

德興徐步垣著

刑法義例

林翔題簽



徐步垣著

刑
法
義
例
總
則

中華書局印行

刑法義例序

徐君步垣從事法曹，致力於刑法者蓋久；積其經驗所獲，纂刑法義例一書，問序於余。書凡二卷，緒有萬端，大別爲總分則兩部分，條舉目貫，若網在綱。自刑法第一章第一條至第三十四章第三百八十七條，逐一加以銓釋，於法意之探討，判例之鈎稽，咸極精審，間亦援引成案，及各家學說，以資旁證，其用心可謂專矣。刑法雖胚胎於暫行刑律，然多所修正，茲編於改革之本末，以迄施行以來之利弊，類能揭而出之，不僅學習刑法之士，有所借鏡，我法曹同人，藉資參考，亦未始非平反之一助也。余故樂爲之序。

民國十九年十二月

日

魏道明識於南京市政府官廨

凡例

- 一、本義例注重於法文解釋不立系統，故以原定章條之順序爲順序。
- 一、本義例注重實用。各家學說及各國立法例，有爲研究上所必要者，固多酌量敘述；然精神所在，則實在現行有效之判例及解釋例。（前大理院判例及解釋例，固擇有效者盡量搜敘，司法院及最高法院判例解釋例，則在十九年十二月以前，尙爲外間所未知者，均爲本編重要材料。）語句大多取自例中，句下標有參照某某字樣，卽示其所本也。
- 一、本法雖脫胎於暫行律，然修正之處甚多。爲明旨趣，故關於重大修正以及全條刪節理由，統編入內，俾供參考。
- 一、凡前後條文具有關聯或異同之處，均予切實銓釋以便適用。
- 一、條文中文義有闡明之必要者，均分別於義例中，順次闡明，如先後章條用語同而旨趣不同者，亦分別加以銓釋，否則先見之文義，已加闡明，而後見者則不重敘，閱者注意。

本法施行之初，最高法院刑事各庭，曾開總會逐條研究，維時余在席紀錄，因得飭聞銓釋。且余自民五後，即在刑曹，覆核刑書，十餘年，准駁紛紜，稿亦不可以數計。爰參酌新舊，從事於刑法義例。凡關於立法旨趣，以及判例解釋例，有關適用之處，靡不盡量輯入，閱時二年，始竟全功，友好慫付剞劂，余欲質之海內明達，故亦不嫌自炫。惟公餘偷暇，而精神之間究不免稍欠貫注耳！閱者諒之！

編者識。

敘論

在昔法書，原以輔翼禮教，有清以前法令，雖不無隨時更張，然其實質精神，則數千年一貫。迨至清末，因時勢要求，始有修訂刑法之舉。當時由修訂法律大臣沈家本聘用日本法學博士岡田朝太郎參酌各國刑法，折衷歷朝舊制，編訂法律館草案，遂為我國刑制一大革新。光緒三十三年奏將草案發交各部門督撫箋註，箋註後定為法律館修正案，再經憲政編查館核訂，提交資政院審議。該院雖僅議決總則，然因籌備憲政年限已迫，宣統二年十二月二十五日，遂將總則分則同時公佈施行。民國成立，由法部將抵觸國體諸條，略加刪節，於元年三月十日再由大總統以命令公佈，即日施行。因未經國會通過，故上冠以暫行二字，即以前之暫行刑律是也。民國五年，法律編查會以中多未協，從事修正，七年二月修訂法律館復加修正，是為刑法第二次修正案。十六年國民政府肇基南京，司法部長王寵惠就修正案略加刪改，稱為刑法草案，於十二月間提出於國民政府，經國民政府呈送第二屆中央執行委員會，交付中央常務委員會審議，由中央第一百二十次常務會議議決修正通過。十七年三月十日由國民政府明令公佈，以十七年七月一日為施行期。嗣因刑訴法尙未編訂完成，改於十七年九月一日施行，是即今之所謂中華民國刑法是也。惟刑法與暫行律，雖具歷史關係，而其

不同之點則甚多，請詳列於次：

(一) 暫行律於新舊法律有輕重時，概從新法。有時科犯人以事後之重刑，殊失平允，刑法則以從新爲原則，而於舊法之刑較輕者從輕。

(二) 故意及過失之範圍，暫行律未經確定解釋，易於出入人罪，刑法則從輓近立法例以明文定之。

(三) 暫行律於犯某罪因而發生其他結果者，加重其刑等條文頗多，按犯罪所生之結果，在犯人意中者，科以較重之刑，未爲不當；若意外之結果，其原因至爲複雜，使犯人負此責任，不獨受罰者不平，亦非刑事政策所宜。刑法則依一千九百〇二年萬國刑法學會決議，及輓近立法例規定犯人祇對於其能預見之結果負責。

(四) 責任年齡，暫行律定爲十二歲，揆之刑事政策，未爲得當。刑法則參酌多數國立法例，改爲十三歲。十三歲以上未滿十六歲者，得減輕其刑，並於感化教育之外，增入由監護人或保佐人繳納保證金自行監督品行之法。

(五) 暫行律於正當防衛之行爲，以不正之侵害爲準，於緊急避難之行爲，凡出於不得已者，皆得爲之。其適用範圍，均屬過廣。刑法則從多數立法例前者以不法之侵害爲限，後者以救護自己或他

人之生命身體自由財產者爲限。

(六) 暫行律對於從犯以事前幫助者爲限，此外則概以正犯論；然事中幫助不問其行爲之輕重及其關係如何，概與正犯同科，未見平允。刑法則不分事前事中，凡幫助正犯者，皆爲從犯。惟以事中爲直接及重要之幫助者爲限，處以正犯之刑。

(七) 有期徒刑暫行律採等級制，以五等爲標準，惟罪之輕重如有不同，必以五等繩之，恐所定之刑有不失於酷，卽失於寬之病。且加必一等，減必一等，亦恐畸輕畸重。刑法則廢去等級，於分則各條明定期期之年月，而加減則以若干分之幾爲率，既無定刑失當之虞，並免加減相懸之失。

(八) 羈押折抵暫行律概以一日抵一元，刑法則改爲一元以上，三元以下，俾法官得視犯人之資力及職業而審酌情形定之。又易科監禁日數，暫行律以三年爲限，然查各國立法例無過一年者，刑法則縮短爲一年。

(九) 褫奪公權暫行律有必褫奪與得褫奪兩例，又有全部與一部之分，標準至爲不一，規定亦殊爲分歧。刑法則於應否褫奪概取裁量主義，並廢去一部之褫奪。

(十) 累犯暫行律不分犯罪之異同，及性質，同等處罰，不足以懲治有特別之惡性者。刑法則分普通

累犯與特別累犯二種，後者之處罰，較前者加重。

(十一) 暫行律總則第五章俱發罪，係沿用舊律之名稱；但該章所規定者，非限於數罪俱發，即數罪各別發覺，亦得適用是。以日本舊刑法名為數罪俱發，新刑法改為併合罪，並非將數罪併合為一罪，其各罪仍獨立存在，不過併合處斷之耳。故刑法改為併合論罪。

(十二) 暫行律於裁判確定前所犯之數罪，皆併合論罪；然裁判既經宣告，不當因以後所犯之罪而復加變更，遷就犯人，使享併合論罪之利益。故刑法以裁判宣告前犯數罪者為限，始得併合論罪。

(十三) 暫行律於科刑之輕重，除酌減外，別無標準。施行以來，因範圍過廣，援用未盡得當，刑法則仿瑞士及德國刑法準備草案之例，特設專條，臚舉科刑時應行注意之事項，以為法定刑內科刑輕重之標準。

(十四) 緩刑之制，本為較輕之刑而設，暫行律以四等有期徒刑『三年未滿』為緩刑之範圍，證諸各國立法例，失之過廣。故刑法改為二年以下有期徒刑。又緩刑期限之長短，當視刑期之長短而定，暫行律以三年為最短期限，施之短期自由刑，未免過久，故刑法縮短為二年。

(十五) 罰金能否緩刑，雖為刑法上一爭論之問題，而揆之獎勵犯人遷善之旨，則予以緩刑，或較諸

施刑之收效爲佳。是以外國刑法，將緩刑擴充至罰金者不少其例。況罰金輕於徒刑拘役，徒刑拘役尙准其緩刑，而犯較輕之罪，反不許其自新，於刑事政策有所未協，刑法則增入罰金一層。

(十六)親屬之範圍，暫行律以舊律服制圖爲準，而服制圖煩複細密，卽賢智亦難猝記。刑法則改用親等計算法，較爲簡易，然其範圍則仍與服制圖適合。

(十七)文例各國刑法有立爲專章者，有不立專章，僅於法例章規定一二條者；但其次序則除荷蘭外，皆列總則之前，暫行例取法荷蘭，將文例列於總則之末。然文例之適用於總則各章者不少，反列在各章之後，援證未免失序，刑法則將文例列爲第二章而以時例次之。

(十八)暫行律刑名章依墨西哥刑法列於未遂罪，累犯罪，俱發罪，共犯罪各章之後，有罪而後有刑，不當先刑後罪。然未遂與共犯，關於犯罪之狀態，列於刑名之前，固屬允當，至累犯與併合論罪，非關於犯罪之狀態，而實關於科刑之重輕，設不知各種刑名，則無從規定累犯及併合論罪之處罰。刑法則將累犯及併合論罪兩章，改列刑名章後。

(十九)暫行律第二章不爲罪章內，亦有規定爲罪處罰者，不爲罪之名稱，未能賅括該章各條。又宥減章及自首章減等或免除各條，與不爲罪章之減等各條意旨相類，故刑法將不爲罪宥減自首

三章，併爲一章，名曰刑事責任，及刑之減免。

(二十) 暫行律第十四章赦免應規定於憲法中，故刑法將該章刪去。

(二十一) 暫行律第十五章起訴權及行刑權之時效有中斷與停止之分，刑法爲刪繁就簡計，將中斷條文刪除，以其同爲時效期限計算之規定，不必另爲劃分。

(二十二) 暫行律於內亂罪分別既遂未遂，內亂罪能否處罪既遂，學者頗多爭論，刑法則以着手實行爲犯罪之成立。

(二十三) 暫行律漏洩機務罪所規定各條，刑法分別規定於外患罪及瀆職罪各章。

(二十四) 暫行律妨害國交罪章，對於外國元首不問是否友邦，一律特別保護，範圍過廣，刑法則以友邦元首爲限。

(二十五) 暫行律瀆職罪章之賄賂罪，分事前事後爲定刑輕重之標準，與案情輕重未必相應。卽如事後關於違背職務之行爲犯賄賂罪，與事前關於非違背職務之行爲相較，則前者當然重於後者。若以時爲區別，適得其反。考各國立法例，多以違背職務與否定刑，我國舊律亦有枉法與不枉法之分，其用意正同。故刑法以行爲是否違背職務定刑之輕重，庶於中外法律均能符合。

(二十六) 暫行律騷擾罪獨立爲一章，但其性質與妨害秩序同，故刑法併入妨害秩序罪章。

(二十七) 暫行律放火決水及妨害水利罪，危險物罪，妨害交通罪，妨害飲料水罪，妨害衛生罪，各爲一章；但其所規定者皆屬妨害公共安全之行為，故刑法仿多數國立法例，併爲一章，改稱公共危險罪。

(二十八) 各國刑法於偽造文書罪，略分兩派，以證明權利義務之文書爲限者，德國是也；以足生損害於公眾，或他人之文書爲限者，法國是也。暫行律從德國派，惟證明權利義務之標準，未易確定。德國數十年來，頗生困難，是以學者多非議之，其準備草案刪去足以證明權利義務句，而以欺騙他人重要權利義務爲標準，其結果殆與法國損害制無大區別，故刑法從法國派。

(二十九) 暫行律姦非及重婚罪章，不能包舉各種猥褻行爲，而略誘及和誘罪章，又多係妨害婚姻及家庭之制，故刑法將該兩章所規定者，分別規定於妨害風化罪，妨害婚姻及家庭罪兩章內。

(三十) 暫行律褻瀆祀典及發掘坟墓罪，未能包括侵犯屍體各條，故刑法改稱爲褻瀆祀典，及侵害坟墓屍體罪。

(三十一) 妨害農工罪，暫行律列於妨害秩序罪章，殊失注重民生之意，刑法獨立一章，且增入商務

一層，以示保護。

(三十二) 海牙禁止鴉片公約，於鴉片外，尚有嗎啡高根，安洛因，及其化合質料等，皆在禁止之列；故刑法鴉片章內，於暫行律所定鴉片之外，增入嗎啡等項。

(三十三) 暫行律殺傷罪章，包括殺人與傷害兩罪，但二者輕重懸殊，而情節亦或有未易分明之處，故刑法分爲兩章。

(三十四) 暫行律廢謀殺故殺之別，故科罰自十六年以上有期徒刑至死刑，案各國刑法科刑範圍之廣大，如暫行律者，惟日本一國，英美系分謀殺故殺，德法系亦然，意大利及南美諸國皆分別尋常情節及重大情節，而謀殺則重大情節之一也。我國舊律亦大同小異，故刑法參酌中外法律，仍分謀殺故殺及情節之輕重科罰。

(三十五) 暫行律私擅逮捕監禁罪及妨害安全信用名譽及秘密罪兩章，其侵害之法益，爲個人之自由；而妨害秩序罪略誘及和誘罪兩章內，亦有侵害個人之自由者，故刑法併爲妨害自由罪一章。

(三十六) 竊盜及強盜罪，暫行律合爲一章，但竊盜爲侵盜財產罪，而強盜爲侵犯財產及自由罪，其

保護之法益不同，故刑法分別規定。

(三十七) 搶奪行爲與強盜實有差別，故刑法於強盜外，別標搶奪之名，又在海洋行劫者，爲強盜加重之情節，故增海盜罪科以較重之刑。

(三十八) 暫行律詐欺取財章內，包含恐嚇，殊未妥協，故刑法分列兩章，又詐欺章內，處理他人財產違背義務之罪，非必有詐欺之事，故刑法於該章章名增入背信字樣。

(三十九) 刑法於直接間接之故意，依總則第二十六條概行處罰，是爲原則，其例外以直接故意者爲限，皆於各條標舉明知字樣。蓋以科罰概行擴充至間接故意，恐於事業之進行，或有妨礙也。暫行律以明知爲犯罪成立之要件者，僅第二百四十條一條，刑法所規定者凡九條。

(四十) 暫行律未遂罪，預備罪，及陰謀罪之處罰範圍過廣，刑法於未遂罪，參照暫行律斟酌輕重，分別規定，於預備罪及陰謀罪，則以數重罪爲限。

(四十一) 暫行律於未遂罪，預備罪，及陰謀罪，皆另條規定，刑法分揭於各本條，以便援用。

(四十二) 同謀犯罪而未實施者，既不能謂爲共同正犯，又與教唆情形，不能並論。日本判例認爲共同正犯，而學者多非難之，謂爲誤解共同實行之觀念。此外學者或以之爲教唆，或以之爲從犯聚

訟無定，故刑法仿瑞典等國之例，另設同謀犯，於分則殺人強盜恐嚇等罪定之。

(四十三) 暫行律於科刑之範圍廣狹，間有失均，例如第一百九十條其最輕刑爲一百元以下罰金，最重刑爲五等有期徒刑，律文分列四項，詳爲規定，乃第三百十一條之殺人罪，則自有期徒刑以至死刑，反予法官以莫大之自由裁量，於輕重之情節，未嘗分別規定，其他類此者尙多，故刑法略加修正。

(四十四) 暫行律於處三等至五等有期徒刑，或二等至四等有期徒刑者，均躡等而至於罰金。例如第一百十九條第一百二十二條等是就二等至四等有期徒刑各條而論，其躡等之刑，皆重於罰金，而反不能科之，其結果非科以二等至四等有期徒刑，卽科以最輕刑之罰金，未免趨於極端，故刑法於躡等之刑，概行補入。

(四十五) 暫行律犯某罪因而致人死傷者，援用傷害各條，依俱發罪之例處斷者凡十二條，然其情節較諸既犯一罪復犯傷害罪致死傷者輕重不同，故刑法改以本罪比較傷害罪從重處斷。

(四十六) 暫行律過失罪因被害人之身分加重其刑，刑法以過失罪無故意侵害之惡性，故刪去過失加重之例。

(四十七)多數國立法例，自由刑往往與罰金併科，蓋恐專科自由刑，或不足以懲戒犯人之貪欲也。暫行律自由刑與罰金併科者祇四條，範圍過狹，故刑法將其他與貪欲觀念有關之罪，一併增入。又暫行律以得利爲限，若犯人未嘗得利，則雖有財產，亦無從併科罰金，仍不足以懲戒其貪欲，故刑法刪去因而得利句。

(四十八)暫行律科罰金以價額若干倍爲標準者，凡十三條，惟判定價額頗有困難，且價額以某時間內所得爲限，亦未規定，尤難確定，故刑法廢去倍罰之制，明定罰金數目。

(四十九)暫行律處罰金者，大抵雜以自由刑，殊不知短期自由刑於處刑之目的，無甚實益，故刑法對於輕微之犯罪行爲，增加專科罰金各條，卽將來制定違警律，對於以貪欲觀念而應受處罰者，亦宜採同一之立法例。

以上爲刑法與暫行律不同之點，此外尚有因性質目的及適用上觀察而與其他具有制裁惡行之法規相異之處亦甚多，試再述之。

(一)刑法之唯一淵源爲成文法。

(二)刑法所定之惡行爲犯罪 可認爲犯罪之惡行原則上須具下列要件：(一)其侵害法益之程

度較大者。(二)須法律上有科罰之明文者。(三)須爲自然人者。

(三)刑法上規定之制裁爲刑罰。刑罰與其他法律上之效果有下列各種異點：(1)刑法上所定之制裁爲最重。(2)有特有之目的，與他法上之罰鍰、免職、除名、解雇等制裁迥異其趣。(3)刑罰必與行爲者之罪責成比例，卽由主觀的方面，察其所以至於犯罪之意思，並由客觀方面，察其現在實施之行爲，因以量定其罪責之輕重大小者也。(4)刑罰者乃以使犯罪人感受苦痛爲目的，而對於其法益之侵害也。(5)科刑之權專屬於國家。

(四)刑法爲實體法。基礎法爲實體法，因基礎法而生之法爲手續法。

(五)刑法爲普通法。規定日常所生之犯罪及制裁爲普通法，反此則爲特別法。其異義有三：(1)以被適用之人爲區別之標準者。刑法有不問何人，皆可適用者，有限於特定身分之人始得適用者，前者謂之普通刑法，後者謂之特別刑法。(2)以施行之地爲區別之標準者。刑法有施行一國領域內之效力，若不能通行全國，僅以領域內之一部爲限者，卽爲特別刑法。(3)以施行之時期爲區別之標準者。刑法之施行期間無終期而有恆久之性質，反是預定施行之終期者，卽爲特別刑法。

刑法義例目錄

第一編 總則

第一章 法例 (第一條至第九條)	四
第二章 文例 (第十條至第二十條)	三三
第三章 時例 (第二十一條至第二十三條)	五〇
第四章 刑事責任及刑之減免 (第二十四條至第二十八條)	五一
第五章 未遂罪 (第三十九條至第四十一條)	一一一
第六章 共犯 (第四十二條至第四十七條)	一二六
第七章 刑名 (第四十八條至第六十四條)	一五六
第八章 累犯 (第六十五條至第六十八條)	一九五
第九章 併合論罪 (第六十九條至第七十五條)	二〇二
第十章 刑之酌科 (第七十六條至第七十八條)	二二四
第十一章 加減例 (第七十九條至第八十九條)	二三四

第十二章 緩刑（第九十條至第九十二條）……………二四三

第十三章 假釋（第九十三條至第九十六條）……………二四九

第十四章 時效（第九十七條至第一百〇二條）……………二五七

第二編 分則……………一—四三二一

第一章 內亂罪（第一〇三條至第一〇六條）……………五

第二章 外患罪（第一〇七條至第一百二十條）……………一一

第三章 妨害國交罪（第一百二十一條至第一百二十七條）……………三四

第四章 瀆職罪（第一百二十八條至第一百四十一條）……………四四

第五章 妨害公務罪（第一百四十二條至第一百四十八條）……………六五

第六章 妨害選舉罪（第一百四十九條至第一百五十五條）……………七八

第七章 妨害秩序罪（第一百五十六條至第一百六十九條）……………八五

第八章 脫逃罪（第一百七十條至第一百七十三條）……………一〇一

第九章 藏匿犯人及湮滅證據罪（第一百七十四條至第一百七十八條）……………一一三

第十章	偽證及誣告罪 (第一百七十九條至第一百八十六條)	一一九
第十一章	公共危險罪 (第一百八十七條至第二百十條)	一三一
第十二章	偽造貨幣罪 (第二百十一條至第二百十七條)	一六六
第十三章	偽造度量衡罪 (第二百十八條至第二百二十三條)	一八〇
第十四章	偽造文書印文罪 (第二百二十四條至第二百三十九條)	一八五
第十五章	妨害風化罪 (第二百四十條至第二百五十三條)	二〇五
第十六章	妨害婚姻及家庭罪 (第二百五十四條至第二百六十條)	二二五
第十七章	褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪 (第二百六十一條至第二百六十六條)	二四一
第十八章	妨害農工商罪 (第二百六十七條至第二百七十條)	二四九
第十九章	鴉片罪 (第二百七十一條至第二百七十七條)	二五三
第二十章	賭博罪 (第二百七十八條至第二百八十一條)	二六四
第二十一章	殺人罪 (第二百八十二條至第二百九十二條)	二六九
第二十二章	傷害罪 (第二百九十三條至第三百〇三條)	二九〇

第二十三章	墮胎罪 (第三百〇四條至第三百〇八條)	……………	三〇五
第二十四章	遺棄罪 (第三百〇九條至第三百十二條)	……………	三一—
第二十五章	妨害自由罪 (第三百十三條至第三百二十三條)	……………	三一六
第二十六章	妨害名譽及信用罪 (第三百二十四條至第三百三十二條)	……………	三三三
第二十七章	妨害秘密罪 (第三百三十三條至第三百三十六條)	……………	三四五
第二十八章	竊盜罪 (第三百三十七條至第三百四十二條)	……………	三五二
第二十九章	搶奪強盜及海盜罪 (第三百四十三條至第三百五十五條)	……………	三七—
第三十章	侵占罪 (第三百五十六條至第三百六十二條)	……………	三八八
第三十一章	詐欺及背信罪 (第三百六十三條至第三百六十九條)	……………	三九九
第三十二章	恐嚇罪 (第三百七十條至第三百七十五條)	……………	四〇九
第三十三章	贓物罪 (第三百七十六條至第三百七十九條)	……………	四一八
第三十四章	毀棄損壞罪 (第三百八十條至第三百八十七條)	……………	四二三

刑法義例

第一編 總則

總則者，通則之謂也，其義例略與舊律之名例相似；惟名例雖治刑名法例而為一，然究不能包括一切。暫行律仿歐美及日本各國刑法之例，定名總例。本法仍之，亦以其意義足以貫澈全體者也。

本編章數章名章次，與民國七年二月修訂法律館之第二次修正案完全相同，較之暫行律及民國五年九月法律編查會之修正案，則多更移損益，列表如左，藉佐參考。

暫行律	法律編查會修正案	修訂法律館第二次修正案	本法
第一章法例	同上	同上	第一章法例
第十七章文例	同上	第二章文例	第二章文例
第十六章時例	同上	第三章時例	第三章時例

第二章不為罪

第八章宥減

第九章自首

第三章未遂罪

第六章共犯罪

第七章刑名

第四章累犯罪

第五章俱發罪

第十章酌減

第十一章加減例

第十二章緩刑

第十三章假釋

第二章同上

第九章同上

第十章同上

第三章未遂罪預備
罪陰謀罪

同上

同上

第八章親屬加重

同上

同上

第十一章酌加酌減

第十二章同上

第十三章同上

第十四章同上

第四章刑事責任及
刑之減免

第五章未遂罪

第六章共犯

第七章刑名

第八章累犯

第九章併合論罪

第十章刑之酌科

第十一章加減例

第十二章緩刑

第十三章假釋

第四章刑事責任及
刑之減免

第五章未遂罪

第六章共犯

第七章刑名

第八章累犯

第九章併合論罪

第十章刑之酌科

第十一章加減例

第十二章緩刑

第十三章假釋

第十四章赦免

第十五章時效

同上

第十四章時效

第十四章時效

本編章次，大概以條文相銜接之先後定之，其不相銜接者，以適用範圍之廣狹定之。故文例列第二章，時例列第三章，累犯與併合論罪列刑名章之後，其餘章次與暫行律無大異同。考各國刑法不立文例專章，而於法例章僅規定一二條文者，如日本第七條，德國刑法準備草案第十二條是也。立為專章者，如中國荷蘭暹羅蘇丹是也。但無論立專章與否，其序次皆列於總則之前；惟荷蘭列於總則之末。暫行律取法荷蘭，謂文例之規定，不僅關於刑律總則之用語，而關於分則之用語為多，然總則各章，無一不適用於分則，似不足據此以定章次之先後。況文例一章，關係於總則者不少。如暫行律文例章第八十七條稱以下以上以內者，俱連本數計算云云。其適用於總則各章者，為累犯罪章，俱發罪章，共犯罪章，刑名章，加減例章，緩刑章，假釋章，皆與該條有關，而反列在該條之前，至令上列各章用語之援證，未免失序。故本編從多數國立法例，將文例一章，列為第二章。又暫行律刑名章依墨西哥刑法列於未遂罪，累犯罪，俱發罪，共犯罪各

章之後，其理由謂有罪而後有刑，先刑後罪，理所非宜，各國刑法未免不揣本末，爲沿革所囿云。據其說未遂罪與共犯皆關於犯罪之狀態，而列於刑名章之前，自屬允當；惟累犯與併合論罪，非關於犯罪之狀態，而實關於科刑之輕重，設不知各種刑名，則無從知累犯及併合論罪之性質矣。故本編將累犯及併合論罪列諸刑名章後。雖然，此時刑法，極爲發達，故有如此完密研究。若在舊時，雖有刑法之淵源，初無總則之分類，考歐西成文法律，以羅馬十二銅標爲最早，而十二銅標之中，除補遺外，從提傳以至宗教法，均無類似總則之規定。我國之法經六篇，以具法爲殿，亦僅具總則之雛形。漢唐以後，始以名例冠首，然仍不能謂爲完全總則。暫行律本革新之機，參酌近世法典，凡關於共同規則之條文，條分縷析，悉納之於總則之中，而總則之蔚爲成法，始奠萬世之基，本法仍之，自又不能不數典及祖也。

第一章 法例

本章第一條第二條爲規定刑法之根本主義，及關於時之效力。第三條至第八條爲關於人及地之效力。第九條爲及於其他法令之效力。均爲實施刑法時首應解決之問題。與晉律之所謂法例，語同而義異。

第一條 行爲時之法律無明文科以刑罰者，其行爲不爲罪。

義例

此卽刑法之根本主義，不許比附援引，卽學者所謂罪刑法定主義。凡行爲受法律科罰者爲罪，否則不爲罪是也。

自來刑法上定罪之有無，有二主義：(一)擅斷主義，(二)罪刑法定主義。

擅斷主義者，犯罪與刑不以法規規定，而一委諸審判官之自由裁量之主義也。其弊害有四：(1)一任審判官自由判決，是以司法而兼立法矣。(2)法者人類行爲之準則也，得於刑法外參以私人意見，人民將無所適從。(3)審判官既有自由專斷之權，則法律將成具文。(4)因見解不同之故，必有審判不能統一之弊，同罪異罰，固所不免；而人民因有幸有不幸，反生徼倖之念，致犯罪之增加。

罪刑法定主義者，乃犯罪事實及對此事實之刑罰，非根據法律明文，不得適用之主義也。其要點有二：(1)非豫載於法律之行爲不罰。(2)非明定於法律之刑罰不得科之。現今除英國準用習慣法外，其他歐美各國及日本刑法，皆以法定犯罪爲惟

一之法則，不復認有擅斷主義。故我國亦以本條明定之。雖然，採用罪刑法定主義之刑法，雖不許比附援引，究許當然解釋。（亦曰自然的解釋）當然解釋者，乃基於文理及論理的解釋，其與類推解釋異者，蓋彼為對於律文所不包含之事，以類似的條款，比附援用，溢出法定犯罪之外，此則對於律文雖未表示，而實包括於其意義之中，故當然解釋，實不戾乎立法精神也。

行爲云者，本於人類意思所生之物界現象，因而發生結果之身體動作是也。行爲時之法律無明文科以刑罰云者，即本於意思之物界現象，因而發生結果之身體動作，在當時有效之法律上，尙無認爲犯罪之明文是也。故行爲要件，一爲身體動作，（積極的或消極的）二爲意思，三爲動作與意思有因果聯絡關係。行爲爲罪要件，除本法規定其他要件外，一爲法律有科罰明文，二爲有明文科罰之法律，必在當時有效。所謂行爲，有不必有罪之意義，所謂行爲時之法律，有不追溯既往之精神。

第二條 犯罪時之法律，與裁判時之法律，遇有變更者，依裁判時之法律處斷；但犯罪時，法

律之刑較輕者，適用較輕之刑。

義例

本條規定關於時之效力，亦即爲新舊過渡時代之處置，其精神以從新爲本旨，從輕爲例外。（參照最高法院十九年非字第六五號判例）正與前條互相發明。前條係對於無明文科以刑罰者而規定，故曰行爲。本條係對於行爲觸犯明文者而規定，故曰犯罪。

刑法關於時之效力有二：（一）行爲時之法律不爲罪，而行爲後之法律以爲罪者。（二）行爲時與行爲後之法律，皆以爲罪而有異同者。第一問題本法第一條已有規定，第二問題暫行律採從新主義，本法採從新主義，惟與暫行律微有不同，茲先述各國立法例如左：

（一）不論新舊法之輕重，概從舊法。（即新法概不追溯既往行爲）

採此主義者，爲英國及美國數州。（前法律館草案謂：英國爲從新先例，似屬未確。英律關於時之效力無明文規定，惟判例則皆主從舊。查一千八百七十

八年十提反氏所編英國刑法草案，係集合判例而成者。其第二條規定從舊主義。

(二)從舊法、但新法較輕者從輕。(即新法不追溯既往行爲；但新法較輕時則爲例外。)

採此主義者爲德國、法國、比利時、意大利、丹麥、荷蘭、那威、瑞典、西班牙、匈牙利、葡萄牙、瑞士、數州、布加利亞、日本、暹羅、埃及、美國、數州、智利、阿根廷、墨西哥、溫尼蘇、依辣等國。此外見諸草案而尙未實行者，爲奧國及瑞士刑法準備草案。

(三)從新法、但舊法較輕者從輕。(即新法追溯既往行爲，但舊法較輕時則爲例外。)

採此主義者，爲奧國及瑞士數州。

(四)不論新舊法之輕重概從新法。(即新法概追溯既往行爲。)

採此主義爲中國暫行律及俄國(但有例外) 瑞士數州。

上列第二第三主義有概名爲從輕主義者，然表面同而實際不同，蓋科刑從輕，兩

主義雖無區別，若其他問題如文例或犯罪之定義等，則第二主義適用舊法，第三主義適用新法，此其實際之不同也。世界各國多從第二主義，暫行律從第四主義，然此四主義，何舍何從，有不能不研究者。

第一主義概從舊法，有謂犯人於犯罪之時，已得有受當時法律裁判之權利，此說欠通，誠如前法律館草案所云，人民對於國家，不能有受刑權利之理；況新法既頒，則已認舊法爲不適宜，若概從舊法，豈不駢枝？故此主義已成陳說。

