宣告以前。則裁判時假定分別宣告內亂之所爲處無期徒刑。詐欺取財之所爲。處徒刑四年。同時應依本款之例併宣告執行無期徒刑。而不能併執行四年之有期徒刑矣。其判處二以上之無期徒刑者。則祇執行無期徒刑。此亦當然之例也。但罰金及從刑不妨併執行之。以罰金之性質。原得爲併科者。故在單獨科刑時亦有併科罰金之例。至罰金於死刑不併執行。而於無期徒刑則併執行者。因既執行死刑。若再科罰金。則處罰者不在犯人本身。而在承繼遺產之人矣。

若無期徒刑。事實上雖近於死刑。而法律上有出獄希望。（如假釋等）與死刑大異。故併執行以罰金。仍可爲犯人本身所受之刑罰也。關於從刑理由。亦與第一款同。

第三 宣告多數之有期徒刑者。於各刑中之最長期以上。各刑合併之刑期以下。定其刑期。但不得逾二十年。此卽學說上所稱爲限制併科主義。又稱爲加重吸收主義者。例如某丙於裁判宣告前。犯和姦和誘竊盜殺人四罪。裁判時宣告和姦之所爲處徒刑二年。和誘之所爲處徒刑三年。竊盜之所爲處徒刑四年。殺人之所爲處徒刑十年。各刑中之最長期者爲十年。各刑之合併刑期共爲十九年。依本款之例。則同時可酌定執行刑期。於最長期之十年以上。合併之十九年以下。假定宣告執行徒刑十五年。本法上文例。所謂以上以下者。均連本數計算。如前例最長之刑期爲十年。合併之刑期爲十九年。則酌定執行之刑期。最低可僅定爲十年。而與吸收主義同。最高亦可定滿十九年之數。而與併科主義等。裁判官於此以上以下之範圍內。儘有審量之餘地。但依本法第四十九條第三款之規定。有期徒刑以加至二十年爲限。故定執行之刑期最高亦不得逾二十年。例如各刑中之最長期爲十年。

合併之刑期爲二十一年。則酌定執行之刑期。最低可僅定爲十年。最高亦不能逾二十年也。

第四第五兩款 其義與前款同。兩款之文例。已揭載如上。茲不贅錄。

第六 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。此亦採吸收主義者。蓋褫奪公權之期間。須自出獄之日始起算。加以在獄之期間。已屬不短。故不必再採加重或併科主義。而僅執行其多數之有期褫奪中之最長期即爲已足。但亦必於分別宣告各罪之褫奪公權時。同時併宣告應執行褫奪之期耳。

第七 宣告多數之沒收者。併執行之。沒收刑之性質。因其物之性質。不能爲犯人之所持者。故沒收之。所以有併執行之必要。

第八 依第三款至第六款所定之刑。併執行之。本條第三款即爲併合多數有期徒刑之刑期。定爲合一刑期之例。第四款即爲併合多數拘役之刑期。定爲合一刑期之例。第五款即爲併合多數之罰金額。定爲合一金額之例。第六款即爲併合多數之有期褫奪公權。定爲合一

褫奪公權之期。依第三款至第六款之規定所已定出之合一刑期。即爲應執行之刑。在學說上又稱爲併合刑。故遇有多數之併合刑時。則不能再爲改定矣。例如某甲犯子丑寅卯辰巳六罪。(子)罪宣告徒刑四年。褫奪公權七年。(丑)罪宣告徒刑六年。褫奪公權十年。(寅)罪宣告拘役五十日。(卯)罪宣告拘役三十日。(辰)罪宣告罰金二百元。(巳)罪宣告罰金一百元。(子)(丑)二罪。依第三款規定之結果。定爲執行徒刑七年。復依第六款規定之結果。定爲褫奪公權十年。(寅)(卯)二罪。依第四款規定之結果。定爲執行拘役六十日。(辰)(巳)二罪。依第五款規定之結果。定爲執行罰金二百五十元。則此四種已定出之刑。即不能再加以酌定。均應一併執行矣。即某甲應執行徒刑七年。拘役六十日。罰金二百五十元。褫奪公權十年也。此爲依第三款至第六款併合定刑之結果。因有四種相競合之刑之執行例。若分別宣告其罪之刑時。此四種之刑僅各科其一之場合。則四刑既非同一種類。法律上亦無特別規定。亦當併予執行。(參照司法院十九年院字一七〇號)例如某甲犯子丑寅三罪。(子)罪宣告徒刑五年。褫奪公權八年。(丑)罪宣告拘役五十日。(寅)罪宣告罰金三百元。應將某甲被宣

告之刑。合併執行之。即應執行徒刑五年。拘役五十日。罰金三百元。褫奪公權八年也。

二

第一 併合論罪之處分。在各國立法例中。有三種主義。(1)吸收主義。即將輕罪吸收於重罪之中。祇科重罪之刑。不再科輕罪之刑。(2)併科主義。即將各罪之刑合併科處。本乎有罪必罰之原則也。(3)折衷主義。以吸收主義不合於理論。併科主義不合於實際。因折衷於兩者之間為斟酌適宜之制。折衷主義復有外形的折衷制與精神的折衷制之二種。所謂外形的折衷者。即對於死刑徒刑探吸收。對於拘役罰金探併科是也。精神的折衷者。即將吸收併科二主義。併存於法律規定之範圍。任審判官自由採擇。或稱為加重吸收主義。又曰限制併科主義是也。從上列三種主義比較之。吸收主義則對於犯同等及異種類之數罪。或輕微之數罪。亦僅處其中一罪之刑。其結果則犯數罪者與犯一罪同。可生如下之二缺點。(一)犯罪者更犯其他同等或較輕之罪。亦不因而增加其刑。則犯罪者遇犯有較重之罪時。則對於同等及較重之罪。可以恣所欲為。毫無顧忌。是無異為犯多數罪者立一保障之

法制。而有獎勵犯罪之嫌。(二)有以一犯人而可以包庇數犯人之虞。例如甲犯有依法應科七年以下徒刑之罪。則或因賄囑或因同夥及種種之關係。而可以將乙丙丁所犯同等或較輕之罪。均代為冒認為己之所犯。其結果甲不因之而加重其刑。乙丙丁各真犯亦可逍遙於法外矣。此制惟屬於法國法系中有採用之者。併科主義則無論所犯之罪達於如何之數。均須一一併科以全部之刑。其結果亦有二缺點。(一)犯數多之輕微罪者。可以累加至最高之刑期。未免失之過酷。有反乎刑罰立法之精神及科刑之政策。(二)死刑及無期徒刑。事實上無併科之可能。此制近惟巴西國刑法採用之。折衷主義中。外形的折衷制。其失也亦與上二者等。惟精神的折衷制。各國間採用者最多。係對於無併科之可能者則純採吸收主義。如死刑及無期徒刑是也。有併科之必要者。則純採併科主義。如沒收刑是也。其他則包含吸收併科及可以折衷於吸收併科之間之主義。而擴充其量刑之範圍。俾有伸縮之彈性力。如有期徒刑拘役及罰金是也。本條係採用精神的折衷主義者。故第一第二兩款採吸收制。第七款採併科制。第三款至第六款採包括制。故審判官對於適用第三款至第五款之場合。

宜酌核各案情節。及犯人性格。選擇其適宜之刑。或採吸收主義。僅定爲執行各刑中最重之刑。或採併科主義。定爲執行各刑合併之刑。或採折衷主義。重於各刑中最重之刑。輕於各刑合併之刑。於各刑中最重刑之上合併刑之下之中間。定其執行之刑期或金額也。

第二 本條第一項分別宣告其罪之刑之規定。亦有數種重要意義。(1)有罪必罰之意義。

(2)顯示併合罪之數罪係各自獨立。故必宣告各自之刑。(3)若因上訴之故致其中各罪之刑有變更時。易於改定其應執行之刑。不致將各罪之宣告刑全部動搖。(4)各罪者如有因身分及其他特種關係。有加重及減輕之原因時。則當各自單獨加重或減輕以宣告其罪之刑。再與其餘罪所宣告之刑。併合之以定其執行之刑。(5)關於公訴之時效。以便各罪各自獨立起算。惟此點尙有異議者。謂併合罪中之一罪若時效尙未完成。則全部犯罪之時效亦爲未完成。如日本大審院即採此見解以著爲判例也。(參照日本判決錄第一三輯第二〇七頁)然學者多不贊同其說。我國前大理院六年統字六八二號解釋例云。先犯之罪。其起訴權既因時效而消滅。則不能因後之犯罪而復活前之訴權。此即不贊同該項之見解者也。

### 三

前大理院判例 查審判確定前犯數罪者。(暫刑律以審判確定前數罪爲俱發罪。即併合罪)依刑律第二十三條之規定。應將各罪分別科刑。分別宣告。再定其應執行之刑。始爲合法。雖所科各刑內。有無期徒刑或死刑者亦同。不得因不執行他刑。遂卽不科他刑。又從刑爲刑之一種。應與主刑併宣告之。(九年非字三三號)

又 上訴人前犯竊盜一案。經判決罪刑後。雖未執行。而另犯本罪時。前案判決。固已早經確定。此種已經審判確定。尙未執行。又犯他罪之案。既與刑律關於俱發或累犯各特別規定皆不相符。其後罪之刑與前科之刑。當然併執行之。且亦無庸宣告(按卽無庸於宣告本刑主文內爲併執行之宣告也)。(二十一年上字一七二七號)

司法院解釋例 徒刑拘役罰金。各科其一時。法無特別規定。當然併予執行。(十九年院字一七〇號)

第七十一條 併合論罪。有已經裁判及未經裁判者。就未經裁判之罪處

斷。

本條之要旨。爲規定併合罪中數罪各別發覺之處理方法。例如甲於未受一次裁判以前。曾犯A B C D四罪。A B C三罪先發覺。已經一次裁判。依第七十條定有執行之刑。D罪後始發覺。又或A罪先發覺。已經一次裁判。單獨宣告科刑。B C D三罪後始發覺。其後被發覺者。均爲本條所稱爲未經裁判之罪。此項未經裁判之罪。以犯罪之時期言。與已經裁判之罪。均爲在未受一次裁判以前所犯。當然爲第六十九條所稱之併合罪。以裁判之時期言。則一爲早經宣告判決。一須別爲裁判。在此場合。若後被發覺別爲裁判之罪。仍與已經裁判之罪、就其分別宣告之刑併合之。以定其應執行之刑。則前已宣告之判決。勢必因後發覺之他罪而取消其判決之效力。是無異於同一審級。得以廢棄前裁判而爲更新判決。與法律慎視判決之意旨不符。故本條規定未經裁判之罪。僅就未經裁判之罪處斷。申言之。即可爲併合論罪中之數罪。有已經裁判及未經裁判者。法院於後判未經裁判之罪時。祇

能就後判之罪科刑。與前判所定合併執行之刑。依第七十條之規定。定其應執行之刑。而不得將前判之罪與後判之罪更爲併合裁判。同依第七十條定其應執行之刑。則前已判定之併合刑。不致因後判而被撤銷。後判之罪。亦不致因前裁判而失其併合論罪之關係。庶於法理及實際二者可以兼籌並顧。例如前舉之第一例。假定A B C三罪已經甲裁判宣告併合執行之刑爲徒刑七年。C罪於甲裁判後始發覺。則乙裁判僅當就C罪判處假定爲徒刑五年。依第七十二條再依第七十條第三款之規定。將乙裁判應執行之刑與甲裁判之刑定爲併合執行徒刑十年。又例如前舉之第二例。假定A罪經甲裁判宣告徒刑五年。B C D三罪於甲裁判後始發覺。則乙裁判僅當就B C D三罪分別宣告其刑。合併定其應執行之刑。假定此併合刑爲徒刑七年。依第七十二條再依第七十條第三款之規定。將乙裁判應執行之刑與甲裁判應執行之刑定爲併合執行徒刑十年。依此則甲裁判已判之刑。不受乙裁判之變更。乙裁判處斷之罪。仍可與甲裁判之罪生併合論罪之關係也。

**第七十二條** 併合論罪有二裁判以上者。依第七十條之規定。定其應執

行之刑。

一

本條之要旨。爲規定併合論罪有二裁判以上者之定刑方法。所謂有二裁判以上者。不外二種場合。一卽第七十一條之場合。二爲數罪已經各別裁判之場合。前者之情形。已於前條說明。後者之情形。例如甲先在杭州犯竊盜罪。判處徒刑三年。未及執行。逃至上海。又發覺前所犯傷害罪。判處徒刑二年。方執行時。始發覺在杭州所判之竊盜罪之場合。二者均爲有二裁判以上之情形。依第七十一條之例旨。先發覺之罪已經裁判。則後發覺之罪之裁判。僅能從後發覺之罪處斷。無就前發覺罪以爲併合裁判之餘地。換言之。卽後發覺之罪。不能通算前發覺罪。分別宣告之刑以定其應執行之刑。僅能就後罪宣告其應科之刑。依此例旨。則併合論罪中之數罪。因發生二個以上之裁判之場合。其結果遂致與數罪同時裁判之場合。不能受同一之待遇。與併合論罪之趣旨。殊嫌未能貫徹。故法律特於併合罪發生二裁判以上之場合。仍須依第七十條之規定。定其應執行之刑。換言之。卽二裁判以

上所各別處斷之刑。(即二裁判各別所定應執行之刑)仍依第七十條之例。併合之以定其應執行之刑。庶無論在如何之場合。均須貫徹併合論罪之意旨。此本條之所由設立也。

**第七十三條 併合論罪已經處斷。若各罪中有受赦免者。餘罪仍依第七十條之規定。定其應執行之刑。但僅餘一罪者。依其宣告之刑執行。**

本條之要旨。係規定併合處斷之罪中有一部受赦免時。應改定其併合刑之例。蓋赦免為對於某一定種類之犯罪。或特對於某一罪。(特赦)使刑法上之效果歸於消滅。因而雖有判決之刑。亦必中止而不能執行。然此種赦免之效果。僅以赦免令所指定之罪種為限。不能及於其他未經指定之各罪。故併合論罪中之各罪。於既受併合之處斷後。其中有受赦免時。其未受赦免之餘罪。仍當依第七十條之規定。定其應執行之刑。若同被併合處斷中之數罪。僅餘一罪未受赦免時。則無併合問題之可言。僅依其所宣告之刑以執行之可耳。關於本問題所應須注意之點。(1)吸收刑仍當適用本條之例。蓋吸收刑係以最重刑吸收他之較輕

刑。因而他之較輕刑未致併合執行之也。例如依第七十條第一第二款。宣告之最重刑爲死刑及無期徒刑者。均不執行他刑。若死刑或無期徒刑之罪被赦免時。則其他宣告之刑若僅有其一。即當依其宣告之刑執行。若其他宣告之刑尙爲多數。則仍當依第七十條之規定定其應執行之刑也。(2)併執行之刑不適用本條之例。例如分別宣告之刑爲徒刑拘役罰金各科其一之場合。應予合併執行。故各科其一刑之併合罪中有一罪受赦免時。其未受赦免者當然仍合併執行。亦無再爲併合論定之必要也。

第七十四條 一行為而犯數項罪名。或以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者。從一重處斷。

一

本條之要旨。爲關於想像上數罪競合之規定。想像上之數罪競合之場合有三。(1)一個行為而觸犯數個罪名之場合。例如發一彈丸。而殺斃數人。或發一彈丸而殺斃一人並傷害一人之場合。(2)以犯一罪之方法行為。而觸犯他項罪名之場合。例如行使偽造文書以詐取

他人之財物。行使偽造文書即爲用以詐取財物之方法行爲。即以犯詐欺取財一罪之方法而觸犯行使偽造文書之罪名也。(3)以犯一罪之結果。而觸犯他項罪名之場合。例如殺人於荒野。遂致拋棄其屍體。此爲犯殺人罪應有之結果。而併觸犯遺棄屍體之罪名也。學者間又稱前一項爲想像的競合罪。後二項爲牽連罪。蓋以因犯甲罪而牽連犯及乙罪。即乙罪爲甲罪所牽連而犯及之意義也。然本條三項之規定。亦非有絕對的分離之性質。如牽連犯中或犯罪之方法行爲。亦可謂爲或犯罪之結果。又或犯罪之結果。亦可謂爲或犯罪之方法行爲。例如擄人勒贖者將被擄人幽禁於一室。此私禁之行爲。可謂爲擄人勒贖之方法。亦可謂爲擄人勒贖應有之結果。又例如因犯湮滅證據罪而毀棄公文書或私文書。此毀棄文書之犯行。可謂爲犯湮滅證據罪應有之結果。亦可謂爲犯湮滅證據罪之方法。又方法與結果之間。均爲犯同一罪上有不可分離之關係。在立法之趣旨上。其數所動作實均包括之而視爲一行爲者。故牽連犯亦得視爲係一行爲而犯數項罪名之一種者。則本條之前段與後段之規定。亦非有絕對分立之性質也。依此觀察本條三項之場合。細別之固可區分一爲想像的競

合。一爲牽連。包括之則在法律上既均可視爲以一行爲而犯數項罪名。則均可稱爲想像的競合罪。想像的競合與實體的競合。卽一爲有數個意思責任之數個行爲。則成爲實體上之數罪競合。一爲僅有一個意思責任之一個行爲。則成爲想像上之數罪競合。前者之數罪爲各自獨立的。故須以併合論罪而分別宣其刑。後者之數罪爲出於想像的而祇有一個獨立性質之罪。故須僅從其一重之罪處斷。此本條之大概意旨也。

## 二

第一 本條重要之趣旨。爲可爲獨立之數罪。係出於一個之行爲。亦卽與第六十九條相異之點。故欲明瞭本條之意義。須先明瞭行爲之意義。換言之。卽於觸犯數罪之場合。何者可適用本條。何者須適用第六十九條。當以認定何者爲一行爲。何者非爲一行爲爲先決之問題。行爲之觀念。趙琛氏曾有下列之說明曰。「凡人之腦神經中樞。有二神經。一知覺神經。二運動神經。由知覺神經感於腦神經中樞而達於運動神經者。謂之意思活動。（中略）蓋必由腦神經中樞達於運動神經。發爲意思活動。然後身體隨之舉動。有此數者卽成

行爲。」(中略)同氏又有標題爲行爲之原素之說明曰。「行爲發端於意思活動。然意思活動。不過爲行爲之最後原因。其先尙有<sup>二</sup>意思過程。意思活動、其結果也。故意思過程對於行爲爲第二次原因。意思過程之第一步。始自觀念。(認識)當吾人意欲何事時。其意欲卽觀念之結果。觀念花之美麗而生折花之意欲。觀念飢渴而飲食之慾隨之。此皆足以證明觀念爲行爲之原因也。(中略)吾人依自己觀察。可以認定意思活動、乃對於意思之某種刺激的結果。卽觀念與刺激相合、然後發展爲意思活動。對於意思之刺激。不外不滿於現狀之感情。由求快意與去不快之感情而排除現狀之不足、與追求將來幸福之努力以起。由此感情所生的努力。稱之爲動機。故動機實卽觀念與感情之結合體。換言之。觀念與感情激合之後。往往自發的變成動機。以至發展爲意思活動也」。(參照同氏新刑法原理一四五、一四六頁)日本泉二新熊氏之說明曰。「行爲者、有由單一之意思活動而成立之場合。有由多數之意思活動而成立之場合。又有爲遂行或種目的。其行爲須經過多數階級之發展。因須有多數之意思活動而始能惹起結果之場合。例如因殺人而購兇器。選擇適當的犯罪

實行之場所。邀截被害者於途而與之格鬥後始遂其殺人之行爲。在廣義上之意味。此等相連續數個之意思活動。僅構成殺人之單一的概念。從嚴格的觀察。則買入兇器、選擇場所、及邀截被害者於途諸行爲。皆不過爲殺人之準備行爲。不屬於殺人行爲。故多數之意思活動中。或者係屬於犯罪行爲範圍之部分。或者則否。當以各犯罪行爲關係之注文爲標準以決定之。又「刑法上所謂行爲。須有非社會的影響之必要。故以有侵害社會利益之實質及具有此實質之一定之結果。爲犯罪行爲之一要素爲正當。」（參照同氏日本刑法總論二九〇頁、二九一頁、又二九六頁）

日本牧野英一氏之論旨曰。「學者間有意思活動與行爲之區別。例如泉二博士所云行爲者有由單一之意思活動而成立。有由多數之意思活動而成立。此意味上之意思活動。亦不外予輩所謂意識的舉動之意義。依此說則行爲之指義。卽組成一個犯罪之意識的舉動之總體也。（中略）余（博士自稱）於我刑法上之解釋。於行爲用語之外。實無使用意思活動用語之必要」。又「結果是否爲行爲之要素。此非固定之問題。當隨各本條之規定、其行爲之用語

中。是否包含有結果之意義以爲論定」。(參照同氏日本刑法十八版一〇二頁、一〇三頁)行爲之單複數問題。學說上亦有數說。有以一個意思活動祇能成立一個行爲者。有謂須以意思活動所生之結果數以定行爲之個數者。以一意思祇能成立一行爲之說。謂行爲者爲由表示意思之動作及其結果所組成。故動作與結果二者。均爲行爲含義中對等獨立之要素。依此則雖有數個之結果。而無此數相對應之數個動作。自當然不能構成數個之行爲也。反之以結果數定行爲數之說者。則分爲二說。(1)法律上所謂行爲。與自然的意味之行爲不同。當以其結果之數定行爲之個數。在自然的意味上所謂一行爲之場合。若其行爲有數個之結果時。在法律上則當謂爲數個之行爲。例如以一個之意思表示。而承諾二個之要約時。在自然的意味上僅視爲一行爲。而在法律上則成立二個之法律行爲。刑法上行爲之意義。亦與其他各法律上無以異也。(2)法律上所謂行爲。由決心與結果相合而成立。有數個之決心與數個之結果時。則無論其動作爲單一、爲複數。在法律上不可不謂爲係數個之行爲也。

行爲之用語。從廣義言之。則行爲者係人類顯現於外界之身體的動作也。從刑法上之意義觀察之。則刑法上所謂行爲者。係指可爲犯罪之行爲而言。可爲犯罪之行爲。亦有二義。一爲形式上足構成犯罪之行爲。即刑法上不罰之行爲。二爲實質上足構成犯罪之行爲。即刑法上應處罰之行爲。前者謂其動作與由其動作所生之結果。在外形上亦構成各本條上犯罪之形式。而實質上則未構成犯罪要素之全部。例如非犯意之行爲。未成年者及心神病人之行爲等是。此等行爲。在刑法上不能謂爲可罰之犯罪行爲。後者即實質上構成犯罪全部要素之行爲。即基於有責任之犯意所表現於外界之象徵的行爲是。此等行爲。即刑法上所認爲可罰之犯罪行爲。此牧野英博士所謂刑法上行爲之用語。不必常爲同一之意義者也。（參照同氏日本刑法十八版一〇二頁註一）然關於實質上犯罪行爲之意義。則此項行爲之意義。爲基於犯意或過失之意識的動靜。即上述組成一個犯罪之意識的舉動之總體。又即由一定之意欲所發展之意思活動也。分析言之。犯罪要素之行爲爲要素。（1）爲外界身體的動靜。動即舉動。由身體之運動而生外界之變狀。是由積極的行爲而犯罪者。爲作爲之行

爲。學說上稱之爲作爲犯。例如舉刀殺人。乃不當爲而作爲也。犯罪之行爲屬於作爲者最多。靜即靜止。因身體之任意靜止而生外界之變狀。是由消極行爲而犯罪者。爲不作爲之行爲。學說上稱之不作爲犯。例如遺棄罪是。無此項作爲與不作爲之身體的表現。則不能成爲犯罪之行爲。(2)爲意識的身體動靜。又曰意思活動。即身體之任意的動靜。係由於有意識的表現。換言之。即行爲乃自由意思所決定之動作。故由於不可抗力之行爲。及被人利用之機械的行爲。不能爲犯罪之行爲也。(3)基於一定犯意所發展之意思活動。一定之犯意者。即一定之意思活動之原因。意思活動者。即由腦神經達於運動神經所發現之動作。犯意者即意思活動之中樞。由一個犯意所發展之意思活動。可以一個之意思活動而完成。又可以數個之意思活動而完成。故雖有數個之意思活動而係向單一之目的以發展者。亦常得爲一行爲而非數行爲。例如以數十日間無數之意思活動而毀損一建築物者。仍爲一個之毀損建築物行爲。而不能存有複數行爲概念之餘地。又例如殺人行爲。初予以狙擊而未死。復予毒藥而未死。繼又予以槍殺乃致斃。又例如予以一槍而未死。復予以一槍乃

致死。此數個之意思活動。係出於殺一人之犯意所發展之舉動。亦僅能視爲單一行為之觀念。不能分別爲一爲殺人未遂之行為。一爲殺人既遂之行為。又倘經過上述諸種之動作而均爲未遂時。亦不能構成數個之未遂行為。但若因未遂而業已休止以後。復再起意而爲同一之行為時。雖目的物係爲同一。其行為即不能謂爲單一矣。基此以定犯罪行為之個數。則當以連結於同一犯意之意思活動。爲一行為。連結於數個犯意之意思活動爲數行為也。

第二 犯罪之單複數問題。已於第六十九條有所說明。有以行為數定犯罪之數者。有以侵害法益數定犯罪之數者。有以犯意之個數定犯罪之數者。從本條之文理上觀察之。則係採一行為爲一犯罪之說者。故以一行為而犯他項之罪名者。(即他項形式上之罪名)及以犯罪之方法或結果而犯他項之罪名者。均不認爲當依數罪而處罰。而從從一重處斷之點觀察之。則又似不以一行為爲一犯罪。而以一意思活動爲一犯罪。故從數項罪名中擇一重者以爲處斷。然所謂一行為又所謂犯一罪云者。則立法之意旨。仍係以一行為爲一罪。特於一罪中(即一行為)之數個意思活動。既觸有數次形式上足構成犯罪行為之罪名。則此形式上

之罪名。其侵害法益之影響係輕於本行爲時。自當僅從本行爲論罪。若重於本行爲時。則既不能視爲實質上之數罪而併合論斷。則惟有從因本行爲所生之最重侵害影響。以爲處罰之標準。故從一重處斷之意義。在立法上非視爲係數多實質上之犯罪而從一重罪處斷之意旨。而爲於一實質上之犯罪行爲所生出之數多形式上之犯罪影響。即想像上之數犯罪影響中。擇一影響之最重大者以處罰之之意旨也。蓋若係數多實質上之犯罪。則須將數罪一一審判。一一宣告其刑。今不爲一一審判並不爲一一宣告其刑。則其不認爲實質上之數罪。而僅認爲想像上即觀想上又虛構上之數罪可知矣。此想像上之數罪競合與實質上之數罪競合區別之要點也。

第三 一行爲而犯數項之罪名。即一行爲而侵害數項之法益之意義也。以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名。即以犯一罪之方法或其結果而並侵害他項法益之意義也。然一行爲或一犯罪之方法及其結果所生之侵害法益。有屬於同種之法益者。有屬於異種之法益者。即學說上所謂同種之想像競合罪。與異種之想像競合犯是也。例如發一槍而殺二人。或一

砲而轟毀二建築物。此爲以一行爲而侵害同種之法益。又如爲圖燒燬甲之建築物。因欲隱晦犯罪之形迹。因租賃與甲建築緊鄰而屬於乙之建築物。僞爲貯藏貨物。乃於乙之建築物中僞爲不慎於火而實故意放火。以致火勢并延燒及甲之建築物。此爲以犯一罪之方法而并侵害其他同種之法益。又如因燒燬甲建築物之結果而并燒燬乙建築物。此以犯一罪之結果而并侵害其他同種之法益。以上均爲同種之想像的競合犯。又例如以一砲而轟毀一建築物并轟毀同建築物中所住之人。此爲以一行爲或犯一罪之方法及其結果而侵害異種之法益。卽異種之想像的競合犯。本條之想像的競合犯。係指同種之想像的競合而言乎。抑僅指異種之想像的競合而言乎。此亦有二說。第一說則謂同種之想像的競合犯。當然爲單一之罪名。不能適用本條之規定。第二說則謂異種類之想像的競合犯。既可從一重罪處斷。則同種類之想像的競合犯。當然可以適用本條之規定而爲從一重罪處斷。然第一說謂僅依單一之罪名處斷。則同一種類之想像的競合。其中亦不無輕重之區別。故以第二說爲能貫徹立法之主旨也。但有應研究之價值者。侵害法益之行爲。在學說上有分法益爲專屬法益。(

即不可讓於人之法益）與一般法益者。（即可讓於人之法益）前者如生命名譽身體自由是。後者如財產是。被侵害之法益若為專屬者。則學者多主張雖係出於一行為。仍當以數罪處斷。被侵害之法益若係一般者。則學者多主張以一行為為一罪論。前大理院判例。對於犯罪行為係侵害人格法益者。雖出於一行為。亦應以被害法益之數定犯罪之數。即採此說者也。（參照四年上字一一號判例）又暫行律第二十八條補箋內云。例如甲繼續殺乙丙丁三人。因被害者之生命有三。則甲之殺人罪亦三。不得援用本條。若實出於一個行為。則被害之生命雖有三。觀上第二十六條犯一罪之結果而生他罪之規定。是宜僅以一罪論。則適與前大理院之判例相反。吾人對於行為之解釋。以係一個犯意所連結之動作為一行為。則有數個犯意相連結之動作。雖一動作亦可認為數行為。則無論為專屬的法益。與一般的法益。均當以一個犯意所連結之行為為一罪論也。

第四 想像上之數罪競合。所以認為從一罪處斷者。以想像之數罪。以犯人之始初即未萌二以上之惡意。故其性質亦祇能認為一種犯罪也。例如偽造私文書者。於一私文書內雖偽

造二人之印章并署名。其結果雖係侵害二人之法益。然祇有一偽造私文書之惡意耳。又例如行使偽造私文書以詐取物者。目的在詐取財物。祇有一詐取財物之惡意耳。故僅當從一罪處斷。又例如竊取他人之柴刀而用以殺人。若竊取後即用以殺人。則其行為所表示之犯意。當然竊刀之意即在殺人。祇有殺人之惡意而無行竊之惡意。應從殺人罪處斷。而不問竊刀之罪名。倘於竊刀之後。初係用以砍柴。後復用以殺人。則其行為所表示之犯意。既有係用以砍柴表示之介入。自可認為竊刀時僅有行竊之犯意。於殺人時係另起殺人之惡意。既有兩種惡意。則自為兩個行為。應以實質上之數罪競合處斷矣。又例如因欲與人賭博財物。苦於乏資。而遂為強盜之行為。則賭博財物僅為強盜之遠因。而不能亦謂強盜行為為犯賭博罪之方法。刑法之原則上。關於犯罪之遠因。於犯罪之成立及其處分上無何等之關係。故他之犯罪目的僅為本犯罪之遠因時。則本犯罪當然無失其獨立性質之理由。本條所謂為犯一罪之方法或其結果者。係方法與結果之間。必有不可分離之關係。而可以一行為觀察之者。故基於其他犯罪之遠因所為之犯罪行為。不能亦認為本條所謂為方法之行為

也。

依上論理之結果。犯罪之事實。是否可爲或犯罪之方法與或犯罪之結果。當以其犯罪事實是否可以包括於或犯罪之犯意中爲斷。換言之。其卽犯罪之性質是否與或犯罪之方法及結果間有密切之關係。而可以視爲一個犯罪之行爲也。但學者間有僅從客觀的事實以爲論斷。謂本條所謂或犯罪之手段者。以或犯罪之性質上所普通應用之手段爲限。又所謂或犯罪之結果者。以或犯罪之性質上當然之結果爲限。不問犯人之意思是否用以爲或犯罪之手段。又或犯罪之結果是否出於同一之犯意也。例如教唆他人使爲虛僞之文書。復利用其文書以爲誣告。其教唆人爲虛僞文書之行爲。不問犯人之意思是否用以爲誣告之手段。均不得認爲牽連犯。又例如犯人以和姦之目的深夜擅自侵入人家。後於同所中竊取人財物。關於侵入人家之行爲亦得認爲竊盜之手段。又例如殺人者爲湮滅證據而遺棄其屍體。固認爲殺人罪當然之結果。若因爲洩恨而起意燒燬其屍體。亦認爲殺人罪當然之結果。余則不贊同此種見解者也。

第五 想像的競合犯(包括牽連犯)之處分。依本條之法例。以從一重處斷為原則。申言之。即對於獨立性質之犯罪所觸犯各種觀想上之罪名。法律上對此數項罪名所預定之刑罰。均可與獨立性質之犯罪上所預定之刑罰比較其重輕。而適用其中較重之一罪刑以為處斷也。但所謂從一較重之罪刑以為處斷之意義。係於數個之罪名中。比較其法定刑之最重者以為處斷。非必依比較為最重之法定刑內之最重刑以為處斷。例如偽造公文書用以詐欺取財。則偽造公文書之罪刑較詐欺取財之罪刑為重。法律之趣旨。謂當從偽造公文書之一年以上七年以下有期徒刑之範圍內斷定其應處之刑。非必定處以七年之徒刑也。但立法例上既係從一重處斷。則處斷刑不可不較輕罪之刑為重。方足以符立法之精神。例如對於警官執行職務時施以毆傷之行爲。則爲一行爲而觸犯妨害公務與傷害之罪名。須適用本條之規定以傷害罪與妨害公務罪比較從較重之傷害罪處斷。然傷害罪(二九二條)拘役及罰金之刑。較妨害公務罪(一四二條)最輕之刑尤輕。故處斷時即不當科以拘役及罰金刑而必於有期徒刑之範圍內定其應科之刑也。

想像的數罪競合之規定。在立法之用意上。係以數項之罪名可視為一個行爲。而非視為數罪各獨立存在。故於判決主文上有不可分離處罪之關係。依此則於數項罪名中之罪名。前已有從一重之裁判時。以後雖發覺其餘之罪名。亦不能再依別罪更行處斷矣。又公訴之時效。學者間亦有主張當以數項罪名中有獨立性質之罪名之時效爲準。若其中有獨立性質之罪名業已完成公訴時效時。則其他各罪之公訴時效亦爲完成。然假若犯湮滅證據罪者。以放火爲湮滅之方法時。則湮滅證據罪之時效已完成時。放火之時效尙未完成。依前說之結果。若湮滅證據罪之時效業已屆滿。則放火罪遂無處斷之餘地。亦與從一重處斷之精神未能貫徹。則公訴時效之關係。仍當就各項罪名各自計算爲宜也。

### 三

前大理院判例 查犯罪行爲。係侵害人格法益者。應以被害法益之數。定犯罪之數。該被告入放火焚殺鍾棉芳鍾祿康之所爲。係侵害二個人格法益。應以二個殺人罪論。焚殺鍾官生未死之所爲。應以獨立一個殺人未遂罪論。合併計算。實係三罪俱發。原判認放火係手

段行爲。殺人爲目的行爲。依刑律第二十六條（卽從一重處斷。下倣此）從一重處斷。尙無不合。惟祇以一個殺人既遂罪論。亦屬違法。（四年上字）（一一號）

又 按刑律第一四七條（官員浮收租稅及各入款罪）之罪。固屬對於交納租稅及款項者之財產法益有所侵害。而其對於國家與人民間。因徵收方法而生財政上之信用。其侵害爲尤大。此與詐欺取財之僅係侵害私人財產法益者不同。故其加害行爲雖及於各個之財產法益。而要以國家爲犯罪之客體。自應構成一罪。而不能以數罪論。（四年上字）（四九九號）

又 僞證二人共同犯罪。既係對一事而爲虛僞之陳述。其侵害國家法益。僅止一次。自應成立一罪。不得以所僞證者爲二人。遂以二罪科斷。（六年上字）（八一號）

又 黃冉氏被誘。雖挾有幼女同行。但被告人目的。專注於黃冉氏一人。而不在其幼女。自未便執刑律第二十三條（俱發罪）之例以相繩。（七年上字）（六三號）

又 明知人爲有夫之婦。與其夫口角被逐出外。尙未斷絕夫婦關係。乃商令改嫁。從中得財。係因犯營利和誘罪并教唆重婚之罪。應依刑律第二十六條處斷。（八年上字）（二六五號）

又 查刑律第三百四十七條（犯私擅逮捕監禁致人死傷罪）之規定。乃指以私擅逮捕監禁人之意思。因私擅逮捕監禁而致人生死傷之結果者而言。若以私擅逮捕監禁之方法殺傷人者。應依刑律殺傷私擅逮捕監禁各條及第二十六條處斷。其於私擅逮捕監禁後起意殺人者。應依刑律殺傷私擅逮捕監禁各條及第二十三條處斷。均與第三百四十七條無涉。（九<sub>年上字</sub>八五號）

又 查被告人因圖與被誘人續姦。始行將其誘出。則其和誘行爲。實不得謂非因和姦結果而發生。自應依刑律第二十六條從一重處斷。方爲適法。（九<sub>年上字</sub>一四一號）

又 上告人等將被害人用繩捆至某人家內。閉置一室。俟大眾飯畢後。即將其引至一地方剝去雙目。其私擅逮捕監禁行爲。係傷害人之一種前提方法。依刑律第二十六條之規定。

應從一重處斷。（九<sub>年上字</sub>五二七號）

又 如果上告人詐得同鄉會之契紙後。又假借某會長名義向某人押得錢文。則於詐取契紙以外更犯有詐取錢文之罪。且係詐取契紙之目的行爲。應與詐取契紙從刑律第二十六條處

斷。(九年上字  
五三三號)

又 受共犯兩人賄賂。將之釋放。祇成立受賄與縱逃之牽連一罪。(九年上字  
七〇二號)

又 被告人乘間入被害人家內。下毒殺人。更不無無故侵入人第宅情形。須依刑律第二十六條前段之規定。結果仍應從殺人重罪處斷。然不能置侵入人第宅之罪於不顧。(九年上字  
一一四九號)

又 上告人殺人。本預以為誣陷某姓之手段。而誣告即係施行此種計劃之結果。顯有刑律

第二十六條之關係。(十年上字  
四一號)

又 上告人當殺人之先。曾有強迫被害人親屬立書無事字據情事。是其犯罪係以強暴脅迫。使人行無義務之事為方法。應依刑律第二十六條處斷。(十一年上字  
四八八號)

前大理院解釋例 殺人棄屍。如棄屍行為可認為殺人行為之結果。自應依刑律第二十六條之規定。先定其從一重處斷之罪。如有減輕事實。就其最重刑減輕處斷。(四年統字  
二五四號)

又 以偽造公文書之方法詐欺取財。應不問詐欺取財罪數之多寡。從一較重之偽造公文書

罪處斷。(八年統字一〇七九號)

又 郵差因侵佔信件內銀洋。毀棄信件。從一重處斷。如實施毀棄中起意侵佔。或毀棄與侵佔意思各自獨立。則爲俱發罪(卽本法併合罪)。(八年統字一〇五九號)

又 偽造婚書以爲誘拐之方法。或誘拐後起意偽造。應分別從一重處斷。或各科其刑。  
(九年統字一三〇五號)

按右例之意旨。係以誘拐後起意偽造。則偽造婚書不能爲誘拐之方法。因誘拐與偽造意思各自獨立。故當併科其刑。

最高法院判例 偽造私文書若并有交付之事實。則於觸犯偽造私文書罪外、又觸犯行使偽造私文書罪。應依刑律第二十六條處斷。(十七年上字二四號)

又 殺人後燒燬屍身。既係希圖滅跡。別無其他犯罪意思。則其損壞屍體僅爲殺人之結果。已爲殺人罪所吸收。應依刑律第二十六條處斷。(十七年非字一號)

又 損壞屍體爲殺人之結果。已爲殺人罪所吸收。應依刑律第二十六條處斷。(十七年非字一號)

又 以逮捕行爲爲傷害之方法。應從一重處斷。然不能置私擅逮捕於不顧。(十七年上字七七號)

又 誣告係直接妨害國家審判權。個人受害乃因不當之審判所生之結果。與誣告行爲無直

接關係。故以一狀誣告數人僅成立一罪。(十七年上字二九七號)

### 第七十五條 連續數行爲而犯同一之罪名者。以一罪論。

#### 一

本條之要旨。爲關於連續犯罪之規定。即學說上所謂連續犯是也。連續犯之特質。爲連續所犯數個獨立犯罪之行爲。均屬於同一之罪名。申言之。即犯人所爲之數個行爲。係出於一個連續之犯意。對於同一種類之法益爲反覆之侵害行爲。此種反覆之侵害行爲。在法律上均爲同一之罪名。論理上既對於同一之罪名有反覆爲之之行爲。自當成立數罪。而法律上因係出於同一之犯意之連續行爲。則雖係數個獨立之罪。而亦當以一罪論。換言之即僅處以一罪之刑也。例如雇傭對於雇主之物品。前既竊取其一。後復竊取其一。因其係同一竊取罪名之連續行爲。故僅當論以一竊盜罪。此其顯明之一例。惟以預有連續之犯意爲必

要。此連續犯之最要條件也。

## 二

第一 連續犯之意義。學說上亦甚不一致。(1)主觀說(即犯意說)謂可為連續犯之行爲。須以出於單一之犯意為要件。即數個之行爲。係由於單一之犯意所反覆發動者為連續罪。其非由於單一之犯意所反覆發動者則為併合罪。(單一犯意之反覆發動。即二回以上之同一犯意行爲)如日本勝本博士、大場博士、牧野博士、富田博士、泉二博士等。德儒佛蘭古。我前大理院解釋之意見。及最高法院最近之判例意見。均以有單一之犯意連續為連續犯之唯一要件者。但諸家所說及大理院意見。係以法益單一之外以意思單一為主要者。牧野博士及我最高法院新例意見。則採單純之主觀說者也。(2)客觀說(即法益說)以被害法益之單一。為連續犯之要件。數行為係侵害一法益時。則為連續犯。然若侵害多數法益。則仍應以數罪論。法益單複之標準。在通說上及判例上均分為專屬的法益。(又為人格的法益)。非專屬的法益。(又為一般的法益。)公共法益之三種。專屬的法益與非專屬的法