第四主義概從新法，似免第一主義之弊，而又流於相對之極端。即我國暫行律所採用之主義也。概從新法，弊多利少。如新舊法輕重相等，或新法輕於舊法，其結果與第二第三主義無異。如新法重於舊法，概從新法，則流弊易生；蓋刑罰追溯既往，則人民生命安全，常爲立法者所左右。今日所犯輕罪，明日將爲重罪，人民常懷疑懼，則刑罰所以保護之者，適以危害之。輒近法意兩國，多持此說，力取從輕主義，此非空談。數年以來，我國已有其事實，犯贓條例，強盜條例，發掘墳墓條例等，是其明證。西儒非議第四主義者，尤有一說，謂可藉從新主義爲政敵深陷人罪之謀，立法

者固不能不預防也。德國刑法準備草案，此條之調查主任杜力加氏，嘗提議概從新法主義，而草案卒不採用，以其科犯人以事後之重刑，為欠平允也。

第二第三主義，均係從輕，前法律館草案理由非議之曰：若使新律重於舊律，而舊律時代之犯人科以新律之重刑，則與舊律時代受舊律輕刑之同種犯人相較，似失其平。誠如此說，則使新律施行之後，僅此舊律時代之同種犯人，科以舊律之輕刑，彼新律時代之犯人，據新律而科重刑者，若互相比較，則又失其平等語。然考之外國採從輕主義，以為不如是不足以示公平。所謂公平者，係比較行為在舊法施行期內，而裁判在新法施行之後，此種犯人應科新刑或科舊刑，乃為公平。前法律館草案理由，則以行為及裁判皆在舊法時代，或皆在新法時代，犯人所受刑罰為比較謂失其平，不知行為及裁判皆在舊法時代，當然受舊法裁判，行為及裁判皆在新法時代，當然受新法裁判，無公平與不公平之問題也。該草案理由又謂刑不得為沾恩之具，故不從輕。然法儒加勞曰：從輕主義者，因公平非沾恩也。以此之故，各國多採從輕主義，然從輕主義，復有第二第三之不同，本法採第三主義以從新

爲本旨，以從輕爲例外；蓋新法既頒，自應收新法之利，但舊法較新法輕者從輕，以符公平之說，如是則得所折衷矣。

從輕主義，須注意者尙有兩端：其一所謂輕重專就刑而言，抑兼就刑以外之事項而言？其二專就行爲時與裁判時兩律比較擇其輕者而言，抑兼就兩時期內頒行之法律比較擇其最輕者而言？專就刑比較而適用其輕者，日本比利時智利丹麥墨西哥葡萄牙是也。兼就刑以外之事項（例如時效）比較而適其輕者，德國法國意大利那威瑞典奧國瑞士（刑法準備草案）暹羅埃及等是也。本法採專就刑比較而適用其輕者之先例，蓋如此可以縮小從輕之範圍，而擴充從新之範圍。況刑以外之事項，孰輕孰重，頗難決定。若專就刑比較，則刑之輕重有明文規定，可免條文上解釋之困難。專就行爲時與裁判時之法律比較輕重者，那威暹羅瑞士（刑法準備草案）等是也。兼就兩時期內頒行之法律比較輕重而擇其最輕者，德國日本法國（一千八百十三年判例）意大利匈加利等是也。主張後說者，謂犯罪後既有中間輕法，即犯人取得輕法權利，故裁判時中間輕法雖經廢止，仍應

援用，不得奪其已得之權利。然此已成陳說，前已言之。意大利刑法理由，更立一說，謂如於中間法律尚未廢止時，裁判犯人，則犯人當得受中間法律之利益，此說於理未允。蓋裁判果不延遲，則行為時之法律，自可適用，何俟中間之輕法？況裁判遲延，多因犯人自行隱避，咎不在執法者；故關於此問題，惟有比較行為時與裁判時法律之輕重而擇其適用者，中間法律未能勉強牽入，故本法從前說。

遇有變更云者，即新舊刑法關於刑之輕重規定不同，或舊法為罪，而新法不以為罪（舊法不以為罪已有第一條規定）皆是也。

依裁判時之法律處斷云者，即當新舊刑法交替之際，其犯罪雖在舊法施行中，而裁判既當新法施行後，（施行二字應注意，如新法頒布尚未屆施行期，仍應依舊法處斷，參照最高法院十九年非字第九號第十號判例。）應依新法處斷是也。故第一審或第二審，雖在舊法施行中，依舊法處斷，如至上訴審適當新法施行，仍應援據新法，予以改判。（參照最高法院解字第一七三號解釋十九年非字第二八號第三〇號第三八號判例。）此中具有二義：（一）新舊法律皆以為罪者固從新

法。（參照最高法院十九年非字第六五號判例）（二）舊法律爲罪，新法律不以爲罪者，亦從新法。

適用較輕之刑云者，卽當新舊刑法均以爲罪，而刑有輕重時，卽適用輕刑處斷是也。惟應注意之點有二：（一）新刑輕者，論罪科刑固應概行從新。（二）舊刑輕者科刑從舊而論罪則仍應從新。（參照最高法院十八年上字第七六七號第八一〇號判例）故適用刑律之刑時，仍應適用刑法總則，且仍應以刑法上之罪名及刑名爲主，並不得再用刑律上刑等。（參照最高法院十八年上字第九七一號判例）蓋比較而適用其輕者，與刑以外之事項無涉故也。（參照最高法院解釋字第一二〇號，司法院院字第二七號解釋，及最高法院十九年非字第四〇號第四一號第五三號第六五號判例）新舊法刑輕重之比較，在刑法施行條例第二第三第六各條，固有詳細規定，惟依法令有加重減輕，或刑期相差一間時，應行注意之處，尙有下列各點：（一）刑法之刑，依刑法加減，刑律之刑，依刑律加減，然後再比較其輕重。（參照最高法院解釋字第一八九號第二二〇號，及第二四一號解釋十八年

上字第七八七號第九〇號，十九年非字第四號第十二號第十九號第二六號第四一號第六二號第六五號第六九號第七〇號第七五號第一〇一號第一三四號判例。(二)應減免其刑者，自較諸得減免或不免其刑者為輕。(參照最高法院解字第二四一號解釋)(三)刑律規定之二等有期徒刑為十年未滿，刑法規定之十年以下有期徒刑為十年已滿，兩相比較，應以刑律規定之刑為輕。(參照最高法院解字第二四四號解釋)

第三條

本法於凡在民國領域內犯罪者適用之。
本法於凡在民國領域外之民國船艦內犯罪者，亦適用之。

義例

本條規定即係採用屬地主義之原則，亦即折衷主義之一端，即不問犯人為民國人民，或為外國人民，其所侵害之法益，不問屬於民國或屬於外國，屬於民國人民或屬於外國人民，既在民國領域內，或民國領域外之民國船艦內犯罪，不論輕重如何，當然適用民國之刑法；蓋依國際法上領域主權之原則，一國法律之施行力，

當然可及於其領域之全部也。

刑法關於地之施行力之範圍，學說向不一致，有以犯人之國籍爲準者，有以犯人所在地爲準者，有以被害之國爲準者，有以犯人受逮捕之地爲準者，有以犯罪地爲準者，而以犯罪地爲準之說採用者多數，蓋以其合於主權之義也。然就最近學說察之，約可分爲五主義：

(一)屬人主義或國民主義 一國刑法，必對於其國之人民命其擔負遵守之義務，屬人主義卽此種觀念而生。依此主義，凡有違反本國刑法之犯罪者，不問其在本國，或在外國亦不問其所侵害者係本國之法益，或外國之法益，皆應罰之。現今各國採此主義者頗多。然其缺點有三：(一)主權作用不能充分發展。(二)不能完全達刑罰之目的，蓋刑法爲維持社會安寧秩序而設，設外國人在本國境內犯罪，而本國刑法不能支配，必不足以維持秩序。(三)此主義如無限制，則凡本國人在外國所犯，雖係輕微之罪，亦須爲調查解審之程序，事實上甚感困難。

(二)屬地主義或領域主義 無論何國，莫不各有領土主權，故國家之制定刑法，亦常以本國之領域，爲其施行之區域，所謂屬地主義，卽以此種觀念爲基礎之主義也。依此主義犯罪地苟在本國領域以內，不問犯人及被害人之爲本國人或爲外國人，亦不問其所侵害之法益屬於外國人或屬於本國人，皆須罰之。此主義似較屬人主義爲優，但亦有二弊：(一)不能涵犯罪必罰之義例，如犯人犯罪後，逃往外國，若其不能遞解，卽將無從處罰。又如發布動員令時，在外國之本國人民，雖不服從亦無強制之實力。(二)不能達到維持國家安寧之目的。例如在外國謀亂本國，而爲危險之行爲者，本國法律不得支配之，自不能收鎮壓之效。

(三)保護主義或實質主義 屬地主義，限於在本國領域內所犯之罪；屬人主義亦復限於本國之人，故遇犯罪不在本國，犯人爲外國人，而又侵害本國之利益者，必將無從處罰。於是保護主義出焉。保護主義者，置重於其所侵害之法益。凡因犯罪而被侵害之法益，若既爲國內法上所應保護，卽須處罰。至其加

侵害者之爲本國人或外國人，其犯罪地之在本國或外國，均置勿論，各國採用此主義者多以侵犯國家之罪，或損害其信用之罪爲衡。故此主義又可稱爲消極的國民主義，或自衛主義。

(四)世界主義或宇宙主義 凡屬於國際團體之文明諸國，莫不各藉刑罰權之作用，內以維持法律之秩序，外以保護世界的利益，所謂世界主義或宇宙主義，卽以此觀念爲基礎之主義也。依此主義，不問犯罪地及犯罪人屬於何國，亦不問其所侵害之法益屬諸何人，苟有犯罪發生，無論何國皆得逮捕，並得依其國之刑法而處罰之，此蓋以犯人之逮捕地而定其管轄者也。國家爲保護世界利益計，不惟有管轄之權利，且有管轄之義務，故又有公共監督主義之稱。此主義理論上甚爲可取，惟實際則有未當，何也？各國刑法內容不相一致，如以逮捕地之法爲準，恐多同罪異罰之弊。如以犯人所屬之國之法科斷，而一國法官，亦無博通各國法律之能力，加以證據採集不易，又爲事所必至，故此主義不能謂無缺點。

(五)折衷主義 折衷主義者，乃以屬地主義為基本，酌採他種主義以補其短之主義也。折衷主義之基礎的原則，常為屬地主義，惟遇必要時，則適用屬人主義，保護主義，及世界主義等，以為屬地主義之補充耳。具體的言之，此主義之內容約包下列數端：(一)對於在本國領域內之犯罪，採用屬地主義。(二)本國人民在外國犯重大之罪，不能從屬地主義處罰，故採屬人主義以補充之。(三)外國人在外國對於本國或本國人民犯重大之罪，則從屬地主義與屬人主義，皆不能處罰，故採保護主義以補其缺。(四)妨害世界公共利益之罪，例如販賣奴隸，海盜，妨害貨幣流通，妨害國際貿易，以及妨害國際通信之自由等，依屬地屬人及保護各主義均不能科罰，故採世界主義以為補充。

本法於前述各主義中，採用折衷主義，本條規定即揭示屬地主義之原則第五條（具保護主義世界主義二種）第六條（屬人主義）第七條（保護主義）則為此原則之補充的規定，可謂兼採屬人主義保護主義世界主義者也。

凡之云者，不問何人是也。領域內云者，法權所及之地是也。船艦為國家浮動領土

之一部，故亦視同領域。領域二字兼有下列四種：（一）版圖，即民國舊有之疆域是。（二）可視同版圖之區域，即領水領空及在民國外之民國船艦是。（三）裁判權可及之外國領域，即民國駐外之使館，或民國軍隊占領之地是。（四）不屬何國之領域，即公海或其他無所屬之區域是。

或謂現今各國尙多依條約而在中國享有領事裁判權，是外國人民在民國領域內，或船艦內犯罪者，尙不能以此相繩，則本條直成具文。不知刑法爲國之常憲，而特別條約則一時不得已之所爲，況現在正圖修改不平等條約，而自願放棄其領事裁判權者亦有多數，則此項問題自無庸再事過慮。且即在條約尙未修改以前，對於外國人亦自有適用之範圍。（一）無國籍之外國人。（二）無特別條約之外國人。

雖然，揆之國內公法或國際公法之原則，亦有不能適用本法者，前者爲國之元首，限於特種犯罪規定於憲法中，後者爲有治外法權之人。（一）爲外國元首及其家族從者。（二）已經承認之外國交際官公使及其家族並其雇人而非國內者。（三）

已經承認之外國軍隊或軍艦是也。凡此等人皆因身分免用刑罰，其身分繼續間所爲行爲，刑罰權既不能施行，即身分消滅之後，亦不得對之起訴。蓋一爲尊主權，一爲重國交，故非刑法效力所能及，此爲世界通例，不獨我國爲然。但因人之身分不適用刑法者，不可認爲犯罪之不成立，蓋身分雖不受法律之支配，而行爲仍爲違法犯罪，是與正當行爲，及無責任行爲不可相混，故凡對此行爲得行使正當防衛權，且如有共同實施或教唆幫助之人，仍當分以共犯處分之。

第 四 條
犯罪之行爲，在民國領域內，而其結果在民國領域外；或犯罪之行爲在民國領域外，而其結果在民國領域內者，以在民國領域內犯罪論。

義例

本條規定犯罪地之標準即以明示第三條適用之範圍也。

所謂犯罪之行爲云者，卽有責任能力人之有責，且違法行爲，刑法上認爲犯罪且有處罰之規定是也。質言之，卽法律上應處罰之行爲是也。具普通要素有六：（一）爲犯罪之行爲者（犯罪主體）爲人。（二）犯罪主體須爲法律上有責任能力之

人。(三)須已有行爲。(有積極消極二種)。(四)其行爲須係違法。(五)行爲須具有責任要件。(六)其行爲須刑法上認爲犯罪而有科罰之明文。

所謂犯罪之結果云者，卽以行爲爲原因，因而發生之外界影響是也。可分二種：(一)係行爲者欲依其行爲而使發生之結果。(二)係反於行爲者之意思而生之結果。惟行爲與結果，雖具密切關係，然一切犯行，不必定有結果。故有有結果相伴而生之犯行，亦有無結果相伴而生之犯行，因之法律上認行爲爲構成犯罪之普通要素，結果則爲構成特定犯罪之要素，是不可不注意。

凡一切犯罪未有不基於行爲與結果而成立，然可以爲罪之行爲，與可以爲罪之結果，倘異地而發生，則應以何處爲犯罪地，學說上之議論有三：(一)以行爲之地爲犯地。(二)以結果之地爲犯地。(結果地說又分爲三：(一)初發結果地說，如以鎗殺人則被害者之受傷地爲結果地。(二)中間結果地說，如前例以養傷地爲其結果地。(三)最終結果地說，如前例以死地爲結果地是也。要之須足以完成犯罪之要件，卽足爲其結果地，本條既不專採結果地說，無庸深辯。)(三)以行爲與結

果之地並認爲犯罪地。惟法律上犯罪成立，必合各種元素方爲一罪。其行爲與結果既皆足爲犯罪要件，舍此取彼，均無當於條理。故本條取第三種學說爲正。凡行爲與結果有一在民國領域內者，即可認爲國內犯罪，而依本法處斷之。故曰以在民國領域內犯罪論。例如在民國境外放槍殺傷在民國境內之人，是犯罪結果在民國領域內，其犯人則須依照民國刑法處斷，而犯人係在外國，其逮捕探訪致罰等事，則依國際條約，及刑事訴訟法等之規定辦理。反是爲犯罪行爲，在民國領域內，亦應依民國刑法處罰。縱使犯人屬諸外國之人，亦無庸更俟外國交付也。（本國人民無因處罰之故交付外國者，是爲今日各國之通例。）

船艦爲國家浮動領土之一部，前條已規定與在民國領域內犯罪同一適用民國刑法。本條雖未標明船艦字句，如果犯罪行爲或結果，有一在民國船艦內者，亦當照以在民國領域內犯罪論，誠不待解釋而始明也。

犯罪之行爲，既兼消極行爲而言，則關於不動作之犯罪，以本人不爲當爲之動作，及因不動作所生之結果，爲其要素，自應以當爲此動作之地爲行爲地，與其結果

發生之地，並認為犯罪地也。

第五條

本法於凡在民國領域外犯左列各罪者適用之。

一 第一百〇三條至第一百〇六條之內亂罪。

二 第一百〇七條至第一百二十條之外患罪。

三 第二百一十一條至第二百十七條之偽造貨幣罪。

四 第二百二十五條，至第二百二十七條，第二百三十一條，第二百三十三條，及

第二百三十五條之偽造文書印文罪。

五 第三百五十二條及第三百五十三條之海盜罪

義例

本條第一第二第三第四各款列舉各罪，不論本國人或外國人，在國外犯之者均適用本法處斷。即學說上所謂保護主義。誠如前法律館草案理由所言：於中國之存立信用財政經濟等有重大之損害或危險故也。至海盜罪，法律上認為萬國之公罪，不論何國皆得罰之。即學說上所謂世界主義。故又有第五款之規定。在刑法

適用範圍本以屬地主義爲原則，本條及後二條乃其例外。

採用保護主義世界主義之結果，凡在民國外犯特定之罪者，不問爲本國人或外國人，皆適用民國刑法，惟此等犯人除來至民國外，祇有本於國際共助之一法，即從來國際條約及慣例所承認之交付是也。我國與外國除逃犯交付散見於各種約章外，關於在國外犯罪之人，尙無交付之專約；但依一般之見解，犯罪人之交付，須具備下列各要件：（一）犯人須非本國人民。（二）須無政治上之目的。（三）須兩國之法律均以爲罪。（四）須係確在請求國領域內所犯。（五）須有可以認爲犯罪之事實。

第六條

本法於民國公務員在民國領域外犯左列各罪者適用之。

- 一 第一百二十八條，第一百二十九條，第一百三十條，第一百三十一條，第一百三十二條，第一百三十三條，第一百三十四條，第一百三十五條，第一百三十六條，第一百三十七條，第一百三十八條，第一百三十九條，及第一百四十條之瀆職罪。
- 二 第一百七十二條之脫逃罪。
- 三 第二百三十條之偽造文書罪。

義例

本條規定處罰在國外犯罪之本國公務員，不以國籍爲限，卽外人爲中國公務員，亦得適用本條處斷，其與前條不同之點。(一)犯罪之主體不同，卽前條爲普通人民，此卽限於民國公務員。(二)犯罪之客體不同，卽前條犯罪之客體廣，本條犯罪之客體狹。

第七條

本法於民國人民在民國領域外犯前二條以外之罪，具備左列情形者適用之。

- 一 所犯之罪其最輕本刑爲有期徒刑以上者。
- 二 犯罪地之法律以爲罪者。
- 三 犯人在外國未受無罪之確定裁判，或雖受有罪之確定裁判，而其刑未經執行完畢或免除者。

前項之規定於在民國領域外對於民國人民犯罪之外國人準用之。

義例

本條規定亦卽折衷主義之一端，第一項爲民國人民在國外犯本條條件具備之

罪，其被害人，不問爲本國人，或外國人，是爲整飭人民規律而設。卽學說上所謂屬人主義。第二項爲外國人對於本國人在國外犯本條條件具備之罪，是爲保護本國人民而設。卽學說上所謂保護主義。二者用意不同，蓋第一項之被害人，不限於本國人，而第二項則必限於民國人民也。

所謂民國人民，指現未喪失或現已取得民國國籍之人而言，依國籍法第一條規定，屬於中華民國國籍之人，（一）生時父爲中國人者。（二）生於父死後其父死時爲中國人者。（三）父無可考，或無國籍其母爲中國人者。（四）生於中國地父母均無可考，或均無國籍者。第二條規定取得中華民國國籍之人，（一）爲中國人妻者，但依其本國法保留國籍者，不在此限。（二）父爲中國人經其父認知者。（三）父無可考，或未認知，母爲中國人，經其母認知者。（四）爲中國人之養子者。（五）歸化者。無論原有民國國籍或取得民國國籍，在未喪失國籍以前，均爲民國人民。

所謂具備左列情形云者，卽左列各款必須完全具備之意。最輕本刑爲有期徒刑以上，則所犯之罪爲拘役罰金刑者自不在內。本刑重矣，如犯罪地所屬之外國法

律，不以爲罪，亦不得據本法科罰，本刑重矣，犯罪地之法律同以爲罪矣，倘犯人已
在外國受無罪之確定裁判，或雖受有罪之確定裁判，而其刑已經執行完畢，或免
除則亦不得引本法而適用之。蓋整飭本國人民之規律，或保護本國人民之法益，
亦須具有相當之利害也。

節錄第二次修正案理由。

所列舉者在國外犯罪之外國人，皆得處罰，依原案（即暫行律）第六條雖經外
國法院論罪，在本國仍得處罰，不獨使犯人自覺不平，恐與外國國權，或至衝突一
千八百八十六年葛丁之案，其前車也。（美人葛丁在美國對於墨西哥人犯妨害
名譽罪，後因事抵墨，墨法院適用墨法處罰，美國抗議，卒釀成重大交涉，墨國不得
已釋放之。）考外國立法例，對於前二條列舉以外之罪，在國外犯者，本國處罰類
多附以條件，本案略仿其意，規定本條。其第一款不涉及輕微罪，第二第三款則使
犯人泯不平之憾，庶幾參酌中外情形，求適中之辦法。

第八條 除前條之規定外，同一行爲，雖經外國確定裁判，仍得依本法處罰；但在外國已受

刑之執行或經免除者，減輕或免除本法之刑。

義例

本條規定外國裁判無侵及民國法權之效力，係對前條第三款而規定，即前條係指第五第六兩條以外所犯之罪而言，本條即係指前條以外所犯之罪而言，前條所犯之罪，如經外國無罪之確定裁判，或雖受有罪之確定裁判，而其刑已經執行完畢或免除，則為適用本法之條件不具備。至本條則為伸張主權保護刑法效力起見，不承認外國裁判之效力。關於本問題各國刑法互異，法國（第五條）德國（第五條第七條）意大利（第七條）英國美國暹羅等皆嚴守一事不再理之原則。日本及我國，則謂無侵及本國法權之效力，不過視為一種事實，可供本國裁判之參考而已。故如我國之屬地主義與外國之屬地主義相抵觸，或我國之屬地主義與外國之屬地主義相抵觸時，而事實上已在外國受確定裁判，無論其確定裁判屬於有罪或無罪，在本國仍得依法處罰。然在外國所科之刑，已受全部或一部之執行或經免除，若全然置之不顧，亦非公允；故又設但書規定，俾減輕或免除

之。

同一行爲四字，在暫行律本爲犯罪者三字，本法以本條之適用，以同一行爲爲準，非以同一罪名爲準。（同一行爲而法律罪名不同者，各國往往有之。）若用犯罪二字，恐於同一行爲在外國被處罰之罪名，與在本國應處罰之罪名不同，至有不適用本條之誤會，故以行爲言之。「日本修正刑法各草案，用犯人二字，或有用事件二字者，後始改作行爲。（參照德國第七條及其刑法準備草案第七條）」減輕或免除本法之刑之上，在暫行律原有得字，本法以各國立法例對於在外國已受處罰之犯人，應否減輕本國法律之刑，有聽裁判官自由決定者。（例如日本）有以在外國所受之刑算入本國法律之刑內相抵者。（例如瑞士刑法準備草案第四條第二項第八條第一項。）由前例恐有一罪兩罰之失，由後例各國刑名不同，難於比較；若算入本國刑內，又恐畸輕畸重，故本法折衷其間，將得減改爲必減，至所減之額，仍聽法官酌情定奪。

附刪暫行律第八條之理由。

暫行律第八條之條文曰：第二條第三條第五條及第六條之規定，若因國際上有成例而不適用者，仍依成例。案此條前法律館草案本作國際上特別條約法規或慣例，其修正案及憲政編查館核訂案，均改為國際上特別成例，暫行律又改為國際上成例，但無論如何修改，仍不外包括特別條約及國際慣例而言，此條起草時，已多聚訟，今猶未已，是不可不詳為研究者也。前郵傳部簽註反對此條，謂刑法與國際法截然兩物，牽彼入此，實為大謬；而前法律館駁之曰：刑律與國際法如有衝突之時，則刑律不免受國際法之限制，本條即為聲明此項限制而設，並非牽國際法入於刑律之內等語。案所駁理由，姑無論當否，雖或足證明該條並非牽國際法入於刑法之內，而未足證明刑法上有規定該條之必要。又簽註謂此條若作正文，於國家體面大有傷害，條約上之權利，開戰可以失效，今將變條約上之權利，而以刑律定之，於我國所損滋多。而前法律館駁之曰：本條所定，不專關乎條約，凡國際法規慣例，均包在內，僅就條約一端言之，已失原案之旨，且條約亦不僅因戰時而失效，更有因戰時而效力始發生者，故此條之規

定萬不可少。今特定此例，於國權國體，並無傷害等語。案所駁之理由，亦僅足證明該條包含條約及國際法規慣例，並戰時之關係，於條約效力之發生及消滅等項，仍未足以證明刑法上有規定該條之必要。前法律草案理由，謂此條乃本於國內法不得變更國際條約及慣例之原則而定；然亦不過聲明此條之基於某原則，未嘗論及此原則何以必當列為刑法正文。

國內法不得變更條約，及國際法規慣例之原則，實基於國際法而非基於國內法，而刑法為國內法之一種，故此原則，不因列入刑法而始有效，亦不因不列入刑法而失其效。是著為條文與否，其效力如故也。蓋此原則為世界所公認，而各國刑法典未有規定受國際法限制之條文，然亦未見因此而破壞國際法之限制，此就各國立法例而言。若更就我國國際上特殊之地位而言，則為外人之領事裁判權。但此節決不足以為設立該條之理由，外人與我國訂立條約，允許俟修正法律時，撤回領事裁判權者，已有數國，是領事裁判權，未嘗無撤回之希望，似不宜立此條文垂為常典。查暹羅新刑律頒行時，尙未撤回領事裁判權，而亦無

類似此條之規定，故就理論及立法例言之，皆應刪去。

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

義例

本條規定，以本法爲國家刑罰之根本，故其總則效力可推及於無反對規定之一切罰則而適用之；蓋刑法爲制定刑罰之普通法，其總則尤爲構成犯罪及科刑之通例，故以可適用於其他定有刑名之法令爲原則。惟其他法令既立於普通刑法以外，自爲一種之特別法則，如有反對明文與本總則自首減免累犯併合論罪緩刑假釋等例相背，是又特別規定應優於普通規定。本總則則因而失效，不限於一律適用，故用但書以申明之。

所謂其他法令，自指一切法律命令而言，如陸軍刑律，海軍刑律，違警律，及懲治盜匪條例，懲治綁匪條例，反革命治罪法，（司法院院字第二〇八號解釋云，暫行反革命治罪法第十條，僅稱未遂犯罪之，而無如何處刑之規定，則關於未遂犯之科刑，自應適用刑法第九條第四十條辦理等語可參考。）懲治土豪劣紳條例，私鹽

治罪法等皆屬之。惟適用之標準有三，適用之要件有二，是不可不注意。適用之標準：(一)他種法令已設獨立之總則者，於其規定不相矛盾之範圍內得適用之。(二)他種法令無獨立之總則者，完全適用，並無例外。(三)他種法令無有獨立總則，而已以明文規定不適用刑法總則中某部分之旨者，除特別規定不適用之部分外，其他部分仍得適用。適用之要件：(一)必其他法令定有刑名。(二)必其他法令無反對規定。

第二章 文例

凡刑法上常見之用語，別有一定之意義及範圍者，不可不有明文規定以釋明之。蓋必有此解釋，而後解釋法律可收劃一之效，即遇複雜之論文，亦可使用一定用語使其意義更加簡明也。我國舊律，向有此等條文揭載於名例中。（如稱乘輿車駕御蹕制敕僧道之類）暫行律仿荷蘭例，特立專章，惟以文例不僅關於總則之用語，而關於分別之用語尤多，特以其殿諸總則之後。本法以總則各章，無一不適用於分則，似不足據此以定章次之先後，況文例一章，關係於總則者不少，如稱以下以上以內者，俱連本數或本刑計算，其與總則之共犯刑名

累犯併合論罪刑之酌科加減緩刑假釋各章，在在有關係；故從多數立法例將文例列諸法例章後，其他各章前。

第十條 稱以上以下以內者俱連本數或本刑計算。

義例

本條規定計算上下之例，如二月以上十五年以下之刑期，或一元以上三百元以下之罰金，其指定之十五年二月之本刑，及三百元一元之本數，皆在法定範圍之內，故應連同計算之。自其最多數言之謂之以下，自其最少數言之謂之以上，以內與以下之義同。此例適用於刑期金額及其他法定期限者甚多，故文例中特以明文定之。

第十一條 稱親屬者謂左列各親：

一 夫妻。

二 四親等內之宗親。

三 三親等內之外親。

四 二親等內之妻親

義例

本條規定親屬之範圍，因分則各條特定之罪，有因此等身分爲告訴或減免刑罰之原因者，故以明文定之。第一款夫妻指夫對於妻，妻對於夫言。第二款宗親指同宗親屬，即同一祖先所出之男系血統言，如同母弟，同母妹，同父異母弟，同父異母妹，堂伯叔父母，堂兄弟，堂姊妹，再從兄弟，再從姊妹等屬之。第三款外親指宗親妻親以外之姻親言，如姑之夫族，姊妹之夫族，祖姑孫女之夫族，女之子孫，母之叔伯堂舅等屬之。第四款妻親指夫對於妻之親屬言，不論妻之本宗外親，苟在親等計算上，能列入二親等者，均得謂之妻親，如妻之堂兄弟，（即妻親內之宗親）固當包括於妻親之內，即妻母之父母，所謂妻之外祖父母，（即妻親內之外親）與妻之姨母胞姑等，亦均包括於妻親之內，宗親以四親等（親等計算法詳第十三條理由欄）爲限，外親以三親等爲限，妻親以二親等爲限者，親疏之義爲之也。

此外尚有應注意者二端：（一）第四款僅載二親等內之妻親，並無夫親之規定者，

因妻既入夫家，則夫之四親等內宗親，自應視為妻之親屬。（參照最高法院解釋第一九三號第二四一號及司法院院字第二二號第二〇二號解釋）（二）妻對於夫之旁系尊親屬，有無親屬關係，在本法各款，雖未訂明，然夫之親屬，如合於本條第二款或第三款之規定，無論是否旁系尊親屬，均應認為妻之親屬。（參照最高法院解釋字第二〇八號解釋）

第十二條

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

義例

本條規定直系親旁系親之界限。己身所從出，即己身之所自來，從己身所出，即源淵自我。前者為父母，為祖父母，為曾祖父母，為高祖父母；後者為子女，為孫子孫女，為曾孫子曾孫女，為元孫子元孫女，血統相承，故為直系親。非己身所從出，又非從己身所出，而與己身或妻出於同源之祖，或出於同源之父，如兄弟姊妹伯叔及伯叔姑，堂兄弟堂姊妹堂兄弟之子若孫等，雖出於一本，而非己身之所本。或本於己

身也，故爲旁系親。

第十三條

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

義例

本條規定親等之計算，在中國舊律親屬範圍，向以服制圖爲根據，服制圖衍自喪禮，出乎禮者，卽入乎刑，故刑罰之輕重，以服制之遠近爲比例。本法親屬範圍則不用服制圖，而用親等計算法，其理由如下：

一 服制圖期功總麻等差昭然，故舊律刑罰亦因之爲加減，暫行律除尊親屬外，刑罰同一，（亦有加減，然以犯罪人之素行犯罪時之心術而定，不以服制圖爲加減。）已無區別之必要，故不如將服制圖專讓之於禮制，而刑律親屬之範圍則用親等計算法。

二 舊律服制圖爲圖凡七，煩複細密，既非庸愚所能周知，卽賢智亦難猝記，親等

計算法較爲簡易，不必按圖卽能定其親疏遠近。

三 民律草案，雖未施行。而其親屬範圍，亦以親等計算法爲準，近來法院引用之條理，學校教授之講義，大都準諸民律草案，則親等一端，亦不失爲習見習聞之事，卽將來改訂草案，自當以親等計算法爲宜，故不如於刑律中先求適用，俾民刑兩法之合符。