益之意義。已於前條釋文內第二段第三款中述明。其計算之標準。專屬的法益。以每一人有一個之獨立法益。若數個之行為而同為損害一人之人格的法益時。則為連續犯。若侵害數人之人格的法益時。則不得為連續犯。非專屬的法益。則不以財物之個數定法益數。亦不以財物所有之人或所持之人之個數定法益數。（因物之所持者不必定為所有者。物之所有者不必定在其所持中。若以所有或所持定法益數。則一物將同時有二個法益之結果）而以財物所屬之監督權者之個數定法益數。例如一人之皮篋中所存多數之物件。或一人家屋中所存多數之物件。雖分屬於多數人之所有。而僅在於單一之監督權之範圍內。在通說及各判例亦認為係組成一個法益。反之雖係一人所有之數個物件。而一部分在甲之監督範圍內。他之一部分在乙之監督範圍內。亦形成二個之法益矣。（3）公共的法益。則為包括的法益。無個個物件及個個人格之數之關係。例如放火罪中之法益。為公共之安甯。不因被焚之家屋數及其他目的物數以定法益之數。又例如偽造貨幣及行使罪之法益。為貨幣之公共信用。不因偽造之幣額及受欺騙之人數定法益之數也。前大理院五年上字六二一號判例

。『查犯罪之數。應以所侵害法益之數爲標準。連續犯雖預謀以數次犯同一之罪。然若侵害多數法益。則仍應以數罪論。』泉二博士謂連續犯『數個之行爲中個個之結果。以總括之可爲單一的結果爲必要。故其性質上須爲可分而又爲可合的。又其相合而可視爲單一的結果者。』(即分之則爲數個之結果。合之仍爲單一的結果)若僅爲不可分離的單一的結果。則不得爲連續犯。又各自獨立而爲數個法益之侵害時。其各結果則不能認爲總括的單一之結果』(同博士日本刑法總論五八五頁)即亦不得認爲連續犯。此均採用法益說也。然前大理院五年統字四九四號解釋云。『連續犯以意思連續爲要件』(泉二博士論連續犯『主要之關係。以有反覆之意思』爲必要。(同博士日本刑法總論五八七頁)是仍均於法益之外須有犯意之連續爲必要者。至單純的以客觀定連續犯之標準者。則近世亦罕見其說矣。(3)同種行爲說。係以同種之行爲即相類似之行爲爲連續犯之要件者。日本大場博士區別連續之客觀的要件爲二種。(甲)數個行爲之間之時間連絡。(乙)數個行爲之間之外部的類似關係。(同博士日本刑法總論九四〇、九四一頁)即一須數個行爲在時間上爲連絡的。二數個

行爲均有相類似之關係也。又勝本博士連續犯之說明。『主觀的各行爲。係出於包括的一個之意思行爲。同時客觀的多數之同一或類似之行爲。係施於多數之同一或類似之目的物上之行爲。』(即以包括的一個之意思。同時施於同一或類似之目的物上之連續各行爲。)即可認爲連續一個之犯罪行爲。『(同博士刑法要論第二九〇頁)此即同種行爲之說也。』

前暫行律第二十八條規定云。『連續犯罪者。以一罪論』其立法理由云。『連續犯罪者。犯人預謀以數次犯同一之罪也。』基此理由。則可得二種解釋。其一即數次之犯罪行爲限於一個故意。其二即數次所犯者係同一之罪。所謂同一之罪者。即對於同一法益所爲之同樣侵害行爲。換言之。即同一犯罪事實也。又該條補箋內云。『適用本條有當注意者二。』

(1) 侵害與本人分離時。視被害者之數爲犯罪成立之數。不得以一罪論。例如甲繼續殺乙丙丁三人。因被害者之生命有三。則甲之殺人罪亦三。不得援用本條。然若乙丙丁被殺於同時同地之甲之手。如炸彈劇發之類。是否數罪。亦一問題。觀第二十六條犯一罪之結果而生他罪之規定。是宜僅以一罪論。蓋被害者之生命有三而實出於一個行爲也。(2) 侵害

財物之數。視監督之數爲犯罪成立之數。亦不得以一罪論。」前大理院對於該條之見解亦同。四年上字二六八號判例「查刑律第二十八條所稱連續犯罪者。係指以同種數個行爲侵害同一之法益而言」。又八年統字第一〇六一號解釋「連續犯之條件。卽以連續之意思對於同一之法益爲同一之行爲」。故暫行律上連續犯之要件。一爲反覆所犯者均出於同一之犯意。二爲反覆所犯者均爲同一之罪。卽侵害同一之法益。換言之。卽係折衷於犯意說及法益說之二者以爲連續犯之定義者也。

第二 本條以連續數行爲而犯同一之罪名者。以一罪論。則與暫行律上連續犯之定義。略有不同。以本條所稱連續犯者。係指以數個之行爲而犯同一之罪名而言。換言之。卽稱連續犯者之犯罪行爲。係以反覆犯同一之罪名爲限。而非以反覆犯同一之罪爲限。所謂同一之罪者。卽具體的同一個犯罪之事實。例如前犯竊盜某甲之財物。後亦犯竊盜某甲之財物。所謂同一之罪名者。卽抽象的爲同一之罪名。例如前犯竊盜罪。後亦犯竊盜罪。其被竊盜者不問爲某甲或某乙。竊取者均係犯同一之竊盜罪名。惟前犯係強盜罪後犯係強姦罪。

則爲不同一之罪名。卽不得爲連續犯矣。是本條之所謂連續犯者。僅以有反覆爲同一行爲之犯意爲要件。不必以反覆侵害同一之法益爲要件。故前大理院對於連續犯之判例。係合犯意與法益爲標準。最近最高法院之判例。則僅以有犯意之連續爲連續犯。并不限於侵害同一之法益（參照十九年上字第四九一號判例）依此則本條所謂連續犯之解釋當如左

A 複數之行爲單純一個行爲之一罪。則爲單純罪。單純一個行爲之數罪。則爲想像上之競合罪。二者均不能成立連續罪。必有二個以上之行爲。始能組成一個連續罪。故複數之行爲。實爲連續犯之前提要件。連數犯之複數行爲。又須各爲獨立之犯罪行爲。若以數次之行爲始能成立一罪。或數次之行爲僅能成立一罪者。仍不能謂爲連續犯。前者爲結合犯。已於本章緒論中說明。後者則爲吸收犯。吸收犯之情形有數種。（1）先之行爲爲被後之行爲所吸收。則先之行爲失其獨立之性質。其情形亦有二種。（甲）實行行爲。吸收預備及陰謀行爲。預備陰謀爲着手之前一步。着手又爲實行之前一步。由陰謀預備而入於着手時。則祇以着手之行爲論罪。而預備或陰謀之行爲當爲着手行爲所吸收。如

由着手而達於實行時。則祇以實行之行爲論罪。而着手之行爲亦吸收於實行行爲之中矣。例如犯內亂罪者。經數人之協議而決定。則其協議成立之狀態。卽內亂陰謀之行爲。更進而準備兵器彈藥之類。則爲內亂預備之行爲。由預備而着手而實行。其行爲雖不止一種。而論罪則以最後之行爲爲準也。(乙)組成一罪之發展行爲。以結果之行爲吸收各進展之行爲。例如殺人。以棍擊之不死。復以藥毒之又未死。乃再以刀殺之。其人始發生死亡之結果。則棍擊藥毒之行爲。均各爲殺人行爲之一過程。均被吸收於刀殺行爲之中而成立一殺人罪而已。(2)後之行爲被先之行爲所吸收。此爲立法者於事前預想某犯罪情形所必有之最後行爲。因併於先行爲中而論以一罪。例如竊盜處分其贓物之行爲。乃爲竊盜必有之最後行爲。不復論以贓物罪矣。蓋吸收之數行爲。係併合數行爲而爲一罪。故因被吸收而已失其獨立之性質。連續之數行爲。係併合數行爲而僅治以一罪之刑。其各行爲仍各獨立存在也。

B 單一之意思之複數行爲。連續犯之數次行爲。須爲基於一個意思所反覆。蓋連續犯

之所以以一罪論者。以其僅有一個故意。可知其所萌之惡念亦祇一次也。若非基於單一之意思。則所萌之惡念已不止一次。自不能以一罪論。至單一之意思觀念。（犯意之連續）學者間亦有二說。（甲說）同種之行為之連續行為。於連續行為之中途。雖有更新之犯意成立。亦無妨於連續犯之成立。如泉二博士之論旨曰。「反覆行為之決意。發生於數行為之先。與發生於數行為之際。實無區別之必要。例如僅以竊取現金之目的前往人家行竊。於竊取現金之目的既遂之際。偶發見貴金屬品之存在。乃併予竊取時。在此場合。雖未預存有反覆之決意。然以密接之時間所為之同種類之反覆動作。自可認為係由於單一犯罪性所發生之行為。其總結果仍可視為單一之犯罪行為。則以認為連續犯行為為正當。」（同博士日本刑法總論第五八七頁）此以行為與結果均可認為單一。故雖於行為之中途所發生之決意。亦視為單一之決意矣。又富田博士之論旨曰。「意思之可為單一與否。可於其意思是否同對於一個法條所為之決意以定之。例如以竊取金錢之目的隱入人家行竊。於行竊之際。偶爾發見時計存在。乃遂與金錢併為竊取之場合。竊取金錢

之意思與竊取時計之意思雖各殊。然其同爲竊盜意思之點則仍無以異也。故此等場合。亦不可不解爲係一種單一之意思也。』(同博士日本刑法論第三三六頁)反之。(乙說)則於上述之場合。不認爲屬於單一之意思。如牧野英一博士之論旨。則謂右述之場合。係以各相異之犯意。不過表現於同一之機會耳。仍當以併合論罪爲當。所謂單一之連續意思者。當以有連續行爲之總括的預謀爲必要也。(同博士日本刑法十八版四一五頁)又大場博士對於上述場合。亦不認爲屬於意思之單一。惟於右例則認爲所謂接續犯之單一罪也。(同博士刑法總論九一四頁)要之連續犯之成立。在近世學說上及判例上均以有主觀的同一犯意之連續爲必要之元素。所謂連續者。必於連續行爲之前。預有連續之成見。始得稱爲連續。若於第一次行爲後始發生第二次行爲之犯意。則第二次之犯意。祇能謂爲係接續第一次之犯意而生之第二犯意。不能謂爲係單一犯意之連續矣。故若在右例之場合。在法律上係構成同一個之犯罪事實。且係對於同一個之法益。又係於同一個機會所爲之在事實上有不可分離之密接關係之行爲。其後之犯意又係緊接前之犯意行爲而

生。則其性質上當然爲單純一罪之接續犯而不得入於連續犯之範圍也。

○ 同一罪名之複數行爲。連續犯所爲之數個連續行爲。須係觸犯同一之罪名。同一罪名之觀念。法律上未有解釋之規定。判例上亦無明示之標準。然要不外爲刑法上所規定之罪名。有同一或同類之性質者也。刑法上常係彙列關於同一或同類性質之罪。規定於同一章內。立有抽象的同一之罪名。例如內亂罪瀆職罪等是也。則可知非同一章之罪名。其罪之性質卽爲各異。而決非同一之罪名。但同一章內亦有複數之標題者。如藏匿犯人及湮滅證據罪。又僞證罪及誣告罪等。罪刑雖同列於一章。而罪質則各有不同。故所標之罪名。亦有不同。則亦不得爲同一之罪名。又有雖同屬一章同屬一罪名而罪之性質仍各別者。如公共危險罪名章中之放火罪與失火罪。及放火罪、決水罪、又關於妨害救火妨水罪、關於妨害交通罪、關於爆裂物罪。關於妨害公衆衛生罪、及第二〇七條、三〇八條之罪。雖爲同一公共危險之罪名。然其罪質則仍自各異。亦不得謂爲本條所指之同一罪名也。是本條所指之同一罪名者。應專指同一性質之罪名而言。關於同一罪名之

標準問題。日本泉二博士之說明。甚合乎立法之精神。茲爲分述如左。

(1) 數個之連續犯行爲。係觸犯同一法條者。固得爲連續犯。即條文不同而性質相同者。亦得有連續犯之存在。例如侵佔罪章內之各條。(例如本法三五七、三五八、各條。與三五六條同爲侵佔罪之規定)均爲關於侵佔罪之規定。其性質完全相同。故亦可爲同一罪名之規定。特此場合之連續犯。(即連續數行爲而犯有上例所舉之三條罪名者)須適用最重刑之條文耳。

(2) 同一條文中擇一的數種手段之規定。(即於數種手段中用其一即構成同條犯罪之意義)若有因連續而併犯之場合。亦得爲連續犯。例如以脅迫強取財物或以暴行強取財物。亦當然爲同一之強取罪名也。

(3) 法律上有規定乙法條之罪依甲法條之罪處斷者。則觸犯甲法條所規定之行爲。與觸犯乙法條所規定之行爲。(例如本法三四七條之行爲。以三四六條之罪論)祇以關於連續犯其他之要件若已具備。則亦得爲連續犯。因乙法條之罪亦當認爲與甲法條之

罪同一罪名也。

第三 由上述之說明。是連續犯之定義。爲係基於同一之犯意、并預有連續之設謀、所爲之數行爲、均係觸犯同一之罪名者也。依純理言。連續之數行爲。均各爲獨立之犯罪行爲。則應成立數罪。而法律上僅以一罪論者。以連續犯反覆所爲之數行爲。始終未離開其初發之概括的單一故意。而其同一之故意。亦始終係對於一定之犯罪而連續發動。與一行爲一罪者不過有情節輕重之各殊。而其數行爲所犯之罪質則仍爲合一者。故不必以數罪論而僅以一罪論斯可矣。至連續犯所表現之惡性。多有較單純一罪犯所表現之惡性爲重時。則審判者自可分別其情節於法定刑之範圍內適用其較重與較輕之刑可耳。亦無將合一性質之數行爲而予以併合論罪之必要也。但同爲連續之行爲所犯之罪而可以一罪論者。亦有與連續犯性質爲特異之場合。此則不可不明晰辨別者也。

(一) 慣習犯即於繼續時間內。反覆爲同一之行爲或爲不同一之行爲之犯罪慣性者也。此種犯爲對於犯罪人之性格上所區別之名稱。而連續犯則爲對於犯罪行爲之性質上所區別之

名稱。法律上無以慣習性爲犯罪成立之要素。然於單純犯之規定上常有對於慣習犯爲特別加重之處分者。如賭博罪中之以賭博爲常業者。亦即慣習犯之一種者也。

(二) 持續犯又名永續犯即以一個行爲對於一個法益爲永續的侵害而成立之一犯罪也。關於侵害行爲延長繼續之點。亦與連續犯相類似。然連續犯係對於各個得爲獨立之多數同種類之罪。而爲反覆之行爲。其行爲之時間亦有間隔而非必爲緊接之連絡者。反之持續犯之特性。始終係以一個行爲侵害同一個法益所生之不法狀態。其時間必爲無間斷者。例如不法監禁罪。總係以延長之時間。繼續實行其不法行爲。然在法律上亦僅爲單一純罪。反之若係對於某甲今日加以不法之監禁。於釋放後明日復加以不法之監禁。或既對於某甲加以不法監禁。又對於某乙加以不法監禁。則既有間隔之時間與各別之法益。即當爲數個之行爲。從此數個行爲上分別加以觀察。則各個之行爲各成立一持續犯。包括此種數個之行爲加以觀察。則包括各個之行爲即不能成爲一持續犯。在此場合。此項包括之數行爲若已具備連續犯之其他要件。則成爲連續犯矣。

(三) 徐行犯謂性質上於僅少時間本得完結之行為。而犯人於事實上多費時間而又以數行為以爲之也。例如欲破壞他人建築物。一炬亦可以即成灰燼。而犯之者乃今日毀其瓦。明日拆其牆。以達到完全破壞之目的。依純理之論斷。毀棄他人建築物。在法律上以致令不堪用則爲其罪之完成。則今日毀其瓦。已足成立一獨立犯罪行為。明日復毀其牆。亦足成立一獨立犯罪行為。以連續數行為而觸犯同一之損壞建築物罪名。當以連續犯論。然犯人之目的係在破壞其建築物之全部。則破壞其建築物之全部。實爲一個行為。毀瓦毀屋之行為。實爲其行為之過程。而不能均爲獨立之犯罪行為。且依前大理院判例之條理。刑法上所稱爲建築物者。係指上有屋面。周有門壁。適於人之起居出入者而言。(中略)僅有牆壁。并無屋面。且不適於人之起居出入者。尚不得謂爲建築物云云。(四年上字)則今日既毀其瓦。則建築物之效用已失。而明日復毀其牆之行為。祇能謂爲犯同一罪名之過剩行為。已不能謂爲係損毀建築物之另一獨立犯罪行為。以毀牆時其建築物已不得謂爲建築物。故不得謂毀牆之行為仍可另成一獨立犯罪行為。故毀瓦與毀牆之連續行為。僅能謂爲徐行

犯。因不能成立兩個之獨立犯罪行為。縱具有同一故意所爲之連續數行為。而犯同一罪名之條件。亦不能謂爲連續犯也。

(四) 連續犯與併合犯及想像的競合犯之區別(甲)併合罪之成立。(1)併合罪之數行為。爲非基於一個之犯意。換言之。即各行為各有一犯意。而非由於一個犯意所預謀之反覆行為。(2)併合罪所犯之罪名不必爲同一的。(3)併合罪之性質爲可分而不可合的。故併合罪爲完全獨立之各單一罪所組織而成。刑法上所以必分別宣告其刑。反之連續犯之數行為爲基於一個犯意所反覆運動。而其反覆所犯者均必爲同一罪名。故連續罪之特質必爲可分的而又可合的。其合之又必可視爲單一之犯罪行為。刑法上所以合一爲一罪論也。(乙)想像的競合犯之成立。(1)爲一個行為所犯之數罪名。而非數個行為所犯之數罪名。(2)想像的競合罪中之牽連罪。雖爲數個行為所犯之數罪。而數個行為係爲一個行為所發展的。非由於一個犯意所反覆的。換言之。即牽連犯之數個行為係因於牽連的關係而發生的。非因於繼續之意思而發生的。(3)想像的競合中之數罪名不必爲同一的。且其性質上爲不可

分離的。故數罪名中僅有一個實質的犯罪行爲。其他則均係觀想的犯罪行爲。即各行爲所犯之罪名。非各個具備犯罪之要素者。反之連續犯則其一各個行爲均具備犯罪之要素而均爲獨立的犯罪。其二各個行爲均爲反覆同一之行爲。其三各個行爲均爲犯同一罪名之行爲也。

第四 連續犯行爲以基於預定之連續犯意爲要素。其對於同一犯罪行爲之連續時間與連續行爲之場合。祇以對於最初之犯意尚未中斷其連絡之關係。則固不限於同時。亦不限於同一場合。最初之犯意是否中斷。(1)以有無更新之犯意爲定。(2)以有無受裁判之時期爲定。因有更新之犯意介入。則不能爲基於一個犯意之反覆行爲。有受裁判事實之介入。若再有反覆之行爲。則爲另成一單純犯罪或累犯罪之行爲。均不能復認爲連續犯之行爲矣。蓋二者均爲最初犯意中斷之原因。亦即連續罪終止之原因也。

第五 連續犯之處分。以一罪論。此本條特以明文規定者。故連續犯罪中各項行爲之關係。在法律上係不能作分割之觀察者也。基此理由。則(1)可構成連續犯之數行爲中有一部

分行爲被發覺而已受有罪或無罪之裁判時。其餘之一部分或各部分雖後被發覺。亦不能爲更新科刑之裁判。(2)連續犯爲不可有分割之處分。故犯罪連續中遇有刑法之變更時。(即新舊法交替時)亦以一罪論。換言之。卽一罪各適用新舊法之任何法。則全部罪名亦不可不適用其同一之法律。(3)卽成犯之公訴時效。以行爲終了之日爲起算點。連續犯之公訴時效亦同。當以連續行爲終了之日爲起算點。依此則連續犯最後行爲公訴時效若尙未完成。則以前連續之行爲均可爲全部之訴追。(4)審判廳接受連續犯一部行爲之起訴時。可將連續犯中全部之行爲併予審判。但有關於親告罪之部分若未有親告時。則不能併予審判。以上均基於連續犯在法律上爲不可分割處分之理由之正當解釋也。

第六 連續犯之立法的技術問題。學者間對之尙不無此言議。因連續犯之法例。與採用吸收刑之法例無異。其結果(1)與法律上對於慣習犯職業犯營業犯特別加重之刑事政策不符。(2)無異於獎勵重大惡性之犯人。使任意擴大犯罪行爲之範圍。例如與人有怨讎者初僅欲殺其所讎恨之一人而甘心。因有連續犯之法例存在。則殺數十人亦與殺一人無以異。而

兇狠性成者遂致引起盡殺其仇人之全家之連續犯意。又例如爲竊盜或強盜者。祇有竊取與強取之動機。則不惜爲連竊數家或連搶數十家之擴大計劃。因有連續犯之法例存在。擴大範圍之罪與縮小範圍之罪無以異。而好爲犯罪行爲者遂不啻於法律上得一保障矣。所以各國刑法有連續犯之規定者甚夥。有之則亦必採用嚴格主義。如限於同一機會同一法益同一犯意同一場合同一犯罪事實等之要件。方能適用連續犯處斷。其範圍最廣者惟日本刑法及本法爲最。然日本最近改正刑法案已將此項之法例予以刪除矣。此亦可見近時最新立法之趣旨。對於連續犯觀念之趨勢也。

### 三

前大理院判例 查偽造貨幣。以侵害公共信用爲犯罪之客體。其性質單一而不可分。故不依銀行之個數。以定其罪數。雖偽造色樣計有多種且不屬於一銀行。然連續數個行爲。而犯同一之罪名。依第二十八條之規定。(連續犯)應以一罪論。(四年上字二〇二號)

又 先後行竊。若犯意繼續者。應以連續犯論。(四年統字三一號)

又 查犯罪之數。應以所侵犯法益之數爲標準。連續犯。雖預謀以數次犯同一之罪。然若侵害多數法益。則仍應以數罪論。(五年上字 六二一號) (現行判例不採法益說)

又 查該上告人犯罪原因。係由於覬覦財產。雖前後有兩次搶奪行爲。而實出於同一之意思。自係連續犯。應依行律第二十八條。以一罪論。乃原判認爲俱發。適用懲治盜匪法處斷殊屬違法。(五年上字 九五二號)

又 初次謀殺本夫雖屬未遂。而與後之共謀勒斃犯意既相連續。自應依連續犯之例處斷。(八年上字 一〇〇一號)

又 被告人因意圖將被害人價賣。先曾略誘一次不因被誘人從未果。後將其略誘。則其前之意圖營利略誘未遂。與後之意圖營利略誘既遂。其中顯有連續情形。自應依刑律第二十八條以一罪論。(九年非字 二七號)

又 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。(九年非字 八〇號)

又 共同正犯必以共同實施之人爲限。其僅於事前參與計劃並予以相當之助力者。除殺人強盜等各有特例外。祇應論以事前幫助之從犯。若對於同一婦女實施和姦。而又以概括之意思幫助他之多數人和姦並生結果者。則除自身成立和姦罪外。並應構成連續和姦從犯。

(十年上字  
一三九號)

又 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。乃第一審應認爲連續犯一節。未予置議。原審亦未糾正。均屬疎漏。(十年上字  
一四七號)

又 被告毆打被害人。係因勒令爲娼不從而起。則其迭次毆打之輕重雖先後不同。然以連續之意思對於同一之法益爲同一之行爲。依刑律第二十八條應以一罪論。原審判決認爲連續傷害人致輕微傷害及傷害人致死兩罪俱發顯係錯誤。(十一年上字  
一四八八號)

又 凡鋪夥將逐日買得貨款侵占入己。顯已同一意思反復而爲同一行爲。第一審應照連續罪處斷。(十四年上字  
一一〇號)

前大理院解釋例 連續犯以一意思連續爲要件。其意思是否連續。在審判官之調查認定。

並不受被告人供述之拘束。(五年統字四九四號)

又 凡以連續犯意同種行爲。侵害同一法益者。皆爲連續犯罪。前後行爲所觸之條文。縱有不同。亦應以一罪論。(九年統字一四五六號)(現行判例不採法益說)

又 連續犯係以各自獨立之數個行爲。對於同一之法益。予以同樣之侵害。原函所舉情形。不過以一個行爲。持續的予人以侵害而已。尙不足稱爲連續犯。惟既於赦免後。仍持續其赦前之詐欺行爲。迭受銀圓之交付。自不在赦令所予除免之例。(十六年統字二〇〇四號)

最高法院判例 擄贖行爲與他種強盜行爲競合時。應包括於他種強盜行爲中。構成一個犯罪行爲。亦非連續犯。(十七年上字一二六號)

又 前傷害行爲與後殺人行爲既未證明有意思連貫。自應各自獨立構成二罪。(十七年非字一一號)

又 以同一犯行侵害同一法益。且前後竊取又具有繼續之犯意。於法爲連續犯。(十七年上字三三三號)

又 將數次經收款項侵佔入己。顯係有連續犯罪之意思。(十七年上字四一七號)

又 其縱放囚犯之行爲雖有先後兩次。而意思實爲連續。(十七年上字)

(四四六號)

又 依本院新例。連續犯之要件。并不限於侵害同一之法益。(十九年上字)

(四九一號)

## 第十章 刑之酌科

國家對於犯罪有科以刑罰之權。然具體的刑罰之施加。固須以有特定之犯罪之現實存在爲前提。而實係爲對於特定之犯罪之特定之犯人而與以相應之刑罰也。犯罪之狀態已屬千差萬別。爲非以預想的一一列舉之所能盡。而犯罪人之品類各有不齊。尤爲不可以數計的預爲區分之可能。故欲求刑罰之個別的相應。決非立法技術上所可能之事。立法者僅得以抽象的(概括的)規定各犯罪之種類而附以相應刑之擴大範圍。至對於犯罪人之各目的爲個別化之相應的處遇。則爲具體的科加刑罰時之適用問題。此項適用問題。卽刑之酌科問題也。

刑罰之適用問題。有擅斷的適用主義與法定的適用主義之區別。前者對於某犯罪之人應科

以某刑。全委之裁判官之自由酌定。換言之。即關於罪與刑。均不以法律預爲分別規定。而悉隨裁判者就現實之場合以任意處斷。此稱爲擅斷主義。後者對於某種犯罪應科以某種刑。全係出於法律所預定。換言之。即於法律所特定的罪刑範圍之外。裁判者即無自由的酌定之權衡。此稱爲法定主義。法定主義即由擅斷主義之反響而產生。以擅斷主義常易發生專橫暴戾之流弊。且足令人民無所適從。懲其弊者遂創爲罪案與刑量均須由法律一一預爲具體的確定之制。犯一定之罪者均科以同一的一定之刑。司法者僅能就其事案以勘合法律上所規定者、判定爲有罪或無罪。對於某罪應科何刑。司法者絲毫不能有選擇之權能。此稱爲絕對的法定主義。即絕對的法定適用主義。繼以罪情之變幻無窮。而法定之事項有限。其結果常致預定之法律與現實之犯罪有不能具體的適合之弊。於是有折衷制之產生。採取擅斷制與法定制之長。而避免擅斷制得爲專橫之機會。與法定制過於膠柱之束縛。法律上所規定之罪刑。僅從理論上所能預見者、特抽象的規定足以構成犯罪之要素的事項。與各種罪應科刑罰之最高度與最低度之範圍。至具體的某事實係構成某種類之犯罪。及某

犯罪之狀態與某犯人之個別的適應刑量。均委之裁判官隨各場合以自由審定。特對於罪種及刑量之審量。仍不能逾越法律所預定之標準範圍。此為相對的法定主義。又即相對的法定適用主義。此主義既可以免膠柱之譏。亦不致有流於專擅之嫌。近世各國立法例。殆無不以採用此主義為原則者。本法亦係採用此主義者也。

從相對的法定主義之結果。則刑罰之適用上。有法定刑與宣告刑之區別。法律上所抽象的對於某一定之罪制定某限度之刑。是為法定刑。司法官對於各個之犯罪。宣告其實科之刑。是為宣告刑。又曰裁判刑。例如本法上規定犯殺人罪者。處死刑、無期徒刑、或十年以上有期徒刑。是為法定刑。法律上僅以抽象的即概括的規定為殺人者。而凡關於仇殺、姦殺、激情殺、及其他種種之殺人者均包舉在內。又殺人者之為慣習犯、或偶然犯、亦均包舉在內。故其法定之刑。有死刑以至十年以上有期徒刑之懸遠範圍。司法者於審理殺人罪時。分別殺人行為之性質與殺人者之性行應於法定刑之範圍內為具體的或宣告科以死刑。或僅於十年以上有期徒刑範圍內宣告具體的刑期。此即為宣告刑。依據法定刑以裁定宣告刑

。即爲相對的法定適用主義。又卽刑之酌科之所有事也。

相對的法定主義之運用上。在法定刑量之中。如何不失伸縮之旨。在法定加減之限。及法律所許爲酌減之場合。如何能得裁科之宜。運用之而良。則一法卽可應罪情之萬變。運用之不得其當。則流弊去擅斷之制爲具體而微。此關於法律精神之寄託。至重且鉅。近世各國爲匡救其弊害起見。一則慎重裁判官之選任。一則於法律上明定運用之標準。故本法亦師其意而有本章之設立也。

暫行律於本章定名爲酌減。蓋僅對於審案犯人之心術及犯罪之事實其情輕者。得於法定刑外。酌量爲減輕之處分。以免法定刑對於或現實事實有過於嚴酷之情形。此亦貫徹相對的法定適用主義之精神也。本法則以不僅於法定刑外有酌科之必要。於法定刑內所當酌量。情實之重輕以爲科刑之標準事項。在法定的適用主義上。較法定刑外之酌科尤爲重要。故本章特合法定刑內與法定刑外之科刑上必須注意事項。使適用本法之法官。務盡其推勘之職責。故於本章特改定爲刑之酌科章焉。

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

- 一 犯罪之原因。
  - 二 犯罪之目的。
  - 三 犯罪時所受之激刺。
  - 四 犯人之心術。
  - 五 犯人與被害人平日之關係。
  - 六 犯人之品行。
  - 七 犯人智識之程度。
  - 八 犯罪之結果。
  - 九 犯罪後之態度。
- 科罰金時并應審酌犯人之資力。

# 一

本條之要旨。爲規定關於科刑時對於犯罪及犯罪人。應注意之事項。此爲採用相對的法定主義所必需之規例。否則無以貫徹全法立法之精神也。第一項所謂應審酌之一切情形。卽第二項各款所分別指定各情形以外、與犯罪科刑有直接間接關係之一切狀況而言。例如犯人之年齡、職業、經歷、教育、品位、環境、前科、等及其他種種之關係。例如偶發犯罪習犯機會犯。凡一切足供辨證其犯罪之實質。有可原或無可原。攷查其刑罰之感受力。爲銳性與爲鈍性。在在均爲科刑重輕之標準。卽在在均有詳加審酌之必要也。第二項分別各情形。爲科刑標準中尤爲重要之事項。故特以法文臚列而明定之。以促起法官之注意。凡違背法條所列舉之注意而任情率斷者。其判斷亦爲違法。上級法院卽當依據本條各款以爲撤銷該項判斷之根據也。本項各款之意義如左。

一 犯罪之原因。從廣義言之。卽包括犯罪發生之根本原因及犯罪發生之動機而言。從狹義言之。卽僅指犯罪發生之動機。換言之。卽誘起犯意發動之原因而言。犯罪發生之根本

原因。自來學者分爲內界原因與外界原因。內界即係由於生理上之發育不完全。智識之機能自始即形欠缺。故容易有發罪之行爲。又心理上受病理之擾害。因而欠缺其辨別力。如心神病、暴躁狂、偏執狂憂鬱狂之容易流於犯罪之類。外界即由於自體及社會之環境所迫誘。如生計之逼迫及政治制度之不良。社會秩序之紛擾。良懦者不保生存。奸盜者坐享幸福。均足以驅人爲奸而誘人爲盜。凡此均爲犯罪發生之根本原因也。此項根本原因。屬於生理及心理者爲病理作用。當以醫治療之。僅爲認定刑罰有無之標準。於科刑之重輕標準無多少之關係。屬於社會之環境所推移者。爲社會一般犯罪之普通性。與犯罪之個別亦無多少之關係。是本條所謂犯罪之原因。既係爲個別科刑時所當注意之原因。則毋甯謂爲屬於狹義之犯罪原因。即各個犯罪發生之動機也。例如同一竊盜。或爲贍親計。或爲滿足其奢慾計。同一殺人。或因於圖財。或因於復仇。或因於殘暴性成而視殺人爲兒戲。要之均爲犯罪之動機。即本條所謂犯罪之原因意味。在法律上關於犯罪之構成。於犯罪之原因如何均所不問。而依法以處刑時。則於犯罪之原因爲首當攷察者。如上例同一竊盜。爲贍養

其親而起意行竊者。其惡性本輕。則刑當從輕。爲滿足其奢慾而起意爲竊者。則惡性較重。罰當較重。因復仇而殺人者惡性較輕。刑當較輕。因圖財而殺人者。惡性較重。刑當較重。視殺人爲兒戲而殺人者惡性尤重。刑當尤也重。

二 犯罪之目的。目的者犯意之所專注者也。依常理論。犯罪之動機所在。卽犯人之目的所在。目的與動機亦二而一者也。然實有區別之可言者。例如犯竊盜之動機係因於貧者。則貧爲竊盜之原因。亦卽竊盜之動機。至行竊時有專以豪強之戶爲行竊之目的者。有專以孤弱之家爲行竊之目的者。有藉行竊以解暫時之困迫者。有藉行竊以爲營業者。同一原因於貧。而前者與後者行竊之目的則各有不同。其所表彰之惡性亦因而有差異。又如同一復仇之殺人原因。或係出於義俠之行爲而以除奸爲目的者。或以懷有睚眦之怨而以快意爲目的者。同一圖財之原因而或以劫奪貪婪以濟貧爲目的者。或以肆意掠奪以圖飽貪慾者。其目的既不同而刑之輕重自當有以異也。

三 犯罪時所受之激刺。卽其人本無犯罪之惡性。因被外界偶爾之激刺所衝動。遂致不顧

一切而發生違法之舉動。此種行爲。當其血脈憤興時。毫無利害之念。及事過境遷後。常多生悔悟之心者。既犯罪則無論原因之若何。於法不能不罰。然罰之亦必量其惡性之等差。始於刑方能適應。例如有激於一時之義憤者。如路見不平。拔刀相助是也。有爲一時之情義所迫者。如見摯友被捕。卽冒險爲之藏匿也。此等行爲。在法律上實爲犯罪。在道義上不無可敬。又例如激於一時之羞惡者。凡人當受重大不堪之侮辱或見其親屬受重大不堪之侮辱時。因此無謂之刺激。常起過量之反擊。又例如激於一時之爭執者。其爭執一入於劇烈之狀況。亦常有含口頭而趨於腕力者。二者亦俱足以構成犯罪。而前者之惡性最爲輕微。後者尚須察其素行以爲定。總之在法律上必處以罰者。若在人情上有可敬可原者則其惡性當然甚輕。在人情上無可敬可原者。則其惡性當然較重。其輕者處以重刑。則失其法律之平。其重者處以輕刑。則無以收預防之效。二者均失立法者之本旨也。

四 犯人之心術。此卽刑罰制度上主觀主義之原則也。刑罰之目的。原以改善犯人之惡性。非復如從前報應主義之舊觀。故科刑時須以攷察其人之心術以爲定讞。犯人之心術惡劣

者。雖輕罪亦當科以法定之最重刑。始足以收改良之效果。犯人之心術無疵者。雖重罪亦必科以法定之最輕刑。使不致視法律爲害惡。如上例路見不平而拔刀相助者。其人爲尚有俠義之心。行竊以贍親者。其人爲尚有孝子之心。雖行爲足構成犯罪。而良心既未致於枯亡。則處以最輕微之刑。亦足以收改良之效。若仍處以過量之重刑。則法律遂成爲社會之害惡矣。又如上例以睚眦之怨而報人以殺傷。視殺人爲兒戲而毫無顧忌者。其心術之殘忍。實非稍予懲戒所能改善者。若於此種犯人而亦與以輕罪。則法律亦將失其保衛社會之職責矣。

五 犯人與被害人平日之關係。此亦足以致證犯人惡性之深淺。例如對於葭莩之親而輕萌殺傷之念。對於師友之間而亦起奸貪之心。則其人之惡性已戾於常情。基於此種惡性之行爲。自足證明其人之早趨於墮落。對於此種墮落之人。若仍予以較輕之處治。則將有養成其犯罪習慣性之虞矣。然犯與被害人之關係。亦有可以爲減輕之理由者。如直系親屬配偶或同財共居之親屬間。有犯竊盜罪者。法律得免其刑。其用意一以維持其關係之親密。一

以此種行爲不必即蓄有侵害之意思也。推此意而例如夫妻間或兄弟間因偶然口角致有傷害之行爲時。亦當予以從輕之處治爲宜。此在司法者權衡之得當也。

六 犯人之品行。在簡單之概念上則犯罪當無品行之可言。然除犯奸盜詐僞及寡廉鮮恥各犯罪事實外。犯其他之罪者。亦不盡由於其人之平日品行不良。本款所謂犯人之品行者。係指犯罪人平素之品行而言。例如偶發犯、激情犯、及誤解法律各犯人。其人平素之品行純良者。亦所在多有。故審按犯人時。關於品行一端。亦爲必當注意之一端也。

七 犯人智識之程度。本爲責任能力之一條件。其智識程度爲合於責任無能力及減弱能力之狀態者。自當依法律所明定者爲不罰或減輕之處分。其智識程度尙未至如法定的無能力及減弱能力之場合。亦當依其智識程度之高下。以爲法定刑內輕重之權衡。如賦性相愚之人及未受教育之人。對於事實之理解力及判斷力。自較具有完全智識之人及曾受有教育之人爲淺薄。其犯罪行爲之發生由於理解及判斷之不正確所致者。則其表現於行爲之反社會性爲輕。故其處罰亦當從輕。其犯罪行爲之發生。由於有真確之辨識而毅然爲之者。則其

表現於行爲之反社會性爲重。故其處刑亦當從重。蓋法律上刑罰之輕重。完全以反社會性之深淺爲比例。司法者必當深體立法者之意旨。斯能於法定刑罰範圍內爲能盡其選擇之職責也。

八 犯罪之結果。卽犯罪所生之實害。其輕重大小。關係於罪責者頗鉅。如犯罪之結果而僅影響於個人之法益者。其罪責較輕。犯罪之結果而影響於多數人之法益者。其罪責當重。其一例也。法律上對於結果之危險性特別重大者。常有加重其責任之特別規定。卽於法定本刑外而爲加重之處分是也。其未有特別之規定者。亦當按其結果之實害程度。以爲法定刑內輕重裁量之標準爲宜也。

九 犯罪後之態度。卽視其人於犯罪後有無悔悟之發現也。如加人以損害後而卽急謀賠償。加物以損壞後而卽急圖恢復。均爲有悔悟之表現。凡犯人於犯罪後之一切言語舉動。及有諸衷形諸外之一切形態。若司法者能悉心加以調查與攷覈。則無難察其有無真實之悔悟。其已有懺悔者則不必予以較重之制裁。其怙惡不悛者則必予以嚴重之處遇。務以使其達

到刑法改善之目的也。

科罰金時應審酌犯人之資力。即審核犯人之經濟關係也。罰金刑之本質。一足以懲戒犯人  
之貪慾。一足以減少短期自由刑之弊害。然欲收上二種之實利。則罰金刑之運用實較自由  
刑爲尤難。以適用罰金刑時。除審量犯人之罪質及性行外。尤須審酌犯人之經濟力。經濟  
優裕者。處以較少之金額。則不啻無損於毫末。絲毫不足以收懲戒之效。經濟力薄弱者。  
處以較多之金額。則勢必絕其生計。且有時仍須易科監禁之刑。若發生以上二種之情事。  
均有失於罰金刑之本旨。此種意義。已於第四十九條詳論及之矣。

二

第一 現代刑法關於定罪科刑之本質。已非從前由自然性所發生之衝動行爲。乃爲有一定  
目的之意思行爲。換言之。現代刑罰法規之制定。非復如從前係基於單純之報應主義所產  
生。而爲基於刑事政策之要求所設立也。在舊法律之見解。對於犯罪則僅有物質的反法律  
的事實之一觀念。對於科刑則僅有對於某犯罪之害惡即當予以某同量害惡之反擊之一觀念

。故有一罪則僅有一刑。犯同一之罪者無論何人均須處以同一之刑。以刑罰唯一之任務。僅在處罰犯罪。對於犯罪之原因及犯罪人之人格。均非所問。有司法之責者。以能於同一之罪不致發生二種之刑。則爲不偏不倚最適合於公平之原則矣。而在現代刑法之通義。則認定犯罪原因及犯人人格。爲制定刑法及運用刑法上之一種重要關係。不可須臾稍忽。換言之。卽刑罰者非處罰犯罪。乃爲處罰犯罪之人。犯罪之人類至不齊一。故對於一罪必定有高低相懸之刑量。科刑時固亦應以物質的反法律的事實爲出發點。以證合制裁之種類。然不可不適應被制裁者之人格。以犯罪係人之犯罪。卽爲其人之人格的徵表。故處罰當審酌其人格以爲量定之也。

第二 依現代刑法已由事實主義而進採人格主義之結果。刑法上關於科刑之實質。完全係以現時所採取之刑事政策爲其背景。司法官於審理刑事案件時。有適用刑法之職責。原則上於罪刑之有無。固須悉依法律所預定者爲準繩。故法所定爲有罪者而以爲無罪。法所定爲無罪者而以爲有罪。自爲違法。然若以機械的遵守法律。僅於判處罪刑時一一不出於法

定之範圍。亦不能謂爲即屬合法須於法律所許之範圍內。依個別的場合。實行刑事政策上之所要求。始能謂爲符合法律之精神。換言之。即於法律上因非社會性之大小而預爲規定之刑罰範圍內。審其非社會性之深淺以量定其適應之刑。斯爲完成合法之意義也。蓋所謂適用之合法與否。係指處刑之適當與否而言。故本條所採取之第二次修正案理由云。『科刑得當。誠非易事。惟經驗日久。能細心推勘情節。且具有判斷力。及不偏蔽之法官能之。最近瑞士及德國刑法準備草案。皆於總則特設專條。臚舉科刑時應審酌事項。以指導法官之留意。瑞士草案第四十七條規定，法官於科刑時。須審酌犯人之犯意與犯罪之動機。犯罪以前之品行及犯人地位之關係。德國草案及委員會刑法草案採用其制。而情節更加詳晰。本案略師其意。規定本條。』亦即上述之意義也。