四 禮制爲一國所自有，不妨從異。法律則須審取他國之良例以爲衡，親屬範圍各國均用親等計算法，卽日本亦適用此法，而廢棄舊有之制，故我國亦宜採用，以示擇善而從之意。

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

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

馬法計算法，其直系親以一世爲一等，應以四等親爲限，至旁系親則須依八等親爲限，於理殊爲不合；故不如採用寺院法計算法，直系旁系均以四等親爲限，則與舊律服制宗親之範圍適合云云。本法雖不用服制圖而用親等計算法，然親屬範圍，仍多根據服制圖，故準民律草案，亦以寺院法計算法定之，此本條之所以規定也。

第十四條

稱直系尊親屬者，謂左列各親：

- 一 父母。
 - 二 祖父母，曾祖父母，高祖父母，及高祖以上祖父母。
 - 三 外祖父母。
- 爲人後者於本生直系尊親屬，仍以直系尊親屬論。

義例

本條規定直系尊親屬之範圍第一項第一款稱父，包括本生父嗣父言；但子隨母嫁，並改從繼父姓氏，對其繼父不能認爲直系尊親屬。（參照司法院院字第五號

解釋）稱母包括生母出母（參照司法院院字第五號解釋）嗣母繼母（參照司法院院字第九八號解釋）嫡母（參照司法院院字第二三七號解釋）言；但父妾雖對所出之子爲直系尊親屬，（參照司法院院字第二三七號解釋）餘子對之不包括在內（參照最高法院解字第二一三號解釋）在第十一條規定宗親範圍俱以四親等爲限，然直系尊親屬爲己身血統所在，故第二款對於高祖以上祖父母，亦嚴爲規定，所以示親親之義，並以別於其他宗親也，第三款外祖父母卽母之父母是也，應以母之所從出者爲限。第二項云云，卽補充第一項第一款父母之規定，蓋恐旣爲人後，反致疑於其本生父母也，故曰仍以直系尊親屬論。

第十五條

稱旁系尊親屬者，謂左列各親：

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

義例

本條規定旁系尊親屬之範圍，除限於同胞外，如爲姑及姊，並須再具在室條件，則非祖父或父母或自身同胞，或雖與父與自身同胞，而並未在室，則均不在本條規定範圍；但尙有二項應注意者：（一）父之胞姊妹應認爲旁系尊親屬者，既以在室爲限，則母之胞姊妹亦當然屬於在室；但司法院解釋則不以在室爲限。（參照院字章二〇二號解釋）（二）同父異母者仍不失爲同胞，同母異父者，則不在同胞之內。

旁系尊親屬之規定爲暫行律所無，設如在適用暫行律時期，對於旁系尊親屬犯輕微傷害罪之案，至刑法施行後判決，是否依犯罪時之法律，仍認爲普通傷害罪。查照刑法第二條但書，適用暫行律較輕之刑，不受刑法第二百九十八條第二項加重處刑之拘束，或應照該條項加重處斷，無庸依刑法第二條但書辦理，不無疑議。依司法院院字第二七號解釋，除妻對於夫之直系尊親屬暫行律與刑法規定不同，應依刑法處斷外，應仍以普通傷害罪與刑法各規定比較科刑，是亦不可不

注意。

第十六條 夫於妻之父母及祖父母以旁系尊親屬論。

妻於夫之父母及祖父母同。

義例

本條規定夫妻間尊親屬之範圍，其精神正與第十二條互相發明；蓋妻之父母或祖父母於妻雖爲直系尊親屬，於夫則非其所從出，倘視夫地位與妻相同，固似矯枉過正，然若等諸其他親屬，則未免過爲疏遠，本條斟酌倫理，雙方俱論爲旁系，既無偏重男系之嫌，又可救舊律從夫之失，去此範圍，則或認爲親屬，或視爲普通，一依第十二條第二款第四款及第十三條之規定計算定之。（參照最高法院解釋字第一九三號第二四一號解釋）惟應注意者，妾之制度既認爲與男女平等之原則不符，許其任意離異，（參照司法院院字第七號解釋）則妻妾身分，自不得同日而語，因之妾對家長之尊親屬，亦不與妻相同。易言之，妻所認爲尊親屬者，妾不能認爲尊親屬。（參照司法院院字第三四一號解釋）

附刪暫行律第八十四條之理由

暫行律第八十四條稱議會及選舉者，謂依法令設立中央及地方參與政事之議會及其議員之選舉。本法以此條惟適用於分別之妨害選舉罪。且議會之名稱亦未見諸律文，似無設立文例專條之必要。

附刪暫行律第八十五條之理由

暫行律第八十五條稱僧道者，謂僧尼道士女冠及其他宗教師，此條爲前法律館及憲政編查館各案所無，而經資政院增入者。蓋沿舊律文復加入其他宗教師一語。前清現行刑律名例門律云，凡稱道士女冠者，僧尼同。若於其受業師與伯叔父母同。其於弟子與兄弟之子同。律注如道士女冠犯姦，加凡人罪二等，僧尼亦然。又如俗人罵伯叔父母徒一年，道罵師罪同。受業師，謂於寺觀之內親承經教，合爲師主者。又如俗人毆殺兄弟之子徒三年，道冠僧尼毆殺弟子同罪。案舊律以僧道犯罪因有特別身分之關係，故科刑與俗人異，然暫行律分別祇第三百六十三條以僧道洩漏人之秘密罪，可適用之，其非普通文例與前條理由

附刪暫行律第八十六條之理由。

暫行律第八十六條第一項依分則援用別條處斷，而別條之罪應論未遂預備或陰謀者，於處斷本條之未遂預備或陰謀犯并援用之。第二項於起意犯，及從犯亦同。修正案將第一項改作本法分則中一條援用他條，而他條之罪有未遂預備或陰謀爲罪之規定者，以并援用其規定論，比暫行律較爲明瞭。案前法律館修正案案語，謂此條指分則各條內依某條處斷或以某罪論而言，正犯既援用本條，若未遂或共犯等，均無不援用本條云云。誠如所言，則屬援用條文當然之解釋，而此條轉成贅文。又文例章，乃爲解釋律文所用之名稱而設，本條係規定條文之援用，而非解釋名稱之意義，故本法刪去之。

第十七條 稱公務員者，謂職官吏員，及其他依法令從事於公務之議員及職員。

義例

本條規定公務員之名稱及其範圍，公務云云，自係專指國家事務而言，凡一切社會事業不屬於國家事務內者，應不在內。職官吏員固限於從事國家或輔助國家

事務之官吏，而議員職員，亦必須與『依法令從事於公務』之條件相合，始得稱爲公務員；因之省立學校校長如經中央或省政府任命得認爲公務員。（參照司法院院字第二三九號解釋）而律師（參照司法院院字第一九五號解釋）或團董地保（參照司法院院字第一六七號解釋）則不得認爲公務員。現在以黨立國，關於黨務自爲國家事務之一，則處理黨務職員，當然屬於本條所謂公務員之內。（參照最高法院院解字第二一一號解釋）惟尙有應注意者，則無論爲職官爲吏員爲議員爲職員，均須以現在者爲限，若去職後，則只可爲行政法上之公務員，而不得爲刑法上之公務員。

第十八條 稱公署者，謂公務員執行職務之處所。

義例

本條規定公署之名稱及其範圍、處所，卽爲公署機關所在地點。換言之卽爲公務員辦公地點，故非執行公務之處所不爲公署，非公務員執行公務之處所，亦不爲公署。

第十九條 稱公文書者，謂公務員職務上制作之文書。

義例

本條規定公文書之名稱及其範圍，凡表示意思之物，而有永久存在之性質者，謂之文書；其內容或用文字記載，或用符號表明，均無不可，且亦不以普通人所能辨識者為準。所謂公文書則（一）必限於公務員制作之文書。（二）必限於公務員因職務上所制作之文書。惟所謂公務員職務上制作之文書，不以基於國法上或國際法上之關係而製作者為限，其他本於私法上關係而作之文書，亦得為公文書。

第二十條 稱重傷者謂左列傷害：

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

六 變更容貌且有重大不治之傷害。

七 毀敗陰陽。

義例

本條規定重傷之標準及其範圍，視能，聽能，語能，即耳目口鼻各官之能力。機能屬於四肢，即人之手足。陰陽即男女之生殖機能。毀敗云者，即喪失其能力之謂。於身體或健康有重大不治之傷害，如致成癲狂，或終身輾轉床褥者是。身體屬於體質狀態，健康屬於精神狀態，然體質狀態雖包括人身外部及內部之一切組織在內，而健康狀態則有時非專就精神狀態而言。（參照司法院院字第二三七號解釋）即體質狀態亦常範圍在內，故在學理上有稱此健康狀態為病的狀態者。變更容貌且有重大不治之傷害，如剷其鼻，截其耳，折割其唇齒，以致無法回復其原狀者是。本條在暫行律原分篤疾，廢疾，輕微傷害三種，本法以損害而至重傷者，顯而易見，法律預定其範圍處以較重之刑，未嘗不善，若其餘傷害，非逐案審察，恐有強入輕重之虞，試以暫行律所稱之廢疾論之，於案件最多援用者為第八十八條第

二項第五第六款疾病日數及廢業日數；然以日數相去爲輕重之標準，未見的確。譬如同一傷害，得良醫則獲痊較速，否則逾法定日數或仍未愈，若以此判別，難得公平。現時訴訟統計，以傷害罪爲多，必俟逾法定日數然後判罪之輕重，則案件之積壓停滯，所不能免，於國家及犯人均無便益。若未滿法定日數預行判罪，又恐涉違法之嫌。考外國立法例分析傷害罪最詳細者爲意大利（計分四種）最簡單者爲日本（只用傷害二字包括輕重）若法國那威瑞士（刑法準備草案）分三種，德國英國美國荷蘭分兩種，其以日數爲標準者，始自法國，而意大利荷蘭從之。晚近德國刑法準備草案，及其委員會刑法草案，亦將傷害分爲兩種，日本新刑法理由書，謂此種細密之區別，不獨裁判上發生不便，即實際上亦難期正確，德國刑法準備草案理由書，亦有評論，大意相同。本法既嫌暫行律過於細密，又嫌日本過於概括，爰折衷各國立法例擇其傷害重大如暫行律所謂篤疾者，改爲重傷，其餘傷害，由法官臨時斟酌輕重科斷，故將暫行律所謂廢疾及輕微傷害兩項，統名傷害，且不加列舉，庶免事前強定之失。

第三章 時例

刑法上計算期限之問題，大抵因適用有期自由刑而生，即所謂刑期計算之問題是也。此外如關於易科監禁之期限，累犯之期限，緩刑假釋時效之期限等，亦常發生期限計算之問題，故必有一定計算之法，著爲通例，方足以期畫一而免參差，此本章之所由設也。

第二十一條 時期以日計者閱二十四小時，以月或年計者從曆。

時期以若干分之幾計算者，一月爲三十日，一年爲十二月。

義例

本條規定期限計算之通例，以日計者閱二十四小時，即謂計算一日必須經過二十四小時也。以月或年計者從曆，即謂一月之日數不等，一年之日數亦不等，定爲從曆計算爲簡便也。但本法以若干分之幾爲加減，若以月年計者從曆，則乘除之際，反形不便，故又有第二項之規定。

第二十二條 時期之初日，不計時刻，以一日論，最終之日須閱全日。

放免囚犯，於期滿之次日午前行之。

義例

本條規定計算期間始終之通例，第一項初日不計時刻者，即不必滿二十四小時也。在刑訴法上被告人以期限之長爲利益，而刑法上則以短爲利益，故刑訴法第二〇五條規定不算入第一日，而本條則於初日不計時刻，皆以被告人利益爲主也。第二項放免囚犯於次日午前行之云云，非伸張期限，乃限制延長。

第二十三條

刑期自裁判確定之日起算。

裁判雖經確定，其尙未受拘禁之日數，不算入刑期內。

義例

本條規定刑期起算之例，第一項以裁判確定之日起算，是爲法律上之原則，第二項雖確定而未受拘禁之日數不算入刑期內，是爲事實上之例外；蓋因被告事件輕重不一，在審判之中，未必概行拘禁，故其未入獄之日數，必不算入刑期，方與第一項之原則相合也。

第四章 刑事責任及刑之減免

刑罪之制裁，本爲犯罪行爲在法律上之結果，而欲對於犯罪之人，加以刑罰，自非行爲者對於行爲有應負之責任不可。責任云者，乃可被非難之心理動作，而爲犯罪行爲之原因者也。易言之，即對於犯罪之直接或間接的意思決定，而以故意或過失爲其內容者也。使行爲而缺此心理的動作，（故意或過失）其行爲即不得爲有責行爲；然行爲有責矣，倘其人尙爲無健全心理狀態之人，即爲無責任能力之人，或雖爲有責任能力之人，而具有排除違法性之原因，則亦不得據以科罰。故故意過失責任能力等均爲構成犯罪之一般要件，排除違法性之原因，亦爲近似違法行爲，所以不爲違法之一般原因。（特別要件與特別原因規定於分則中）

一般要件中，除故意過失容後詳述外，責任能力可分爲三階級：（一）有責任能力。（二）無責任能力。（三）薄弱責任能力。有責任能力人負刑法上完全責任；無責任能力人，全然不負責任；薄弱責任能力人，應負之責任，較責任能力人爲小。應負完全責任者，無須詳論，至於不負責任，或所負責任爲小者，在本法中屬於前者有二：（一）未滿十三歲之幼者。（二）心神喪失人，即精神病人。屬於後者有四：（一）未滿十六歲人。（二）滿八十歲人。（三）心神耗弱人。（四）

瘖啞人。

一般原因所謂排除違法性者，大別有二：一爲適法原因，一爲單純之排除違法性原因。此二者之區別，基於適法原因之行爲本爲依據法律所命或許可之行爲。若基於單純排除違法性原因之行爲，則爲法律所禁止之行爲，不過因他種理由不問其罪而已。此其一。基於適法原因之行爲，被侵害者，不得主張防衛權利。若基於單純排除違法性原因之行爲，則被侵害者有防衛權，此其二。本法中在法理上可謂之爲適法原因者有四：（一）依法令之行爲。（二）依正當業務之行爲。（三）依上級公務員命令之職務上行爲。（四）不法防衛行爲。可謂之爲單純排除違法性原因之行爲者有二：（一）緊急救護行爲。（二）有特別義務者，在緊急危難中非救護自己之行爲。

本章在前法律館草案及修正案，原名不論罪，憲政編查館核訂暫行律時，以不論罪者指有罪而不論，似不能包括該章各條。卽如依法令或正當業務之行爲，謂爲有罪而不論，於常情於法理均有未協，始以不爲罪名之。本法以不爲罪之名稱亦不能包括各條，與不論罪之失相等，如暫行律第十一條未滿十二歲人之行爲不爲罪第十二條精神病人之行爲不爲罪

各云云。按照共犯之解釋，教唆及幫助犯，其罪成立與否，一依正犯之罪爲準。質言之，卽共犯爲附屬正犯之性質，不能獨立自成一罪，若謂未滿年齡人及精神病人之行爲不爲罪，則幫助此等人之行爲，照共犯之解釋，亦當然不爲罪，將使幫助幼年及精神病人犯罪者，無所顧忌，恐非立法者之本意。況不爲罪條文中，亦有規定爲罪處罰者，故改爲刑事責任。又暫行律宥減自首各章，關於減等或免除各條，與不爲罪章減等各條旨意相類，故本法併入本章，於刑事責任下繫以刑之減免，俾界劃以清，而旨意以貫，亦法之進步一端歟。

第二十四條 非故意之行爲不罰。

義例

本條係確立無犯意，卽非犯罪之原則。凡刑法上所謂犯罪行爲，應具普通要素有六，前已言之。本條及次條卽爲六要素中所謂行爲須具有責任要件者是。不具此要件，雖係有責任能力人之違法行爲，亦非刑法上所謂犯罪。質言之，凡行爲非出於故意，則不得謂之罪行，故不罰之。不罰云者，非謂其行爲不違法，乃謂其違法行爲，非出於可被非難之心理動作，故刑法上不予以罰也。

第二十五條 過失應處罰者，以有特別規定者爲限。

義例

本條規定過失處罰之標準。過失問題之所由生，大抵在於以結果發生爲成立要件之犯罪，至若不以發生結果爲必要之犯罪，通常不生過失問題。由理論上言之，一切犯罪行爲之實行，皆得有過失可言，然試以過失與故意相比較，其可被非難之程度，究屬輕微，自不宜貫徹理論上之主張，使受同等之責任，故基於故意之違法行爲，以處罰爲原則，基於過失之違法行爲，則以不罰爲原則，以特別規定爲限云云，卽所以示其爲例外也。

就刑法上之意義言之，責任之實際，卽違背刑法上義務之可被非難的心理動作也。刑法上義務之違反，有直接與間接之別，故意責任與過失責任之所由分，卽以此爲標準。行爲者能辨識犯罪事實而仍決意爲之者，謂之直接違背刑法上之義務。此時行爲者所負之責任爲故意責任，反之，行爲者對於其所發生之犯罪事實，雖無辨識，但若一用相當注意，卽能辨識之者，謂之間接違背刑法上之義務。此時

行爲者所負之責任，爲過失責任。

第二十六條

犯人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者爲故意。

犯人對有構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背犯人本意者，以故意論。

義例

本條確定故意之範圍。構成犯罪事實云者，乃構成刑法上犯罪行爲所必要之特定的要素是也。例如殺人或傷害人，或竊取他人所有物，各有其特定構成之要素，具此特定要素之事實皆犯罪構成事實也。

第一項卽學說上所謂直接之故意，其要素有二：（一）必明知爲犯罪事實。（二）必

對於明知之犯罪事實有意使其發生。前者謂之智識要素，或認識要素；後者謂之意思要素。蓋具有責任能力之犯人，當其實施行爲之時，苟對其行爲是否有違法性質，是否爲構成犯罪之事實，本無何等認識，而竟爲之，則固不能謂爲有故意之行爲；倘認識矣，並無使構成犯罪之事實，具有實現之決意，則法律上不能謂有動

作，卽不能謂有行爲，自亦不生犯罪問題。必也明知與決意二者兼備，始得認故意之要素完成。雖然，行爲者之認識，常有與其發生或本來存在之客觀事實有不相一致者，此等不相一致情形謂之錯誤。易言之，卽認識與對象之齟齬也。此等齟齬，在法律上應有何等影響，當分法律錯誤與事實錯誤二項言之。法律錯誤，詳於第二十八條，事實錯誤，更有法定事實或具體事實錯誤之不同。法定事實之錯誤，卽法律預定之抽象的事實有錯誤之謂，其錯誤之影響，有與犯罪之成立與否有關係者，亦有與刑罪輕重有關係者。前者如誤信他人之物爲自己所有物而擅取之是。此時以其對於犯罪客體欠缺認識之故，可謂無犯罪之故意。（參照前大理院六年上字第七九六號判例）後者如誤認自己尊親屬爲普通人而殺之是。此時應從行爲者所知之客體以定其罪，不應依行爲者所不知之客體而科以重罰也。具體事實之錯誤，卽犯罪之具體的事實與犯人所知有異之謂，分爲目的物錯誤，手段錯誤之二種。前者如誤認某甲而殺某乙，誤信有某甲所有物，而竊取某乙之所有物是。此等錯誤於犯罪之成立或輕重固不生何等影響。（參照前大理院四

年上字第一〇二八號及十年上字第三六八號十二年上字第二九二號判例）後者如某甲意圖殺害某乙，見乙在東方，舉槍向之射擊，不意因兩手顛狂之故，致將在南方之某丙轟斃。就其殺害某丙一點言之，雖全然欠缺故意，但既具有殺乙故意，則亦不因錯誤而謂不負故意殺人罪責。（但有反對說）故無論爲目的錯誤，或係手段錯誤，在刑法上均認爲與被告之犯罪惡性無關。（參照最高法院十七年上字第六〇六號判例）均應依律處斷。

第二項即學說上所謂間接之故意，其要素亦有二：（一）對於構成犯罪事實必預見其發生。（二）構成犯罪事實之發生，並不違背犯人本意，蓋前項故意，是明知其爲構成犯罪事實，並有意使構成犯罪事實之發生。質言之，即以犯罪行爲或結果之發生爲目的者也。若本項則對於構成犯罪之事實，初非根於認識，且非有意使其發生，不過此等行爲或結果之或可以發生，具有相當預見，而仍有爲其行爲之意思，及其發生，果不出於預見範圍，且與犯人本意無違，則雖非根於明知，而同於明知，雖非出於有意，而同於有意。例如甲在南方，乙與野獸同在北方，甲當舉槍向

野獸發射之時，已知或可擊中某乙，而某乙竟因中彈而致斃命，在行爲者之目的，雖在獵獸，並無期望某乙死亡之心，然預知其或可發生某乙死亡之結果，而仍敢於爲之，故以故意論。以故意論者，準故意之謂也。

學說上關於故意之分類頗多，舉其要者有四：

第一確定之故意與不確定之故意。對各犯罪結果之發生有確實無疑之辨識，因而欲爲一定行爲，使其結果得以實現者，謂之確定故意，一名直接故意。故如實行（一）以犯罪結果之發生爲目的之行爲，（二）因達其目的而使犯罪結果發生之行爲，及（三）與犯罪結果發生必然相伴之行爲者，即皆有確定之故意。反是辨識不能無疑，惟知其或可發生某種結果，因而爲一定行爲，期其結果或可發生者，謂之不確定故意，一名未必故意，或間接故意，亦稱可能故意。如前舉某甲向獸放槍以致轟斃某乙，即有不確定故意之一例也。一般犯罪之構成，本以僅有故意存在爲已足，至其故意之爲確定或爲不確定在所不問。（有例外）「不確定故意更有擇一故意，一般的故意二種。擇一故意云者，即謂認識數結果中之一之發生而

欲爲其行爲之意思也。例如以殺人故意，向甲乙二人發槍，知其中必有一人被殺是，一般的故意，或謂概括的故意。關於此種意義，學者見解有三：一說謂指結果發生之範圍不確定者而言。例如傷害罪由其傷害行爲而生如何範圍之傷害，不能確定之預見是。二說謂指被害人之範圍不確定者而言。例如於人叢中拋擲炸彈，或於水井中投入毒物是。三說謂現實之結果雖非行爲者之所認識，然行爲者若有爲其事實上發生該結果之行爲之故意時，則對於其不認識之結果，即可謂有一般之故意。例如絞殺他人，見其氣絕信爲已死，遂即投諸水中，以圖滅跡，不料被害人竟因落水以致溺斃，此時行爲者對於溺斃之結果，即有一般的故意也。」

第二預謀之故意與非預謀之故意。犯罪之故意，由於幾經籌畫深思熟慮而後決定者，謂之預謀之故意，未經深思熟慮卒然而決定者，謂之非預謀之故意，或曰突然之故意。此二者之區別，在暫行律上於犯罪之構成並無何等關係，亦非法定刑罰加重或減輕之原因，若在本法則於刑之酌科固有關係，且有時爲加重之條件，如第二百八十四條是。

第三實害之故意與危險之故意。侵害法律上保護之利益（法益）之故意，謂之實害故意。欲使此等法益陷於危險狀態之故意，謂之危險故意。例如殺人之故意，在於現實侵害他人之生命，故為實害之故意。又如遺棄幼兒，對於幼兒生命無使現實，被害之決心，僅有與以危險之意思，故為危險之故意。於茲應注意者，即在危險故意與不確定故意之區別，在危險之故意，全無實害發生之辨識，祇知有生實害之危險；不確定之故意，則不止知有結果發生之危險，且有或可發生實害之辨識也。

第四普通之故意與特別之故意。構成一般犯罪所必要之故意，皆為普通之故意。然特種犯罪，亦有以特別之故意為其成立之要素者，所謂特別之故意，即具有特別目的或動機之故意之謂。然有特別故意之時，必有普通之故意，所差異者，一則有特別之目的或動機，一則無此附加之目的或動機耳。此等特殊犯罪所必要之特別目的或動機，法律上有以法文明定之者，亦有雖無法文明示而其犯罪之性質上，以有此等之特別目的或動機為必要者。例如收受或交付偽造貨幣罪（第

三一一條二項第二一二條第二一三條二項第二一四條第二一五條) 交付或收受偽造文書罪(第二二六條二項第二三七條二項) 之構成, 除有收受或交付之故意外, 尚須具有行使之目的, 是即以明文規定之例也。其他如第一〇三條(內亂罪) 第一〇七條(外患罪) 第一二六條(妨害國交罪) 第一四七條(妨害公務罪) 第一六七條(妨害秩序罪) 第一八〇條(誣告罪) 第二四六條(妨害風化罪) 第二五七條二項第二五八條(妨害婚姻及家庭罪) 等之規定, 亦均以特定目的之存在為必要。反是各竊盜罪之構成, 於知為他人所有物而竊取之之故意外, 尚須具有不當取得所有之目的, 此蓋由於犯罪性質而生之當然結果, 雖無明文規定可也。犯罪之構成, 雖有不以此等特別目的或動機之存在為必要, 然依其目的或動機如何, 於其犯罪責任之大小, 必有至大之關係, 故當酌科之時, 亦不可不加之意也。

第二十七條

犯人雖非故意, 但按其情節應注意, 並能注意而不注意者為過失。犯人對於構成犯罪之事實, 雖預見其能發生而確信其不發生者, 以過失論。

義例

本條確定過失之範圍。即指犯人對於構成犯罪之事實，並非有意使其發生者而言。（參照最高法院十九年非字第十一號判例）第一項即學說上所謂不認識之過失，其要件有三：（一）應注意，（二）能注意，（三）於應注意能注意中而不注意。所謂應注意者，指行為者對於犯罪結果之發生應有相當注意之義務也。所謂能注意者，指相當注意之程度，實為行為者之注意力之所能及也。犯罪結果發生之可能，雖本全無認識，然既有應注意之義務，且注意程度又為行為人注意力之所能及，自不能不有相當注意，乃竟不嫌疏忽，漫然應之，自係於應注意能注意中而不注意，當然負過失罪責。

第二項即學說上所謂認識之過失，其要件有二：（一）先有或可發生之預見。（二）又確信其不發生。就第一要件言，例如電車正在進行中，司機人見有孩兒嬉遊於前方軌道之上，已知軋斃之結果，或可因而發生。就第二要件言，如上例司機人雖已知或生軋斃孩兒之結果，而又確信其能聞鈴退避，遂即大鳴警鈴前進不止，以

致預見結果，竟以發生，自亦不能不以過失論也。

在認識之過失，行爲者雖無具體的結果發生之認識，而有可得認識之情況，在不認識之過失亦然，行爲者對於抽象的結果之發生，亦須在於可能認識之境遇，否則卽不生過失之問題。故惟能知抽象的危險之發生者，始有所謂不認識之過失。例如策馬疾行，使用蒸氣機關電氣機關，或使用炸裂物以裂岩石等行爲，依其行爲自體可以發生抽象的危險之事，吾人可能認識，因不注意致不認識者，始得謂爲不認識之過失也。

對於一定結果之發生，已預見其爲可能，是爲認識之過失，其與不確定之故意甚相類似；然認識之過失，無使結果發生之故意，而不確定之故意，則不能謂無此意思也。此爲二者唯一重要之異點。

雖然，不認識之過失，是爲應注意能注意而不注意；認識之過失，是爲確信具體的結果之不發生，而不注意。二者雖有程度之不同，而其未盡注意之義務則一也。蓋過失成立之前，提卽以行爲者有應加注意之義務爲必要，苟無注意之義務，縱因

欠缺注意之故，致生不測之結果，亦不負何等刑事上之責任。至其應負注意義務與否，不外依據法令或習慣以斷定之。例如於街路上爲危險之工程時，不可不設圍障，保管火藥，或其他危險物，不可不有特別之裝置等，卽法令上所命之注意義務也。又如幼兒不可使之遊戲於交通衝要之街道，燃燒物不可使之與火接近等，卽依習慣而生之注意義務也。

應負注意義務與否，既有標準以資斷定，至於注意義務之程度如何，則亦一至關重要問題。茲舉其自來學說如次：（一）客觀說，一稱抽象說，卽謂不注意之程度，應依一般人所能注意者爲標準而定之，僅爲此標準以下之注意者，卽爲有過失。至行爲者本人之注意力如何，則可置之勿問。（二）主觀說，一稱具體說，卽謂以行爲者本人之注意力爲標準而定不注意之程度也。（三）折衷說，卽謂行爲之際所必要之注意之標準，得從行爲之客觀的性質以決定之，至行爲者對於事實發生之可能預見與否，則須以行爲當時行爲者之智能爲標準，從主觀的以定之也。上列三說，自以折衷說爲當。茲試申述其理。吾人對於事物之注意，由日常生活上觀之，

其程度不盡相同，故事實上較法令或習慣上之注意義務更加一倍或數倍之注意者，往往而有；然法律所要求之注意義務之程度，本於普通人可能之注意爲已足，非必求其能爲特定人所能爲之注意也。何則？注意之義務，無論其爲法令所命或由習慣而生，要皆有使普通人咸能遵行之性質，非獨限於特定之人使其負此義務故也。行爲者對其行爲既爲普通人所能爲之注意，則縱令未爲其自己特有精神之注意，亦不能謂有認識之過失（懈怠）使負何等之責任。至行爲者怠於爲此普通之注意與否，所以須依行爲者之智的能力如何以決定之者，亦自有故。蓋刑事上責任問題，必與責任能力相關連，過失責任亦然，行爲者之智的能力，常爲過失責任之前提，智能之有無，卽爲過失責任有無之標準；智能之薄弱，亦卽爲過失責任減輕之原因。且行爲者既然傾注全力於其所爲之行爲，而猶謂爲可被非難之心理的動作，亦與刑法本旨顯相矛盾，故有注意義務之行爲者，如已盡其智能爲集中之注意時，縱令其注意程度遠不及於常人，仍不能使負不注意之責任也。從事特別職務之人所負之注意義務，有比普通人較高者，有爲普通人所無

者，怠爲較高之注意義務時，其過失責任比常人爲大，怠爲普通人所無之特別注意義務時，惟有此特別職務者負過失之責任，常人則否。譬如誤用藥品使人服之，以致於死，行爲者如係普通人，應依普通過失致死罪處斷，如係醫師，應依業務上過失致死罪處罰，此爲前者之例。又如監獄官吏當火災之時，怠於解放囚人，致令焚斃，船長遭遇海難，怠於救護乘客，致令溺死，均依業務上過失致死罪處斷，此爲後者之例。反之，普通人對於囚犯或搭客則無開放或救護之義務，故雖怠忽此等注意，亦不負何等過失之責任。

第二十八條

不得因不知法令而免除刑事責任，但因其情節得減輕本刑二分之一。

義例

本條規定，即學說上所謂法令之錯誤。其與刑事責任之關係，不獨故意罪有之，即過失罪亦有之。所謂不得因不知法令而免除刑事責任云者，以人民對於國家公佈之法令，皆負應知之義務，法令之錯誤或不知，不能爲障礙故意之理由，故仍不得免除刑事責任也。否則，知法令者，反立於不利之地位，而無知者皆可免於刑罪。

矣。殊非公允。學者有謂法令之錯誤或不知，與純然事實之錯誤不得明白區別者，然依吾國刑法本條之規定觀之，其與純然事實之不知或錯誤不可不有區別。區別之點維何？即純然事實之不知或錯誤，乃犯人具體的所知之事實與法令所定之事實不相符合之謂。法令之不知或錯誤，則係犯人具體的所知之事實與法定事實本相符合；不過犯人不知其爲符合與否而已。易言之，法令以如何之行爲爲犯罪，對之有如何之制裁，犯人皆未之知也。犯人所知之事實，既與法定事實相符，縱令不知法令有處罰之規定，或其罪刑之種類輕重如何，亦爲有犯罪之故意，應依法律處斷。茲試舉例以明之。暗夜有人破扉而入，主人信爲必係盜賊而擊殺之，其實卽爲自己之家屬。此例主人具體的所知之事實，與法定事實不符，故爲事實之不知。反之當行親權之父，於相當範圍內，對於其子實施懲戒行爲之際，其子信爲不法之侵害，當然有防衛權，遂卽加以反擊，使之受傷，此例行爲者所知之事實，與法律所定傷害人之事實不符，故僅爲法令之不知。所謂法令之不知，又非指一切法定，乃專指刑罰法令而言，刑罰法令以外法令之不知，與所謂事實之不知同。