### 三

前大理院解釋例 共同實施犯罪行爲。應以共同正犯論。惟行爲有輕重之別。則處刑亦自有伸縮之餘地。（五年統字  
四四三號）

前司法部訓令 死刑對於犯罪爲最重之制裁所。關至要。自應妥慎辦理。以重人命而昭公平。近查各廳報部刑事案件。往往有犯罪情節相同。而一則判處死刑。一則判處無期徒刑。或有期徒刑。律以法定科刑之範圍。雖無違誤。揆諸自由裁量之準度。究欠允當。嗣後判決此項案件。應就犯人之心術、品行、智識程度、生活狀況、并其所受之激刺。以及所犯之原因、目的、結果、各種情狀。詳細審究。酌量處斷。苟非罪大惡極。不宜輒處死刑。務期法得衡平。獄無冤濫。(十五年二) (五〇號)

最高法院判例 犯罪心術。既不無可原。第一審未予酌減其刑。殊嫌稍重。(十七年上) (字七二號)

又 因茶樹被竊。一時氣忿、致犯毆傷人成廢疾罪，其心術尚不無可原。(十七年上) (一〇二號)

又 犯人之心術無由澈明。卽於量刑之標準莫由確定。(十七年上) (一四九號)

又 謾罵後用刀戳傷倒地。又復加以足踢。其惡性既深。量刑自不宜輕縱。(十七年上) (四一二號)

又 始以足踢傷莖物。繼復開槍轟擊。其惡性既深。自應從重處斷。(十七年上) (五二二號)

第七十七條 犯罪之情狀可憫恕者。得酌減本刑。

本條之要旨。爲規定一般減輕之範圍。裁判官於犯罪情狀之可憫恕者。得酌減本刑。犯罪情狀之可憫恕者。以其犯罪之動機。有可得人類矜憫之同情之價值者也。例如因救父母之飢寒而行竊。因迫於赤貧而遺棄其妻兒。因他人不正之行爲所激發而犯傷害。因被人之誘惑而偶事賭博。前二例爲其情可憫。後二者爲其情可恕。諸凡類此場合。在各本條上既無因此遠因而有減輕之規定。若一律依法以繩。卽處以所犯之法定最輕刑。有時仍未免有涉於過酷之嫌。故法律特予裁判者以自由裁量之權。於此種犯罪特許其於法定刑外得爲酌量減輕之處分。以期刑罰之務得其平也。

刑法上對於犯罪情狀之可憫恕者。於理論上可以預測之場合。本有特別的爲得減輕與必減輕之規定。例如心神耗弱人及瘖啞人之行爲。減輕本刑。防衛過當及救護過當之行爲得減輕本刑。此爲限於特定場合之減輕。又爲法律上之減輕。本條則爲對於特別場合以外之情形。爲法律所未分別特爲規定者。不限於某一定之犯罪。祇以因有可憫恕之情節。致犯罪

之性質。不適應於各該本罪之法定範圍內之刑罰者。即委之裁判官酌量於法定刑範圍外。得爲減輕之處治。此爲對於一般之場合之減輕。又爲裁判上之減輕也。

## 二

第一 暫行律第十章第五十四條亦有酌減之規定。其酌減之原因。係以犯人之心術及犯罪之事實爲標準。即其心可矜其事甚微之意味也。該律立法理由云。『同一犯罪。情節互異。若株守一致。則法律之範圍過狹。反致有傷苛刻。故予裁判官以特權。臨時酌量犯人之心術與犯罪之事實。減一等或二等也』。又該條補箋云、『日本刑法。以情狀可原四字爲酌減之標準。不免失之含混。故往往有以客觀的事實解釋之誤。本條分別心術與事實。較爲明顯。心術者遠因之謂。事實者犯罪行爲之謂。二者不得混同。例如竊取。有決心於姦淫賭博者。(即因欲爲姦淫賭博而起盜心之意義也。下倣此)有決心於養親者。此事實同而心術異。又如爲貧困而竊取貴重之物。與竊取輕賤之物。爲報仇而殺一當道之巨卿。與殺一市井之無賴。此心術同而事實異。酌減係出於審判官矜憫之忱。故學者有謂之爲審判官

之淚者。但不得逾法定範圍而以私意減輕之」云云。本條立法之趣旨。亦與暫行律無異。其得為酌減之原因。則以情狀可憫恕者為標準。可憫者即心術之可矜者也。可恕者即事實之輕微者也。是酌減之原因。當合主觀的與客觀的之觀察以為構成之要件。而未可僅審酌其一種之觀念。遽適用本條之酌減例也。

第二 法定上之減輕。係基於法條上一定之原因而特為減輕之謂。酌量之減輕。即於法律上無減輕之原因。而於犯情上有減輕之必要時。法律上為求科刑之適當起見。故特概括的設立酌減之標準。使裁判者得依據法律上可為酌減之原因以審究犯罪之情狀。而為職權上之裁量也。此項酌減之原因。在法律上亦僅能就其情狀而為概括之規定。若欲為抽象的或具體的就事實上以為分別之指明。亦為不可能之事。裁判官於行使此種裁量之職權時。須注意於刑事政策之具體的適用。對於各犯人仍當以能達到刑罰目的之必要程度。以為減輕與否之酌定。不能僅以博愛之旨汎用其權能也。例如竊盜及詐取。賭博及姦淫等犯。最易流於習慣之傾向。雖現實所犯之事實甚微。又或其情狀有可矜憫之理由。仍當審察其平時

之素性品行。不致有流於習慣之虞。始可予以酌減之待遇。否則於本刑內從其較輕者或竟從其較重者處治。總以合於刑事政策之所要求為比例。若僅因其現實之情狀有可憫恕。即不致察其餘。遽援用本條予以酌減。則與本條立法之旨趣仍相背馳也。蓋本條在法律之性質上為相對的之減輕。正以使裁判官加以週詳之攷察。以為酌量之餘地也。

### 三

前大理院判例 釁起彼造。又非下手殺人之犯。兩審處以無期徒刑。並未越法定範圍。而原其心術及犯罪事實。尚有酌減之餘地。本院自得予以改判。(五年上字九一號)

又 因胞弟行竊。恐遭牽累。糾人處死。以情節論。並無可原。即不得濫予減等。(六年上字七四號)

又 查被告人將年甫三歲之各家山儂拋入甫行化畢之石灰塘內。顯有殺人決心。其手段既屬殘忍。其心術並無可原。原判依刑律第五十四條(即本法之本條)減處徒刑三年。又未說明減等之理由。其量刑已難謂為適當。(九年上字八〇八號)

前司法部訓令 刑律第五十四條得減之規定。係以犯罪事實及犯人心術確有可原者爲限。上述各種情形。(以被告人羈押多年尙知愧悔且於兵變時輔助管獄人員維持監內秩序等情)核於犯罪本案並無關係。以案外事項。爲酌減之原因。殊屬非是。深恐其他各審判衙門亦容有此種誤會。合亟明令申告。嗣後審判刑事案件。務須衡情量刑。期諸允協。卽或被告人在羈押中有監獄規則第八十一條所列各款行爲。認爲異常出力時。亦應於判決確定後據情報部。酌量辦理。毋得率予減等。致滋輕縱。(九年八  
六四號)

最高法院解釋例 刑律第七十七條之酌減。與減輕本刑不同。至多祇能減本刑二分之一。

(十七年解字  
二〇四號)

第七十八條 依法令加重或減輕者。仍得依前條之規定。酌減本刑。

一

本條之要旨。爲明定裁判減輕與法定減輕得以併用之規定。依犯加重者。如累犯之場合。對於尊親屬犯傷害之場合。(刑法上法定加重之場合甚多。不及備述。)依法減輕者。如自

首及不知法令等之場合。(刑法上法定減輕之例甚多。不及備述。)既具此種法定加減之原因。自當依法先爲加減。但於加減之後。衡情酌量。加減結果之刑。與犯罪情狀之比例。猶有失之過酷者。則仍可依本條再予酌減。以期罪與刑適得其平。例如滿八十歲人之行爲。若依第三十條第三款減輕本刑二分之一後。核其情理尙嫌過重。則不妨復依本條再予酌減。又例如對於累犯罪依第六十六條加重本刑三分之一之結果。核其情理又嫌過重。則不妨仍依本條予以酌減也。

## 第十一章 加減例

加減例者。卽刑之加重減輕之程度及順序之例也。刑法上關於加重減輕之法律的規定。所在多有。蓋以現行刑法係採相對的法定主義。以求科刑之適當。雖於各種犯罪規定高低相懸之刑量。以使裁判官臨時量情伸縮。然於或種場合處以範圍內之最重刑猶有失之輕縱時。或種場合處以範圍內之最輕刑猶有失之過酷時。則於法律範圍仍有不適用之虞。故法律

於可以預爲推定之場合。則有依照法定範圍外爲絕對的加重或減輕之規定。有不能預爲推定之場合。則有於法定範圍外爲相對的加重或減輕之規定。所謂相對的加重或減輕者。卽於法定刑之範圍外。委任裁判官衡其罪情以爲加重減輕與否之處分也。然此項加重減輕。若法律上漫無一定之程度與順序。一任裁判官以漫無限制之職權爲加重減輕之裁斷。則其結果法官遂有無限制的擴張其法定範圍之權。而法定的適用主義。將有名實不符之嫌矣。此所以必有加減例之規定也。

### 第七十九條 死刑不得加重。

死刑減輕三分之一者。爲無期徒刑。減輕二分之一者。爲十二年以上二十年以下有期徒刑。

本條之要旨。爲規定死刑之加減例。死刑在舊律上亦有輕重之階級。如絞刑加重則爲斬刑。斬刑加重則爲凌遲是也。現行刑法死刑唯一用絞。故死刑當然無加重之可言。例如依法

應處死刑者。雖爲累犯。亦無從加重。祇處死刑而已，死刑減輕之程度。在暫行律上係用等級制。故死刑減一等則爲無期徒刑。減二等則爲一等有期徒刑。次第顯然。容易識別。現行刑法以採等級制則加必一等。減亦必一等。未免有不失之過寬則失之過酷之虞。因改用以幾分之幾爲加減之標準。卽某刑加幾分之幾卽成某刑。某刑減幾分之幾卽成某刑。此非以明文規定。無從懸擬者。故本條對於死刑明定減輕三分之一爲無期徒刑。減輕二分之一爲十二年以上二十年以下有期徒刑。以資適用。申言之。司法官依法定之標準予以減輕時。於死刑減輕三分之一之範圍。卽不得減至有期徒刑。減輕二分之一之範圍。卽不能減至十二年未滿之有期徒刑。亦不得處以無期徒刑也。依論理上言。甲刑減幾分之幾則成乙刑。則乙刑加幾分之幾當仍成甲刑。如依本條爲推理之解釋。則十二年以上之徒刑加二分之一當爲死刑。無期徒刑加三分之一亦當爲死刑。然因有第八十條無期徒刑不得加重之規定。又第四十九條第三款有期徒刑僅加至二十年之規定。則處有期徒刑或無期徒刑者。無論在若何場合無加至死刑之理由矣。故本條僅有由死刑減輕之順位規定。無加重至死刑之

順位規定也。

第八十條 無期徒刑不得加重。

無期徒刑減輕三分之一者爲十年以上十五年以下有期徒刑。減輕二分之一者。爲七年以上十二年以下有期徒刑。

一

本條之要旨。爲規定無期徒刑之加減例。無期徒刑加重則爲死刑。然死刑與無期徒刑。一爲生命刑。一爲自由刑。其性質太相懸殊。故無期徒刑不得再有加重矣。無期徒刑減輕三分之一爲十年以上十五年以下有期徒刑。減輕二分之一爲七年以上十二年以下有期徒刑。換言之。卽無期徒刑減三分之一。不得減至十年未滿。減二分之一。不得減至七年未滿也。

第八十一條 有期徒刑應加減者。其最高及最低度均加減之。

一

本條之要旨。爲規定有期徒刑之加減例。在現行刑法上。凡處有期徒刑之罪者。對於同一

罪均有最高度與最低度之規定。以資裁判官之選擇。最高度與最低度之意義。已於本法第五十一條內說明。遇有應加減之場合。應將最高度與最低度同時加減。即前大理院二年統字第四六號解釋所謂刑之加減祇加減其範圍。審判官仍可在範圍內酌量處刑之意。今將此意義加以引伸之說明。卽有期徒刑之加減法。須就有期徒刑最高度與最低度之範圍。合最高與最低度併加減之。成立一加減結果之新範圍。審判官卽在此加減結果之新範圍內。以職權選定其應科之刑。假定某罪之本刑係六年以下六月以上有期徒刑。因累犯加重三分之一。須將最高度之六年以下及最低度之六月以上同時加重。六年以下加三分之一則爲八年以下。六月以上加三分之一。則爲八月以上。則其加減結果之範圍。變爲八年以下八月以上有期徒刑矣。依此類推。則若因自首減三分之一遂變爲四年以下四月以上有期徒刑矣。審判官若依前例而須加重三分之一時。則於八年以下八月以上之範圍內酌量宣告其刑。非因加重三分之一則至少亦須宣告八年有期徒刑之謂也。又若依後例而認爲當減輕三分之一時。則於四年以下四月以上之範圍內酌量宣告其刑。非因減輕三分之一則至少亦僅得宣告

有期徒刑四月或至少亦必宣告有期徒刑四年之謂也。

## 第八十二條 拘役應加減者。止加減其最高度。

本條之要旨。爲規定拘役之加減例。拘役之應加減者止加減其最高度。依第四十九條第四款之規定。拘役之最高度爲二月未滿。最低度爲一日以上。所云止加減其最高度者。例如加三分之一則爲八十日未滿。一日以上。加二分之一則爲三月未滿。一日以上。減三分之一則爲四十日未滿。一日以上。減二分之一則爲一月未滿。一日以上。審判官可於加減結果之範圍內量定其刑期也。拘役之刑。所以不將最低度同時加減者。以拘役之最低度止有一日。爲自由刑之最輕者。故有加減之必要時。止加減其最高度也。但從本條立法例觀察之。則拘役之最低度既不生加減之率。則拘役無減至罰金之理由矣。又依第四十九條第四款立法例解釋之。拘役得加至二月以上。不云得加至徒刑。則拘役亦無加至徒刑之理由矣。此因拘役之性質與他刑異也。

## 第八十三條 罰金應加減者。止加減其最高度。

本條之要旨。爲規定罰金刑之加減例。罰金之應加減者。止加減其最高度。此有二意義。  
（一）分則各條。關於罰金。止規定其最高額。其最低額依法僅爲一元。且罰金刑在主刑中爲最輕者。不能再減至從刑矣。故除因貧得減至一元之二分之一。爲特殊情形外。自罰金刑之性質及效力觀察之。當以不能加減其最低度爲宜。（二）罰金之應加減者止加其金額之最高度。不能加至拘役或徒刑。此爲本條當然之解釋。亦因罰金刑之性質不與自由刑同類也。例如法定罰金之範圍。其最高額爲三千元以下。加三分之一爲四千元以下。加二分之一爲四千五百元以下。減三分之一爲二千元以下。減二分之一爲一千五百元以下。法官卽於此加減結果之範圍內。定其處罰之金額可也。

## 第八十四條 減輕本刑而無若干分之幾之規定者。至少減輕本刑二分之一。

本條之要旨。爲規定未定有減輕分數者之減輕例。刑法上有僅規定減輕本刑或得減輕本刑而未定其減輕率之場合甚多。若不明定其限度。則法官於適用時易生疑慮。故本條於此等場合特規定爲至少應減輕本刑二分之一。法文上僅有至少之限度而無至多之限度。則可以減至二分之一以下之數。如三分之二或四分之三亦不爲違法也。但依最高法院十七年解字二零四號之解釋。第七十七條之酌減。至多祇能減本刑二分之一。於法似無根據。其解釋之是否合理。則尙屬一疑問也。

### 第八十五條 有二種以上之主刑應加減者。同時併加減之。

本條之要旨。爲規定同條而有二種以上之主刑之加減例。例如依法應處二年以下有期徒刑併科三百元以下罰金。有期徒刑與罰金均爲主刑。是同條而有二種之主刑也。於此場合。當同時併爲加減。假定加二分之一則其處刑罰範圍變爲三年以下有期徒刑併科四百五十

元以下罰金。減二分之一則其處刑範圍變為一年以下有期徒刑併科一百五十元以下罰金矣。又例如依法應處死刑、無期徒刑、或十年以上有期徒刑。則為有二以上之主刑。在此場合。遇加重時。則當依第七十九條第一項第八十條第一項死刑無期徒刑不得加重。而僅加重其有期徒刑。遇減輕時則併將死刑無期徒刑及有期徒刑同時減輕也。

### 第八十六條 同時刑有同等分數之加重及減輕者。互相抵銷。

同時刑有不同等分數之加重及減輕者。先加後減。

#### 一

本條之要旨。為規定同時有應加與應減互為競合之場合之加減例。此場合亦分二種情形。  
(一)為同一刑同時而有應加與應減。其應加與應減之分數均相等者。例如誣告罪處一年以上七年以下有期徒刑。因累犯加重本刑三分之一。復因自首減輕本刑三分之一。在此場合。加重之分數與減輕之分數。既均為同等。則互相抵銷。不必予以加減。仍就本刑範圍處斷可也。(二)同一刑同時而有應加與應減。其應加與應減之分數不相等者。例如前罪之刑

。因累犯二次以上加重二分之一。復因自首減輕三分之一。在此場合。加重之分數與減輕之分數為不同等。無互予抵銷之可能。則當先定其加重之範圍。其結果則成為一年零六月。以上九年零四月以下之有期徒刑。再就此加重之結果範圍定其減輕之範圍。其結果則成為一年以上六年零二月以下之有期徒刑。即以此先加後減後之結果範圍為處刑範圍。以定其應處之刑也。

二

本條互相抵銷之立法例。在法理與適用方面均不無疑義。茲先從法理方面觀察之。法律上同時加重與減輕併行者。以須貫徹法定上加重與減輕之精神也。故同一罪案。具有法定上應加重之情實。則當實際上予以加重。又具有法定上應予減輕之情實。則又當實體上予以減輕。法定上加重之趣旨。係就犯人具體的之罪情。予以實體的加重之刑率。非可於某場合須實體上依法加重。某場合即可省略其實體上加重之運用也。法定上減輕之趣旨。係就犯人具體的應受之刑。予以實體的減輕之刑率。非可於某場合須實體上依法減輕。某場合

可以省略其減輕之實利也。故法律遇有加重與減輕互合之場合。當先算定加重刑之範圍。則爲犯人具體的應受刑之範圍。後就犯人具體的應受刑之範圍。以算定減輕刑之範圍。則爲實體上處刑之範圍。(即本條第二項先加後減之例旨)斯能充實的完成法定加重與減輕之趣旨。若互相抵銷之法。則與先減後加計算之結果。其刑量完全相殊。即與法定上加重減輕之趣旨不符。例如同罪案。法定刑之範圍爲六年以下六月以上有期徒刑。同時須加重三分之一又須減輕三分之一。若依先加後減例計算法。則當先依加重三分之一計算。即上列之法定刑範圍。當加成爲八年以下八月以上有期徒刑。再就加成之刑減輕三分之一。當減成爲五年零四月以下五月十日以上有期徒刑。斯爲合於實體上加重減輕之結果所應處刑之範圍。若依互相抵銷之法。則實體上處刑之範圍。仍爲原法定刑之六年以下六月以上有期徒刑。與實予加減後之刑量範圍爲相懸殊矣。似於法定上加重減輕之精神未能貫徹也。再從適用上加以攷慮。假定甲累犯殺人罪一次。乙累犯殺人罪二次。則甲之罪情較輕。乙之罪情較重。此固無可疑議之餘地者。若甲乙均行自首。則依法判刑之時。甲殺人罪因累

犯應加重本刑三分之一。因自首又應減本刑三分之一。其加減分數均同。依本條第一項之規定互相抵銷。則仍當於死刑徒刑或十年以上有期徒刑範圍內定其應處之刑。換言之。即最重仍可處以死刑。乙殺人罪因累犯二次以上應加重本刑二分之一。因自首應減本刑三分之一。其加減分數不同。依本條第二項之規定先加後減。則死刑無期徒刑不得加重。僅加重有期徒刑為十五年以上。加後之結果刑為死刑無期徒刑或十五年以上有期徒刑。再依此範圍予以減輕。則死刑減三分之一為無期徒刑。無期徒刑減三分之一為十年以上十五年以下有期徒刑。十五年以上有期徒刑減三分之一為十年以上有期徒刑。合之則其處刑範圍成爲無期徒刑或十年以上有期徒刑。（因其中由無期徒刑減輕之十年以上十五年以下有期徒刑。當然包括在十年以上之刑期內。）換言之。即最重亦止可處以無期徒刑。是甲乙比較之結果。甲罪輕而刑重。乙罪重而刑輕。且死刑與無期徒刑相去大遠。是甲之僅累犯一次則成爲大不幸。乙之累犯二次則成爲大幸矣。此亦立法當時欠缺注意之點。有司法之責者。務體察立法之精神。善爲適用。遇有此種場合。於二種結果之處刑範圍內。仍當量其