常可爲故意之障礙也。

不知法令，雖不足爲故意之障礙，然其情節亦爲與事實之不知同，有可原之處。故又有但書之規定。例如債權人爲催促債務之履行，因而糾衆奪取債務人之財產，雖可構成犯罪，仍應減輕其刑。又如舊律於姦非罪有所謂雙頭案，不論罪之例，新律則無此規定，本夫不知無此規定，而於姦所殺死姦夫姦婦者，亦可謂有減輕之情節也。

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

斷。

義例

本條規定意外結果，不得據以科犯人重刑。即暫行律第十三條第三項第一款所謂所犯重於犯人所知或相等者，從其所知之義，亦即無犯意，即非犯罪之原則。蓋犯罪所生之結果，其在犯人意中者，加重其刑，自屬應當，若意外之結果，其發生原因，至爲複雜，倘不問罪責，而亦加重科之，不獨受罰者自痛不平，即刑事政策，亦不

應爾爾。一千九百〇二年美國刑法學會議決對於犯罪行為之結果所負之刑事責任，以其能預見者為限。晚近立法例如那威俄國刑法典、奧國瑞士德國各刑法準備草案，德國委員會刑法草案皆規定之，誠不肯以偶然之事實，使犯人負意外之刑罰也。以故分則中關於從重處斷規定如第一百三十三條第二項，第一百四十二條第三項，第一百九十九條第二項，第二百零四條第二項等等，雖屢見不一，然均須依照本條以犯人能預見其發生者為限，否則只能為酌科時輕重之審酌，不得從重處斷。（參照司法院院字第六九號及第二百號解釋）

第三十條

未滿十三歲人之行為不罰；但因其情節得施以感化教育，或令其監護人保佐人繳納相當之保證金，於一年以上三年以下之期間內監督其品行。

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

滿八十歲人之行為，得減輕本刑二分之一。

義例

本條規定年齡與犯罪責任之關係，第一項以十三歲爲斷，其未滿十三歲者無責任能力，斯爲無犯罪主體之資格，其所爲行爲不問有無違法，均不負刑事上一切責任，此卽學說上所認爲絕對無責任年齡也。（刑法上責任年齡與民法上成年年齡有遲早之不同者，刑法以保護被害之法益爲重故宜早，民法以保護本人之利益爲主故宜遲，學者應注意。）

責任能力云者，乃辨識自己外界及自己行爲之事實上與法律上之意義，且能依此辨識就現存動機決定爲其行爲與否之能力也。故可謂有責任能力者，第一須有辨識力，詳言之卽（一）對於自己地位及外界之實況有大體不錯之見解。（二）對於行爲之因果關係，有大致不失其當之見解。（三）對於特定行爲有知其係違反法律秩序與否之常識也。第二須有意思力，易言之卽關於現存動機能依通常之智識經驗以決定爲其行爲或不爲之能力也。未滿十三歲人之辨識力與意思力，雖不能謂其必有欠缺，然未達於相當年齡，就適用一般之法律上觀察，究不能

不謂爲尙未成熟。易言之其辨識與意思，雖非病的狀態，究尙未達於完全發育時期，以故十三歲以上之人，其犯罪行爲究否科罰，應從事實上考究其有無責任能力。至未滿十三歲人縱令事實上證明其有責任能力所必要之辨識力及意思力，亦不能使負刑事上之責任，蓋欲貫徹刑法之目的，不可不就人民一般之心理狀態上加以縝密之研究，所謂賴刑法以振作世道風教，維持法律秩序完全保護利益者，無非謂刑法之效用，其良影響足以及於人民一般之心理狀態，使之咸知刑法之威嚴，並確信其必能保持道德準則之威力也。又所謂依刑法懲戒犯罪人而使之改善者，無非謂刑法之效用，其良影響足以及於犯罪人之心理狀態，使之不忘刑法之威信，深知罪刑之可畏，惡行之可恥也。由此可知刑法之對象，卽爲一般人民之心理狀態，及犯罪人之心理狀態，則爲犯罪人而受刑法之適用者，自不得以精神既發達，且有健全心理狀態之人爲限。至於精神尙未發達，或已發達而無健全心神狀態之人，雖加以刑罰恐無以促其感悟之心，且非所以儆戒一般人

民之良法也。最近文明諸國之立法例，莫不採用『爲犯罪主體，而受刑法適用者，

以有犯罪行為之責任能力為限』之原則，其故即在於此。惟茲應注意者，責任能力之有無，其標準在行為當時之能力，至行為者在行為前或行為後之能力如何，於犯罪之成立與否，法律上無何等關係。例如未滿十三歲之人以毒物投入井中，及十三歲已滿，始有他人汲水，致生中毒之結果，此由無責任能力變為有責任能力矣，其責任能力，應以行為之時為準。

文明諸國法例關於幼者之責任，大抵依其年齡，分為數級；就中有分絕對無責任，相對無責任，減輕責任，全負責任四期者。有分絕對無責任，相對無責任，全負責任三期者。亦有僅分絕對無責任，與全負責任二期，或分相對無責任與全負責任二期者。茲試列表於左，以資參考。

責任年齡表

種別	國名	絕對無責任	相對無責任	減輕責任	全負責任
第俄	七歲未滿	七……一四	一四……二一	二一以上	
葡萄牙	七歲未滿	七……一四	一四……二〇	二〇以上	

第	種	三	第	種	二	第	種	一
法	奧	日	那	德	匈	和	希	墨
國	刑	本	威	國	牙	蘭	臘	西
	章	章	章	章	利	章	章	班
	章	章	章	章	利	章	章	牙
無	一四未滿	一四未滿	一四未滿	一四歲未滿	一二歲未滿	一〇未滿	一〇未滿	九歲未滿
一六未滿	無	無	無	一四……一八	一二……一八	一〇……一六	一〇……一四	九……一五
無	無	無	無	無	無	無	無	一五……一八
一六以上	一四以上	一四以上	一四以上	一八以上	一八以上	一六以上	一四以上	一八以上

種	四	比利時	無	一六未滿	無	一六以上
		盧克森堡	無	一六未滿	無	一六以上
		土耳其	無	一五未滿	無	一五以上

右表所謂絕對無責任，即認其全然缺乏辨識及意思，故絕對不負責任也。所謂相對無責任，即謂裁判上審查其有辨識力與否以定其罪之有無也。所謂減輕責任，即法律上推定其辨識力尙較薄弱，故雖認爲犯罪而仍減輕其刑也。吾國刑律對於幼者之規定，前清法律館草案，初定責任年齡爲十六歲，修正案改爲十五歲，憲政編查館復改爲十二歲，而以未滿十六歲者另訂專條於宥減之內。迨資政院議決時，復依修正案通過。至宣統二年冬頒布，奉上諭依憲政編查館議奏，仍改爲十二歲，而於第五十條內規定未滿十六歲一層。民國仍之，故依暫行律第十一條規定，未滿十二歲之幼者爲絕對無責任能力人，不認有所謂相對的責任及減弱的責任之區別。本法參酌各國最新法例草案，本國國情歷史氣候，並調查各國學校感化場之統計，學者之研究，實地家之定說，改以未滿十三歲爲責任年齡，逾此年

齡，復有十六歲未滿之人得減輕本刑之規定，雖似採用減輕責任之例，而仍留有審核斟酌之餘地，取長捨短，期作完備之法典，不得謂非進步也。

夫刑者乃出於不得已而為最後之制裁也，未達丁年，實為教育之主體，而非刑罰之主體；故各國刑事立法例對於幼者之處置，有採強制教育制度者，（俄刑四一條二項）匈改正刑法一五條一六條二項與刑草六條二項有採具有刑罰性質之強制教育者，（德刑草六九條與刑草五三條）有以強制教育為刑罰執行後之補充的方法者，（德刑草六九條二項與刑草五四條）匈改正刑法二八條有採試驗的釋放保護監視及譴責之制度者，（匈改正刑一七至二五條，奧草四七條四九五〇條）吾國暫行律第十一條但書規定，係採用感化教育制度，依幼者有無適當管束之情節而定之。故幼者苟有無父兄或其他親族或父兄親族無有教育之能力，或自認無教育能力要求國家代為教育各情形之一，即可為實施感化教育之原因。本法依刑事政策之主旨，有時得因情節施感化教育，有時得令其監護人保佐人監督其品行三年，是兼採感化教育或親屬監視兩制度矣。

第二項十三歲以上十六歲未滿人關於刑事上所負責任，各國立法例互有不同，暫行律本於中國唐明及大清舊律，十五歲以下矜恤之例，列入宥減章內。本法以此項減等原於年齡關係，且以吾人身體精神之成熟，一方因人種氣候風土等差別而受影響，他方復因其體質教育境遇等關係而有不同。自大體言之，必達二十歲前後方可完全發育，故民法以二十歲為成年，在未成年之人，其辨識力與意思力雖較十三歲未滿人或為發達，然以之與成年以上之人相比較則亦不為完全成熟；故各國有認十六歲未滿人為相對責任時期者，本法酌採減輕責任法例，規定得予減輕，似覺得中，其但書規定與前項意義相同。惟適用之，必限於減輕本刑者，且原則既認為負有刑責，而例外復有感化及監督制度，其趨向寬大，在在注重刑事政策，尤較暫行律而有進步。

第三項滿八十歲人之犯罪行為，初不能外普通人而無處分；惟血氣既衰而精神昏眊情形，自多不免，舊律矜恤老年，向有收贖勿論之例，則為重視本國之歷史風俗起見，得予減輕，亦法理之所應爾。

附論 法人可爲犯罪主體與否之問題，不惟法理上大有議論，即對於各國刑法之解釋，學說亦多歧異，試略述如次。

第一法理上法人之犯罪能力 關於法人可爲犯罪主體與否之問題，可分兩方面論之：其一爲純法理論，即就人之本質上論其有無犯罪行爲之能力也。其二爲政策論，即就法律上法人得爲犯罪主體之規定論其是否適當也。解決此二問題，均以消極說爲是。

(一)純法理論 (法人無犯罪能力) 自然人所以得爲犯罪之主體者，以其意思能力與行爲能力也，故如精神未發達或雖已發達而無健全之心理狀態者，即不能爲犯罪主體。如謂法人可爲犯罪之主體，則不可不先證明其有犯罪之意思能力及行爲能力。

法人雖與自然人同爲有人格，(即爲法律上權利義務主體之資格)然不能以有人格之故，而遂謂其有思想能力及行爲能力也。試觀自然人而可知之，自然人雖有人格，而尙無思想能力及行爲能力者，(無責任能力人)仍

爲不少；故欲知法人之有思想能力及行爲能力與否，不可不就法人之本質求之。關於法人（本質即人格之基礎）之學說，方今以爲最著要者有三：（甲）擬制說。謂法律因社會生活之必要，以假設方法於自然人外創造一種人格，此創造之人格即法人也。故法人本無意思，本不實在，僅於法律所許之範圍內，可爲權利義務之主體而已。在法律範圍外，即不得爲何等之行爲，若法人之代表者，爲範圍外之行爲，即非法人之行爲，而爲代表者自己之行爲。犯罪行爲非法律所許，非屬於目的範圍內之行爲，故法人不得爲之。所謂法人不得犯罪之原則，即由此說而生，而爲十八世紀以來深信無疑之原則也。此說之缺點，即在其謂有人格者以自然人爲限之前提，然以此點之誤，遂謂此說毫不足取，殆亦有所不可。（乙）實在說。謂法人與自然人同爲現實存在，法律不過承認其有人格而已。法人之代表人或使用人即爲法人之機關，此種機關之意思及行爲，即法人之意思及行爲也。民法上既以其現實存在，以故認爲有締結契約之能力，及爲不法行爲之能力，則依同理，在刑法上自亦

有爲詐欺的契約及其他犯罪行爲之能力無疑。此說對於法人及自然人之人格，謂爲皆係法律所賦與，固爲精當之論，然謂法人代表人之意思及行爲，卽爲法人自身之意思及行爲，未敢輕易贊同。何也？以其立論之根據尙有可疑之點也。（丙）組織體說。謂法人乃法律對於有一定目的之社團或財團之組織體而賦與以人格者也。依此說，法人之基礎在於有一定目的之社團或財團，（卽組織體）然其意非以具體的組織爲法人之基礎，乃以抽象的無形之觀念爲基礎也。惟其不謂基礎由於法律之假設，故與從來之擬制說異，惟其對於組織體未說明其有意思與否，故與實在說不同。又就此說之裏面觀之，其謂法人之基礎非現實的存在，而係抽象的觀念，正與擬制說相一致，而其謂爲非全由於法律之假設，故又與實在說相同。（中島日本民法釋義卷之一第二二四頁參照）

法人之董事關於法人之一切業務，均得代表法人。代表與代理不同，代理人所得爲者以法律行爲爲限，代表人則於法律行爲以外尙得爲事實上之行

爲，代表人所爲之法律行爲，及事實上之行爲，其效果皆歸於本人，卽代表人之法律行爲或事實上行爲，法律上均視爲與本人所爲者相同也。故自法律上之效果觀之，法人代表人之行爲，不過以其效果歸於本人，故視與法人之行爲相同而已。若以董事之行爲，直謂卽爲法人之行爲，則殊不可，此其理蓋與幼兒之代表人相同。代表幼兒之父母之法律行爲及事實上行爲，其效果雖概歸於幼兒，而其行爲依然爲父母之行爲，非幼兒之行爲也。

法人得依其代表人而爲有效之行爲固矣，然僅以此爲理由，遽謂法人有意思能力及行爲能力，則又不可，其理亦與幼兒相同，幼兒雖得依其父母爲法律行爲及事實上之行爲，而幼兒自身決不能謂有何等之意思能力及行爲能力也。要之，法人決無意思能力與行爲能力，故不得不謂無爲犯罪行爲之能力耳。由此點觀之，擬制說可謂失之巧而遠於實，實在說可謂過於奇而失其真，惟此組織體說實較平易而合於人之本質也。

假令讓步言之，從實在說之主張，謂法人代表人之行爲，卽爲法人之行爲，而

法人可爲犯罪主體之論斷，亦不可不否認之。何也？法人惟其法律所許之範圍內可爲有效之行爲，法人之代表人亦止於其範圍內得爲有效行爲，非如私人之行爲，不受何等限制也。犯罪行爲非法律所許非屬於目的範圍內之行爲，法人自不得爲之。

法人實在說自給爾克倡導以來，早已喚起學者之注意，故德國刑法學者，亦多主張法人有犯罪能力之說，其根據謂民法上法人有爲不法行爲之能力，而法人所以有爲不法行爲之能力，又依其民法上有『爲某種事業使用他人者，於被用人執行事業加損害於第三人時，負賠償之責任』之規定，（德國民法第八三一條八四〇條日本民法第七一五條）而得知之。法人既有不法行爲之能力，則其有刑事上之犯罪能力，自不待言。雖然所謂使用人對於被用人之行爲負責任，非以被用人之行爲，卽爲使用人之行爲，解釋上不過爲公益上之理由，及被害人利益回復之便宜計，故使之對於他人行爲負賠償之義務耳。吾國民律草案第九五二條但書，既有使用主於選任被用人

及監督其事業已盡相當之注意者，不在此限之規定，故由吾民律言之，已自始不足爲上述之法人犯罪能力說之根據矣。

(二) 政策論 (法人不宜認其得爲犯罪之主體)

如前所述法人，既無意思能力及行爲能力，若猶使其得爲犯罪之主體，則是與認三歲幼兒之爲犯罪主體正無以異，可謂無理之至。就政策上言，刑法有此無理之規定，固爲不當，而由政策論上研究之，以法人爲犯罪主體而科之以犯罪，亦決非計之得者何也？對於法人僅能科以罰金沒收等刑，微論其必不能貫徹刑法之目的，卽就處罰法人而言，亦生不合理之結果，蓋因法人機關中之一二人有目的範圍外之行爲（犯罪行爲）之故，遂科法人以罰金刑，是不啻以刑罰名義加諸犯罪人以外之人（法人），使法人對於目的外之行爲負其責任矣。況就實際觀之，往往有以少數人有犯罪行爲爲理由，而使多數社員或股東無故受刑罰之制裁，亦非公允之道也。

第二解釋上法人之犯罪能力 依吾國刑法之解釋法人，不得爲犯罪之主體其

事甚明。試通覽刑法全部之規定，凡有犯罪行為應負責任者，皆以現有犯罪行為之本人為限，從無因其代表人之犯罪行為，而使本人受刑罰也。又就刑法所定之刑罰觀之，亦均為自然人而設，決無處罰法人之目的，生命刑自由刑無論矣，即如罰金刑之規定，於其逾期不完納者，仍得易科監禁，尤足證明其無處罰法人之目的。故由刑法言之，法人之代表人，有犯罪行為時，即視為該代表人之行為而科以刑罰，非以之為法人之行為而處斷也。關於此點，未嘗聞有有力之反對論焉。

第三十一條

心神喪失人之行為不罰，但因其情節得施行監禁處分。
心神耗弱人之行為，減輕本刑，但因其情節得於執行完畢或免除後施以監禁處分。

義例

本條規定具有心神病人之責任。

第一項為心神喪失人之規定，所謂心神喪失人者，即當行為時事實上全無責任能力者之謂。詳言之行為者在行為當時無辨識能力，或無意思決定之能力，或並

此辨識能力及決定能力而俱無之者是也。其心理狀態可大別爲三：(一)一時的
心神障礙，卽本有通常辨識能力及意思能力，因一時的原因，致其意識陷於溷濁
狀態，或甚不正則之狀態也。如因睡遊昏沈催眠術等致有心神之障礙者屬之。

(二)繼續的精神障礙，有由於先天的或後天的殘廢或衰老者，有因白癡癡愚等
先天的發育不完全之故而無充分之辨識及意思者，以其非一時所得回復，故亦
曰繼續的心神喪失。(三)循環的心神障礙，此種心神病況，忽而回復，忽而錯亂，週
而復始，循環不斷。據醫學家測定循環期間最長可達八個月，故鑑定者又不可不
判定其循環性時期之長短，及其犯罪之病況如何也。以上三種狀態，其犯罪行爲
在當時純爲病的作用，絕無有辨識或意思於其間，是以各國立法例以其無責任
能力對其行爲皆不以爲有罪，此本條所以規定不罰也。然此項心神喪失人之行
爲，雖無責任能力，而其行爲結果影響於社會及公安實大，最近刑事立法例爲維
護法律秩序法益安全起見，對於此項病人，往往特設保護之明文。(德刑草六五
與刑草三六瑞士刑草一三條) 本法採取此義，故亦有但書之規定。惟情節二字，

乃專就心神喪失人於社會危險程度與有無相當看護或監督之情形而言，與普通所用犯罪情節有輕重大小之別者不同。（參照前大理院二年非字第三七號判例）至監禁處分亦與通常所謂監禁者有二異點：（一）監禁處分屬行政處分之一種，非自由刑性質。（參看前大理院二年非字第三七號判例）（二）監禁處分之場所，不在監獄而在病院或其他處所。（參照同前）

雖然，心神喪失人之行為固不罰，然一時的心神障礙與循環的心神障礙之人，其心神喪失有時間斷，此間斷期間，在暫行律規定有不適用明文，本法無之，究否負責，學者有謂病之間斷與否，在醫學昌明國家，亦有時不能鑑定明確，則與其懸一的以滋困難，曷若不問有無間斷一律適用之之為愈。不知責任能力之有無，重在行為當時，如當時確為心神喪失人，即在事前或事後雖無心神失常狀態，（參照最高法院十七年上字第五六二號判例）仍應認為無責任能力，倘在行為當時，確非心神喪失人，則在事前或事後雖有心神喪失狀況，亦不能不認為有責任能力，本法未予規定者，蓋以其為當然論斷無須明文也。

於茲應注意者，責任能力者於犯罪以前，故意或因過失致自己陷於無責任狀態時，則其責任能力如何，學說分爲二：（一）消極說，謂行爲者當實施犯罪行爲時係無責任能力，故其行爲不能成立犯罪。（二）積極說，謂行爲者事前若有利用此狀態之觀念，故意致令自己陷於無責任能力之狀態，卽是利用自己身體爲犯罪之器具，其間有因果聯絡之關係。關於此點，正與利用無能力者使之犯罪無異，故其行爲應成立犯罪。二說應以後說爲是。故遇此種情形，仍須分別論罪，然謂此種情形正與利用無能力者犯罪全然一致，殆有不可。何也？利用無能力人犯罪之時，利用者自己固爲心神完全之有能力者，而在此種情形，事實上無有兩個自己，一方既爲無能力者，則其利用此無能力者（身體）之自己，卽不存在故也。

第二項爲心神耗弱人之規定，所謂心神耗弱人者，卽行爲者在行爲當時，其責任能力所必要之辨識力及意思力，有不完全之處，但其不完全之程度，究極薄弱，而未至於心神喪失之狀態者是也。暫行律無心神耗弱人之規定，本法以心神喪失人之行爲不爲罪，而常人犯罪則處罰，若心神耗弱之人，其重者幾與心神喪失等，

輕者或與常人無異，既不應處以通常之刑，又不應全免刑事責任，自不能不有特別規定。外國刑事立法例如意大利那威西班牙丹麥瑞典芬蘭希臘日本等國刑法典及瑞士德國刑法準備草案，與德國委員會刑法草案，皆有心神耗弱之條文，一千九百〇五年，萬國刑學會議決亦贊成對於心神耗弱人科以較輕之刑。故本法採之，定為減輕處斷，所謂減輕者，必予減輕之謂，與前條第二項所謂得減輕云云，顯有不同。蓋得之云云，乃減輕與否，尚有斟酌審核之餘地也。惟刑期既比常人較輕，於執行完畢或免除後，若聽其自由行動，又恐貽害社會，故又有得因情節施以監禁處分之但書規定。

於茲應注意者，即本於偏狂而生之行爲，如放火狂，竊盜狂，殺人狂，色情狂等，其人之一般的能力，與常人無異，但因情慾如焚，不能抑制，或因癡見甚深，未可喻解，遂致對於其所屬意之事全缺道德的感覺，而有異常動作之病症。此等責任能力有無之標準，在於有必要之辨識能力與意思能力與否以爲斷，偏狂之人其心神一部，既有病的狀態，自與其他因心神狀態異常致生責任能力之瑕疵者，無或少異，

第三十二條

因之其責任能力所必要之辨識力與意思力，亦必受其影響，又患偏狂之人除某特定之關係外，雖有與常人無異之意識，然仍不可不依其病狀如何而以之爲心神耗弱人也。

不得因酗酒而免除刑事責任，但酗酒非出於己意者，減輕本刑。

義例

本條規定酗酒行爲之責任，關於此項責任向來學說有三：（一）消極說。謂人之心神既因酒力失其常態，其行爲當然與常人行爲不同，酒力作用與心神病人病理作用本無二致，均係受外力之支配，而自處於被動之地位，故亦可爲一時的心神障礙，不能分別處理。（二）積極說。謂心神病因病理的作用，非人力所能排遣，而酒則可勿飲，卽飲亦可勿使至醉，全然可以人力裁制，假令酗酒滋事者，皆藉口心神障礙，以遁於罪，則事實上非常危險，其影響必且及於社會，刑法爲達其預防之目的計，自不可不認爲有責任也。（參照前大理院四年上字第三五一號判例）（三）折衷說。此說更分二說：（甲）說謂出於有知覺者有罪，無知覺者無罪。（乙）說

謂出於偶然者無罪，出於故意者有罪。就乙說所謂出於偶然者無罪言，與消極說正同，所謂出於故意者有罪，則非本問題所應研究之本旨。蓋本問題乃專指偶然飲酒後犯罪者而言也。至甲說由表面觀之，似甚公允，但知覺之有無，難以推定；誠以酒之力量有強弱久暫之不同，必俟犯罪之後，始行鑑定，恐酒性已過，不能達鑑定之目的。況就醫理上言之，心神病或有定軌可以檢斷，而酒醉幾無診斷之方法，此又事實上絕對不能之事也。本條所謂不得因酗酒而免除刑事責任，即採用積極說之主張，然酒後行爲既失心神常態，而沉湎情形，在紛紜社會中，亦至複雜，倘非出於己意，而亦一律不稍寬假，未免過於苛刻，故又有但書減輕之規定。己意云者，狹言之故意，廣言之自知遏抑而仍不免酗酒，或由於人勸或由於不知不覺中而醉者，皆包括在內。

第三十三條 瘖啞人之行爲減輕本刑。

義例

本條規定瘖啞人之責任。所謂瘖啞人者，即指先天的不具聽能及語能者而言，故

聽官語官二者，尙有其一，或雖二者俱無，而其毀敗在於已有聽能或語能之後者，皆非刑法上之所謂瘖啞人。外國立法例有以瘖啞人欠缺辨識力之故，特設不罰之規定者，（德國刑法第五八條）然在今日教育方法進步之時代，已受教育之瘖啞人而有勝於常人能力者不鮮，如皆認爲絕無責任能力，必非適當。此本條之所以僅予減輕也。

第三十四條 依法令之行爲，或正當業務之合法行爲不罰。

義例

本條規定基於法令或業務行爲之責任。依法令之行爲云者，指依法令所命令或許可之一切行爲而言，如依懲戒權之懲戒行爲，監督權之監督行爲，直接本於法律而生之職務上行爲，現行犯之逮捕行爲，法益保有者之自害行爲，（指屬於個人法益且與國家或社會無關係者言）受法益保有者委託同意之行爲，（指屬於個人法益且與國家或社會法益並無影響者言）依法屬於自衛的行爲等屬之。正當業務之合法行爲云者，指法令所認許之一切業務上所應有之權利行

爲而言，如醫師或產婆實施並未過當之特別手術等屬之。以上行爲或爲法令所命令，或爲法令所認許，實具有排除違法性之原因，故不罰之。

第三十五條

依所屬上級公務員命令之職務上行爲不罰。

義例

本條規定基於命令行爲之責任。行爲基於命令，則本於服從義務，在實質上縱屬違法，亦可爲排除違法性之原因。但須具備下列二要件：（一）必屬於職務上行爲。所謂職務上行爲，即權限內行爲也。非權限內行爲無服從義務。（參照前大理院二年上字第九七號判例）則長官雖有命令，亦等於不法命令，既未喪失意思自由，自不得謂對於所生結果不負責任。（參照前大理院四年上字第一二八號及七年上字第五六四號判例）（二）必爲所屬上級公務員命令，上級公務員即長官之謂，所屬即直屬之謂，非上級公務員命令，不得漫爲服從，非所屬上級公務員命令，尤不得浸爲遵奉，此上述二要件所以缺一不可也。

第三十六條

對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲不罰；但防衛行爲過

當者，得減輕或免除本刑。

義例

本條規定，即學說上所謂正當防衛，各國刑法，皆以不法之侵害爲限，其侵害既屬不法，即未至不得已時，亦得防衛，與次條緊急狀態之行爲，微有不同。日本刑法擴充防衛之範圍，以不正之侵害爲準，又恐防衛誤用，遂加以不得已之條件，暫行律亦以不正之侵害爲限，但無不得已條件，其範圍較日本更廣矣。就日本刑法而論，對於不法之侵害，亦須待至不得已時方予以防衛，事實上既有所不能，而於立法者保護法益之意，亦有所未盡。故本條從多數國立法例，凡不法之侵害，即得正當防衛，於不得已之條件，概無所取。雖然此項緊急防衛行爲，在法律上究何所根據乎？自來學說有五：（一）侵害者已因侵害行爲使自己處於無權利之地位，故被侵害者可爲防衛行爲。（二）被侵害者因受侵害而變爲無責任能力者，故其行爲不爲罪。（三）被侵害者在於緊急避難狀況，故其行爲不爲罪。（四）被侵害者對於不正侵害有處罰之權利，故不爲罪。（五）被侵害者對於不法之侵害，依防衛行爲以

實行其自衛之權利，故不爲罪。第一說認侵害者爲無權利，視之如土石禽獸，其結果必至重視被侵害者之權利，易生防衛過當之弊。第二說因被害者喪失自由意思，遂謂其喪失責任之能力，亦與近世刑法之觀念不合。第三說與緊急避難行爲有相混同之弊。第四說謂被侵害者有處罰權，是與私人以權力使與國家之刑罰權相對待矣。而二個刑罰權之存在，固非國法之所許也。第五說即直接根原於權利實質之說，最爲妥當可取。蓋吾人所有之權利，不可無受適當之保護，無保護之狀況，卽無權利之狀況也。所謂保護可分二方面言之：一爲權利作用之積極的發展，一爲權利之消極的自存，卽吾人得積極的主張自己之權利，而遇此等權利受侵害時，又須能消極的排除其侵害也。否則假令僅得主張其權利，而無排除侵害之權能，則權利之要素，固已失其大半，無真權利之可言，對於不正侵害之防衛行爲，所以爲正當適法行爲者，則由權利本質而生之當然結果。易言之，卽以其爲權利作用之一故也。

不法侵害之防衛行爲，既爲權利作用之一，則主張而實施之者，雖對於侵害者之

法益有所侵犯，自不受法律上判裁，此等不受制裁權利若濫用之，則亦足以紊亂社會秩序，故法律規定上，又須具有一定要件，茲分別說明如左。

(甲)須有侵害 對於防衛行為本人之法益所施之侵害，及對於第三人之法益所加之侵害，皆此之所謂侵害。第三人兼自然人與法人言之。國家亦法人也，故國家如在權利主體之關係時，應包含於此第三人意義之中。被侵害之法益，不以生命身體自由三者為限，凡名譽財產及他可稱權利之一切法益，皆可為侵害客體，所謂侵害，指積極的侵害行為而言，至消極行為則不包括在內。惟應注意者，此項侵害，並不以具體的侵害為限，即學理上所謂想像上正當防衛。如職司看夜，見人爬牆進院，疑係賊來，施放獵槍，致生傷人致死結果，雖事實上所擊死者非賊，然既係出於衛護權利之行為，即不能不謂為防衛正當。（參照最高法院十九年非字第十一號判例）

(乙)侵害須係不法 基於適法原因之行為，被侵害者不得主張防衛權利，前已言之，是防衛權之行使，完全對於不法侵害而生。不法云云，指其手段非法律

之所許而言，不問其原因，故私人復仇行為，仍爲不法侵害。（參照前大理院二年上字第六四號判例）然苟基於事前成約，（明示或默示）則不得認爲不法。（參照最高法院十七年上字第四八一號判例）惟此項不法侵害，解釋上不可混爲犯罪行為。蓋不法雖爲違法，不必出於有責，且不必對其行爲有法律制裁，故無責任能力者，如幼兒及心神病人之行爲，或無責任要件者，如非有故意過失之行爲。又或不受國法制裁，如有治外法權人之行爲，苟有不法侵害，皆可對之防衛而實施正當防衛權。

（丙）侵害須係現在 侵害不獨不法爲足，更須以現在爲條件。所謂現在，即指不法侵害在間不容髮之際，舍此別無排除之方法者而言。（參照前大理院三年上字第四二一號判例）若侵害已過固不成防衛問題。（參照前大理院七年上字第二三六號判例）即對於未來侵害，亦非無法以處之。（參照前大理院四年上字第五九七號判例）故皆不得主張防衛。

又間不容髮云云，實具既開始而尙繼續，或未開始而即將開始之二種情形

而言。前例如夜間發覺賊人侵入竊盜，爲排斥不法侵害防衛自己權利起見，手持板槍伺於後門，以爲堵截，當時侵害行爲既尙在繼續中，則因防衛其財產權利舉槍刺擊，自與現在之條件相當，縱其行爲不免過當，然不能不認爲防衛權之作用。（參照最高法院十八年上字第一三〇〇號判例）後例如被盜追趕迫不獲已，出刀互鬥，雖非奪取盜刀，以相反刺，仍應認爲正當防衛，至多亦僅爲防衛之過當。（參照最高法院十七年上字第四一六號判例）

（丁）防衛行爲須對於侵害者爲之。侵害者即加侵害於己或第三人之人，易言之即加害人是也。防衛既本侵害而生，則防衛行爲，自亦祇許對加害人爲之，若對加害人以外之第三人而施防衛，有時雖可謂爲緊急避難行爲，究不許有防衛行爲。但有應注意者，對加害人實行防衛，倘因射擊錯誤致傷害第三人身死，則因防衛而受害者，雖爲第三人，而防衛行爲仍不能不謂係對侵害者爲之，以其危機一髮，未遑注意傍人，故對第三人亦不負過失罪責也。（參照前大理院三年非字第五六號判例）

(戊)防衛行爲須未踰越必要之程度 所謂必要，究有如何之意義？學說有二：

一) 說謂必要即不得已之謂，非有不得已之情形，不得實施防衛行爲，故可逃避時，必須逃避；有得官署保護之餘暇時，即不可不求官署之保護也。(二) 說謂所受之侵害既係現在不法之侵害，則被害的即有防衛之權，雖得逃避而不逃避，得求官署保護而不請求可也。兩說皆有未當，但以第二說較爲可取，一定防衛行爲是否踰越必要之程度，應依違法侵害之手段方法如何而定，至加害者所侵害之法益，與因防衛行爲而受侵害之法益，其價值是否相等，可不必深加較量。蓋侵害之法益雖重而反擊可以甚輕者，或侵害之法益雖輕而反擊不得不重者，皆以防衛之必要行爲爲度也。(參照前大理院四
年上字第五九七號五年上字第五一號判例) 至過當行爲，反擊者，自爲不法，則被反擊者又得對於過當部分，復以反擊而主張正當防衛權，此又解釋上之當然結果也。

上述甲乙丙丁要件爲防衛要件，戊之要件爲不罰要件，具甲乙丙丁要件而不具

戊之要件，雖得主張防衛而仍不能無罰。蓋此項權利其目的在保護被害者之利益，以能達到保護目的之必要範圍內得施一切反擊行為，法律上始認為正當而不罰之；若非必要而或施過當行為，是以暴易暴，對於過當部分，仍應負刑事之責，故有但書得予減輕之規定，所謂得者，有可減輕可不減輕之義，即所以防其過當之危害也。然防衛行為，法官於事後從容論斷以為過當者，在犯人當時急不暇待，或以為非過當，往往有之，且過當之程度，仍有輕重之分，若少有過當，即科以刑罰，未免近苛。故但書內又有或得免除本刑之規定，以便法官裁奪。

正當防衛之制，在我國舊律往往散見於各種事例之中。（如無故入人家登時殺死者勿論及擅殺姦盜兇徒各條類是）法國刑法與日本舊刑法亦惟有因防衛而殺傷人者，乃規定特別不論罪之例，且以對生命身體之暴行與財產家宅之特種犯行，始得施防衛，其他之侵害行為，與夫防衛行為皆無規定。其範圍已至狹，然立法本旨，既為保護法益排除現在侵害，則一切自由名譽財產，斷無坐視被人侵害之理，而防衛既為必要，亦不應以殺傷為限；且殺傷可不論罪，則殺傷外之其他

反擊行爲，決無不許防衛而加罪之理。是以本法纂入總則，不問何等侵害，皆得對之防衛，而防衛之必要行爲，皆得認爲正當，不得謂非法律上之進步也。又前法律編查會修正案第十五條第二項正當防衛之規定，對於直系尊親屬不適用之。此項修正，係依暫行律補充條例而增入，本法刪之者，蓋以尊親屬之於卑幼，當然有相當之懲責權，此爲東西各國之所同，當執行懲責權時，斷不得視爲不法之侵害也。

第三十七條

因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危難，而出於不得已之行爲，不罰；但救護行爲過當者，得減輕或免除本刑。

前項關於救護自己之規定，於公務上或業務上，有特別義務者，不適用之。

義例

本條規定，即學說上所謂緊急狀態，非如前條必有一不法侵害人存在可比。質言之，本條情形，與有關係之人，皆爲無過，但因緊急情狀，得以犧牲第三者之法益，以保全自己或他人之法益，故其適用範圍，不得漫無制限，本條從多數國立法例以

關於生命身體自由財產爲限，較諸正當防衛規定，顯有廣狹寬嚴之不同，茲述其要件如下。

(甲)須有緊急危難。緊急危難云者，謂法益受侵害之危險狀態，極其緊急，有舍侵害他人外，更無其他救濟方法之情形是也。危難二字，非第天災，卽人爲災害亦包括在內。

就法益瀕於緊急危險狀態之點言之，則緊急救護與不法防衛相同；然就原因言之，卽緊急救護，由於天災或人爲的緊急危難而生，不法防衛則全由於人類的非法侵害而生。故因防衛行爲而受損害者，必爲舉動不法侵害之人。若因救護行爲而犧牲者，則必爲無辜人之權利。此無辜人並無何等不法之侵害行爲，此其所以異也。於茲尙有應注意者，緊急狀態有由於人類之行爲者，而人類行爲中有係正當行爲者，有係違法行爲者，因人類之正當行爲，生有危難，以欲避免之故，亦得爲救護行爲者。如甲爲緊急救護行爲，使乙陷於危難，乙亦得以緊急救護行爲施之於丙，或反施之於甲皆可也。若因人類之

違法行為生有危難，以欲避免之故，對違法行為之本人實行反擊，斯為不法防衛，必不得已而加害於第三人時，乃為緊急救護行為也。

(乙) 其危難須及於自己或他人之生命身體自由或財產 此要件即謂以生命身體自由或財產四項法益有危難為限，始得實施救護行為，蓋以犧牲第三人之法益，以保全自己或他人之法益，其適用範圍，自不得不有此限制也。所謂他人，兼公私法人言之。

就保全自己或他人之法益觀之，緊急救護亦與不法防衛相同，然就其範圍言之，在不法防衛，凡名譽及其他可稱權利之一切法益，皆有防衛權，若緊急救護，則僅有生命身體自由或財產四項法益，始得實施救護，此又其所以不同也。

(丙) 救護行為須係出於不得已 此不得已，與所謂現在急迫之義相同，蓋謂舍侵害他人外更無其他可以救護之方法也。故如可受公力保護或可逃避以免危難時，而仍為侵害他人之行為，即不得為無罪也。

就現在急迫之義言之，似亦與不法防衛相類似；然在不法防衛，只須侵害不法，雖未至不得已時，亦得實施防衛，若緊急救護，則非具有萬無避免狀態不得犧牲無辜人權利，此又二者相類似而實不同之點也。

(丁)其危難須非因救護者之有責行為而生 外國立法例有以明文規定危難

須非基於行為者之有責行為而生者。(德國現行刑法第五十四條參照)

吾國刑法雖有危難之文字，未定如斯之條件，然其所謂危難，解釋上固指不基於行為者有責行為之危難狀態而言。蓋惟如此解釋，而後由自己之有責行為所致之危難狀態，始可不包含於危難意義之中也。惟茲應注意者，即所遭之危險狀態，雖因自己之有責行為以致之，而其所遇之危難，(即緊急狀態)則非依自己之有責行為所招致時，仍得謂之危難，可以實施救護行為是也。例如甲乙二漁夫，預測將有狂風暴雨，而猶出漁，屆時果遇暴風雨，因之漂流大洋，連經數日，不堪饑餓，甲乃殺乙而食其肉，始得苟延殘喘。此例甲乙二人皆已預知狂風暴雨之災難，其危險可謂由於自召，然甲之生命舍食乙

肉外，更無他法可以免其危難，（即緊急狀態）則非甲之所預知，因之甲之行爲，仍爲緊急救護行爲，不問其罪。反是若甲之食人肉，在未出漁時已有預知，則其危難顯係自己之有責行爲有以致之，自不能以緊急救護行爲論也。就此要件言，則與不法防衛完全相同，蓋不法侵害，如係自己之有責行爲所招致，則侵害之來，不能謂爲不法；甚至防衛權能，亦將屬於他方面矣。

（戊）救護行爲須對於第三人之法益爲之。救護行爲原於天災事變者，施之於第三人之法益上無論矣，即原於人爲的災害，亦必係對於第三人之法益而實施之，否則對於加害之本人而實施防禦或攻擊，則屬於不法防衛而非緊急救護行爲矣。

（己）其救護行爲須未過當。救護行爲乃因保護自己或他人之利益而使他人之利益供其犧牲者也。法律上雖以之爲緊急救護行爲付之不問，然其程度要不能漫無限制。限制維何？即因此救護行爲所加之損害，不得過當是也。決定過當與否之標準，學說有二：一說謂宜以刑罰輕重之次序及刑罰對於各

種法益所保護之程度爲標準，其意蓋謂刑罰之保護重者，其法益必厚；刑罰保護輕者，其法益必薄；故惟以刑罰之輕重定損害之大小最爲適當也。他說則謂損害之過當與否，若以刑罰之輕重法益保護之程度爲決定之唯一標準，可謂未明刑罰所以輕重之理，不如依關係人所受損害之具體的價值（即損害之實質）以爲斷也。二說應以後說爲當，何也？法益之性質，除生命法益較爲重大外，其他如身體自由，名譽及財產四者，幾無判別孰輕孰重之標準。故惟就（一）因危難及救護行爲所侵害之法益之種類及其程度如何，（二）關係人在社會上之地位境遇性格，及（三）其他關係之事項等，比較斟酌，從客觀以斷定之，方爲得當也。

上述甲乙丙丁要件爲救護要件，戊之要件爲不罰要件。具甲乙丙丁要件而無戊之要件，雖得主張救護而仍不能無罰，以過當之行爲，當然爲違法行爲也。故亦有但書之規定。

不法防衛行爲者，係對於不法之侵害者而加以防衛之行爲是，緊急救護行爲者，

係侵害他人正當之利益，而欲保護自己利益之行爲是，故當實施緊急救護行爲之際，正自己利益與他人正當之利益互相衝突之時，因欲保護自己之利益，遂使他人正當之利益供其犧牲，無論自道德之準則，或法律之根本的意義觀之，皆不能謂爲正當，謂爲適法。卽令自己之利益甚大，他人正當之利益甚微時，亦不應如是，然法律上竟有此不罰之規定，則其不罰根據及緊急救護行爲，在法律上之性質，自不可不加研究。關於此點學說最有力者凡二，試依次說明如次。

(甲)公平說。此說謂緊急救護行爲刑法上所以不罰者，乃準酌人情之弱點特放任之而不問其罪，非謂其行爲本爲適法之行爲也。蓋人情莫不厚於愛己而薄於愛人，其視他人之利益決不如自己或自己所親愛者之利益之重，故當遭遇緊急狀態之際，因保護自己利益，遂至侵害他人之利益而不顧者，乃屬人情所不能禁，若必科以刑罰，未免失之酷刻，此救護行爲所以不罰也。夫緊急救護行爲之不罰，本係刑法上寬大之待遇，若必更進一步，謂之爲適法行爲，實爲毫無理由，此說爲現時德國之通說，若依此說，則採利益量定說者所

主張之緊急救護權，自爲其所否認。又依此說，凡因緊急救護之侵害行爲，刑法上縱不爲罪，然依然有不法侵害之性質，被害人對此救護行爲，仍得爲防衛行爲也。

(乙) 主觀說。此說謂行爲者當緊急狀態之際，已喪失責任之能力，其因救護自己或他人利益而爲侵害第三人之行爲者，實非本於自由之意思，故不宜使之對其行爲負法律上之責任也。依此說，緊急救護，非排除違法性之原因，乃爲排除刑事責任之原因而已。微論就多數緊急狀態考之，行爲者不常因危難致失其意思之自由，即間有因此至於喪失自由之意思者，其行爲已爲無責任要件之動作，當然不成立犯罪，則法律上何必有緊急救護之規定爲哉？故此說不可採取。

(丙) 利益量定說。雙方利益互相衝突不能兩全之時，利益小者不可不供利益大者之犧牲，此原則也。利益量定說，即以此原則爲基本，而謂緊急救護行爲爲適法行爲，行爲者因避自己利益之危難，(緊急狀態)對於他人利益(

在不超過自己利益之限度以內，有侵害之之權利，此權利即所謂緊急救護權是也。故依此說緊急救護，與其謂為單純排除違法性之原因，毋寧謂為適法之原因。緊急救護，既為本於適法原因之行為，則因救護而致侵害他人之利益，自不能為不法之侵害，故因此救護行為有受損害者，亦無實施防衛行為之權利，僅得對之再為緊急救護之行為而已。此說專以利益之輕重大小為其立論之基礎，不注重於法律之根本的意義，不能不謂乖於世道風教，且大有妨於法律之秩序也。

以上三說，以公平說為最妥善，故學說上有謂緊急救護行為為法律上放任行為者。蓋自道德言之，損人利己，甚非仁人君子之所為，然法律上之主旨，係注重公共利益，而設一般之法則，不責人以難能，且值此緊急狀態之際，亦非刑法效力所能及，故定為不得已之行為。當彼此法益相衝突之時，勢難兩存，欲救濟其一，必至犧牲其一者，則許一方為救護之故，而加害他之法益，法律於此不加保護，亦不予以刑罰，一聽自力排除，直放任之而已矣。

雖然，緊急救護行爲所以可爲排除違法性之原因者，誠以救護之人，別無應冒危難之義務者爲限，若救護者因公務上或業務上關係，負擔應冒危難之特別義務，是本不能爲救護之行爲，故其行爲，終不得謂之緊急救護而不罰，此本條第二項之所以設也。此等特別義務，有爲法律上所規定者，例如船員遭遇海難，不得因保全自己法益而爲侵害他人法益之行爲是。（日本船員法第十九條參照）有本於契約之所定者，（明示或默示）例如看護婦或醫師不得畏病人惡症之傳染而殺害之是。又所謂有特別義務之人，不得爲救護行爲，必以關於其義務者爲限，至不關於義務危難，如船員上陸後，因救護行爲，或看護婦因將被強姦，突然推倒旁人，以免其難等，自爲法律之所許也。

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

向被害人告訴人或有請求權之人自首，而受該管公務員裁判者亦同。

義例

本條規定自首減等之例。第一項爲自首之原則，即犯人於犯罪發覺前，自向具有

受理職權之司法官或兼理司法之行政官，或輔助司法之警察官出首，其尙未經告訴發覺，或犯罪事實尙未披露，或犯罪事實披露，而犯人未明時所犯之罪者，皆得認爲自首，而減輕處斷。其要件有四：（一）爲自己之犯罪，若申告他人犯罪，則爲告訴或告發，非此之所謂自首。（二）須係未發覺之罪，發覺二字意義與現行犯所謂即時發覺不同，雖犯罪事實已發覺，而犯人未發覺時仍爲未發覺。（參照前大理院三年上字第七八號及四年上字第一八〇號判例）又搜查機關苟未知有犯罪事實與犯罪者之爲何人，而被害人或其他私人雖已知之，亦仍以未發覺論；若於發覺後告言已罪，乃自白，非自首也。（三）出首須對於該管公務員爲之，所謂該管公務員者，卽前之所謂具有受理職權之司法官或兼理司法之行政官，或輔助司法之警察官等是；若對於無受理職權之公務員告知，不得謂之自首。（四）須就受裁判，此爲要件中之要件，蓋眞犯自首，庶不至累及無辜，所以予以減輕利益；若不就受裁判，則案情必難明確，牽累終不能免。且自首者可以一書而達之公務員，則手續鄰於輕率，反開犯罪者僥倖之門，非法也。

上述四要件完備，始得援用自首減輕之例，然得減云者，仍出審判官之鑑衡，並非必減之謂。蓋恐情重法輕，或有故藉此法以期未減之情事，故雖未予減輕，亦不得指爲違法。（參照最高法院十八年上字第九三八號判例）

第二項爲首服之自首，對前項原則而爲例外，即犯人於犯罪發覺前，雖不向該管公務員自首，而向被害人告訴人或有請求權之人首服所犯之罪，並就受具有受理職權之公務員裁判者，亦得認爲自首。此項自首，除具前項第一第二第四要件外，更須被害人告訴人或有請求權之人不知其犯罪事實及犯罪者之爲誰時，向之告知，始得認爲首服，其效力與前項自首同。暫行律第五十一條第二項規定以親告罪爲限，本法擴而充之者，蓋以我國警察及偵探犯人各機關多未設備，擴充自首，俾罪有所歸，正所以達刑事之目的也。

第五章 未遂罪

未遂罪者，即分則所定之犯罪行爲，着手而未完結，或已完結而未生既遂之結果者是也。此等犯罪，即未完成之犯罪，其原因可大別爲三：（一）本於意外或非意外之原因致不完成者。

(二)本於行爲者自由意思致不成者。(三)因行爲者舛錯(錯誤或拙劣)或欠缺犯罪構成要素致不成者。因之學說上亦遂有未遂犯中止犯不能犯之別。然在刑法上則無論名義如何，皆吸收於廣義的未遂之中，惟因其性質不同，故規定亦爲之稍異耳。

犯罪完成之順序，雖依犯罪之種類而異，然除極簡單者外，就最普通之犯罪而概論之，必須經過四種階級：(一)決意，(二)豫備，(三)着手，(四)實行是也。僅有犯罪之決意，不生刑法上問題。至豫備雖係由決意進而爲犯罪準備，然只限於特種犯罪而有處罰之規定，均無未遂之可言。惟着手則爲着手實行之行爲，着手後有無完結，或已完結，有無結果，而後始有研究，此即未遂罪之所由規定，亦即未遂罪之所以限於着手後之情形。未遂既限於着手後之情形，故各罪性質，雖有以結果爲既遂者，有僅以實行爲既遂者，亦有因既遂而生實害或僅生危險者，然只須未至於既遂之程度，皆本章之所謂未遂。徵之我國舊律，亦有謀殺已行未傷，及傷而未死，盜未得財，強姦未成等類，皆屬未遂情節，惟散見各門，並未列諸名例。不過數種之犯罪行爲，可以適用。暫行律以此等事實，除過失犯外，實爲各罪共有之情形，應定爲刑法全體之通例，特採取歐美日本各國之立法例，設爲總則內專章，本法仍之，亦取法乎善之

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

未遂罪之處罰，以有特別規定者爲限。

義例

本條規定未遂罪之成立，及其處罰通例。第一項前半即學說上所謂未遂犯，其定義向分兩派：（一）法國派。因意外之障礙而未遂者爲未遂罪，從此派者爲比利時、荷蘭、意大利、西班牙、葡萄牙及瑞士數州。（二）德國派。不問未遂之原因是否出於意外，皆爲未遂罪，從此派者爲那威、布加利亞、瑞士（刑法準備草案）、瑞士數州、日本（舊刑法採法國派新刑法採德國派）、墨西哥、智利等國，兩派定義不同，故對於學說上所謂中止犯，大有分別。蓋未遂罪若以出於意外者爲限，則中止犯當然不能以未遂罪論，暫行律於未遂罪之定義，採用法國派，而於中止犯仍有處罰，似有未妥。故本法改從德國派，不問其未遂原因是否出於意外，皆爲未遂罪，此前半之所以規定也。其構成要素有二：（一）主觀的要素，即爲犯罪之故意，蓋無故意，

即無所謂着手，故過失犯或結果犯，自無所謂未遂之狀態也。然未遂犯所具之故意，以不確定之故意爲已足，不必須有確定之故意。（二）客觀的要素，未遂犯之構成，不獨預備犯罪之行爲，業經開始而已，須更進而着手於犯罪行爲之實行，即構成特定犯罪之行爲，已至着手於實行之程度者，始可構成未遂犯也。例如意圖殺人，攜帶實彈手鎗而尾追之，爲殺人罪之預備行爲，若更進而着手於狙擊之行爲，則其行爲已非預備行爲，而爲殺人行爲之着手矣。屬於犯罪構成事實之行爲，若既着手，其所着手之行爲，雖不過爲其犯罪之手段，亦可謂已着手於其犯罪之實行。例如意圖強姦婦女，而着手於強暴或脅迫之行爲；又如意圖竊取蜜蜂而先着手於放逸之行爲是。

於茲應注意者，所謂已着手於犯罪之實行而不遂云云，即實行之未遂，亦包括在內，此項實行未遂，即前之所謂未生既遂之結果者是也。惟對於此未生結果情形，尚有兩注意之點：第一不可與未遂犯罪目的者相混，第二不可與不能發生犯罪之結果者同視，蓋犯罪成立，祇有特定遠因（即目的所在）爲前提要件者，不必

以目的成就爲既遂要件，且其結果所生危害，亦不能適合於目的，是未達犯罪目的，無影響於既遂未遂也。至不能發生結果屬於後半之規定，係基於目的物，或手段之不能，非此之所謂未生結果也。

已着手於犯罪之實行而不遂，應包括實行未遂，前已言之，故未遂犯，可分未了未遂，終了未遂二種。未了未遂，一稱着手未遂，亦有稱之爲企行未遂，或中絕未遂者。雖然，未了未遂不獨指在着手開始之程度之未遂犯而言，卽其程度已大進於實行，而在實行未終了以前之未遂犯，亦應賅括在內。例如意圖毒殺他人，豫計十日爲期，每日使服少量之毒藥，在第八日因被發覺而不遂者，仍爲未了未遂；故與其稱爲着手未遂，毋寧稱爲未了未遂之較爲適切也。終了未遂，一稱實行未遂，或既行未遂。蓋謂犯罪雖已實行終了，而其結果尙未發生也。例如以殺害之目的使人飲服毒藥，因被被害人知覺，服用解毒之劑，以致不能奏效者，是終了未遂。惟其僅有實行，而無效果之發生，故又有缺效犯之稱。

各種犯罪之中，有全然不能成立未遂犯者，有僅有未了未遂無所謂終了未遂者，

亦有未了未遂，及終了未遂二者之觀念，皆得相容者。吾國刑法，未遂犯之成立，以有特別規定者爲限，故不認有未遂之觀念者，祇有二種：（一）純理上與未遂犯之觀念不相容之犯罪。（二）法律上無處罰未遂規定之犯罪是也。純理上與未遂犯觀念不相容之犯罪，只有過失犯結果犯不作爲犯與着手同時完成之犯罪陰謀豫備犯罪等數種而已。

第一項後半即學說上所謂不能犯。有絕對的不能，相對的不能之分。絕對不能犯者，乃欠缺犯罪構成要素之犯意的發動者是也。構成犯罪所必要之客體手段，及其他要件，本不存在，而行爲者誤想其爲存在，因之有犯意之發動者，即成絕對的不能犯。其狀態可分三種：（一）欠缺犯罪客體之絕對不能，例如意欲殺人，而被害者則係猿猴，是殺人罪之客體不存在也。信爲他人之物而竊取之，其實即係自己之所有物，是竊盜罪之客體不存在也。（二）欠缺犯罪手段之絕對不能，例如行爲者圖得不正之利益，以其鍍金之錶假充真金時錶出售，取得與金錶相當之代價，不意該錶並非鍍金，實係純金，此例行爲者雖有詐欺之意，而其所爲之陳述，則係

真實，故於詐欺罪所必要之欺罔手段，尙爲欠缺，僅得成立詐欺罪之絕對不能犯。又如意圖殺人，以手槍向人發射，而未實子彈，卽爲殺人罪之絕對不能犯，縱令行爲者已裝子彈，第三人乘其不知而取去者亦然。此等情形，初視似與因意外障礙之未遂犯相同，其實不然，蓋以此等障礙之發生，係在犯罪豫備之際，不在着手或實行之後也。（三）欠缺其他構成要件之絕對不能，犯意發動而缺客體手段以外之要件者，亦爲絕對不能犯。例如行爲者於喪失公務員資格後，自信尙有此種身分，因而爲收利益之行爲，卽爲公務員收賄罪之絕對不能犯。又如婦女自信爲有夫之婦，而與他男子相姦，其實其夫已於數日前在外國病故，此卽和姦罪之絕對不能犯也。相對的不能犯者，乃行爲者已着手於實行，因其客體或手段有舛錯（錯誤或拙劣）致不能生犯罪之結果者是也。其不能發生結果之原因，大別有二：（一）關於客體之相對不能。（二）關於手段之相對不能。關於客體之相對不能，指犯罪客體存在之場合，因行爲者之攻擊行爲，（侵害行爲或危險行爲）過於拙劣，或有錯誤以致不能發生結果者而言。例如意圖殺人，向之發槍而未命中，卽

爲拙劣之不能，以其實體非不存在，故與絕對不能有別。又如意圖殺人，以某室爲其所常居，向之放槍，而其人適往他處；黑夜侵入人家，暗中摸索財物而竊取之，而其所竊取者適係自己之物等，卽爲客體存在，因行爲者錯誤，而未至於完成者也。然其對於客體之攻擊行爲，可謂已經開始無疑，卽前例，可謂已着手於殺人行爲之實行，後例可謂已着手於竊盜行爲之實行矣。反是，對於犯罪之客體苟不得認爲已有開始攻擊之動作，則其動作僅爲欠缺客體之絕對不能犯，非此之所謂相對的不能。例如與前二例稍異其趣，向空室放槍，而被害人已於數日前他往，誤認自己所有物爲屬他人所有物而竊取之，不得謂爲已着手於殺人行爲，或竊取行爲之實行也。由此可知攻擊行爲之已開始與否，乃絕對不能與相對不能區別之一點，應依吾人普通智識經驗，以決定之。關於手段之相對的不能，指實行犯罪所使用之手段，（有能發生結果之性質之手段）因行爲者之錯誤或拙劣，致不能生犯罪之結果者而言。例如殺人者已加一刀，因所傷非致命，致未發生死亡之結果，此卽因手段拙劣之相對的不能，與手段不存在之絕對的不能有別。又如以

殺人之意使之飲服毒藥，因分量不足，不至於死，或誤信鈍刀爲利刃用以殺人，而不能達殺人之目的等，即係因手段錯誤之相對的不能，以其手段本有可以發生結果之性質（有效性）也。反之因錯誤之故，使用無此性質之手段，則爲手段之絕對的不能。例如誤認砂糖爲毒藥，而使被害人服之，誤信空槍爲實彈，而向被害人發之等是。由此可知關於手段之絕對的不能，與相對的不能，區別之點，不過在於錯誤之程度，錯誤重大，而致欠缺犯罪之手段者，謂之絕對的不能，錯誤輕微，尙未欠缺犯罪之手段者，謂之相對的不能。

基上所述，可知絕對的不能，與相對的不能，區別之要點有二：（一）絕對的不能，於構成犯罪所必要之客體手段或其他事實全然欠缺，相對的不能，則不能謂有欠缺。（二）絕對的不能，其不能完成之原因，在於犯罪客體手段或其他構成要件之不存在；相對的不能，則因行爲者之舛錯，致不能完成，非以其欠缺此等要件也。本項後半所謂不能發生犯罪之結果云者，兼指絕對的不能與相對的不能二種犯罪而言。亦同云者，同以未遂罪論之之謂也。

關於未遂犯之處罰有二主義：一曰概括主義，謂凡未遂犯皆可成立未遂罪。一曰列舉主義，謂未遂犯之爲罪，以有特別規定者爲限，卽未遂犯之處罰，皆於分則各本條定之，苟無明文規定，雖有處罰之必要，亦不得科罰。吾國刑法採用列舉主義，故有第二項之規定。

第四十條

未遂罪之刑得減既遂罪之刑二分之一，但犯罪之方法，決不能發生犯罪之結果者，得減輕或免除本刑。

義例

本條規定未遂罪處罰之輕重，前半屬於前條之未遂犯而言，後半屬於前條之不能犯而言。未遂犯處罰之輕重，本因所採主義而異，採主觀主義之法律，以犯人之意思爲主，卽以未遂犯之犯意與既遂犯無別，故其處罰亦應相同。採客觀主義之法律，置重於犯罪之結果，未遂犯既未發生結果，故其處罰亦不可不一律從輕也。依前說。對於未有實害發生之未遂犯，須使與既遂罪受同等之刑，依後說，一律減輕，亦多失於寬縱之弊。本法採得減主義，以遠因心術及實害等爲定刑罰輕重之

標準，似較前二說爲勝。至於不能犯應否處罰，爲刑法學者數十年來最劇烈之爭點，至今尙無定論。主觀之說，謂既着手實行犯罪，無論其能否發生犯罪事實，皆足危害社會，故應處罰。客觀之說，謂不能發生犯罪事實時，其行爲與犯罪相去甚遠，罰之恐涉處罰犯罪意思而非處罰犯罪行爲之嫌。兩說雖各有理由，極其所主張，均有未當。是以最近立法例折衷兩者之間，對於不能犯多採主觀說，科以刑罰，而以絕對不能犯爲例外。暫行律純採主觀說，本法則從不能犯處罰主義，但對於絕對不能犯，則由法官斟酌情節得減輕或免除本刑，所謂決不能發生犯罪之結果云者，卽指絕對不能犯而言也。

第四十一條 已着手於犯罪之實行而因己意中止者，減輕或免除本刑。

義例

本條規定卽學說上所謂中止犯。指犯罪已着手或實行終了後，結果尙未發生前，行爲者本於自由意思中止其實行或阻止其結果之發生，以致犯罪不能完成者是。易言之，卽犯罪完成，本無何等障礙行爲者，基於自動的意思以中止其犯罪之

實行或妨止其結果之發生者是也。故若對於犯罪完成已有障礙，因而中止其實行或妨止其結果之發生，縱令其障礙之力並不重大，然其中止行爲，究非本於自動的意思，則不純認爲法律上之中止，以法律上中止，必須完全本於己意而生，所以與未遂犯不同也。

中止犯之情形在着手以後，無論已未實行時均有之，此與未遂犯相同者，因之中止行爲亦因有未了未遂之中止或終了未遂之中止，而有積極或消極行爲之不同。不爲着手以上之行爲，屬於未了未遂之中止，即屬於消極的中止，例如意圖竊取財物，既啟倉庫，而未觸手於所儲之物，即行退去；又如意圖殺人，每日使之飲服少量毒藥，於其結果未發生前而復中止等是。然犯罪行爲，有由數個動作組合而成者，其中一動作或數動作已終了時，尙不能謂爲即係實行之終了，故在其全部行爲尙未終了以前，如有中止行爲，即得成立中止犯，例如意圖殺人，連施數次毆打，使之連受數傷，旋即自行中止是。此蓋以數次致傷之行爲，與其最後絕命之行爲，爲法律上實合而爲一犯罪行爲，故仍可爲未了未遂之中止犯也。與未了未遂之

中止似同而實異者，即犯人在着手實行之後，因利用現存之狀態，別有所待，一時休止其犯罪是也。此種中止，乃有完成同一犯罪之意思，而一時休止其實行，故祇可謂犯罪之實行尚在繼續中，不得認為中止犯也。任意防止其結果之發生，屬於終了未遂之中止，即屬於積極的中止，例如殺人者使人飲服毒藥之後，復使飲服解毒劑以防止其死亡結果之發生者是。於茲應注意者，在以消極手段而中止，固無問題發生，若以積極的手段而中止，則尚須具有下列條件：（一）應以其結果可能發生者為限，方得成立，否則實無積極的防止行為之可言也。（二）其中止行為須實能防止其結果之發生，否則苟無防止之效力，仍應以既遂論。（三）防止須本於行為者本人之行為，或可與行為者本人行為同視之。第三人行為，若基於其他原因而得防止時，則為終了未遂而非中止也。