罪情。以爲適宜之處治。以期法得衡平。罪無冤濫爲愈也。

第八十七條 有二種以上應加或應減者。遞加遞減之。

有二種以上不同等分數之減輕者。先依較少之分數減輕之。

本條之要旨。爲規定有二種以上應加或二種以上應減之場合之加減例。前條爲應加與應減互合之場合。本條爲雙重應加或雙重應減之場合。蓋刑法上加重減輕原因甚多。一犯人若備有數種加重或數種減輕之原因時。則不能適用通加通減之法。而當以遞加遞減之法。爲合於刑法處罰之精神也。遞加遞減之法。卽遇有數種加重原因時。先將法定刑之高低範圍依法爲第一次加重後。再就加成之範圍。依法爲第二次加重之謂。遞而上之。依此類推。遇有數種減輕原因時。先將法定刑之高低範圍依法爲第一次減輕後。再就減成之範圍依法爲第二次減輕之謂。遞而下之。依此類推。例如強姦罪之法定刑爲七年以下有期徒刑。因對於其所監護保佐人犯之。加重本刑三分之一。又因係累犯。加重本刑三分之一。則先將

七年以下之法定刑加重三分之一爲九年零四月以下。二月零二十日以上有期徒刑。再就已加成之九年零四月以下二月零二十日以上有期徒刑。加三分之一爲十二年零五月以下。三月零十六日以上有期徒刑。即於十二年零五月以下三月零十六日以上有期徒刑範圍內定其應科之刑。此遞加之例也。又例如無故開拆他人信函之法定刑爲三百元以下之罰金。因係從犯減三分之一。又因係自首減三分之一。應先將法定刑之三百元以下減三分之一爲二百元以下。再就二百元以下減三分之一爲一百三十三元四角以下。即於一百三十三元四角以下之範圍內定其應科之刑也。

本條第二項爲對於同時有二種以上應減輕之原因而所減之分數各不同等者之減輕順序。因此種場合。在有期徒刑拘役及罰金上之減輕。則無論先依較多之減分照減。或先依較少之減分照減。其二次以上遞減之結果。其得數均屬相等。於先後之順序上固無若何之關係。然若法定刑爲死刑及無期徒刑之場合。則於同時有二種減輕之原因。其孰先減孰後減之順序上。於刑之出入關係則有輕重之殊矣。例如法定刑爲死刑或無期徒刑。因甲原因應減輕

三分之一。又因乙原因應減輕二分之一。若先依較少之減分數減輕。則死刑減三分之一爲無期徒刑。再就無期徒刑減二分之一則爲七年以上十二年以下有期徒刑。若先依較多之減分數減輕。則死刑減二分之一爲十二年以上二十年以下有期徒刑。再就此減成之範圍減輕三分之一則爲八年以上十三年四月以下。是先依較少分數遞減之結果其刑輕。先依較多分數遞減之結果其刑重。一出一入。關係懸殊。故本條第二項特以明文規定關於遞減之順序。以先依較少之分數減輕之爲適用上之定則。至二種以上加重之場合。雖加分不同等。因死刑與無期徒刑。均無加重之可言。有期徒刑拘役則無論先依較多分數遞加或先依較少分數遞加。其遞加之結果。刑量均等。於順序上無若何之關係。故本條第二項之先後加減順序。祇及減輕不關加重也。

第八十八條 徒刑或拘役。因加減有不滿一日之時間者不計。  
罰金因加減有不滿一角之額數者亦同。

一

本條之要旨。爲規定加減後剩餘零數之捨棄。徒刑拘役罰金。因以分數加減計算之後。不免有奇零數目之剩餘。此項剩餘之數。應爲當事人之利益并避合算之困難起見。捨棄之不必計算也。

## 第八十九條 從刑不得加重或減輕。

一

本條之要旨。爲規定從刑不適用加減之法例。從刑爲褫奪公權與沒收。一爲褫奪其一定之資格。一爲沒收其特定之物件。含有行政上之意味。與主刑之性質不同。且無從加減亦無加減之必要。故法定上之應加重或應減輕之原因。與從刑無關也。

## 第十二章 緩刑

1 緩刑之意義。爲對於某一定之罪。已宣告某一定之刑。同時并宣告於某一定之期間內緩其刑之執行。以試驗犯人之能否悔改。在此相當期間內。若犯人能因受刑之宣告而生警

惕。不致再有犯罪之行為。則不予執行。若迄至試驗期間（即緩刑期間）已滿。終無犯罪行為之發現。則認為已完全悔改。不僅不再執行其所宣告之刑。并認其所宣告之刑為無效。與未經宣告處刑者同。使得洗除其名譽上之污點。俾仍恢復為完善之良民。是之謂緩刑制度。亦近今刑事政策上誘人為善之一良法也。惟此制僅限於對於初犯及視為初犯（即本章九十條第二項之犯人）之輕微犯罪。而又審其所犯行為無顯著之惡性并有可令其悔改之希望者行之。非可不加斟酌而濫用之所能收效也。

2 緩刑制度之作用。一為晚近刑事新政策及刑罰新主義之一果實。二足以減少短期自由刑之弊害。施之於惡性未著之犯人。其改善之敏速。較實施以刑罰之收效尤易。在昔純採報應主義之刑罰制度。對於刑罰之觀念。純係對於犯罪者所施之反擊作用。所特以為撲滅犯罪之方法者。即為刑罰。故有罪必罰。實為此時代刑事政策之金科玉律。然刑網愈密。觸犯之者愈多。至近代則由報應主義而變為改善主義。由威壓政策而轉為感化政策。科刑之標準。固係以犯罪為出發點。而刑罰之目的。則注重於消弭犯人之惡性。使不致趨入於

再犯之途。基於此項目的以謀刑罰之運用。則刑罰既非專為個人平忿而科加。即非對於一切犯人。均有處罰之必要。蓋犯人之種類千差萬別。不能視為盡具有善性。亦不能視為盡具有惡性。有以偶遭重大之刺戟。遂致衝激而成罪。有為四週環境所壓逼。亦遂偶罹於刑網。有原於義俠為懷。觸犯刑章而不自覺。有實為情感所囿。捨身取義以自甘。有一時受不良之誘惑。旋即翻然悔悟。有誤解為法律之所許。遂致鑄成大錯。諸凡類此人犯。平素性行。原非積惡。名譽之念。亦未遽墮。雖為偶發之犯罪。易歸無垢之良民。若所犯事實復屬輕微。則不妨以科刑之宣告促其改悛之注意。仍於相當之期間內。緩其刑罰之執行。以免阻其自新之路。如在此期間內確無不法之行爲。則使其與未受宣告處刑者同為無罪之良民。仍可以保持其社會上原有之地位。而不致再趨於歧途。苟於緩刑之期內。仍有非法之行動。則將所緩之刑與再犯之刑合併執行。亦不致遂失於輕縱。以緩刑牖其自新於前。復以撤銷遏其再犯於後。使無惡性者得全其本質。有惡性者亦知所懲戒。於偶犯之前途、國家之經濟、及預防政策之效果。均有實利而無一弊。反之若對凡惡性未深事實復微之初

犯。亦絲毫不予以假借。遽以置之刑獄。使與兇人爲伍。其結果則刑期甚短。效力甚微。徒以使犯人將社會上原有之地位墮落無餘。而其感染之惡性則積漸日增。出獄後外迫於環境之侮辱。內基於心象之惡化。鮮有不自暴自棄因挺而走險者。此短期自由刑之弊害。已於刑名章內詳爲述及。故緩刑之制。亦爲挽救此種之弊害而起也。

3 學者間對於緩刑制度。亦有持懷疑之態度者。茲爲列舉而討究之。

(甲)謂緩刑反乎有罪必罰之原則。且足惹起被害人不平之忿。持此說者爲拘守於報應主義及復仇主義之傳統的觀念。現代刑罰之新政策及新主義。已完全與上揭主義異其趣旨。不注重於犯罪之報復而注重於犯人之改善。不以平洩私忿爲主要。而以犯罪預防爲主要。因有罪必罰之原則。已歷長時間之經驗而認爲有變通之必要。故緩刑制度即可認爲適合於新政策之要求。此種意義。已於前段內爲之說明矣。

(乙)謂刑事被告人所應受之判決。不外處罰與無罪兩種。應處罰者則不應免除其刑罰之執行。不執行卽不得謂之刑罰。其不應罰者則應宣告無罪。若既認爲有罪而判以刑罰矣

。殊難得不予執行之根據。然赦免與行刑時效之經過。同爲對於處罰之宣告而不執行者。其法理上之根據爲如何者。如對於此而不能加以反對。則不必獨對於緩刑而特予以懷疑。且緩刑爲基於刑罰改善之原理而產生者。刑罰改善之實質。固不必以形式的刑罰爲唯一之方法也。

(丙)謂審判官取得緩刑之權。則於裁判上甚爲危險。蓋謂審判官若濫用職權。則直可取消國家之法律矣。不知緩刑有一定之條件。并限於一定之刑期。且有檢察官以上訴爲救濟。非審判官所得以專擅也。

(丁)謂審判官當處罰犯人時。當以犯罪事實爲處罰標準。不應以犯人人格爲處罰標準。若專爲犯人人格之故而處以緩刑。則以犯人之人格爲處罰標準矣。持此說者尙保持其實主義之陳舊觀念。在現代已無評論之價值。蓋犯罪事實爲犯人行爲之結果所產生。犯人行爲即爲犯人之惡性所表現。審查其行爲所表現之犯人惡性程度。自當從犯罪事實以爲證明之一方法。法律係依其事實所證明之犯人反社會性之深淺。以爲處罰之裁量。非

以犯罪事實爲處罰之標準也。持事實主義之說。所謂不揣其本而齊其末者也。

(戊)謂若付司法官以緩刑之權。不啻以司法侵害行政方面之元首赦免權矣。衡之憲法。不無抵觸。然司法方面對於罪刑之處置。并非對元首赦免之權予以限制。猶之元首以行政權之行使而赦免司法方面所認定之犯罪。亦不得謂係行政權侵害司法權也。

4 前司法部訓令(十一年六七六號)云。查輕微犯罪。其初犯者大都非出本心。苟於判決確定之時。卽予以改過自新之路。其遷善之勇。收效之速。必更甚於施行。故世界各國。近來莫不勵行緩刑之制。吾國新刑律(卽暫刑律)亦復早經採用。惟比年以來。各省宣告緩刑者歲不多見。殊違刑事政策之本旨。嗣後各廳縣審理刑事案件。除有特別情形外。其他合於暫刑律第十二章(卽與本章同)應與判決同時宣告緩刑。以符法意。并隨時致核。照章撤銷。俾免流弊。仍將各案按月造冊呈轉到部備查。此我國勵行緩刑制度上文獻之足徵者也。

第九十條 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

者。得同時宣告二年以上五年以下之緩刑。其期間自裁判確定之日起算。

一 未曾受拘役以上刑之宣告者。

二 前受拘役以上刑之宣告。執行完畢、或免除後三年以內。未曾受拘役以上刑之宣告者。

一

本條之要旨。爲規定緩刑之條件。卽犯罪之程度與犯人之資格。須適合本條一定之條件。然後得予以緩刑之宣告也。法律上對於一定之犯罪所定之一定之刑。有時亦有無實科之必要者。有時因實科之結果而反致惹起與科刑目的相反之弊害者。已於緒論中述及。此等場合。在近今刑法通例上惟宣告其刑以促起犯人之警戒爲已足。對於宣告之刑。多認爲無違予實科之必要。卽本條所謂之緩刑也。然若漫無限制。則適足以啓濫用之弊。致與國家設立刑罰之趣旨完全相違。故本條對於犯罪之程度。以受宣告刑在二年以下有期徒刑及拘役

罰金者爲限。對於犯人之資格。以未曾受拘役以上刑之宣告者，及前雖曾受拘役以上之宣告。而執行完畢或免除後三年以內未曾受拘役以上刑之宣告者爲限。前者係犯罪事實之危害性爲輕。後者係犯人之反社會性尚淺。二者若缺其一。則爲不適合於緩刑之條件。即均不得宣告緩刑。蓋緩刑之立法意旨。爲對於惡性淺而實害微之犯罪人無遽予實施刑罰之必要。且對於此種犯人緩科以刑則可以期於無刑。較之刑期於無刑之效力尤速。故對於被緩刑者之認定。當以偶犯或初犯爲限。又緩刑之第二意義。爲救濟短期自由刑之弊害而起。故對於認爲可以緩科以刑之罪。當以受短期自由刑之宣告罪爲限也。但有應當注意者。本條關於緩刑之第一項要件。係以宣告刑爲標準。而非以法定刑爲標準。第二項第二款係爲第一款之補充規定。不必兼備亦不能兼備也。

## 二

第一 暫行律第六十三條關於緩刑之規定。與本條有寬嚴之互異。該律對於本條第一項緩刑之條件。以受四等以下有期徒刑（三年未滿）拘役之宣告刑者爲得緩刑之範圍。（較本條

爲寬)而受罰金之宣告刑者則不在緩刑之列。(較本條爲嚴)對於本條第二項第二款之條件。受前科者以三等至五等有期徒刑爲限。且須逾執行完畢或免除後七年。始得有受緩刑之資格。(較本條爲嚴)惟受拘役完畢者則可於逾三年後卽有受緩刑之資格。又於本條第一項及第二項第一二兩款之制限外。尙有第三款有一定之住所及職業者、第四款有親屬或故舊監督緩刑期內之品行者之二種限制。(較本條爲嚴)本條第二次修正案理由。謂「原案以四等有期徒刑爲緩刑之範圍。證諸各國立法例。未免失之太廣。故本案擬改爲二年。又罰金能否緩刑。爲刑法上一爭論之問題。蓋緩刑初旨。原欲獎勵犯人遷善。故其刑之執行與否。全視犯人之素行爲斷。十九世紀末葉。歐洲刑法家力倡廢止短期自由刑。緩刑之制乃大受影響。於是緩刑獎勵犯人之旨。一變而爲免除短期自由刑之旨。由是緩刑與自由刑乃併爲一談。罰金之不能緩刑。實由於此。原案罰金不在緩刑之列。修正案(第一次修正案)添入易科監禁准予緩刑。然易科監禁。法律上以罰金論。其能繳納罰金者則不獲受緩刑之益。其不能繳納罰金者則予以緩刑。似於情理尙欠公平。凡此皆不免偏重於短期自由刑之觀

念。而於獎勵犯人遷善一層未嘗顧及。蓋可以遷善之輕犯。一施刑後或使其終刑爲犯罪之人。若予以緩刑。於刑罰將施而未施之時。其遷善之勇或較諸施刑之效爲尤佳。故外國刑罰將緩刑擴充至罰金者。不少其例。況罰金輕於拘役徒刑。犯拘役徒刑尙准其緩刑。而犯較輕之罪反不畀以自新。是於刑事政策有所未協。故本案擬添入罰金一層。又原案第六十三條第三第四款。對緩刑之要件未免太苛。若犯人果有遷善之希望。卽不備有三四兩款亦當予以緩刑以觀其後。此二款只可爲法官事實上酌量之要件。不應爲法定要件。故本案擬刪」云云。本條卽係採取此案之理由而設立者。與暫行律六十三條之比較。從表面上觀察之。關於緩刑之制限。暫行律似較本條爲嚴。然從實證上加以攷察。則本條關於緩刑之範圍較暫行律爲尤屬採嚴格的制限者。蓋以本條第一項之基本範圍較狹。在事實上因第一項之基本範圍受限制而致屏除於緩刑之外者較多。因第二項各款之範圍受限制而不得預於緩刑之列者較少也。究之對於第一項緩刑之範圍宜擴張或宜減縮。在緩刑制度經驗時期尙短之今日。尙難遽爲斷定。惟在我國對於緩刑實施尤爲幼稚之時代。則對於第一項之範圍。

稍採嚴格的限制。亦不得謂爲不當也。惟暫行律上罰金之不得列入緩刑。及六十三條第三四款之限制。其不合於緩刑之精神。誠有如第二次修正案所云者也。

第二 緩刑制度。創始於英美。因試驗結果之成績頗優。遂爲歐西大陸各國所採用。白爾義始於一八八八年、法國始於一八九一年、德國各邦始於一八九五年、日本始於明治三十八年先後採行此制。我國於民國元年暫行律頒行時始採用此制。關於緩刑之大體的意義。爲對於偶犯初犯之性質善良者。促其自新之方法。此則各國緩刑制上具有同一之觀念者也。至於緩刑之具體的立法例。則依各立法者之見解而各有不同。大別之可分爲刑罰宣告猶豫及執行猶豫之二種主義。茲爲分別述明之。

A 刑罰宣告猶豫主義。對於應科以短期自由刑之罪犯。雖已認定罪刑。而於相當期間內緩其刑之宣告。說者謂即試驗的大赦也。蓋以刑罰一經宣告。則其人之犯行已經確定。刑罰雖未執行。而其一生之污點已彰聞於世。殊非所以促其自新之道。故不如僅諭知相當之試驗期間。而不宣告其罪刑。保全其廉恥使得勇於改悔也。此制創設於北美之波

斯頓州。(一八七〇年)漸次推行於北美各州。後爲英國所採用。實行此制時。附有有觀察司以隨時觀察被緩刑者之行狀兼負指導。及監督之責。其他之手續亦極爲繁冗。司觀察之任者得其人。則此制實可得優良之效果。否則適足以使被緩刑人陷入於悲痛之境因而趨入於再犯之途。其弊害反較短期自由刑爲尤甚。此本制未易做行之一點也。至對於刑罰宣告猶豫之點。亦有持反對之意見者。謂犯罪於起訴後。決定宣告猶豫前。自當審判其犯罪事實之是否真確。須用種種方法以證明之。既得有證明。則可認定其犯罪事實而依法處以相當之刑罰。若緩而不宣。固足保全犯人之名譽。俾其自知儆惕。但若犯人於緩刑期內不自悔悟。違背緩刑條件。則非仍予宣告不可。屆時每易致證據湮滅。在以前所搜集之證據既未宣佈。自難遽予引用。若舊證無從重提。而新證又無從搜集。似於手續上大感困難。且前次經過若干偵查之程序。徒以未曾宣告罪刑之故盡失其效。以後又須重履以前種種偵查之手續。而履行較前倍爲困難。於法院方面亦似無謂。不如宣告其刑而不執行爲愈也。雖然。爲省法院之手續。固以宣告其刑罰爲便。若於犯人改悔上

則以不宣告其刑爲宜。蓋既未宣告其罪刑。以後如不致再行宣告。是根本已等於未犯罪。否則雖不執行。而已確定爲犯罪之人。在名譽上之損失業經承受。僅得免除實際上之執行耳。雖其對於社會上之地位。較已受刑之執行者爲優。較未受刑之宣告者則終有遜。於緩刑之本旨未有充分之貫徹也。至慮緩予宣告其刑則日後於證據搜集上甚爲不易。不妨於已認定之證據使被告人自行簽字承認。日後即不必再行搜集。遇有予以宣告其刑之必要時。即可援用以爲判決之基礎。不亦兩得乎。

B 執行猶豫主義。對於應科以短期自由刑之罪犯。則僅緩其刑之執行而仍予以罪刑之宣告。說者謂即試驗的特赦也。以罪刑既經宣告。以後雖不執行。仍不能脫除曾經犯罪之資格。即不過等於特赦之效力耳。但執行猶豫主義亦有二派。其一爲條件附有罪判決主義。其二則條件附特赦主義。所謂條件附有罪判決主義者。於猶豫(同緩刑)期間內無他項之不法行爲發生。則有罪判決之效力爲完全消失。等於未爲有罪判決。此主義一以猶豫期間內若有仍須執行之情事時。則可減省另爲審問程序之繁難。二以猶豫期間滿了

而無他項不法之發生時。則根本消滅其宣告之效力。以後雖再犯仍不成爲累犯。并不成爲本條第二項第二款之前科犯。在社會上亦與未曾犯罪者居於同等之地位。亦與試驗的大赦之旨無異也。此主義首創於白耳義國。（一八八八年）於一八九一年即傳入於法國。凡法比法系諸國之立法上。遂均爲此主義支配之域矣。所謂條件附特赦主義者。迄於猶豫期間滿了後未發生違法之行爲。僅免除其刑之執行耳。前者爲罪與刑均歸消滅之主義。後者爲罪與刑仍其存在之主義。此主義爲德國諸邦之所採用。爲純正之試驗的特赦主義也。本法之所謂緩刑。即執行猶豫之意義。與條件附有罪判決主義爲同一者也。

第三 本條立法之精神。在使情節輕微之初犯。審判時認爲無處以刑罰之必要者。免墮落其社會上之地位而予以懺悔之機會也。法律上僅能就其可爲緩刑之形式的條件予以規定。如本條第一項及第二項之第一第二兩款是也。其不合於同項款之形式的條件者。當然無享受緩刑之可能。然雖合於同項款之形式的條件者。若其人之品行性格及其他一切之證明爲不適合於緩刑之精神。換言之。即不宜予以緩刑之待遇者。亦不能以具備法定上之要件。

而即可予以緩刑也。例如或因激於一時之義忿或羞惡。或因牽於一時之情感。或因血氣未定而一時誤被誘惑。以致犯有輕微之罪名者。此種犯人既為一時之偶發。并無為惡之素性。則不妨予以緩刑以觀後效。若其性行早已墮落。而犯罪之原因與犯罪時之心術均無可原。是其人雖為一時之初犯。而實具有犯罪之本能。對於此項本能性之犯人而亦予以緩刑。適足以啓其玩法之漸。并可以預見其不能有悔改之希望者。則於法律上緩刑之趣旨為大相背馳矣。法律上對於得許為緩刑與否之情節。雖未以明文規定。然從其為相對的規定。（即得為緩刑非必為緩刑）之精神觀察之。則審判官於宣告緩刑時，當於形式條件外。兼須注意於犯人之性行上各種要件。如犯人之素行。犯人之心術。犯罪之原因。犯人社會上之地位。及其家庭狀況、職業關係等。以鑑定其合於緩刑之性質與否為必要可知矣。