雖然，數人共犯一罪，因其中一人有中止行為不至於既遂者，法律將如何處分乎？此等中止行為，在一般見解，以其已為中止行為之本人為限，其他共犯，決無因之成立中止犯之理，學者或置重於教唆及從犯行為有附屬於正犯行為之性質，而

謂正犯所爲中止之效力，可以及於造意犯或從犯者，實則不然，當正犯着手之際，造意犯或從犯之行爲，可謂已達於實行着手之程度，至在着手之後，正犯本於自由意思以妨止其犯罪之完成時，在正犯固有中止行爲，在造意犯或從犯不過有未遂之狀態，無論從行爲之實質上或刑事政策上言之，決不宜謂此種中止之效力，可以及於與此無關之造意犯或從犯也。

數人共犯之罪，非如一人一罪之單純，尤易發生疑問者，爲未了未遂之中止。此項中止，在共犯中之一人，已着手於實行，而其所着手之行爲，非爲完成犯罪之原因時，尙得單依不作爲以中止其實行，與普通中止情形無別。若共犯之着手行爲，如係多少可爲完成犯罪之原因，則須俟該共犯以積極的行爲使之失其完成犯罪之效力後，始得謂有中止之行爲。依同理，可知造意犯或從犯欲爲有效之中止行爲，亦不可不爲一定行爲，使其教唆或幫助全然失其效力，或須別爲積極行爲以防止其犯罪之完成也。

中止行爲，以其犯罪尙在未遂之狀態者爲限，始得爲之，故中止犯亦必限於犯罪

尙在未遂之程度者，始得成立，與未遂犯觀念不相容之犯罪，如過失犯結果犯純正不作爲犯等，固無成立中止之餘地，與未遂犯觀念相容之犯罪，而已至於完成者，亦不能更有所謂中止；（犯偽證或誣告罪於確定審判或懲戒前而自白者，得免除其刑，此種情形亦係於實害未發生前而有妨止發生之行爲，故與中止犯甚相類似；但其妨止行爲在於犯罪完成之後，且係刑律分則中例外之規定，故亦與中止犯不同。）然未遂行爲中在有效之中止後，尙有一部分行爲具備他罪之要件時，其行爲即應從獨立之罪處斷。例如侵入他人家宅已着手於竊取之行爲而後中止，此時竊盜行爲雖應成立中止犯，侵入家宅行爲，則應依既遂犯處斷，此蓋以中止效力只能及於犯人所欲中止之行爲，不能及於其中止之行爲也。由此可知免除中止犯之刑時，其中止之行爲無免除刑罰之理由，減輕中止犯之刑時，其中止之行爲，亦無減輕之理由。例如行使自己偽造之文書於其行使行爲未完成前而中止之者，應處偽造既遂罪之刑，不應單依行使偽造文書之中止犯論，減輕其刑處罰也。

中止犯之處分，向有兩種主義，一為獎勵中止，純為無罪者，一認中止情節不皆可恕者，暫行律採第二主義，本法沿之，惟暫行律係屬裁量減輕或免除，本法則屬於必須減輕或免除，此其不同也。又暫行律規定未遂罪定義以意外障礙為限，則非屬於意外障礙而為己意中止者，自非當然以未遂罪論，故曰『準未遂犯論』。若本法關於未遂罪之定義，不問原因，則中止罪當然屬於未遂罪之一種，惟因性質不同，情節較輕，故另為規定以資處斷耳。

第六章 共犯

犯罪有以一人之單獨行為而即完成者，其為獨立正犯，自無疑義；然而犯罪性質上有非二人以上共同行為不能成立者，且有一人能使成立而事實上多有二人以上共為之者，前者為必要之共犯，後者為任意之共犯，皆以一人之行為與他人之行為相合而構成犯罪。法律關於此等共犯，除有聚眾結夥之特種情形特別規定於分則各章外，他一切共同犯罪自不能不有一般規定以資依據，此本章所由設也。

關於共犯標準，向有犯意共同與行為共同之兩說。主張犯意共同說者，從主觀立論，着眼於

二人以上之犯罪故意必互相通同爲一致之進行，始發生共犯關係；主張行爲共同說者，則專從客觀斷定，着眼於二人以上之行爲集合，而構成犯罪時始發生共同關係，而成爲共犯。本法以專從主觀立論，則複雜犯意，必有時難於辨別；故採用客觀論斷以行爲集合爲共犯成立之基礎，至意思共同，雖亦爲共同正犯所必要。（參照最高法院十九年非字第一一四號判例）然究非共犯之基礎的要件，故一方知情之從犯，亦得爲共犯之一，請再言法理上之共犯行爲：（一）行爲者須有責任能力，若共同實施或爲加功行爲之人，無責任能力，則惟有此能力之人爲其犯罪之行爲者，如共犯中只有一人爲有責任能力，則其行爲爲單獨正犯行爲，不生共犯關係。（二）其行爲須係違法，且合於犯罪構成之事實，惟其須係違法，故共同而有排除違法原因之行爲者，卽非共犯行爲。惟其行爲須與犯罪事實相合，故不獨既遂之犯罪，卽未完成之犯罪，如未遂罪豫備罪亦得有所謂正犯教唆犯或從犯也。但共同實施或爲加功行爲之人，應受處罰與否，則與共犯關係不生影響。例如竊盜之正犯，雖因親屬相盜，得免於刑，其他與之實施同行爲之人，仍應負共同正犯之責，而爲教唆或幫助行爲之人，亦不能免教唆犯或從犯之責也。又共犯關係之成立，亦不以共犯者現在受罰或既經處

罰爲必要；縱令除被告一人外，別無受罰之人，仍得以其行爲爲共犯行爲。例如其他共犯雖因死亡或因失蹤之故，不能對之爲裁判，而對於現在之被告，仍可宣告判決，認其與此等犯人有共犯之關係也。(二)須具責任要件，卽行爲者對其所爲之客觀的行爲，不可不有故意或過失也。行爲者中如或對其行爲有故意或過失或並無故意或過失，則惟以有故意或過失者爲其行爲之主體，使之負責任也。此要件似與犯意共同說相類似，其實不然。在犯意共同說則專以犯意爲主，此卽仍從行爲上立論也。

犯罪之成立，本來須有使犯罪構成事實實現之行爲，實施此行爲者謂之正犯，其行爲謂之正犯行爲，教唆他人使之決意實施犯罪之行爲者，謂之教唆犯，其行爲謂之教唆行爲，或單稱教唆。意圖使正犯之犯罪行爲容易實行，而以實行行爲以外之行爲幫助之者，謂之從犯，其行爲謂之從犯行爲。教唆行爲及從犯行爲，總稱加功行爲，教唆犯及從犯總稱加功者，以故所謂『犯罪行爲者』，淺言之卽爲犯罪行爲之人，精言之卽使犯罪構成事實發生之人，或加功於斯行爲之人也。例如實施奪取行爲之人，爲竊盜罪之行爲者，實施剝奪他人生命之行爲之人，爲殺人罪之行爲者，與以酬報使人實施竊盜行爲之人，爲竊盜罪之教唆犯，(

竊盜行爲之加功者）因幫助他人殺人而調製毒藥使其容易實行者爲殺人罪之從犯，（殺人行爲之加功者）實施犯罪行爲之人，及加功於此行爲之人，謂之廣義的行爲者，或總稱之爲共犯者，非實施犯罪行爲之人，或非加功於此行爲之人，雖有干與犯罪之行爲，亦不得謂之爲共犯者。例如（一）犯罪未發生前之協議，及（二）犯罪終結後之干與，是犯罪發生前之協議，除構成陰謀或同謀豫備教唆或從犯者外，通常不生共犯之關係，犯罪終結後之干與行爲，如藏匿罪人湮滅罪證，及關於贓物之罪等，大抵構成別種之罪，而非共犯行爲也。本章所謂共犯，卽凡使犯罪構成事實發生之人，或加功於斯行爲之人，以及一方從犯過失共犯等，皆概括規定於其中，蓋卽以客觀上行爲共同之標準而定耳。知此可以曉然於本章之主義矣。

暫行律名爲共犯罪，本法恐誤爲特種罪名，故改爲共犯。又共犯最要之意義爲主觀說及客觀說所公認者，卽一切共犯，除暫行律第二十九條第一項共同正犯外，皆有附屬之性質，其罪之成立與否，一以正犯爲準，雖或因特種情形如暫行律第二十九條第二項科以正犯之刑，然其性質仍爲從犯。又暫行律第三十條教唆犯科以正犯之刑，然其性質仍爲教唆犯，暫

行律準正犯論及依正犯之例處斷等字樣於其犯之意義未能顯達，故本法於各條改爲處以正犯之刑。

第四十二條 二人以上共同實施犯罪之行爲者皆爲正犯。

義例

本條規定共同實施正犯之成立，其要件有主觀客觀之別，客觀的要件：（一）必二人以上，（二）必共同實施犯罪之行爲。就第一要件言，係就犯罪之主體言之，與所謂聚衆結夥者有別，蓋此爲普通共同之人數，彼則爲分則所定之特別情形也。就第二要件言，實施者即實施構成犯罪之行爲之謂，故非實施法定構成犯罪之行爲，而單與以幫助，使其犯罪可能實施，或容易實施者，縱令其行爲爲完成犯罪所不可缺之行爲，亦非正犯行爲，不過爲所謂幫助之行爲而已。行爲者現實所爲之行爲，既爲從犯行爲之實質，則其行爲爲事前協議謀刺之結果。（協議或特定言論，若有效唆他人犯罪，或幫助他人實施之效力時，自應分別論其教唆或幫助之罪。）或本有共同實施之意思，亦依然爲從犯行爲，決無因之變爲正犯之理。

又此等行爲雖當他人實施犯罪行爲之際而爲之，亦不失爲從犯行爲，以其實質未嘗有變更也。依同理，行爲之實質，若爲犯罪之實施行爲，則行爲者雖無自己實施之意思，僅有幫助他人實施之決心，其行爲仍爲共同正犯行爲。雖然，犯罪之實施固應共同，而實施之程度，則並不限於同一，故有各行爲自足構成犯罪要件，因互合而爲共同正犯者，亦有各行爲分擔犯罪要件必互合而始爲共同正犯者。且有一人不能成立正犯，因與他人共同實施，而成爲共同正犯者。第一例如二人同時下手傷害一人，無論孰輕孰重，皆爲傷害罪之正犯。第二例如甲乙共爲強盜甲脅迫其主人或實行強取行爲，（即犯罪實行之積極進行行爲）乙奪取其財物或在外把風，（即消極防止阻礙犯罪實行之消極行爲）皆爲強盜罪之正犯。第三例如婦人不能犯強姦罪，因與男子共同實施使之不能抗拒，亦皆爲強姦罪之正犯。此等情形，皆因一人之實施與他人之實施相合，行爲上既有共同關係，則在正犯中無論何人皆應對於共同行爲之全部負其責任，（參照最高法院十七年上字第三八六號第三八八號十八年上字第七六九號判例）故曰皆爲正犯。皆

之云者，即各共同正犯之行爲，乃相合而成一犯罪行爲，無論何人，均應對行爲全部負完全罪責之謂也。惟應注意者，因犯罪而發生其他結果，如妨害公務，致人於死或重傷，或實施強暴脅迫之強盜因而發生傷人之結果，即應查照第二十九條以犯人能預見其發生者爲限，否則其他共犯即對之不負責任。（參照司法院院字第六九號第二百零號解釋）

上述情形爲共同正犯之客觀的要件，尙有所謂主觀的要件者：（一）共同行爲者必須有責任能力。（二）共同行爲者，必須有共同意思，倘於此兩要件不具備，則客觀要件，雖完全無缺，則只可構成他種情形，而仍不成爲共同正犯。蓋正犯云者，必有責任能力人二人以上以共同之意思參預犯罪之實行。（參照最高法院十七年上字第三三五號第六〇〇號及十九年非字第一一四號判例）始爲適合。

共同行爲成立之要件，其一須有責任能力，前已言之，無責任能力之人，本不能爲刑法上之犯罪行爲，故自法律上言之，正與禽獸或自然力無別，與此等無責任能力人，共同實施犯罪之行爲，是與利用禽獸或自然力而犯罪者無所抉擇，故法理

上無所謂有能力人無能力人之共同犯也。雖然共同正犯所必要之責任能力，以有最小限度爲已足，故如心神耗弱人或瘖啞人，仍得爲共犯也。至於共同意思之一點，卽爲共同正犯與單獨正犯所以分野之處，蓋單獨正犯，係以一人之意思爲獨立之行爲，而共同正犯，卽係以共同之意思爲共同之行爲，惟其須爲一人意思，故有行爲單獨而意思實爲共同時，仍爲共同正犯。例如甲乙丙三人共犯詐欺罪，甲先僞造文書，乙則擔任行使之行爲，丙則因以騙取被害人之財物，就其行爲而論，似係各個單獨，然實在共同計劃之中，故仍爲共同正犯，惟其須爲共同意思，故共犯中之一人，當共同實施之際，如已別爲行爲，與其他共同正犯絕無關係者，卽應單獨對該獨立之行爲，負其責任。例如數人共同實施強盜行爲，約定各放空槍以爲脅迫之計，其中一人竟實彈開放，致生殺人結果，此時對於殺人部分，祇應由此發射實彈者負責，此發射實彈者就殺人部分論，則爲單獨正犯之行爲，而非共同正犯之行爲矣。雖然，此項共同意思，亦以最小限度爲已足，故雖同爲共同正犯，其所具故意之內容，不必全相一致，或有確定之故意，或有不確定之故意，或有預

謀之故意，或有非預謀之故意，或有關於行爲全部之故意，或僅有對於行爲一部之故意，而在法律上言之，要皆無害其爲共同正犯也。於茲應注意者，即共同行爲者，須有共同意思固矣，然共同正犯必須具備之故意，於普通故意犯應具之故意外，尚須具備下列二要件：（一）須知他共同正犯有爲其行爲之故意，蓋無此認識之行爲，僅可爲單獨正犯行爲，不能謂爲共同正犯之行爲。例如甲乙二人同時侵入某處實施竊盜行爲，甲如不知乙有犯竊盜罪之故意，則甲與乙間即不能謂有共同之關係。（二）須有以自己之行爲與他人行爲結合實施之意思，蓋無此共同意思，即無共同正犯之關係。例如甲知乙犯竊盜罪，乙亦知甲犯竊盜罪，但無相互利用共同實施之意思，故其行爲雖於同時同地爲之，且有同一之罪質，仍爲各個獨立之行爲。反是，若既有此共同意思，則各共同行爲者，乃係分擔犯罪行爲之實行，縱令其行爲之時及地各不相同，且其罪質亦不一致，仍可謂爲相合而成爲共同正犯也。

暫行律第二十九條第一項於皆爲正犯下，尚有各科其刑句，本法以法文上既有

第四十三條

皆爲正犯語句，則各科其刑自爲當然結果，故刪去之。

教唆他人使之實施犯罪之行爲者，爲教唆犯，教唆教唆犯者亦同。

教唆犯處以正犯之刑。

義例

本條規定教唆犯之成立及其處分。教唆云者，使他人決意實施犯罪行爲之行爲也。自其犯罪由於教唆行爲而生之點觀之，教唆之人可謂卽爲犯罪之原因者，雖不參與實施，實與實施犯罪之行爲者無異，學者或稱教唆者爲犯罪之智的原因者，其故卽在於此。依此見解，教唆行爲必將與正犯行爲相同，可以獨立構成犯罪而已。着手於教唆行爲者，亦必爲已着手於犯罪行爲之實施矣。最近立法例採此見解者，固非無有，但吾國刑法則不如是，蓋認教唆行爲爲加功於正犯行爲之行爲。易言之，卽對於正犯有從屬的性質之行爲也。教唆行爲與間接正犯行爲本有酷相類似之點，而就吾刑法之規定言之，二者實大相逕庭。間接正犯乃利用無責任能力及無故意之人用以實施犯罪之行爲者是。若教唆犯則係教唆有責任能

力者使生犯罪決心，因而實施犯罪者是。（參照前大理院四年上字第六〇六號判例）是故教唆行爲之應處罰與否，一依正犯行爲成立犯罪與否以爲斷，有教唆行爲，而被教唆者，尙未爲犯罪之實施時，不得謂已着手其犯罪之實施，因之已有教唆行爲，而被教唆者不有犯罪之決意，或已決意而不着手於犯罪之實施者，其教唆行爲，法律上均不罰之。簡言之，教唆之未遂，法律上決不爲罪也。

構成教唆犯之要件，亦有主觀客觀之不同。客觀的要件有三：（一）須有教唆行爲。即使人爲實施犯罪之決意行爲也，他人已有犯罪之決意時，即無爲教唆行爲之餘地。（參照前大理院五年上字第六七二號及七年上字第八二〇號判例）或爲訓導指示之從犯。（參照最高法院十八年上字第一一二六號判例）故惟當他人尙未決定犯罪之意思，或其決意尙未確定時，始有法律上之教唆行爲可言。申言之，他人本無犯罪之決意，或其決意尙未確定，因教唆者之行爲使其決定犯罪，或使其未確定之決意變爲確定者，其行爲即教唆行爲也。（二）被教唆者須已以故意實施其所教唆之犯罪。蓋教唆犯之成立，不惟教唆者須有教唆之行爲，被

教唆者之一方，亦須已本故意實施其所教唆之行爲，否則被教唆者，苟未實施其所教唆之犯罪，則因正犯行爲不存在之故，教唆罪亦自無從成立。但被教唆者如已實施其所教唆之一部，在其一部之範圍內，仍得成立教唆罪也。被教唆者雖已實行其所教唆之犯罪，而非出於自己之故意者，則教唆者或可成立間接正犯，不爲教唆行爲。例如某甲教唆某乙竊取某丙所有之財物，而某乙誤信某財物屬於某甲所有，而奪取之。此例某乙之行爲因無竊盜之故意不罰，故某甲亦不成立竊盜罪之教唆。蓋以其雖有犯教唆罪之意思，而其行爲實係間接正犯之行爲也。

(三) 教唆與犯罪之實行間，須有因果關係。法律上關於教唆罪之成立，惟以被教唆者所爲之行爲與教唆行爲須有因果關係者爲限，故被教唆者實施之行爲，如與所教唆者全相符合，教唆者即應與正犯負同一之責任，如被教唆者所實施之行爲已超過於所教唆之範圍，或與所教唆之犯罪全然各異時，則前者僅對於相符之範圍內，負教唆之責，後者則教唆者全然不負責任。雖然，教唆行爲，不必須爲犯罪實行之唯一的原因，假令事實上可爲犯罪實行之原因之一，其教唆行爲與

犯罪實行之間，即可謂有因果之關係。又教唆行為之力，如已足使被教唆者決定犯罪之意思，或使其決意變為確定時，縱令其力甚為輕微，亦不得不謂有因果之關係。故犯罪之決意，如依數人之教唆行為而始確定，其數人皆為教唆犯，數人之教唆，又不必出於共同之意思，雖係各別教唆，仍得成立教唆犯。又被教唆者實施之犯罪，與所教唆內容亦常不免有矛盾之處。此種矛盾之影響以不致其犯罪因而加重者為限。二者之間，仍得謂有因果之關係。故如被教唆者以所教唆以外之手段實施犯罪，而其犯罪不因之加重者，教唆者即應對其犯罪負其責任，其犯罪如因之而減輕者，則為教唆範圍內之犯罪，教唆者亦應負其責任。反是，其內容矛盾之影響，如致其犯罪因而加重，則教唆者惟於其所教唆之限度內，負教唆之責任，於茲應注意者，即教唆他人使之實施一定之行為，不惟對於被教唆者之實行行為負教唆之責任，對於由其行為所生之一切結果而係通常可預見者，亦不可不負其責是也。例如教唆他人使之毆打某甲，某甲竟因被教唆者之毆打，而致傷害或死亡時，教唆者對於某甲之傷害或死亡之結果，亦須負其責任也。

以上爲教唆犯之客觀的要件，至於主觀的要件，應分故意過失二種言之。故意教唆應具備之要件有三：（一）教唆者對其所教唆之罪之一切客觀的要素，須已有認識。（二）被教唆者亦須有同樣之認識。（三）教唆者須知被教唆者必因教唆而實施犯罪，且有使之決意實施之意思。此三要件如有欠缺，則雖具備客觀的要件，仍不成立教唆犯。如具備（一）（二）兩要件，而未具備第二要件，則爲間接正犯之故意。以間接正犯之故意，而爲教唆之行爲，應依間接正犯行爲處斷。至於過失教唆應具備之要件，卽對於構成犯罪行爲之客體手段時或地等之性質，可得認識。因不注意致不認識，遂至有使他人實施此行爲之意思也。

教唆犯之要件，依上所述則主觀客觀兩方面，均須具備，自屬無疑；故就被教唆者言之，本有獨立之意思，獨立之能力，不過此次實施犯罪，則實原因於人之教唆。就教唆者言之，其有獨立之意思固矣；然其犯罪之認識，必與被教唆者之認識相連結。其知他人必因教唆而實施犯罪或決意實施固矣；然被教唆者實施之行爲仍須與所教唆者相符合，或並未超過教唆之程度，而法律上之教唆犯，始得完全成

立。至於教唆者之遠因或出於報復，或出於利慾，教唆之手段或由於贈與，或加以脅迫，或利用權勢，均非刑法上所必要區別也。惟關於手段方面，應有二注意之點：（一）所教唆之罪，須係特定的，故凡漠然不能明白指示特定犯罪之手段，不得爲教唆。（二）利用強暴或脅迫時，其強暴或脅迫之程度，不可過高。蓋過高則直接實行者失其自由意思，無異爲行爲者犯罪之器械，其施暴力或脅迫之人，則應成立間接正犯，而不爲教唆犯矣。

雖然教唆者之認識，應與被教唆者之認識相連結，前已言之；然所謂連結者，不過指教唆者之意思，實爲被教唆者犯罪決意之原因而言。至於教唆者之意思，是否直達，且被教唆者並不知教唆之所由來，亦無害於連結。以故間接教唆者，卽教唆教唆犯者，在法律上亦應準教唆犯論。此本條第一項後段所以規定也。

除共同正犯外，皆有附屬之性質，前已言之，以故教唆罪之成立，應依被教唆者之正犯行爲是否成立以爲斷。本條第二項所謂處以正犯之刑云云，卽是明言此義，且以示教唆者不得獨立處罰也。故被教唆者無責任能力，或欠缺責任要件時，則

教唆者即爲間接正犯，不成爲教唆犯。如爲教唆犯，則必有一可以成立正犯之實施者在，始得隨之而成立。因之教唆者被處之刑，亦爲正犯之刑；但所謂正犯之刑，非必教唆犯應科之刑期金額，一一盡同於正犯，只依據同一正條爲處分基礎，至其輕重，則仍各按情節而定之。惟應注意者：（一）被教唆者於實施犯罪後，其免罰原因，並非由於無責任能力，或欠缺責任要件，係由於他項情形，如竊盜因親屬而免刑之類。此時教唆者仍應負教唆之責，以被教唆者之免罰，實由法定原因之免刑，並非犯罪不成立也。（二）既經教唆他人犯罪，而復實施其所教唆之犯罪行爲，學說上謂之共犯之競合。此時由表面觀之，其教唆行爲，及正犯行爲，似可並存，但關於教唆之規定，乃係關於正犯規定之補充的規定，故對於同一犯罪行爲，而有教唆行爲，與正犯行爲並存時，教唆行爲應被吸收於正犯行爲之中。準此理，則從犯行爲與教唆行爲並存時，則從犯行爲，亦應吸收於教唆行爲之中。要之，對於同一犯罪兼有正犯教唆及從犯行爲之三者，或兼有其二時，應依其最重之行爲處斷。

附論學說上之間接正犯 間接正犯云者，乃行爲者自己不爲犯罪之實行行爲，而使無責任能力人，或無故意之人實行犯罪之謂也。直接實行犯罪之人，既無責任能力，或非本於其故意，則不問其直接實行者爲被害人本人，或係第三人，均應以其主使之入爲間接正犯。蓋在此種犯罪行爲者，不自實施犯罪，而爲類似教唆之行爲，由法律上解釋言之，乃是利用直接實行者如器械，使之間接實行犯罪之行爲也。間接正犯行爲，如係數人共同所爲，即爲共同正犯，故不獨限於單獨正犯，即共同正犯，亦有所謂間接正犯也。其種類有四：（一）利用無責任能力人之間接正犯。例如教唆未滿十三歲之幼者使放火於他人家宅而燒燬之，即爲放火罪之間接正犯。又如欺罔精神喪失人使之自殺，即爲殺人罪之間接正犯。又對於本有責任能力之人使之一時喪失能力，實行犯罪之行爲者，亦爲間接正犯。例如對人暗施催眠技術，使之實行犯罪是。（二）利用他人錯誤之間接正犯，可分爲二：一、欺罔他人使之實施犯罪。二、利用他人既有之錯誤使之實施犯罪。前者如甲欲竊某物，詐言該物係己所有，而令乙往取之，後者

如乙本誤信某物爲甲所有，甲遂令往取之是也。錯誤不止爲言語所引起，亦有以言語外之舉動而引起之者。例如乘看護婦之隙，將其藥瓶取去，另以同一外觀盛貯毒藥之瓶，置於其處，致令看護婦陷於錯誤，因以毒殺病人之行爲是。學者或謂此種間接正犯，卽指利用無故意之行爲者之間接正犯而言，其實不然。蓋利用無故意者之間接正犯，固得稱爲利用他人錯誤之間接正犯，而對於須具特定意思之犯罪，利用無此特定意思之行爲者以實施之，亦已包於利用他人錯誤之間接正犯之中。例如竊盜罪之成立，須有不法取得所有之意思，假使託言單有暫時借覽之意思，使人竊取他人所有之書籍，卽是利用無特定意思之行爲者之間接正犯也。利用無犯罪故意或無特定意思之人，使之實施犯罪時，除主使者成立間接正犯外，其直接實行者，亦有時成立過失犯。(二)行使強暴或脅迫之間接正犯。其情形有二：一、爲間接正犯。二、爲教唆行爲。二者區別之要點，在於強暴或脅迫程度之大小，強暴或脅迫之程度甚爲強烈，致令直接實行者，失其自由意思，則施暴力或脅迫之人應成立間接正犯，反之強暴或

脅迫之程度不如是之強烈，直接實行者之自由意思，尙不能謂已喪失，則加強暴或脅迫之人即爲教唆犯也。(四)利用無特定之犯罪能力者之間接正犯。各種犯罪之中，有以具有特定身分之人爲限，始得爲其主體者。例如公務員收受賄賂，非公務員則不能犯此罪也。然公務員自己如不參與實行，而使普通人實施受賄行爲之全部，即此所謂使用無犯罪能力人之間接正犯，直接實行者如係知情幫助，則爲間接正犯之從犯。反之，如係不知情，則公務員可謂即爲前述之利用他人錯誤之間接正犯。至若公務員與普通人共同實施收賄罪時，依吾刑法第四十五條規定，此二人實係共同正犯，其情形與此所謂間接正犯不同。大多數之犯罪，皆可間接爲之，其有間接正犯已無可疑，惟在以一定身分爲構成要素之犯罪，無此身分之人，是否可以利用有此身分者，使之實施犯罪行爲而自處於間接正犯之地位，尙有疑問。例如(一)女子是否利用有精神病之男子爲強姦罪之間接正犯？(二)普通人是否可以欺罔官吏爲濫用職權侵害他人權利罪之間接正犯？(三)對被傳喚出庭之證人，加以強烈脅迫使爲虛偽之

陳述，可否成立偽證罪之間接正犯等，均爲未決之問題。學說亦極紛歧。但應以積極的解釋爲當。何以言之？犯罪成立之要素有三，前已述之，間接正犯亦然，其主觀的要素之責任能力，與中間要素之責任存在於間接行爲者之一方，其客觀的要素之犯罪事實存在於直接實行者之一方，而直接實行者所爲之客觀的犯罪事實，全由於間接行爲者之有責任行爲所引起，普通犯罪與以特定身分爲成立要件之犯罪，殊不見有區別之必要。試以強姦罪而說明之。甲女利用有精神病之乙男，使之強姦丙女，時丙女有被乙男強姦之客觀事實甚明，而此客觀的事實，全由甲女之有責任行爲所引起亦甚明，其所以與普通強姦罪不同之點，惟在甲女本無單獨犯強姦罪之身體上之能力，然以無此身體上能力之故，遂謂不能成立間接正犯，則大不可。否則，若以身體上能力爲間接正犯成立之要件，則凡腕力柔弱不能單獨殺人者，利用孔武有力之人使之實行殺人，或未習打靶不能遠射之人，利用有此能力者使之射殺他人，而其直接實行者又無責任能力，或無實施之故意，利用者反不得成立間接正犯而無罪，有是理乎？又

就普通人欺罔官吏，使之濫用職權，侵害他人權利之時考之，因有官吏之濫用職權，故生侵害權利之客觀的事實，而此客觀的事實，實為普通人之有責行為所引起。既有此種引起之關係，即可謂之間接正犯，其理正與女子可為強姦罪之間接正犯同，不得以無官吏之身分，遂謂不能為濫用職權罪之間接正犯也。依同理，強迫證人使為偽證，亦得為偽證罪之間接正犯。要而言之，一切犯罪，與間接正犯之觀念，可謂皆得相容，惟法律設有例外之規定者，則不得認之。例如明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，以有刑法第二百零三十一條明文規定之故，不可謂為第二百零三十條之間接正犯也。

又間接正犯之着手及終了，不以直接實行者實行之着手及終了為標準，乃因間接正犯着手於使直接實行者決定犯意之行為而開始，亦即依此行為之終了而終了也。是故間接正犯已着手於使直接實行者決定犯意之行為，而該直接實行者不表同意時，即應成立未了未遂罪，該直接實行者已有許諾而不實施時，即應成立終了未遂罪。蓋以此種類似教唆之行為，一經着手，恰與利用自

然力之行爲之着手無異，直接實行者許諾而不實行，恰與利用自然力之行爲不能奏效相同。故與普通教唆須以被教唆人有完全之意思力爲前提者，實有根本上之不同也。

間接正犯行爲之爲單數或爲複數，亦非依直接實行者之實行行爲而定，乃從間接正犯之行爲以爲斷，故間接正犯依一行爲而使一直接實行者實施數個犯罪行爲，或使數直接實行者，實施犯罪之行爲，在間接正犯，皆僅有一犯罪行爲，是蓋以一犯罪行爲而犯數項之罪名者也。若教唆犯則依被教唆者實施之罪數而定，以一行爲教唆他人實施二罪，被教唆者業已依其教唆而犯二罪，則教唆者應依二教唆罪處斷，此教唆犯與間接正犯所以大異也。

第四十四條 幫助正犯者爲從犯。

教唆從犯者，以從犯論。

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

義例

本條規定從犯之成立及其處分。所謂從犯，指在他人實施犯罪行為之際，或其事前而予以幫助者而言。若他人犯罪行為業已完成，復就同一事件以實施其犯罪行為，縱令犯意相同，以無共犯關係，仍應獨立論罪，固不得認為幫助行為。（參照最高法院十九年非字第四八號判例）然苟在他人實施犯罪中，在場實施，如同網縛被害人手足，以便他人挖取被害人之目，自係分擔犯罪要素，不得謂無犯意聯絡，即應負共同責任，依第四十二條規定，以正犯論罪。（參照最高法院十九年非字第五九號判例）亦不得謂為幫助行為。蓋幫助云者，即從犯之客觀的要件也。可分為物理的幫助，及智的幫助二種：物理的幫助，一稱物質的幫助，例如供給犯罪所用之器械，或貸與犯罪之場所等是；智的幫助，一稱精神的幫助，例如指示犯罪實施之機會場所手段等是。其幫助時間有在實施犯罪之前者，有在實施犯罪之中者，前者如當正犯決意犯罪尚未實施犯罪之前，預先通知犯罪下手之機會，供給犯罪所用之器械，或以其他語言激動等預備行為，使其犯罪之實施為

可能或較容易者是。後者如當正犯犯罪之中而爲看守引線或以語言激動等行爲，使之容易實施者是。

雖然客觀的要件具備，然非再具主觀的要件，則從犯行爲，仍不能成立。主觀的要件維何？即從犯須有幫助正犯之意思是也。如係故意之從犯，應具備之意思要件有三：（一）從犯對於正犯行爲之客觀的要素須已認識。（二）從犯須知正犯行爲出於正犯之故意。（三）從犯須已自知其爲幫助正犯之行爲而有爲之之意思。如係過失之從犯，則應具之意思，亦係對於構成犯罪行爲之客體手段時或地等之性質，可得認識，因不注意致不認識，遂至有幫助他人實施此行爲之意思也。

上述主觀客觀兩要件具備，則從犯之成立，似無問題矣；然從犯有附屬於正犯之性質，如正犯未成立，則從犯亦自不得單獨科罰。（此指正犯不成立時而言如正犯係因法定原因而免罰時則不在此內）因之從犯之成立在主觀客觀兩要件外，尚有二注意之點：（一）正犯須本於故意而實施其犯罪之行爲。（二）幫助行爲與正犯行爲之間，須有因果之關係。蓋正犯無故意，則幫助之者非從犯乃間接正

犯也。正犯行為與幫助行為無因果關係，則雖有幫助行為而無幫助結果，法律上仍不能認為成立從犯也。

從犯行為通常均為積極行為，然亦有由不作為而構成者。例如看守倉庫之人，故意怠於巡守，予竊盜以竊取之機會，即以不作為而幫助竊盜犯之實施犯罪者也。又從犯行為只有事前幫助與事中幫助之別，絕無所謂事後之幫助，故如藏匿罪人湮滅罪證，及其他關於贓物之罪等，雖有庇護犯人利益之性質，而無幫助犯人實施犯罪之性質，均不能為從犯行為也。

第二項規定在學說上謂之間接從犯，間接從犯之教唆與正犯之故意，無有思想連絡之必要，自與間接教唆犯相同；惟教唆教唆犯者，究與本條之教唆從犯者對於正犯之因果關係，當有區別。蓋以教唆之本義言，皆以自己故意予他人以犯罪決意之原因，而教唆教唆犯者，其決意即在於正犯之實施行為，若教唆從犯者其決意僅在從犯之幫助行為而止。故前者應準教唆犯同科正犯之刑，而後者亦仍以從犯論也。

第三項爲從犯之處分，在暫行律事前幫助得減輕正犯之刑，至事中幫助，則不問其行爲與犯罪之關係如何，概科以正犯之刑。本法以如此處分，未見平允，特仿俄國法國意大利布加利亞等國之規定，仍採暫行律事中從犯與正犯同罰之制，而以直接及重要之幫助爲限。此外事中之幫助與事前之幫助概科以從犯之刑，且改從必減主義，以期情法得中，是亦法之一進步也。

直接及重要之幫助，如某甲顛覆巨艦，本非一人之力所能勝，當實施行爲之際，某乙忽給以水雷。又如某丙謀至某丁處擄搶，某戊爲匪引路，（參照最高法院十九年非字第六三號判例）或爲匪看守被擄人，（參照最高法院十八年上字第九八四號判例）等類是此等幫助，其情節殊不輕於正犯，處以正犯之刑，自屬允當。蓋共同正犯與從犯之區別，本甚困難。在昔雖有犯意爲共同實施犯罪者，爲共同正犯，犯意爲幫助他人犯罪者爲從犯之主觀說，又有行爲爲犯罪結果發生之原因者爲共同正犯行爲，僅爲犯罪結果發生之條件者爲從犯之客觀說，然在事實上則犯意難於辨別，原因與條件亦無標準。本法規定直接及重要之幫助犯，仍處

正犯之刑，則以上困難不解自解，而共同正犯與從犯之區別，在處分上亦非有至大之關係矣。

雖然處分上雖無至大關係，然分則中有以結夥爲加重條件者，此時計算人數，則不惟正犯與從犯有區別之必要，即從犯與直接及重要之幫助犯，亦應有分辨；蓋前者不得算入結夥人數，（教唆犯亦同）後者則應算入故也。

附刪暫行律第三十二條理由：

暫行律第三十二條於前教唆或幫助其後加入實施犯罪之行爲者，從其所實施者處斷。修正案改爲於前教唆而後加入實施犯罪者，從其所實施者加本刑一等其理由謂造意而兼實施，罪狀始與俱發罪等。此蓋指兩罪而言。例如教唆他人犯一罪，而本身實施亦犯一罪，於前罪爲教唆犯，於後罪爲正犯，當然適用俱發罪之規定。若教唆與實施均係一罪，則教唆實爲犯一罪之方法，當然依其實施者處斷，不應從修正案加重其刑。故本法將此條刪去。

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。

義例

本條規定身分與共犯之關係。有身分爲犯罪成立之要件，有身分爲處分重輕或免除之原因者，故分兩項規定之。

第一項以身分爲犯罪成立之要件時，若一人有身分，而他人無有，自理論言之，不得以一人之特別事故影響及於他人，則對於無身分者，似以不處罰爲當然；法律爲期允協，且以人既達責任年齡，關於各項犯罪事實，具有認識，雖無身分，而竟與有身分者共同實施，或竟教唆之幫助之，及犯罪成立，揆諸刑事政策，亦不宜任其逍遙法外，此本條所以以明文規定，仍以共犯論也。

第二項以身分爲刑罰輕重或免除之原因時，則法律上之效力與第一項不同，其在教唆犯從犯之身分有加重減輕或免除時，固不及於實施正犯，卽實施正犯之身分有因之加重減輕或免除者，亦無影響於其他共犯；故無論其身分屬於共犯中何人，各以其應加應減或免除之故，分別處分，其無身分之人，仍科通常之刑，所

謂仍科云者，即不得隨有身分之人加重減輕或免除之謂也。如非公務員而與公務員共同實施或教唆幫助公務員犯禁烟法上第十六條至第十八條之罪，雖應認為共犯，但因身分而刑有輕重時，對於非公務員應科通常之刑。（參照司法院統字第一八〇號解釋）

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。

義例

本條規定一方從犯之處分，為本章採取行為共同之積極主義，亦即為第四十四條之補充的規定。蓋第四十四條為雙方知情之從犯，此即為一方知情之從犯，以從犯論者，準從犯之謂也。例如甲謀侵入乙等之室，意圖殺乙，鄰室之內，雖未與甲通謀，而心頗贊成，乃自戶外鎖扉防乙脫走，甲並不知丙之為助，竟得殺乙，是甲固為實施正犯，而丙亦不能不負從犯之責，此本條之所以規定也。

雖然一方知情的犯罪，不獨幫助犯有之，即共同犯亦未嘗無有，學說上所謂一方共犯是也。如遇此種情形，將準此條而認為準正犯乎？抑以律無明文而不認為犯

罪乎？是不然，一方知情，一方不知情，且各具有擔任實施之決意，則利用結果，各成單獨犯罪，自不生共犯關係，故無須規定及之。

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。

義例

本條規定過失正犯之例。所謂於過失罪云者，卽指分則中應論過失者而言。所謂有共同過失云者，卽以共同行爲者有爲其共同行爲之意思，止認識其共同行爲，而對於可得認識之犯罪構成要件，則因不注意之故，致有共同不認識之情形之謂。例如黑夜強盜來襲，家人共同講求防衛方法之際，適值隣人聞信來救，家人誤信以爲強盜既至，遂卽合力以射殺之者是。此時對於家人應皆以過失正犯論。暫行律關於此項規定論爲共犯，本法以共犯必有正犯，孰爲正犯，孰爲共犯，殊難斷定，且過失罪有無共犯，學者間爭論甚烈，故仿共同正犯之例，規定其爲過失正犯，各科其過失之刑。不使其負他人過失之責任。

雖然，此爲共同過失者而言，若值人故意犯罪之際，而有過失之事實時，將如何處

斷乎？二人以上均有過失，既皆論爲過失正犯，則一人具有過失，自應認爲獨立之過失犯，固無待明文規定者也。（參照司法院院字第七四號解釋）

附刪暫行律第三十六條之理由：

暫行律第三十六條值人故意犯罪之際，因過失而助成其結果者，準過失共同正犯論；但以其罪應論過失者爲限。修正案改爲因過失而助成故意之犯罪者，準過失共犯論，較暫行律明瞭；但雙方皆爲過失犯，以過失共犯論，已有未當，況本條之規定一方爲故意，一方爲過失犯，而以過失共犯論，於理論上尤覺不協，果有過失，自應負其過失之責任，若使對於他人故意行爲之結果而負其責任，殊欠公平，故本法刪去之。

第七章 刑名

律著刑名，創於魏晉，本法爲貫全體之適用，特折衷新舊法制，亦闢刑名一章，以死刑自由刑財產刑爲主刑，褫奪公權沒收爲從刑；並詳定其性質期限，以及輕重之比較，執行之方法等，以爲裁判宣告時之準則，是亦總則中之一重要章次也。

第四十八條 刑分爲主刑及從刑。

義例

本條規定刑之大別。刑之云者，卽國家對於犯人所加之制裁是也。普通曰刑罰，簡言曰刑。主刑爲可以獨立科之之刑，從刑則須附隨於他種刑罰而科之之刑；惟其可以獨立，故科主刑者，不必盡科從刑，惟其須附隨於他種刑罰，故科從刑者，必先有主刑，雖有時得專科從刑，而實爲主刑免除之結果，並非主刑之不存在，然則學者雖謂主從之區別係屬成文法規之分類，究其性質，實亦有重大差異之點也。

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。

義例

本條規定主刑之種類。第一爲生命刑，第二第三第四爲自由刑，第五爲財產刑。茲就法定種類分別說明之。

(一) 死刑 卽爲剝奪犯罪人生命之刑。其目的在屏除無法改善之犯罪人於人類社會之外。近今學者本於人道觀念，刑法效力，遷善改過，法官錯誤等理由，雖盛唱廢止之說，然以中國國情而論，刑亂用重，固距廢止時期尙早，而歷史觀念，社會心理，以爲殺人者死，逆倫者不赦，倘遇此等案件，誠有非處極刑不足以厭人心之時，爲免橫暴之增加，亦一時政策上所不能不兼籌並顧，此本條第一款所以仍存死刑而不廢也。

(二) 無期徒刑 卽終身剝奪犯人之自由刑也。學者以其性質雖輕於死刑，其效力實無異於死刑，故亦主張廢止之者。其所持理由：(一)使犯人終身受精神上之痛苦，較死刑爲尤甚。(二)效力不平均。人之壽數不同，故受刑之年限亦

有長短。(三)絕對無伸縮之餘地，不能與罪責相應。(四)使受刑者終身無自新之路，與感化主義根本相反。雖然，好生惡死人之常情，第一理由實與事情不符，人之生死問題，不能比例互觀。例如宣告有期徒刑六年之甲，至五年而死，宣告有期徒刑十年之乙，反至期滿出獄，亦爲不平均。若如學者所說，則有期徒刑亦應在廢止之列，故第二理由，殊不足採。有期徒刑與死刑之間，不可無別種刑罰，無期徒刑之設，即所以維持刑罰之平均，而爲相對的淘汰之方法，雖無伸縮之性，實出於不得已，至謂終身無自新之路，更有假釋制度可以補救。故第三第四二理由亦未可謂爲充分，安得謂無期徒刑之非廢止不可乎？故本條仍以次諸死刑。

(三)有期徒刑 卽於二月以上十五年以下之一定時間內剝奪犯人之自由刑也。暫行律於其長短輕重參仿舊律加減從等及十等罰之制，分爲五等，採用等級制。本法以其與通例及事理不合，特廢去等級，各定年月，孰得孰失，申論如下：

有期徒刑分爲五等，無非取其便於加減，然加必一等，減必一等，恐不免有畸輕畸重之失。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。餘可類推。又如一等有期徒刑加一等，變爲無期徒刑，相差尤遠。若僅欲加重數年，使不至於無期，則爲法所不許，此外拘役加一等，變爲五等有期徒刑，相差亦大，尤足見其不平也。

有期徒刑分爲五等，於立法上亦形不便。蓋刑法分則及各單行法所科之刑期，惟以此爲標準，而罪之輕重，各有不同，若必以此五者相繩，則所規定之刑期，恐有不失於酷，卽失於寬之弊。考各國刑法科二年以下或六月以下之徒刑者尚多，卽如日本刑法科二年以下懲役者計十一條，科六月以下懲役者計七條，暫行律既採等級制，故雖欲科二年以上六月以下之徒刑，亦必無可規定，其餘介乎各等級之年期亦復不少，如廢去等級各定年月，而以若干分之幾爲加減，既無定刑失當之虞，并免加減相懸之失，且分則及單行法各條徒刑，如果明定年月，更可一目瞭然，無須檢查等級表，卽知刑期之短長，其利便

爲何如乎？

又暫行律有期徒刑之最高度爲十五年，修正案改爲十二年，其理由謂初犯年齡，二十五六歲最居多數，而人生平均年齡，不過四十一二歲，若對於二十五六歲科以最長期，十五年至四十歲始能釋放，殆與無期徒刑無異云云。按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，年老衰弱之人科以數年之徒刑，或竟近於無期，年事少壯者，科以十五年，非無出獄之希望，此皆事實上犯人本身之問題，似不足據以爲縮短法定刑期之標準也。況有假釋之制，以救長期自由刑之弊，犯人果能遷善，不必待至刑期滿後始出獄，否則科以十五年，爲社會及個人防範起見，未爲過也。且科刑時有最高度及最低度之規定，法官可以酌量於其間，非必科以最高度，暫行律定爲十五年，實從多數國刑期，而採其最適中者；故本法仍從暫行律而以十五年爲最高度，此本條第三款之所以規定，至但書規定則係指加減與併合論罪之例外而言。前法律館草案本有但書，其修正案及憲政編查館核訂案，將但書改

入俱發罪章，似未妥善。蓋此例外若不規入刑名則屬非刑矣。今既明白規定則減至二月未滿時，仍稱有期徒刑，自屬當然解釋。（參照司法院院字第三一九號解釋）

（四）拘役 即於一日以上二月未滿之短期內剝奪犯人之自由刑也。其性質本無異於有期徒刑，而必別為拘役者，祇有程度上之差別，即對於最輕之犯罪者處以最短期之拘役，不使與受徒刑之人視同一律，故關於奪權及累犯加重時，皆有區別之必要。惟吾國學者對於此項短期自由刑，謂流弊頗大，不如改為身體刑笞刑者，其所持之理由有四：（一）短期自由刑不能收感化之成效。（二）對於此種輕罪監督不甚嚴重，且多採雜居制度，有薰染惡習增加累犯之弊。（三）誤蹈刑章之人，因受拘禁之故，反足使生自暴自棄之念。（四）一般人民視短期自由刑為無足輕重，故犯輕微之罪者，仍不少減，而耗費國帑猶其小焉者也。此說論短期自由刑之弊，似甚透澈，然亦非無補救之方法。竊謂採用分房制，則第二之流弊可免，採用緩刑制，則第三之流弊可免，雖未能

收感化之效，必可致預防弊害之功。至若國家經費之有利與否，可勿深加計較，蓋刑罰之目的，本不在於營利也。彼採用身體刑之主張，未免失於偏頗，不知所以預防之法，且逆於世界潮流而有所取笑也。故本條仍以之次於有期徒刑，至但書規定理由與前款同。

(五)罰金 卽普通之財產刑，以之定於主刑者。蓋因罰金性質一則可以伸縮，二則可使有均等之效力，三則可使止於一身，四則可以回復，較之其他各種刑罰，可謂比較的具有良刑之性質。且就不拘禁犯人之點論之，犯人之生業不因此妨害，犯人之品位不因此損傷，亦較自由刑爲勝；故在本法亦以之占重要之地位。其科法有三：(一)單科罰金，對於有利慾心之犯罪科之，如第二百七十八條之賭博罪是。(二)併科罰金，除科徒刑或拘役外，尙須兼科罰金，蓋以此種犯罪，不獨有危險性，且有利慾心也。例如第二百一十一條第二百一十二條第二百一十三條之偽造貨幣罪是。(三)擇科罰金，於自由刑與罰金中由審判官審酌犯人性，選擇其一以科之，所以防短期自由刑之弊害也。此三

者皆於分則中以明文規定之。有併科之規定者，不能擇一處罰。單科罰金者，不得易科從刑。至擇科罰金，既任審判官擇一科罰，其不能同時併科自不待言。本條只規定其最少額，所以示一般標準也。惟以之次於拘役者，在性質不在程度。故與輕重之次序當分別視之。至但書規定，固為體恤犯貧，顧全社會狀況而設，然亦非專指一元以下而言也。

第五十條 從刑之種類如左：

- 一 褫奪公權。
- 二 沒收。

義例

本條規定從刑之種類，第一為能力刑，第二為普通以外之財產刑。茲分述之：

褫奪公權云者，非直接毀損犯人之名譽，乃剝奪犯人在法律上所享有之特定資格也。所以為從刑者，以此項褫奪，非先有主刑之宣告，不得為褫奪公權之宣告是也。至於褫奪何種資格，以及有期無期，或何種得褫奪，何種不得褫奪，何種得專科，

何時宣告等等，均詳於第五十二、五十六、五十七、五十八、五十九各條規定。

附關於開除黨籍停止黨籍，與褫奪公權有無差別。凡受開除黨籍或停止黨權處分之人，有無鄉鎮自治施行法第七條所規定之公民權，及被選為鄉鎮閭鄰各長之權，前經行政院函中央執行委員會秘書處，轉請核示；中央以總章第八十一條規定，已開除黨籍之黨員，不得在本黨政府機關服務，此意義經於十八年九月第三屆中央第三十三次常務會議解釋，認為與刑法上受刑事處分而褫奪公權者相近云云。不曰相同，而曰相近者，以黨的處分與司法上之處分其原因與手續本不相同而已。論其效力則了無區別，此為當然解釋。又所謂本黨政府機關者，凡中央及地方政府機關或地方自治機關如鄉鎮閭鄰等均應包括在內。觀於前項解釋案第一、二款所載，亦無可疑。至黨權之停止雖與黨籍之開除有間，然究其性質與公權之褫奪後回復前無甚歧異。故關於此點，應與開除黨籍者受同一之制裁，方昭平允。復查鄉鎮自治施行法第七條規定，中華民國人民經宣誓登記後，為鄉鎮公民，方有出席鄉民大會或鎮民大會及行使選

舉罷免創制複決之權，而宣誓之要旨，則爲誓行三民主義，採用五權憲法，使其人既受黨的處分，被開除黨籍或在停止黨權期內，自不得謂之忠於本黨主義，即難望其履行公民誓詞，可以推斷。故此條之公民權亦不能任其享受。當經提出中央第一一〇次常會決議『開除黨籍或停止黨權之黨員與褫奪公權無別，並不得享有鄉鎮自治施行法第七條之全民權及被選爲鄉閭鄰各長之權。』並已函復行政院飭遵。

沒收云者，即與犯罪爲密接關係之特定物之剝奪是也。古時有籍沒之法，其實即一般沒收之制。此制與刑止一身主義相反，今已廢止。現所採用者，即此種特定沒收制。所以與罰金異者：（一）只限於特定之物，不及於一般財產。（二）除第五十二條第二項及第六十二條情形外，須隨主刑而併科，無離主刑而獨立沒收之理，至沒收之範圍及限制，詳於第六十條及第六十二條之規定。

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。

義例

本條規定重輕之標準，所以便比較時之適用也。在暫行律規定於俱發罪章，本法以併合論罪以外之事項，有時亦須定其重輕，故於本章規定本條以爲一般準據。第一項規定係爲應科不同種之刑時而設，所以示次序之重輕，卽死刑當然較無期徒刑爲重，拘役罰金當然較有期徒刑爲輕是也。第二項規定爲應科同種且同等之刑無法預定其重輕時而設，所以示權衡之重輕。例如某甲犯甲罪爲死刑，犯乙罪亦爲死刑，此時究以何罪爲重，完全以審判上權衡定之。犯甲乙兩罪均爲無期徒刑者亦然。第三項規定爲應科同種之刑而有二種以上主刑而設，所以示比較之重輕，以最高度之較長或較多爲重云者，例如某甲犯甲罪爲一年以下有期徒刑，或三百元以下罰金，犯乙罪爲三年以上有期徒刑，或三百元以下

罰金，應以乙罪爲重，甲罪爲輕是也。以最低之較長或較多爲重云者，如某甲犯甲罪爲二年以下有期徒刑拘役，或一千元以下罰金，犯乙罪爲二年以下有期徒刑拘役，或五百元以下罰金，應以甲罪爲重，乙罪爲輕是也。但有應注意者，如甲罪僅有最高度之刑，（如處五年以下有期徒刑）乙罪除有最高度之刑外，並設有同種最低度之刑，（如處六月以上五年以下有期徒刑）則應以乙罪爲重，如最高度之刑相等，而設有最低度刑者，實爲不同種之刑；例如刑法第二二四條及第三六三條其最重主刑，雖均爲五年有期徒刑，但第三六三條之最輕主刑爲罰金刑，應以第三六三條之刑爲輕，（參照司法院第三一二號解釋）第四項規定與第二項同，即均爲權衡之重輕是也。惟第二項情形，各罪只有一個主刑，本項則均有多數之主刑，此其所以異也。

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。

義例

本條規定專科從刑之例外，從刑爲主刑之附屬刑，通例必科以主刑，方得科以從刑，本法以主刑之不科，實由於法定原因而免除時，則根本上不能謂主刑之不存；倘於從刑方面，仍有制裁之必要，則專科之，亦無礙於附屬性質也。故設此例外規定以資適用。

惟第一項免除主刑，既有依第八條之明文，則限於在外國已受刑之執行或經免除者，免除本法之刑時言之，自無疑義，第二項免除主刑並無第八條限制，則依第八條免除主刑時，得專科沒收，固包括在內，即因第八條以外之法定原因，而免除主刑時，依當然解釋，自亦得專科沒收；惟第八條以外之法定原因，而免除主刑時，僅得專科沒收而不包括褫奪公權者。蓋名譽爲人生第二生命，主刑既因其他法定原因而免除，則關於法律上罪情，較諸內外國法律均以爲罪，僅因參酌事實之結果，而免除刑罰時，其輕重自有不同，故專科褫奪公權之例外，僅得適用於依第八條而免除主刑時也。至沒收則爲特定物之一處分，有時主刑雖經免除，而關於供犯罪所用或犯罪預備之物，或因犯罪所得之物，（違禁物得專科沒收已有明

文) 仍許犯人持有，自非理法之平，故得專科範圍，雖第八條以外之法定原因，而免除主刑時，亦得適用也。雖然，其他法定原因免除主刑時，均得專科沒收固矣；然所免除之主刑，以及沒收之物，仍必受本法第六十二條第一第二兩項之拘束，則亦一當然解釋也。

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。

義例

本條規定執行死刑之方法，及其慎重。世界多數國家，除西班牙德意志諸邦採用斬制外，若英奧匈俄日及美之各洲，大都採用絞制。本條第一項規定死刑用絞，即取多數之所同也。

於監獄內執行云者，密行之謂也。在昔肆諸市朝，原有與衆共棄及威嚇衆人之意；然徵之我國歷史，及各國實驗，（謂歲計犯人犯罪十之七八爲習見殺人者）殺以止殺，非惟無警戒之效力，且以長人民殘忍之風，揆諸刑事政策，殊不相宜，故用

絞之國，無不秘密執行，良非無故。

第二項爲重視人命，本舊律議擬奏聞之遺意，以爲限制執行之特別辦法，非以法部干涉審判之執行，乃因檢察官應受法部之指揮而執行也。

附刪暫行律第三十九條理由：

暫行律第三十九條係關於監獄法故刪去。

附刪暫行律第四十一條理由：

暫行律第四十一條宣告徒刑及拘役，不得未滿一日，罰金不得未滿一圓。前法律館修正案語，謂拘役短期爲一日，罰金寡額爲一圓，則因減輕而至一日或一圓以下者，若即免除，不足以昭懲創，是以增補入律，俾資引用云云。暫行律減輕以等，徒刑減等，變爲拘役，至拘役則竟無從而減，是所謂未滿一日者，本不適用，本法以若干分之幾爲加減，則不滿一日之時間，及不滿一圓之金額，如何科斷，於加減章規定之，故刪去此條。又易科監禁之計算，間亦有此種情狀者，擬於該條另行規定。

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。

義例

本條規定囚犯執行之場所及其執行方法。

第一項爲執行之場所，即無論爲徒刑，（無期有期均包括在內）爲拘役之囚犯，均拘禁於監獄內是也。監獄二字，不專指依監獄法所設備之獄舍而言，即一時代用之看守所，亦包括在內，所謂拘禁，即限制自由之意，亦即徒刑拘役之所以爲自由刑也。

第二項爲執行之方法，即無論爲徒刑爲拘役之囚犯，在拘禁期內，均須令服勞役是也。外國立法例對於自由刑本有有定役制無定制之別。例如日本刑法所定罪情輕微，尙存廉恥者，處以禁錮，處禁錮者不須服定役，罪情重大者，處以懲役，處懲役者，應服定役，是即以服役與不服役爲懲役刑與禁錮刑區別之要點，亦即以服役爲卑賤之事，且使其受苦痛也。然就事實而論，無定役刑，反較有定役刑爲苦，何

也。人爲自由活潑之動物，長日拘坐，無所事事，其精神上所感之痛苦，吾知其必數倍於工作之勞苦。日本犯人有受禁錮刑而自願請求與懲役囚人共處工作者，其實例也。況勞動神聖，已成今日不刊之論，於一國然，於個人亦然，爲過度之勞動固非所宜，而怠於勞動，則絕對不可。是以本法採取有定役制，令服勞役，所謂令者，示有強制之性質，其利益之顯著者有六：（一）強健身體。（二）養成勤奮之習慣。（三）可使練習適於生活之事業。（四）減少犯人精神上之痛苦。（五）可使貯蓄餘資爲良民生活之準備。（六）可爲監獄經費之補助。雖然，犯人身體以及犯人身分，亦有時不可一概而論，有不勝操作者，有不願伍於衆囚者，法律上爲留裁量之權衡，故又有但書之規定。在暫行律此項免役例外，專限於拘役之囚犯。本法以顧全廉恥及身體等等，在徒刑囚犯亦甚多必要，故擴而充之，以示一律。

附刪暫行律第四十四條理由：

暫行律第四十四條受五等有期徒刑或拘役之宣告者，其執行若實有窒碍，得以一日折算一圓，易以罰金。案本條以罰金易自由刑，有背刑罰之本旨，爲他國

刑法所無，前法律館草案所舉外國船舶之水手於碇泊地犯輕微之罪，科以數日之拘留，該船勢難久待，一旦啟碇歸航，在本船既失必需之水手，在本人又失歸航之便，而他國反因此增一飄零無業之異國游民，際此情形，則罰金爲宜。英國判決例此事數見，其他屬於此類之事例者亦復不少云云。據所舉之事例，實因便宜起見，而與條文所云執行實有窒礙之說未免不符，且所謂犯輕微之罪科以數日之拘役，而條文則擴充至一年以下之徒刑，以一圓折算一日，則數百圓可以贖一年以下徒刑之罪，又未免失科刑之本旨。況暫行律科罰金之條文一百有奇，其中科自由刑或罰金者八十有奇，（餘皆併科）是輕微罪皆可徑科罰金，無俟宣告自由刑後始易以罰金也。若謂執行實有窒礙，卽在一年以上之徒刑，亦或有之，可依執行法辦理。至所云英國判決例依據一千八百六十二年之刑律合併法及一千八百七十九年之簡易訴訟法，其大致對於所規定自由刑之罪，法官得按其情節併科以罰金，或不科以自由刑，而僅科以罰金，其用意係在擴充罰金之適用範圍，與暫行律擴充罰金至百餘條之多，實相暗合。

第五十五條

非宣告自由刑，後因執行窒碍而易以罰金也。故本法刪去之。

罰金於裁判確定後，令一月以內完納之。

期滿而不完納者，強制執行。其未完納者，易科監禁。

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

科罰金之裁判，應依前項之規定，載明折算一日之額數，但監禁期限，不得逾一年。完納期內，經本人之承諾者，得易科監禁即行執行。

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，扣除監禁日數，

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。

義例

本條規定罰金執行之方法，及其易科之制限。

第一項爲執行罰金之時期，即（一）必在裁判確定後。（二）必在一月以內。蓋罰金爲主刑之一，裁判尙未確定，自不生執行問題，罰金又爲財產刑之一，倘執行而無相當期限，則事實上亦多有不能，此本項之所以設也。

第二項爲不完納罰金者之執行，強制執行，爲滿期後當然之程度，即被處罰金者，如能依限完納，固不必論，否則檢察官即得依民訴法上強制執行之規定，強制其繳納焉。易科監禁，爲審判上之變則，屬於萬不得已之辦法，即檢察官於履行強制程序後，而猶不能令被處罰金者依法繳納，則惟有出於易科監禁之一途，質言之，惟有將財產刑易爲自由刑之執行矣。在暫行律關於本項情形分爲有實力無實力二種，本法以無區分之必要，故未採用。蓋自始無實力而不完納罰金者，固應易科，即有實力而故意不完納者，亦寧能獨異，惟茲應注意者，罰金之科法，本分單科、擇科、併科三種，本條所謂罰金，實兼此三種情形而有之，則易科監禁之辦法，自皆可以適用。又本條所謂罰金，不獨指一裁判所宣告之罰金而言，即由數裁判所宣告之罰金亦包括在內。

第三項爲易科之期限。關於此項制度向有二種：（一）爲確定期限制，卽以一圓折算一日，爲暫行律所採用。（二）酌定期限制，卽以一圓以上，三圓以下折算一日爲本法所採用。蓋犯人不繳納罰金之原因，亦至不一，有實因無資力者，有有資力而出於故意延玩者，亦有有資力而實因一時情事不能如期完納者，倘採確定期限制，則準情酌理之中必有畸輕畸重之嫌，而酌定期限制制度，則法官得有審核酌量之餘地矣。惟犯貧得將罰金減至五分之一，在第四十九條第五款，已有明文規定，此項減輕，至易科時，應以減得之數比例計算，此又但書之所以規定。於茲應注意者，此項減輕，應屬於裁判外之減輕。易言之，屬於裁判確定後，檢察官就諭知之全金額執行時，發現犯貧，再行聲請核減之減輕，不然，在裁判當時依照第七十六條第二項規定，無論犯貧與否，本有審酌犯人之資力之規定，且刑法於罰金之最低額，並無限制，則裁判上所科罰金，多有審酌情形在內，如非專指裁判外之減輕而言，則何項案件應以減得之數比例計算殊乏標準最高。法院解字第二三八號解釋謂此項減輕乃法院之職權，無須當事人之聲請，更不應延至執行時始行裁定。

凡科處罰金之案，法院得參照刑法第四十九條第五款定其額數，犯罪人是否貧困，祇須於判決理由內，加以說明，毋須在主文中表示云云，似有將此項減輕混入於刑之酌科範圍內之嫌，而比例計算之方法，直無所用，殊未見其當也。

第四項爲易科監禁之裁判，及其期限之制限，科罰金後，經強制執行而不完納者，既應易科監獄，則裁判時於一元以上三元以下之範圍內，究以若干元折算一日，即應於裁制內，先行載明，以便執行，此前半段之所規定也。於茲應注意者，倘裁判時並未載明及至不能執行罰金，由檢察官聲請裁定，亦一事後補救辦法。（參照司法院院字第八十號解釋）至監禁日數暫行律以三年爲限，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，（日本暹羅西班牙俄國德國）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，本法從多數立法例，故亦有但書之規定。

第五項爲完納期內之易科，易科監禁，實爲萬不得已之辦法，前已言之，故非期滿

而不完納，且經強制執行無效者，不得易科。此本條第二項規定之精神也。然確知強制執行無效，並經本人之承諾時，如仍堅持此項手續，則亦徒事遷延無禪法效，故又有不俟期滿，即予易科及即行執行之規定。