第四 緩刑為一種刑事上之政策。非立法上之一種恩典。亦非被告人應得之權利。故緩刑與否。須裁判官以精密之審查。為公平之鑑定。被告人無請求緩刑之權。亦不得以不緩刑據為上告之理由。（以法律規定為得緩非必緩）惟檢察官遇有認為可予以緩刑之犯人。得向

法院爲緩刑之請求否。刑訴法上亦無明文規定。依前大理院統字第一一二號之解釋例。則謂「檢察官認爲有緩刑之必要時。自可適用訴訟通例向法院請求之。」蓋檢察官亦實負有實行刑事政策所要求事項之職責。故遇有刑事政策所要求之緩刑情事。自當有向法院提出請求之權。但請求之提出。須在宣告罪刑以前。因依本條之法例。緩刑之宣告。須與罪刑之宣告爲同時。非於罪刑宣告後隨時得宣告緩刑也。說者謂檢察官依刑訴法第二四五條之規定。對於情節輕微者本有可以不予起訴之權。則遇有可予以緩刑之情事。自可不予以起訴。無向法院再爲請求緩刑之必要。然不起訴者爲罪刑自始即不成立。無警告犯罪人之效力可言。緩刑者於相當之期間內。其罪刑仍然存在。換言之。即相當期間內犯人若不自知警惕而復有違法之行爲。則仍可執行其刑也。此緩刑主義與微罪不起訴主義。其性質爲不相同者。故檢察官不當於可以緩刑之情事。即認爲不予起訴之情事。即於可以緩刑之情事。仍當向法院爲之請求也。

### 三

前大理院判例 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。並不以犯罪之情節有無可原為標準。(九年上字一八四號)

又諭知緩刑應與諭知刑罰同時行之。至自審判確定之日起得宣告緩刑云。乃為指緩刑效力發生之時期。並非謂判決確定後亦得諭知緩刑。(十二年抗字四八號)

查第二次修正案云。原案(暫行律)自審判確定之日起句。在得宣告緩刑句前。恐誤解以為審判確定之後。隨時得宣告緩刑。其實科刑與緩刑。須同時宣告。故本案於宣告句前。加同時二字。并擬從修正案將自裁判確定之日起句。改置同時宣告句下。

前大理院解釋例 緩刑以宣告刑為標準。非以執行刑為標準。刑法上緩刑制度原為偶發犯而設。對於同時同地之行爲。因法益之各異、至生數罪具發之結果者。其宣告刑既均在四等以下。且合於其他法定條件。原不妨適用緩刑。若異時異地數罪俱發。則其人之惡性較著。且多係習慣犯。雖不能絕對謂不能適用緩刑。而用之不可不慎。務期不失該制度之本

意。(四年統字一〇四三號)

又 宣告緩刑既經上告審爲有權限之判決。無論內容是否合法。下級審均應遵照辦理。（

九年統字一  
三三〇號）

又 刑律第六十三條第二款之緩刑條件係第一款之補充規定。不必兼備。（九年統字一  
二四二號）

又 本院統字第五三二號解釋文。緩刑期內。得充議員。並不以未褫奪公權者爲限。則受

緩刑之宣告者。不問原案曾否褫奪公權。苟未經撤銷緩刑之宣告。仍應有選舉權及被選舉

權。（十年統字一  
五三〇號）

又 同時諭知數個四等有期徒刑者。如合於刑律第六十三條之緩刑條件仍得緩刑。（十二年  
統字一

八四  
六號）

最高法院判例 以散發冤狀侮辱官員。其後顯有悔過之態度。宜諭知緩刑。（十七年上字  
五三九號）

第九十一條 受緩刑之宣告而有左列情形之一者。撤銷其宣告。但因過失犯罪者不在此限。

一 緩刑期內更犯罪。受有期徒刑以上刑之宣告者。

- 二 除前條第二款外。因緩刑前犯他罪曾受有期徒刑以上刑之宣告。  
。在緩刑期內始發覺者。

一

本條之要旨。爲規定撤銷緩刑之條件。緩刑之目的。係以促進惡性未深之犯人勇於改過爲主旨。若於緩刑期內更有犯罪行爲。則足以證明其人之惡性。有非緩刑之待遇所能收改良之效者。是其人經緩刑期內試驗之結果。既有顯著的不適合於緩刑之表現。即當撤銷其緩刑之宣告。而執行其所宣告之刑。故本條第一款規定緩刑期內更犯罪。受有期徒刑以上刑之宣告者。即爲撤銷緩刑宣告之第一原因也。又緩刑爲對於初犯及偶發犯之一種改善策略。若有慣習性之犯人。則不俟試驗而可預決其必非緩刑所能改善者。即爲不合於此項改善之策略。前條第二款對於緩刑前曾受刑之宣告者。須經過三年而無犯行。始認爲已有改換之實證。以後雖有偶爾輕微之犯罪。則仍視同初犯而可予以緩刑。若除前條第二款以外之情形。即前曾受刑之宣告而尙未滿三年又復有犯罪之行爲者。此其人當認爲有習於爲惡之

傾向。無論前次所宣告之刑是否執行。要之係非僅宣告其刑所能生警惕之念者無疑。故本條第二款規定除前條第二款外。因緩刑前犯他罪曾受有期徒刑以上刑之宣告。在緩刑期內始發覺者。即為撤銷緩刑宣告之第二原因也。此場合因宣告緩刑時未察覺前曾受有期徒刑之宣告而尚未滿三年之事實。至緩刑期內始經察覺者。以（一）既不合於前條所定之緩刑條件。（二）已足以證明其無再予試驗之必要。所以必當撤銷其緩刑之宣告而仍須予以宣告刑之執行也。右二種撤銷緩刑之法定原因。其原因之形式。固係一由於緩刑期內有再犯之情事。二由於緩刑期前有前科之情事。而原因之實質則均為證明其惡性所表現之程度。為不適合於緩刑之效用。所以有撤銷之必要。若二種原因均係由於被緩刑人之過失所惹起者。則於惡性無關。亦不能即認為當予以撤銷之原因。故本條之但書內。特明定因於過失者不在撤銷緩刑宣告之限也。

適用本條時有須注意之點。即（一）第一款之更犯罪及第二款前犯罪。須為已受有徒刑以上之宣告（第一款場合）及曾受有徒刑以上之宣告。（第二款場合）方成立撤銷緩刑之原因。

至緩刑期內更犯罪而僅受有拘役及罰金刑之宣告者。及前科僅係拘役或罰金之刑者。當然不在撤銷緩刑原因之列。因拘役及罰金爲處治最輕微之犯罪。凡宣告拘役或罰金之犯罪。均非具有若何之惡性者。亦與因過失犯罪者不在撤銷緩刑之限同一理由也。(2)依本條第一款之原因而須撤銷其緩刑之宣告者。應在更犯罪受刑之宣告以後。由審理更犯罪之審判衙門於爲更犯罪之判決後始得撤銷。其原有宣告之刑(即被緩之刑)與更犯罪宣告之刑當併執行之。依本條第二款之原因而須撤銷其緩刑之宣告者。於撤銷時當區分爲累犯與非累犯而處理之。合於累犯之條件者。則當依累犯之法例科處。不合於累犯之條件者。則惟執行其所緩之刑也。

一一

參考法例 刑事訴訟法第四九七條緩刑之諭知應撤銷者。由受刑人所在地、或其最後住所地、之地方法院檢察官。向該法院聲請之。

地方法院遇有前項聲請。應於訊問被告或其原審代理人之意見後裁定之。對於此項裁定、

得於五日內抗告。

## 第九十二條 緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者。其刑之宣告無效。

一  
本條之要旨。爲規定緩刑之效力。卽緩刑期滿而無前條撤銷之原因發生。未受有撤銷之處分者。則以後不第不執行其原宣告之刑。并明定其刑之宣告成爲無效。換言之。卽與未曾犯罪未曾受刑之宣告者相等也。是緩刑之效力。於經過緩刑期間而未被撤銷者。一足以保障其不再執行。二足以使受緩刑者仍爲完全無垢之良民。以後雖有再犯。亦不能成爲累犯之基礎。蓋以其人於緩刑期內未經撤銷緩刑之宣告。則其人爲已滌除舊染。勇於自新。國家不必再留其罪刑之痕迹於社會間矣。

二  
本條立法例。亦與暫行律同。第二次修正案云。各國刑法。對於緩刑期滿未經撤銷緩刑之犯人所處地位。略分兩派。其一、刑之宣告作爲無效。以未嘗犯罪論。其二、所緩之刑以

既執行論。兩者區別。於犯人所處法律上地位。實有關係。第一次修正案將原案（暫行律）其刑之宣告爲無效句。改作其行刑權銷滅。似採第二派。多數國採第一派。權其利害。亦以第一派爲優。蓋受緩刑者既不復犯罪。則蕩滌舊恥。勉力自新。故外國立法例有不獨以刑之宣告爲無效者。且更有以刑事判決錄完全注銷者。其意亦使犯人免存留痕迹。貽玷將來。故本案擬仍從原案云云。本條之立法例。亦即採以上理由而設定者也。

## 第十三章 假釋

1 假釋者即犯人未屆出獄之期而權令出獄也。故日本刑法上謂之假出獄。犯人於經過相當之刑期後。雖判定之刑期尙未屆滿。然審其實有悛悔之顯著。可無繼續囚居之必要者。則以其殘餘之刑期。附以條件使其假試獄外之生活。以觀其已否能與社會共同生活之條件適合。在此試驗期內。若無反社會共同生活之行爲發現。則其出獄之日期。准算入殘餘之刑期。換言之。即出獄試驗之日期。仍認爲與在獄守法相同。一俟殘餘刑期完畢之日。則

視爲徒刑之刑期已滿。無須再受徒刑之執行，反之若於試釋期內仍有反社會共同生活之行為。則仍當令其入獄。使受滿自試釋時起所殘餘之刑期。故謂之假釋。此種辦法。亦與前章緩刑之用意用相同。但緩刑爲自刑之宣告時即認爲無實予執行之必要。假釋爲刑之執行中途認爲無繼續執行之必要。前者爲全部刑條件附釋放。後者爲殘餘刑條件附釋放。前者爲可以補救短期刑之恐生弊害。後者則可以補救長期刑之或有過當。其主要目的則均爲增加犯人改悔之速率。獎勵犯人之改善。疏通監獄之擁積而設也。

2 假釋制度之第二意義。爲監獄行政上之一重大政策。從來國家對於刑罰之運用。以能對於犯人判定相當之刑期。使之幽居於監獄。受一定期間之痛苦。俾其感覺擾亂社會秩序之責任。則爲已盡刑政之責務。無所謂監獄政策。在今日刑政革新之觀念。則囚人入獄。尙爲刑政責務之初步。國家將一犯人置之於監獄而剝奪其自由。則對於此囚人遂開始負有重大之責任。關於囚人之在監中及出監後必有相當之處遇與預計。使其出獄後不致缺乏社會共同生活上必要之精神與技能。然後對於國家刑政上之責務始告終了。爲欲達此項責務

起見。故監獄制之逐漸改進。初由獨居制而進採寬和獨居制。復由寬和獨居制而進採階級制。寬和獨居制者。於夜間則使其隔離獨居。俾於沉寂時翻然改悔之念。日間則使其在監房外爲運動、作業、及受教誨。以訓練關於社會共同生活上必要之修養。階級制者則由寬和獨居制而更爲進一步之措置。卽考試進級制又曰累進制。第一級爲初入監之囚人。必使之獨居。予以嚴格之拘束。俟試其稍有改悔之狀態。則升入第二級而爲雜居。使受社會共同生活必須之訓練。然亦係晝則共同作業。夜仍分禁於較狹之監房。再試其確已行狀善良顯有悛悔之實據者。則升入第三級而予以假釋。一以試驗其在監之悛悔表現是否真實。二以使其於完全恢復自由之前。於附有條件之警惕中。練習其適應於社會共同之生活。以爲完全恢復自由之準備。庶可成爲純正之良民。蓋一人之境遇。若非由於緩和之變遷。每致惹起犯罪之行爲。以久受囹圄束縛之人。劇變爲生涯自由之身。在此恣縱不羈之社會中。每致不能抵抗其外界之誘惑。致結果有不免復流於放逸之虞。故於長期囚之將釋放前。必漸次移入於比較自由之境遇。庶能因習練之有素而不致被環境勢力之所誘引。英儒邊沁之

言曰。罪人出獄。最爲危險。如自高樓回至平地。苟中無階梯。則一躍之餘。鮮不致成爲損傷。假釋者卽由高樓以履平地之階梯也。此假釋制度之第二意義。卽爲因於監獄政策上之必要。故假釋之申請與核准。須由於司法行政官廳之裁量也。

3 假釋制度。在報應主義與事實主義之觀點中。實無成立之餘地。報應主義以犯人種此惡因必受此惡果爲原則。事實主義以刑罰係對於犯罪事實之制裁。非對於犯人人格上之制裁。二者均以刑罰爲犯人對於犯罪事實所應受之制裁。若於其應受之制裁執行不使完畢。則於刑罰之目的爲未澈底。換言之。犯人於法定上應受之苦痛尙未完畢。卽無予以免除責任之可能。假釋制度爲反乎罪刑均衡之正義與有罪必罰之原則。且滅視裁判確定之威信也。而在近今之目的主義人格主義之觀念。則前說實爲不合於刑事上應取之政策。法律上不當視犯人爲社會之仇敵。而當審察犯人在社會有如何之不適合性。故刑罰之目的在於矯正犯人之惡性。刑罰之手段。須以能達到矯正之程度以定處遇之方法。犯人之惡性業於相當之刑期內已有矯正之顯著。則不能再令其受惡性外無意義之痛苦。反致於刑罰改善之目的。

及方法相背馳。故犯人既因相當之刑罰而有悛悔之實據。即爲其刑罰已適合於犯人之程度。則刑罰之執行力當適可而止。若超過其適合之程度即反足以減損刑罰之適應性。而良法即變爲惡法矣。此假釋制度不第爲刑事預防政策上之必要。且有促進犯人之自新及調劑量刑之過當之可能也。

4 假釋制度之首先實行者爲奧國。時在一八二九年。後於一八五三年遂爲英國所採用。一八六二年即爲德國之薩遜邦所採用。此爲歐西大陸各國實行假釋制度之最早者。因做行此制者均有優良之成績。遂爲世界各國所相繼採行。我國於民國元年暫行律上即已採用。現在文明各國之刑法上或監獄法上。均無不有假釋之規定焉。是假釋制度在刑事法歷史上爲最新而又公認爲最優之制度也。

第九十三條 受徒刑之執行而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。由監獄官呈司法部得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿二年者。不在此限。

前項執行期間。遇有第六十四條情形者。以所餘之刑期計算。

一

本條之要旨。為規定得許假釋之條件、及假釋之程序。依本條之規定。得許假釋者必備具二種要件。一為受無期徒刑之執行逾十年後、及受有期徒刑之執行逾二分之一而已滿二年者。二為有悛悔之實據者。二者缺其一及被處死刑或拘役者。均不在得許假釋之範圍也。至前項所稱受徒刑執行之期間。須以實受徒刑執行之期間計算。即所稱無期徒刑之執行逾十年者。須實受徒刑之執行逾十年後。受有期徒刑之執行逾二分之一者。須實受徒刑之執行逾二分之一後。方得適用本條許以假釋。若遇有本法第六十四條以羈禁二日抵徒刑一日之情形。此項折抵之徒刑日期。非實受徒刑之執行日期。不能算入本條所謂受徒刑執行之期間。例如科無期徒刑者。於裁判前已受羈禁二年。若以之折抵徒刑一年而亦以實受徒刑之執行論。則實受徒刑之執行九年後。即可假釋。依本規定則仍須實受徒刑之執行逾十年。其折抵之刑期不能算入此十年之期內也。又例如科有期徒刑十年。其二分之一即為五年

。若遇有羈禁二年折抵一年之情形。此折抵之一年若亦以實受徒刑之執行論而可算入此五年期內。則實受徒刑之執行四年後即可謂已逾二分之一。依本規定則須其實受徒刑之執行逾實應執行之刑期二分之一。如上例科有期徒刑十年者。若判決依第六十四條以羈禁日數折抵徒刑一年。則其所餘之刑期為九年。此九年即實應執行之徒刑日期。其二分之一則為四年半。則被科刑者須實受四年半之徒刑執行後。方能為本條所稱為受徒刑之執行逾二分之一也。此本條後項立法之意旨也。

假釋為刑事政策上之一種要求。屬於執行時之範圍。不屬於裁判時之範圍。得許假釋與否。屬於司法行政廳之職責。故須由監獄官呈司法部決定之。此本條第一項關於假釋手續規定之意旨也。

## 二

第一 關於假釋之執行年期制限。近今亦成為重要之問題。各國定制不一。我暫行律第十六條得許假釋之年期制限。對於無期徒刑須逾十年後有期徒刑須逾刑期二分之一後。亦

與本條同。惟有期徒刑最少亦須滿三年。卽有期徒刑雖逾刑期二分之一後。而計算實受執行年期尙未滿三年。仍不得許假釋。換言之。卽受三年未滿之有期徒刑者。絕對無假釋之可言也。本條將暫行律最低限度之三年改定爲二年。其理由謂犯人既有後悔之實據。必待三年方予假釋。於國家及犯人兩方面均有損失而無裨益。外國立法例對於此種期限。其趨勢皆從縮短。如德國布加利亞土尼亞等國刑法。以一年爲限。法比以三月爲限。日本及美國數州且無最短期間之限制。原案於但書規定之最少三年。實較他國爲長。未免輕重失均。故改爲二年。徵之外國近今之刑法草案。德國一九二五年案之第三十六條規定。一年以上之自由刑。於經過三分之二時。裁判所得將殘刑之部分附以條件而釋放之。又經過四分之三時。若具備一定之條件。則裁判所卽不得不附以條件而釋放之。其一定之條件係規定於該案之三十七條。其條件之要旨卽爲受刑人之人格上有將來不致再有犯罪之希望者也。意大利一九二一年案之規定則稍形細密。其大要凡處不定期刑者以長期與短期之中點爲標準。普通犯人須經過二分之一後。慣習犯人須經過三分之二後。方爲得許假釋之年期。

處絕對的不定期刑者。普通犯人須經過二十年後。慣習犯人須經過二十四年後。方爲得許假釋之期。又假釋之最低年期限制。至小限度須係三年以上之自由刑者。日本現行刑法第二十八條規定。處懲役及禁錮者。有改悛之狀態時。有期徒刑經過三分之一後。無期徒刑經過十年後。得由行政官廳之處分許其假出獄。以上各國之假釋限制。要以日本之刑法最爲緩和化也。該國學者牧野英一氏對之尙嫌其限制之過嚴。其理由略謂假釋之要件。既係以有改悛之情狀爲必要。又復必經過一定之年期。於理論上殊無意味。蓋對於犯人無以所實受之苦痛分量爲假釋與否之理由。對於犯人雖已受有相當之苦痛。然若無改悛之情狀表現。萬無即可許其假出獄之理論。反之犯人之惡性既已受刑之執行而業已矯正。亦無必再留置於獄中之原因。是犯人雖於苦痛之分量尙未充足。然確因受刑之執行而已顯明的完全悛改。僅以苦痛之報應尙未十分如量之理由而拒絕其假釋。殊未免失於嚴格也。此說在近今刑法改善主義之理論上。吾人亦認爲適合。然如各國之監獄均已革新。觀察司之制及免囚保護之法業已完善。刑政人員之修養業已有素。對於犯人在獄時確有相當之教育與致察

。出獄後復有妥善之監視。則限制稍寬。原屬可行。而在我國現時監獄之情形。及關於假釋後之設備。尙未至可以撤廢年期限制之時。故前北京司法部十年六月第五七三號通令有云。查假釋一項。關係至爲重要。用得其宜。則足以動囚人之觀感。辦理不善。則適以損司法之尊嚴。本部前因各監獄呈請假釋。文件既不完全。程序亦多未合。曾分別訓令公布在案。近查各省區新監尙未遍設。舊監多未改良。各該長官每憑獄官一紙公文。率爾呈請假釋。而囚人是否改過。行狀是否善良。保護是否得人。多未實行覆加查察。殊非慎重獄務之道云云。蓋假釋制度。原係權濟受刑不及期而已改善。及本視爲無改悛之希望者而竟能改善者而設。其效用一以促起在獄囚犯勇於爲改善之決心。一係爲在獄囚犯出獄後漸進於良善生活之準備。在新監尙未普及。免囚保護尙無基礎之時代。若不經過相當之期間。率爾行之。恐明效未睹而弊端已生。殊非假釋之本旨。故本條折衷各國現行之制。對於無期徒刑必待執行十年以後。有期徒刑必經過二分之一時間。而最低限度亦須滿二年者。始能予以假釋也。

第二 羈禁折抵徒刑之日數。本條係以明文限制不能算入假釋要件中徒刑執行之期者。各國之立法例。不予以限制者爲多。那威瑞典且以明文規定爲應算入。學說上亦有主張算入者。暫行律於准否算入。均無明文。前大理院意見以既係抵刑。自與免刑不同。法律上故應視爲已經執行。雖假釋出獄。係爲獎勵受刑人之懊悔。入監未久。不能謂爲已受監獄之感化。然第六十六條（暫行律第六十六條與本條同）明定有懊悔實據者。始得許其假釋。究竟可否准許。儘有斟酌餘地。（餘略）本院意見。以爲抵刑部分。無妨算入刑律第六十六條所定年期制限之內。（參照同院九年一月統字一一八六號解釋）此項意見。亦係認定法律上假釋之精神。重在有懊悔之實據。實際上可否准許假釋。尤須斟酌其有無懊悔實據以爲決定。若有懊悔實據者則抵刑之部分亦無妨算入。即以犯人須受相當苦痛之量以爲假釋要件之一。則犯人既係以二日之羈禁始抵徒刑之一日。其所受苦痛之量。與實受徒刑之執行爲有過之無不及。且係由裁判官之自由認爲可以折抵。則其折抵之部分。亦可視爲與實受徒刑執行有相等之效力。故主張以折抵之部分算入假釋之年期限制也。本條特以明文限制其

不能算入者。其主要之意旨。亦係重在犯人悔悟。與主張算入者之意見并無差異。特立法者以爲犯人有無悔悟之實據。自非於實受徒刑之時。加以慎密之考核則難期真確。犯人之惡性輕者可加以短期之考核。惡性重者則非加以長期之考核不可。故無期徒刑之犯人其惡性最深。至少當有事實上受徒刑執行之十年期間之考核。有期徒刑亦當隨刑期之長短以定其惡性之深淺。而予以事實上受其惡性程度所應受之徒刑之二分之一期間之考核。至少亦須有二年間之考核。斯能確知其是否真實悔改。若以羈禁折抵日數算入考核之期限。則實行者考核之日甚短。而考核之准度恐有等於零之虞。故本條所採用之第二次修正案理由云。假釋條件所定之執行刑期。應否以折抵徒刑之羈禁日數算入。原案（暫行律）并未規定。（中略）因假釋條件所定之執行期限。指事實上執行。俾知罪人受刑後。是否實能悔改。若以拘禁日數算入。是與緩刑之意旨背馳。故本案擬從德國刑法準備草案增入第二項。（中略）與假釋之本旨較爲符合也。

## 第九十四條 假釋期內有左列情形之一者。得撤銷假釋。

一 更犯罪受拘役以上刑之宣告者。

二 犯假釋管束規則者。

假釋撤銷後。其出獄日數不算入刑期內。

一

本條之要旨。係規定撤銷假釋之條件。學說上有稱假釋爲條件附放免者。即預附有此項條件而後釋放之意義也。法律上以犯人於刑之執行中。已有適合於社會正直生活且可不至再犯之顯示的證據。故准予假釋。若假釋期內(自假釋日起至殘餘刑日數已滿時止爲假釋期)復更犯罪因而受拘役以上刑之宣告者。或犯假釋拘束規則者。則其人多爲有犯罪之執拗性。又可以證明其在獄中之悔改仍非真實。即當審核其犯罪之情節與違犯管束規則之原因。如係由於危險性未改者。則得隨時予以撤銷。以符假釋之初意。而免致發生假釋之危害。假釋被撤銷後。則仍當令其入監繼續受刑之執行。其出獄之日數則不能算入刑期之內。換言之。即繼續應執行之刑期。仍當從假釋之初日起算。繼續執行至殘餘之刑期終了也。關

於本條有應注意之點。即（一）第一款以拘役以上爲標準。若更犯罪而係被處罰金之刑。則不成爲撤銷之原因。以罰金刑之罪多係由於過失。與惡性無關。（二）第二款違背假釋管束規則者。雖非犯罪。然若其人有違背管束規則之故意。則其人必無重視法律秩序之念。且假釋管束規則爲貫徹假釋政策之方法。被管束人既不服從其規則。則假釋之結果甚爲危險。故亦當認爲撤銷之一條件。（三）本條關於假釋之撤銷。係採裁量主義。由裁量者斟酌其情實有無撤銷之必要以爲決定。至裁判撤銷之權。本條無明文規定。從理論上言之。則准許假釋之權既在司法部。而裁定撤銷與否之權亦當出於司法部也。

## 二

暫行律第六十七條規定撤銷假釋之條件。假釋前之犯罪。亦爲撤銷假釋之原因。（該條第二第三款）未免過酷。本條以犯人既有悔改前非之實據。然後予以假釋。不宜復因其既往之罪又撤銷之。至於假釋前之犯罪。自應獨立執行其刑。不必互相牽涉。故刪除之。

**第九十五條** 假釋期內因他罪受刑之執行者。其執行之期間。不算入假

釋期內。

一

本條之要旨。爲規定假釋期內因他罪所受之刑。不能算入假釋期內。換言之。卽於假釋撤銷後。不能將假釋期內因他罪所受刑之執行。折抵被假釋案殘餘之刑期也。本條因前條撤銷假釋之規定。係採裁量主義。非採必撤銷主義。假釋期內犯罪。雖爲撤銷假釋之一條件。然亦有不撤銷之場合者。故因假釋期內犯他罪。或因假釋期前所犯之他罪至假釋期內始發覺者。當然有另受他刑執行之場合。此種受執行之場合。既其處刑原因不同。其執行期間。當然不能算入假釋期內、關於被假釋本案之刑期。卽假釋撤銷。仍應執行其未滿之刑期也。

第九十六條 假釋期滿而未經撤銷假釋者。其未執行之刑期。以已執行論。

一

本條之要旨。爲規定假釋之效力。假釋期滿而未經撤銷者。其假釋之效力。等於已執行之效力。以後即可保障其不再就未執行之刑期而予以執行。卽其未執行之刑期。以已執行論也。但事實上僅指受有期徒刑之犯人而言。若受無期徒刑之犯人。其未執行者亦爲無期。則無異終身在假釋期內。終身未經撤銷。則終身不予執行。非死亡或特赦則刑罰之效力終無消滅時也。

## 第十四章 時效

1 法律上之時效。卽權利有效與失效之期限。近今各國立法例。均採時效制。故有民事法上之時效與刑事法上之時效二種。民事法上之時效。有得權時效一名取得時效。有失權時效一名消滅時效。因經過一定時間卽可取得其權利。爲取得時效。因經過一定時間卽權利歸於消滅。爲消滅時效。刑事法上之時效。則無取得時效。僅有消滅時效之一種。卽經過一定期間後。則當消滅刑事上之起訴權（卽訴追權）及行刑權也。本章所規定者爲刑事上

之時效。即一定之刑事案件。經過一定之期間後。所附着於該案件之刑罰權即歸於消滅。換言之。即不得再對於同案件而行使訴追權或行刑權矣。

2 國家之刑罰權。何以因時效而消滅。學說上之議論亦不一。(甲)謂證據為訴追之要件。距離時期過久則多已湮滅。搜集無由則判斷無據。故法律上規定一相當之時期。過期即不予訴追。此說無充分理由。且僅就訴追權言。不能及於時效事項之全部。(乙)謂犯人因逃避法律之訴追或行刑。其苦悶之程度可不言而喻。經過長時間之苦悶與憂惶。其痛苦幾與受刑相等。亦可以促其悔悟。就逃避犯人罕有再為犯罪事實之經驗。可為明證。此說之理由。僅能及於較為良善之犯人。而非所論於狡黠兇狠之犯人。又僅能及於逃避之犯人。而非所論於久未發覺之犯人。(丙)謂刑法之新主義。在改善犯人之惡性以防其再犯。犯人既消聲匿跡不再為犯罪行為。即於社會之安寧秩序已無危害。故至若干時期猶能保持善狀。則法律上可不仍襲有罪必罰主義。此說之理由。其價值亦與乙說相當。(丁)謂犯罪已經過相當之時期。社會上已忘其犯罪事實之印象。被害者亦早已緩和其原有之感情。且既歷

長久之年月不被起訴。不被執行。則犯人與社會相互間所發生各種新的生計關係。亦已不勝枚舉。刑法上於此社會業已遺忘證據久已消失犯人業已改悔之犯罪案件。若定須處以一定之刑罰。適足以使社會中與犯人發生新的生活關係之各人。均因之受其苦累。是刑法祇具有害惡性殘酷性而完全失其保護性之面目。徒足以使社會中人發生刑法爲人類元氣之戕賊者、爲社會秩序之擾亂者、之感想。故與其強爲刑罰權之行使。毋甯以維持社會上已安定之秩序爲愈。故刑法上關於刑罰權必爲有一定的時效。而不可使犯人負無盡期的責任。此說爲最適合於刑法上時效規定之真諦也。

3 關於刑事時效之規定。各國之立法例上。有列入刑事訴訟法中者。有列入刑法中者。有以起訴權之時效分列於刑訴法。以行刑權之時訴分列於刑法中者。我國刑法自暫行律始採用時效制。關於刑事時效則全部規定於刑法中。本法亦仍之。暫行律原案立法理由謂關於刑事法上時效之規定地位有左列三點。第一主義。以時效全部屬於刑事訴訟法之中。（例如法國刑訴法第六三五條以下）蓋起訴權固不待論。卽行刑權亦屬裁判執行權之一。皆

訴訟法之事也。第二主義。以起訴權之時效。屬於刑事訴訟法之中。而行刑權之時效。則以刑法定之。(例如日本)蓋以起訴權之時效。雖屬訴訟法上之關係。然行刑權之時效。關乎科刑之時限。故為關係於刑法也。第三主義。以時效全部屬於刑法之中。蓋以刑法雖為各種犯罪定其所科之刑而設。然經過起訴權及行刑權之時效者。其科刑不必實施。故時效即屬刑法上科刑之一種制限矣。以上三種主義之中。其第三者最為適於條理。故德意志刑法第六六條以下。匈牙利刑法第一零六條以下。荷蘭刑法第七零條以下。布加利亞刑法第七二條以下。墨西哥刑法第二六二條以下。意大利刑法第九一條以下。芬蘭刑法第八章之第七條。那威刑法第六七條以下。凡此多數之立法例。皆採此主義。

第九十七條 起訴權逾左列期限而不行使者。因時效而消滅。

- 一 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者。二十年。
- 二 一年以上十年未滿有期徒刑者。十年。
- 三 一年未滿有期徒刑拘役或罰金者。三年。

前項期限。自犯罪成立之日起算。但第七十五條之連續犯罪。自犯罪最終之日起算。

一

本條之要旨。爲規定起訴權之時效。法律上起訴之用語。本包括公訴私訴自訴而言。公訴屬於刑事。刑事係以國家爲原告。以檢察官代表國家行使原告之職務。卽代表國家行使追權。因行使追之主體爲國家。故謂之公訴。其訴追權卽謂之公訴權。私訴屬於民事。行使起訴之主體爲私人。故謂之私訴。其起訴權卽謂之私訴權。自訴非公訴。然係對於特定之犯罪。得由被害人自向該管法院起訴。(刑訴法第三三七條以下)故亦屬於刑訴。本條之所謂起訴權。係指刑事訴權。卽包括公訴權與自訴權而言。至私訴權則當然不在本條所指起訴權範圍之內。

本條之規定。一爲起訴權之時效期限。一爲起訴權時效之起算。起訴權之時效期限分三款。(一)死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑之犯罪。其時效期限爲二十年。換言之。關於本

項之犯罪。經過二十年而尙未行使起訴權者。則起訴權因時效而消滅。學說上之用語所稱爲時效已完成者也。(二)一年以上十年未滿有期徒刑之犯罪。其時效期限爲十年。(三)一年未滿有期徒刑及拘役或罰金之犯罪。其時效期限爲三年。其意義均與上同。但右三款中所指之刑名刑期。係指犯罪之法定刑而言。非指犯罪之宣告刑而言。各國立法例關於起訴權之時效期限。最多者分爲七項。最少者爲二項。多數國以五項爲準。暫行律係分爲六項。本條以時效之期限與刑量之期間不同。無絲密區分之必要。故僅分爲三款。又關於各款時效期限之長短。本法較暫行律爲長。其理由無非謂我國地廣而交通不便。且偵查機關不備耳。其實皆非正當理由。

余意暫行律所定者較爲適當。本法故意加長。以致最長者須二十年。最短者亦須三年。頗有違規定時效之本意也。

起訴權時效之起算。以自犯罪成立之日爲起算點。但連續犯則以犯罪最終之日爲起算點。此項計算意義。第二次修正案理由內言之頗詳。該理由書謂「暫行律第六十九條第二項規

定時效期限自犯罪行為完畢之日起算。與德國現行刑律第六十七條第四項大致相同。於此有不能無疑者。蓋公訴權之時效。為消滅刑罰權而設。故時效必以刑罰權為根據。若於行為完畢之日起算。不問行為結果發生於何日。恐刑罰權尚未發生。而時效之起算先已進行。例如殺傷行為完畢後。一閱月被害人始死亡。則殺人罪於一月後始成立。而其時效乃於殺傷行為之日起算。案之理論及刑事政策。均有未妥。故本條規定自犯罪成立之日起算。但犯罪之成立。即成犯與連續犯不同。即成犯於發生犯罪結果時即成立犯罪。再無其他犯罪之成立。自當以犯罪成立之起算。連續犯係連續數行為而犯同一之罪名。而以一罪論者。換言之。即係連續有數個同樣罪之成立而以一罪論者。當犯罪正在連續中。自難確定犯罪成立之時期。故連續之時效。自應以最終之日起算也。

## 二

最高法院判例 犯罪主體既不存在。當然為公訴權消滅之原因。(十七年上字二七六號)

最高法院解釋例 刑事案件之起訴權。若在適用暫行律時代已因時效而消滅。不能因新刑

法施行而復活。(十七年解字)  
(三三七號)

司法院解釋例 白晝侵入人家行竊。於刑法施行以前。起訴權既未因刑律上之時效歸於消滅。則自刑法施行後關於論罪及計算時效。均應依刑法辦理。(十九年院字)  
(二〇四號)

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

一

本條之要旨。爲規定起訴權時效期限計算之標準。例如某犯罪之法定本刑爲七年以上十年以下。若依最低度之七年有期徒刑計算。則時效之期間爲十年。若依最高度之十年有期徒刑計算。則時效之期間爲二十年。相差至鉅。依本條之規定。則當以最高度之十年爲標準。以計算起訴權之時效也。又例如某犯罪之法定本刑爲無期徒刑或七年以上有期徒刑。是以一罪而有二種之主刑。則當依無期徒刑計算起訴權之時效。又例如第二百零七條之法定本刑爲二年以下有期徒刑或三千元以下罰金。是爲有二種以上之主刑。則當依二年有期

徒刑計算起訴權之時效爲十年也。

第九十九條 本刑應加重或減輕者。起訴權之時效期限。仍據本刑計算。

本條之要旨。爲規定本刑有應加減時之時效計算標準。本刑雖有應加重或減輕之原因。然究竟應否加減。及加至何程度或減至何程度。均非審判後不能預爲確定。故祇能以本刑爲標準。依前二條之例以計算之也。

第一百條 起訴權之時效。遇有依法令不能開始或繼續偵查預審起訴或審判之程序時停止之。

時效停止。自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之期間。一併計算。

本條之要旨。爲規定起訴權時效之停止。起訴權即公訴權。已於第九十七條說明。刑訴法上關於偵查、預審、起訴、審判諸程序。均包括於公訴範圍內。若依法令不能開始或繼續施行上列各程序時。即爲不能開始或繼續行使其公訴權。例如被告人罹心神病或其他重病時。應停止公判之程序。又如議員於會期中未得本院之許可。不受法院之拘傳及裁判。此均爲法令上之通例。是以若遇有上項情形。即爲依法令不能開始或繼續行使其關於起訴權（即公訴權）之各種程序。即爲應行停止時效之原因。停止云者。即停止其時效之進行也。例如某甲犯三年以下有期徒刑之罪。其時效已經過五年。或尙未開始行使公訴之程序。或正在着手行使公訴之程序。遇犯罪人忽罹心神病或身爲議員正在議會開會期中。則不能不停止公訴程序。在此停止期間。即不算入時效期間。此即時效停止之意義也。停止期間內。俟犯罪人之心神病已全癒。或議會業已畢會。則爲停止之原因已消滅。若尙未開始或繼續行使其公訴權。則時效仍復繼續進行。與停止前已經過之期間合併計算。如前例犯罪之時效已經過五年而中遭停止。自停止原因消滅之日起再經過五年。則爲十年之時效已完成。

。而公訴權當歸於消滅矣。此本條第二項立法之趣旨也。

## 二

第一 暫行律第七十三條。關於起訴權時效停止之原因。係具體的規定爲遇被告人罹精神病其他重病而停止公判者停止之。本條採取第二次修正案之見解。以該律規定未免太狹。

(一) 依律停止公判者。不限於犯人病重一端。例如議員於會期中未得本院之許可。不受司法之裁判。此爲各國法律之所同。既係依法律不能行使公訴權之期間。自應均不計入時效期內。(二) 原案以公判之停止爲時效停止之原因。然公判前之偵查、預審、(新刑訟法已廢止預審)及其他公訴之程序。依法律應停止時。時效亦應停止。故本條於停止之原因。以包括公訴之各程序依法令應停止時。卽爲時效停止之原因。其適用之範圍則較廣也。

第二 暫行律關於公訴時效。曾採用中斷制。(該律第七十二條)中斷制者。時效一經中斷後。則前已經過之期間。不能算入時效期間。須俟中斷行爲停止後更新起算。換言之。卽時效須從中斷行爲停止之日起算。如中斷次數稍多。則終身無時效完成之日。時效之例幾

同虛設矣。近世學者及各立例多主張時效應有最後確定之期限。故特別設法以免除中斷制之弊害。(一)將時效中斷之制併入時效停止之制。時效停止時。僅除去其停止原因存在之時期。不算作時效之時期。其停止原因消滅後之期間。與未經停止以前之期間。通算為時效期間。其時效較中斷制為易於完成。(二)延長時效期限。逾此期限則無論曾經中斷與否皆認為時效成立。例如經過法定時效期限一倍之日期或超過法定時效期限二分之一之日期。則無論中斷與否。均認為時效已滿也。本法係採用第一例併入時效停止制。廢棄暫行律之中斷制。實為立法上之一進步。蓋時效制度為鞏固社會生活之安定而設。若無限進行。亦未免為犯罪者謀便利。若永無成立之望。則時效制勢等於虛設。適足以擾害社會之安定。惟時效停止制。能於制限時效之中可免永無成立之弊也。

### 三

前大理院判例 司法警察官。對於無一定住址之被告人。本有偵查之權。但經人以某人犯罪訴請設法捕拿。而未實施何種強制處分。關於某人犯罪起訴權之時效。仍不中斷。(六)

（上字六  
七一號）

按本法已廢除中斷制。關於右例事項。已不成爲問題。

最高法院解釋例 提起公訴權時效。除法定停止原因外。審判官無自由認定之餘地。（七十

年解字  
七〇號）

第一百零一條 行刑權逾左列期限而不行使者。因時效而消滅。

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

前項期限。自裁判確定之日起算

一

本條之要旨。爲規定行刑權之時效。行刑權之時效與起訴權之時效其效力不同。起訴權之時效係消滅起訴權。犯罪起訴權之時效已完成後。在法律上則與未犯罪者等矣。行刑權之

時效爲消滅刑罰權。其犯罪之事實已因審判宣告而確定。不因時效而消滅。故犯人於審判確定後而逃亡。縱行刑權之時效已完成。亦祇能免除其刑罰。不能消滅其罪案。但不成立累犯之理由而已。依本條之規定。行刑權之時效。分爲三項。一爲三十年。二爲十五年。三爲五年。卽第一款之刑經過三十年而尙未執行者。第二款之刑經過十五年而尙未執行者。第三款之刑經過五年而尙未執行者。其行刑權。卽因此項時效而消滅。換言之。卽不得再執行也。但本條各款所指之刑。係指宣告刑而言。非指法定刑而言。第九十七條起訴權刑期之時效。因刑期尙未經審判。無從預定。祇能就法定刑以計算時效。行刑權係發生於審判確定後。則行刑權之時效亦當然發生於審判確定後。審判既已確定。卽已有一定刑期。故當以宣告刑計算時效。又刑罰權之時效既發生於審判確定後。則時效之期限當然應從裁判確定之日起算也。

第一百零二條 行刑權之時效。遇有依法令不能開始或繼續執行時。停止之。

時效停止。自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之期間。一併計算。

一  
本條之要旨。為規定行刑權時效之停止。行刑權停止之原因。係依法令有不能開始或繼續執行之情形。在此情形之期間內。既須停止其刑之執行。即應當停止其行刑權之時效。換言之。即停止行刑之期間。不能算作行刑權時效之期間也。停止執行之原因消滅時。即為停止時效之原因消滅。從消滅之日起。與停止前已經過之期間一併通算為時效期間。此併合之期間如已完成第一百零一條所定之時效期限。即為時效已完成而刑罰權即可因之消滅矣。至所謂依法令不能開始或繼續執行之場合。即依緩刑、假釋、或刑事訴訟法第四八四條第四八五條所定應停止執行之各情形也。

刑法釋義

六五六

刑法總則釋義完



中華民國二十年十月出版

刑法總則釋義 (全書二冊)

定價大洋三元

(外埠酌加寄費)

著者 郭衛元 啓

出版者 上海法學編譯社

印刷者 上海會文堂新書局

總發行者 上海會文堂新書局

分發行者 漢口交通路  
廣州永漢北路  
北平楊梅竹斜街  
濟南西門大街  
長沙南陽街  
會文堂新書局

不許翻印

總發行所 上海會文堂新書局

三十年七月十八日  
張公輔先生贈送