第六項爲易科監禁執行之場所，由罰金易科之監禁，究與本處徒刑者不同，自應分別執行，以免罪囚爲伍，濡染惡習，且以保全其名譽，維護其廉恥。此本項所以以明文定其執行場所爲監獄內附設之監禁所也。日本對於易科監禁，執行於勞役場。本法酌採其意，故又定明令得服勞役。

第七項爲易科後復繳罰金者之折扣。此項監禁，本由罰金而易科，故易科後仍照繳其罰金者，自得免除監禁。如裁判時定爲以二元折算一日，則繳二元罰金，即得免除一日監禁。倘監禁已有若干時日，則若干時日監禁，亦可依照二元一日之標準折抵，罰金若干元。例如科罰金二百元，易科監禁一百日，已受三十日之監禁，則只須繳納罰金一百四十元即可免除七十日之監禁是。

第八項爲罰金逾限之折算，易科監禁之期限，不得逾一年，本條第四項已有明文。

限制，倘罰金總額，依照一元以上，三元以下折算一日之標準，有超過一年日數之限制時，則當以其總額與一年之日數比例折算，其所定監禁日數之結果，雖未能符合於一元以上三元以下折算一日之標準，而究為不得逾一年之限制使然，非違法也。

第九項為被告人之利益而設，亦即所以示易科監禁之時期，實以日計，不以時刻計也。本法對於易科之期限，係採法定定期限制，則依一元以上三元以下折算一日之標準，計算之結果，自必有不滿一日之零數情形發生。例如科罰金一百元，裁判時定為以三元折算一日，則九十九元罰金，易為三十三日監禁，剩餘零數一元，倘無本項明文，則必滋生疑議，此不算之規定所以為必要也。

就上述各項規定觀之，則易科監禁之期限限制及執行方法等等，固屬明瞭，惟易科之效力如何，在本法雖未明白規定，然在法律上視之，應以受罰金之執行者論，當無疑義；且在執行監禁中脫逃者，仍視為依法拘禁之囚人，應成立第一百七十條之罪，自亦當然解釋，故本法不定明文。

第五十六條 褫奪公權者，褫奪左列資格：

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

義例

本條規定褫奪公權之範圍。褫奪云者，剝奪之謂，公權對私權而言，資格卽私人在公法上享有之能力，換言之，卽法律上特定之名譽是也。第一款卽爲第十七條所謂職官吏員及其他依法令從事於公務之議員職員之資格。第二款在暫行律僅列選舉人資格，其意蓋謂被選舉人資格依文例章之規定，應包含於第一款之內，然被選舉人於選舉之時，尙未知其當選與否，斷不能以第一款包含之，日本刑法修正案，既列公務員之資格，復列選舉人及被選舉人之資格，（日本現行法關於

公權之規定概委之於特別法。可借參考。故本法亦一併將被選舉人之資格訂入，以資適用。第三款則軍籍中兵卒之資格，亦包含在內。第四款蓋專指非公務員而言，惟應以官立公立之學校爲限，若私立之學校，則非屬公權矣。第五款律師爲法院組織中之一員，自亦屬於公權之內。

此五種爲公權之範圍亦卽爲褫奪之範圍不在此範圍內者，雖有得爲公權，固不可得而褫奪之也。

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。

義例

本條規定褫奪公權之種類，及其標準與限制。

第一項爲褫奪公權之種類，分無期有期兩種。無期云者，卽終身褫奪前條所列公權之謂；有期云者，卽於一定期限內褫奪前條所列公權之謂。

第二項爲褫奪年限之限制。關於褫奪公權年限，在立法例上有有限制者，有無限制者，本法以有期徒刑之最長年限，依照第四十九條第三款規定，既在十五年以下，則附屬於主刑之從刑，自亦應以主刑最長之年限爲年限；至最低年限，因普通均以年計，不以月計，故定爲一年以上，從刑不隨主刑加重減輕，故有期徒刑，遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年，而從刑則無此等擴充，其性質各有不同故也。

第三項爲無期褫奪之標準。換言之，卽屬於法定之標準。此項標準，在立法例上有以罪質而定，不問主刑之結果如何，皆爲無期者，有不以罪質而定，只須其主刑達如何程度，卽爲無期者，前者爲暫行律所採用，後者爲本法所採用。蓋犯罪而科死刑，則生命既絕，公權自無附麗，無期徒刑雖有異於死刑，然終身在獄，卽名未褫奪，實亦等於褫奪，本法捨彼取此，不惟衡情論科，亦着眼於實際情形也。

第四項爲無期或有期褫奪之標準。換言之，卽屬於裁量之標準。此項標準，注意之點有二：（一）其宣告者必爲有期徒刑。（二）其有期徒刑必在十年以上。上述情形具備，則審按犯人心術，或犯罪情節，其足以毀破廉恥者爲無期，或尙未至於毀破廉恥者爲有期，一以審判上之權衡定之。

第五項亦爲年限之限制，其與第二項異者，卽第二項規定所以示有期徒刑之最長期，若本項則係於最長期之中，復設限制之限制。蓋有期徒刑，既以十五年爲最長期限，則罪情較輕，其主刑之宣告，在六月以上，十年未滿者，褫奪公權之年限，自不宜全與最長期限相緊接，此又本項之所以規定也。

暫行律關於褫奪公權之規定，過於繁雜，就分則各條而言，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，如第一百十六條。以犯人之業務爲標準者，如第三百二十六條。以被害人之身分爲標準者，如第一百二十六條。以受刑之輕重爲標準者，如第一百〇六條。以犯罪之目的爲標準者，如第三百五十六條。其餘之標準不一而足。更就得褫奪一例而論，暫行律第四十七條

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，是否包現任官職而言，亦未分明。蓋暫行律分則中明定免現職者凡四條：第一百五十條官員犯瀆職罪者，第一百七十六條第二項官員犯脫逃罪者，第一百八十五條官員犯偽證及誣告罪者，第二百七十五條官員犯鴉片烟罪者，均有并免現職之明文；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，故本法廢去一部之褫奪，明定有期褫奪之期限，並確立應科有期及科無期之標準，至其應奪與否，一併取裁量主義，故雖宣告死刑，或無期徒刑，或十年以上有期徒刑，究應依本條所定標準褫奪公權與否，仍屬於審判上臨時裁量，此分則中關於褫奪公權之規定所以均示之以得也。

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。

義例

本條規定不得褫奪公權之標準，其與前條異者，即前條爲得予褫奪之標準，本條則爲限制褫奪之標準。

關於褫奪公權在本法原一併採裁量主義，惟罪情輕重不等。罪情重者，既因裁量而有褫奪與不褫奪之情形，則屬於輕微罪情如六月未滿之有期徒刑，或爲拘役，或爲罰金，或爲過失犯罪者，爲保持犯人之廉恥及能力起見，自不能全與罪情甚重之處置相同；故又有限制褫奪之規定。因之在前條範圍，尙可裁量而予褫奪，若在本條，則不容有褫奪之裁量權存在也。

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。

義例

本條規定褫奪公權之宣告，及其效力

褫奪公權，乃附屬於主刑之刑，則宣告主刑時，即爲宣告褫奪公權時。於裁判時併宣告云者，即宣告主刑時一同宣告之謂也。惟應注意者，如遇併合論罪時，應於分別宣告徒刑之下，分別宣告褫奪公權之年限，再依第七十條第六款規定其執行，不得僅於執行刑下籠統宣告。（參照最高法院十九年非字第五一號第六三號判例）

裁判確定，則主刑應付執行，故亦爲褫奪公權發生效力之時期；但身既入獄，在主刑執行時，所有公權，當然不能享受，則法律上爲貫徹褫奪之效力，於有期褫奪，自非另有起算規定，不足以符實際而達目的。自主刑執行完畢或免除之日起算云者，即於犯人出獄之日起算之謂也。

第六十條 沒收之物如左：

一 違禁物。

- 二 供犯罪所用及犯罪預備之物。
- 三 因犯罪所得之物。

義例

本條規定沒收物之種類，亦即所以示沒收之範圍。

第一款違禁物指以法令禁止人民私有或私賣之物品而言。（參照最高法院十九年非字第七七號判例）若普通商人皆可販賣，並無禁止明文，則雖為含有危害或毒性之物，不得指為違禁物。

第二款供犯罪所用之物，謂為犯罪實行之手段，而使用之之物也。犯罪預備之物，謂欲以其物為犯罪實行之手段，雖未使用，而已有使用之決意者也。前者例如殺人所用之凶器，竊盜所用之梯鍵等是。後者例如預備放火之燃料，預備偽造貨幣所用之機器等是。依法均應沒收。又此所謂供犯罪所用之物，依前大理院解釋（

五年非字七號二年統字二五九號八年統字一一四八號）以動產為限，房屋當然不能沒收。故雖以房屋為開設賭博之所，以土地為栽植煙苗之區，其房屋與土

地亦皆不得沒收。蓋以房屋土地非直接供犯罪之用，又非永久有犯罪之危險性也。

第三款因犯罪所得之物，即指因犯罪行為所領得之物件而言。（參照最高法院十九年非字第一三三號判例）例如詐取之金錢，竊取之有價證券，公務員之賄賂等是。所謂因犯罪所得之物，本指直接因犯罪行為而得者言之；但因處分該物所得之價值，在本法第三百七十六條第三項既規定以贓物論，自亦在應行沒收之內。

第六十一條 前條第一款之物，得專科沒收。

義例

本條規定亦為專科從刑之例外，其與第五十二條第二項規定異者，在彼為免除主刑時而適用，其範圍廣。在本條則雖無主刑之存在，亦得適用，故其範圍僅限於違禁物之一種。蓋違禁物意義，學者雖有解為依法律規定認為構成犯罪所必要之物，然違禁物之持有，不必皆與犯罪有關，倘必限於免除主刑時始得沒收，則未

達於犯罪狀況，而有消滅危險物及遏止實害發生之必要時，在律並無處分明文，殊失刑事政策之道，此本條之所以規定也。

第六十二條

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

最重本刑為拘役或罰金者，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。

義例

本條規定沒收物與人與刑之關係，亦即所以示沒收之限制。

第一項為物與人之關係，具有二種：一、不問屬於犯人與否而沒收之物，即第六十條第一款所謂違禁物是。此項違禁物之性質，在法律上本不許私人持有。換言之，法律上原不容許私人於違禁物上有所有權或占有權之存在也。故採必科主義，不問屬於犯人與否而概予沒收。二、以屬於犯人為限而沒收之物，即第六十條第二款所謂供犯罪所用及犯罪預備之物。第三款所謂因犯罪所得之物，此等物件

如經搜獲且爲屬於犯人之物，自以沒收爲宜；惟屬於犯人云云，係指屬於犯人所
有，而犯人以外並無權利者而言。（參照最高法院十九年非字第一三三號判例）
屬於犯人所有，實兼所有權與占有權言之；故雖無主之物，苟屬犯人占有，即不
得不謂可以沒收。反是，與犯人無何等關係之無主物，即不得沒收。前大理院解釋
（七年六月四日統字第七九八號）謂事主不明之贓物，於法無沒收之根據，實
爲正當解釋；然則犯人以外而有權利者，除屬於債權而非物權外，則不得謂屬於
犯人，自亦不在沒收之列。得沒收云云。沒收與否，在審判官仍有自由酌量之餘地，
係得科主義，非如違禁物之屬必科者也。一探必科，一探得科。探必科者，以違禁物
爲限，探得科者，以屬於犯人之物爲限，均所以示限制也。

第二項爲物與刑之關係，沒收雖爲從刑，然對於犯輕微罪者，不斟酌案情，概行沒
收，必不免從刑反重主刑之弊，故參酌日本刑法第二十條及德國刑法準備草案
第五十四條之旨，明定最重本刑爲拘役或罰金者，非有特別之規定，不得沒收，以
示限制。至違禁物本得專科沒收，故無須再問主刑之輕重，此又但書之所以申明

也。

第六十三條 沒收於裁判時，併宣告之。

義例

本條規定沒收之宣告。沒收爲從刑之一種，與褫奪公權相同，故均附隨主刑而宣告。於裁判時併宣告云者，卽宣告主刑時一同宣告之謂也。雖然，依第六十一條規定得專科沒收之物，及第二百三十七條所載不問屬於犯人與否沒收之物，假使被告人有不罰情形，似無所謂裁判，將如何宣告乎？揆諸法理，已送審判者，應於判決內併予宣告，若案未起訴，或不起訴，則應由檢察官聲請法院以裁定沒收之。（參照司法院院字第六七號解釋）

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。

義例

本條規定羈押日數抵銷刑期或金額之例。未決期內羈押日數，可以算入刑期，已

爲近世學說所公認。蓋在刑事訴訟進行中，因羈押待質，往往遷延歲月，而其案始終結者，雖性質與刑罰不同，而情節實可矜憫，故設此例以救濟之。

羈押日數算入刑期之方法向分三種：（一）自刑之宣告之日起算，遇宣告後有上訴者，得分別情形以自刑之宣告至宣告確定時，其間羈押之日數算入刑期，其折算以一日與一日相抵。（二）自刑之宣告確定日起算，在宣告未確定前，不論上訴中或第一審之判決前，凡有羈押日數，均得算入刑期；但其抵算標準，法律無特別規定，或全部抵算，或止折算一部，悉任法官自由酌定。（三）其抵算方法與第二種略同；惟其抵算標準，則由法律規定以羈押日數之二日抵自由刑一日，本法採用第三種方法，以未決羈押之期，究與囚人受監禁者有別，故折算之法，以二與一之比例定之。至罰金則實不能與自由刑同日而語，故雖在未決期內之羈押日數，得以一日抵裁判時所定之罰金額數。裁判時所定之罰金額數云者，即指裁判時依據一元以上三元以下之標準所定之折算額數而言。例如裁判時定爲以二元折算一日，即二元爲其裁判時所定之額數，三元折算一日，即三元爲裁判時所定之

額數是。

羈押日數可以算入刑期固矣，然抵算之主義亦有二：一爲必然的，凡裁判確定前羈押之日數，必須與所宣告之刑相抵，法官無酌量抵算與否之餘地，一爲認許的，抵算與否悉任法官之酌定，本法規定得以云云，自係採用認許主義，苟無歸責於被羈押人之事由，即得許其抵算，既爲得許抵算，則抵算時應與本刑之宣告一併宣告，自亦一當然解釋也。

又羈押日數折抵罰金，在學者間雖有『不問易科監禁與否，均應依裁判所定之標準折抵罰金』及『須俟易科監禁期內納罰金時，始得將羈押日數折抵罰金』之爭議，然實例上則凡科處之罰金，均得以裁判確定前之羈押日數抵之，不問易科監禁與否，故准抵者不限於易科監禁期內完納之罰金。至本條必揭明第十五條第七項者，則因該項有依裁判所定標準一語，故揭之以爲折抵之標準，猶言依其所指標準，以抵裁判所科之罰金額數之意云爾。（參照司法院院字第二六七號解釋）

第八章 累犯

累犯云云，實爲刑法上一種加重之規定，並非特種罪名，故不稱累犯罪。刑法上加重，分普通特別二種，特別加重，於分則各專條定之，如第三百〇一條第三項之於第一項，及第三百三十八條之於第三百三十七條等是。普通加重，則惟本章之所規定。故在吾刑法上言之，唯一之法定普通原因可爲罪刑加重之根據者，只有累犯一種。累之云者，包括再犯以上而言，故不僅初犯受有罪確定判決之人再行犯罪者爲累犯，卽再犯後復再犯罪者，亦均屬於累犯之內，此等犯人，具有特別惡性，怙終賊刑，實有加重科罰之必要，此本章之所以設也。

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。

義例

本條規定累犯成立之要件。受之云者，既往之詞，卽暫行律上所謂已受之謂；因時效消滅或全未執行而卽免除，或尙在執行中者，不得謂之受。既云受有期徒刑或受無期徒刑之執行，卽死刑及拘役罰金，自不在內。執行一部而免除云云，卽指特

赦或假釋出獄等情形而言。五年內云者，執行完畢或免除後，未逾五年之法定期間之謂。再犯有期徒刑以上云者，復行犯罪必在有期徒刑以上之謂。既言以上，即死刑及無期徒刑亦當包括在內。惟應注意者，再犯有期徒刑以上之刑，係指法定之刑而言，受執行徒刑之刑，係指現實所科之刑而言，故前者不包括拘役罰金，尙包括死刑；後者即專指有期或無期徒刑，凡拘役罰金及死刑一併不包括在內，茲分述其要件於次。

(一) 前犯須爲徒刑。前罪與後罪之間，如有累犯關係，則其前犯所科須係徒刑。(包有期無期言) 蓋死刑既已執行，事實上無所謂再犯，死刑若經赦免，則屬於大赦者，不能再論再犯，屬於特赦者，不能謂有執行，他若拘役罰金，其罪較爲輕微，雖有再犯，亦無特別之必要，故皆不生累犯問題。

(二) 前犯徒刑須受執行完畢或受執行一部而免除。法律上規定累犯，本以前

會犯罪爲其條件之一，關於此點，各國立法例可分兩派，一爲法國派，以有罪裁判確定後之犯罪爲標準；二爲德國派，以執行完畢後之犯罪爲標準。主法

派者，謂裁判一經宣告，犯人即應有所警戒，受警戒而復犯罪，自應加重其刑。主德派者，謂裁判宣告，尚未受刑之執行，不生警戒之效力，必俟實體上執行刑之全部或執行一部而免除後，方足爲犯人之警戒。假使受刑之後而復犯罪，則其惡性顯著，始有特別懲治之必要，否則，如謂一經宣告，即可警戒犯人，試問宣告以前，刑章具在，何以不足警戒，而必有待於裁判之宣告乎？兩派主張，自以第二派爲優，故本法從之。惟應注意者，受有期徒刑之執行，尙未完畢，或脫逃，或保釋，如再犯徒刑以上之罪，不得視爲累犯。（參照司法院院字第二五五號解釋及最高法院十九年非字第十號第一二八號判例）惟有有期徒刑執行中，更犯有期徒刑以上之罪，揆之理論，自應以後罪所科之刑，與前科之刑合併執行，以其不屬於累犯，亦不屬於併合論罪也。（參照司法院院字第四二號第一三〇號解釋及最高法院十九年非字第一二八號判例）

(三)再犯須爲應處有期徒刑以上之罪 既受徒刑執行之後，而又不改舊惡，再犯應處有期徒刑以上之罪，則其承受感化之效果可知，故自可爲加重處罰

之理由。此所謂徒刑，係指法定之刑而言前，已言之故，凡法定應科唯一徒刑者，固作徒刑解釋，即法文中定有徒刑而並定有拘役罰金者，亦仍應作徒刑解釋也。

(四)再犯須未逾五年之法定期間。此項法定期間之計算，即以執行終了或免除開始之日爲計算五年之起算點。依各國刑事統計，再犯大抵在前犯後五年之內，若經過五年始再犯罪，雖不能謂其具有悛悔，而儆惕已明，刑效已著，究非尋常再犯可比。

上述四要件具備，卽爲累犯，否則不生本章問題。

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。

義例

- 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、褻瀆祀典及侵害坟墓屍體罪。
- 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，搶奪強盜及強盜罪，侵占罪，詐欺及背信罪，恐嚇罪，贓物罪，毀棄損壞罪。

本條規定累犯之性質及其處分，累犯之性質，可分兩種：一爲普通累犯，二爲特別累犯。普通累犯者，謂犯罪後而復犯非同類之罪也。例如第一次犯內亂罪，第二次犯殺人罪是。特別累犯者，謂曾犯罪而再犯同一或同類之罪也。例如第一次犯竊盜罪，第二次所犯之罪亦爲竊盜罪，或強盜罪是。第一項規定所謂不同一之罪或左列不同類之罪云云，卽指普通累犯而言；第二項規定所謂同一之罪，或左列同類之罪云云，卽指特別累犯而言。惟應注意者，所謂同類之罪，固限於本條各款列舉。至於同一之罪云云，卽指同條之罪而言，如前犯爲第三百三十八條之罪，再犯亦爲第三百三十八條之罪是，否則，不爲同一之罪也。（參照司法院院字第一三〇號解釋）

至於累犯之處分，各國立法例有加重刑罰者，有特別處分者，而在加重刑罰之國，又有規定必加重者，有規定得加重者。本法鑑於國內情勢，且爲懲戒惡性起見，故採加重刑罰及必加之制，以性質而定刑之輕重，以次數而爲加之標準，法理宜然，亦刑事政策上所必要也。

第六十七條 裁判確定後，發覺爲累犯者，依前條之規定，更定其刑。

前項之規定於執行完畢或免除後發覺者，不適用之。

義例

本條規定事後發覺累犯之特例及其限制。

第一項爲更刑之變則。累犯加重，本應於審判該累犯之罪時，一併宣告，乃事實上於審判時，並未知其爲累犯，及裁判確定而始發覺者，雖在訴訟法上，有裁判確定不得再行變更之原則，而實體法上既爲必須加重之罪，自不能不仍許依法更定其刑。惟更定其刑云者，乃變動其執行刑期之一部，非能變易罪名，或更改其審判之全部也。

第二項爲更刑之限制。前項更刑之處分，如無時間上限制，亦非保護犯人之道。於執行完畢或免除後發覺者不適用之云云，即在裁判確定後發覺累犯時，應變更其裁判，徒刑執行完畢或免除後，雖發覺爲累犯，亦不得變更其裁判之謂也。

第六十八條 累犯之規定，於前所犯罪，依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。

義例

本條規定不爲累犯之例外。法律規定累犯，本以前曾犯罪爲其前提條件，乃於前所犯之罪，係依軍法處罰，則犯罪性質不同，適用法律亦異。特別刑律之效力，非普通刑法之效力所能及，自不得認爲再犯。至由外國法院受有罪之裁判，尤爲法權各別，不問罪刑如何，在吾國視之，亦不過爲一種事實，與吾刑法之效力無涉，故亦不爲累犯。不適用之云者，不適用累犯加重之謂也。

第九章 併合論罪

本章在暫行律名爲俱發罪，蓋沿用舊律之名稱，以其爲數罪俱發也。但俱發罪並非特種之罪名，其俱發之數罪，仍各獨立存在，不過併合處斷使犯人得受刑罰減輕之利益而已。日本舊刑法名爲數罪俱發，新刑法改爲併合罪，本法以併合罪意義含混，故名爲併合論罪。

各國法律關於併合論罪之規定可分三種：（一）無分別之併合。（二）一行爲之併合，即想像的併合。（三）多數行爲之併合，即實體的併合是也。實體併合之中，又分爲普通實體的併合，連續併合，獨立併合三種。普通實體的併合之中，復有數罪同時發覺，餘罪後發，及別經裁判

之不同，本章第六十九條，至第七十三條爲普通實體的併合，第七十四條爲想像的併合，第七十五條爲連續併合。

雖然，併合論罪，其罪固仍各個獨立，不過併合其刑而定其應執行者，則謂爲併合論罪，尙不如謂爲併合論刑之爲當，惟第七十四第七十五兩條則純爲併合論罪。

十九條 裁判宣告前犯數罪者，併合論罪。

義例

本條規定併合論罪之標準。各國立法例可分三派：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，日本葡萄牙匈加利是也。三以執行未畢前所犯之罪爲限，芬蘭瑞典意大利是也。第三派在執行期內犯罪者，推翻以前之裁判，使犯人得享併合論罪之利益，無異獎勵犯罪，故爲學者所非議。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，暫行律於俱發罪以確定審判前所犯之罪爲限，係採用第二派主義，本法則採用第一派主義，以裁判宣告前之罪爲限，惟裁判宣告前云云，應指最後之裁判宣告前而言，自屬當然解釋。

併合論罪，係以一人而犯數罪，故與共犯不同，所犯數罪，均在裁判宣告前，故又與累犯不同。惟應注意者，數罪云云，固指二個以上之罪而言，然計算罪數標準，在學說上雖有法益說與行爲說二種，本法依第七十四條規定，其爲採用行爲說可無疑義，故必有二個以上之犯罪行爲始得謂爲數罪；如僅一個行爲，則雖同時侵害二個以上之法益，只得論爲一罪。（參照最高法院十八年上字第七六〇號第七六九號第九四五號第九七〇號及十九年非字第二二號第四七號第四八號第八一號判例）

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；罰金及從刑不在此限。
- 三、宣告多數之有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下定其刑期；但不得逾二十年。
- 四、宣告多數之拘役者，依前款之例定其刑期。
- 五、宣告多數之罰金者，於各刑中之最多額以上，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，併合執行之。
- 八、依第三款至第六款所定之刑，併合執行之。

義例

本條規定併合論罪之處分。關於此項處分有三主義：一爲吸收主義，即於數罪中，科以最重之刑。二爲併科主義，即以數罪之刑一併科斷之。三爲限制加重主義，即於法定範圍內就其中最重之刑加重之，以爲合併之刑。三者相較，最輕爲吸收，最

重爲併科，折衷其間者爲限制加重主義。各國刑法有採用其一者，有兼收並取者。本法以專採吸收有獎勵犯罪之趨向，專用併科，有激增重大犯罪之危機，倘僅有
限制加重之一種，又有主刑極重不合適用之時，因將上述三主義一併採用，有時
執行其一而已足，則吸收之，如第一第二第六各款是。有時併執行而無害，則併科
之，如第一第二兩款但書及第七第八兩款是。有時應有重於其最重之刑，輕於其
應併科之刑爲必要，則限制之，如第三第四第五各款是。是本法關於併合論罪之
處分，直可謂爲採取折衷主義耳！惟其爲折衷主義，故有下列之必要。

(一) 分別宣告其刑之必要 併合論罪之處分，雖不分別各刑一一執行，然不就
各罪之情節，各判定其所當科之刑，則不能知罪狀之輕重，若更因上訴或赦
免之故，致其最重之刑，經審判有所變更，或竟歸消滅，則所犯次重之刑，不得
不再事審查矣。故本條定爲分別宣告其刑，卽就各罪應科之刑期金額分別
宣告，而後定其應執行者，是爲折衷主義所必要者一。

(二) 從重從一之必要 併合論罪之處分，應比重罪之刑重，各罪併科之刑輕，然

使其最重者爲死刑，已無從再爲加重。又或最重爲無期徒刑，亦不得加入於死，爲刑法上原則，以二刑非程度上之重輕，乃性質上之差別也。故本條一二兩款規定各罪之刑，倘有一係死刑，或無期徒刑，則不執行他刑，以刑罰性質上有必從一重執行者，其結果與吸收無異，是爲折衷主義所必要者二。

(三) 制限加重之必要 本條處分之主義，在加重而復限其範圍，如第三款至第五款規定其應宣告之有期徒刑拘役或罰金之數個犯罪，於其中最重者以上，併科以下，仍宣告其應當執行之刑期金額，卽重於其最重之刑，而輕於應併科之刑，復以二十年爲法定之最長刑期，所謂制限加重之原則如是，是爲折衷主義所必要者三。

(四) 各刑併科之必要 多數之有期徒刑拘役或罰金，一切併科，未免失之過重，故有第三款至第五款所定之制限，若依此制限加重，已定其應當執行之刑期金額各一種，併執行之，卽無失於繁重之弊，故有第八款之規定，兼採併科主義，是爲折衷主義所必要者四。惟應注意者，第八款規定雖爲科多數之刑

而設，然徒刑拘役罰金各科其一時，依當然解釋亦應併予執行。（參照司法院院字第一七〇號解釋）

第七款併執行者，以沒收爲從刑，所以防範將來犯罪之憑藉，或剝奪犯人財產上之利益，故宣告多數沒收者，爲政策起見，併予執行，自有必要。

惟尙有應加說明者，科死刑者仍併科從刑，科無期徒刑者，不惟併科從刑，並併科罰金，此其故，蓋以從刑性質與主刑不同，不妨併科。至罰金於死刑不併科，於無期徒刑則併科者，因既執行死刑，其受罰者不在犯人本身，而在繼承遺產之人，若無期徒刑，事實上雖近於死刑，而法律上有出獄希望，與死刑大異，（如假釋）故科以罰金，仍作爲犯人本身所受之刑罰。至褫奪公權，在暫行律本採併科主義，本法以有期褫奪公權之期限，自主刑執行完畢或免除之日起算，加以在獄之期間，已屬不短，故不採併科主義，而採吸收主義；惟採吸收主義，亦指宣告多數有期褫奪公權之場合而言，若係宣告多數無期褫奪公權，自與該條款無涉。（參照最高法院

院十九年非字第六號判例）

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。

義例

本條規定數罪各別發覺處斷之法。已經裁判云云，其管轄地點，不必限於同一法院，即異地法院所裁判者，亦得認為已經裁判。併合論罪依法本應分別宣告其罪之刑，則已經裁判者，可視為宣告其罪之刑，當併合論罪時，就其未經裁判者而處斷之，自亦與同時裁判者結果相同。處斷云云，不獨對於未經裁判者宣告其罪之刑，並須合與已經裁判之罪刑，依併合論罪之例，加以處斷。刑法第二次修正案理由書謂暫行律第二十四條第一項以裁判確定為標準，似未妥善。蓋裁判既已宣告，雖未至確定，不應因發覺他罪而取消，當就未經裁判之罪科刑，依下條處斷，較為簡當云云。愚意此等理由，不甚確當，姑無論暫行律第二十四條更定其刑云云，並非取消其罪，且本條如解為係就未經裁判之罪科刑，再依下條處斷，即與暫行律，更定其刑情形，又何簡當可言，何不同可言，故不取之。

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。

義例

本條規定亦係數罪各別發覺處斷之法。二裁判以上云者，並非指裁判地點具有二以上而言，乃指所犯數罪均經各別裁判之謂。其與前條異者，即前條規定情形尚有未經裁判者在，故得就其未經裁判者依併合論罪之例處斷，若本條則均為已經裁判情形，則發覺數罪後，惟有將各別宣告之刑，依併合論罪之例，定其應執行之刑，故一則曰處斷，一則曰定其應執行之刑，即以其已未裁判而異其用語也。併合論罪，已經處斷，若各罪有受赦免者，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。

義例

本條規定餘罪處斷之法。併合論罪，原為處分數罪而設，倘處分後，忽遇赦免情形，其在赦免之列者，自不生執行問題，如尚有餘罪，即未邀赦免之罪在二罪以上者，仍應依併合論罪之例，定其應執行之刑，如某甲犯子丑寅三罪，子罪應處死刑，丑罪應處無期徒刑，寅罪應處有期徒刑十二年，已依第七十條第一款定執行死刑，

正呈請司法部覆准之際，而子罪忽遇赦免，則其所餘丑寅二罪，仍應依第七十條第二款定執行無期徒刑。倘丑罪亦同在赦免之列，則僅餘寅罪一罪，自不生併合問題。當然依宣告之有期徒刑十二年，加以執行，此本條之所以規定也。

附刪暫行律第二十五條理由：

暫行律第二十五條俱發與累犯互合者，其俱發罪依前二條之例處斷，與累犯罪之刑併執行之云云。按此條之規定，似有誤解，前法律館草案理由所舉之例，如犯甲乙兩罪，甲罪應處徒刑三年，尙未發覺，僅以乙罪受宣告徒刑五年，執行既終，後再犯丙罪，值審判之際，同甲罪一併發覺是也。此種情形，應據本條規定先按其甲乙兩罪，而援用前二條以甲罪之徒刑三年與乙罪比較，於八年以下五年以上之範圍內定執行刑期六年，以前五年執行既終，故以其餘刑一年與再犯丙罪之刑合併執行等語。案所犯之丙罪，係在裁判後，依併合論罪之定義，自應獨立科刑，分別執行，如具累犯條件，則科以加重之刑，否則科以通常之刑，然則丙罪與其他各罪分別執行，固不以累犯爲限，是故本條之用意，係併合論

罪與非併合論罪互合時，其非併合論罪，應獨立科刑，而與併合論罪之刑，一併執行，此乃併合論罪定義當然之解釋，故刪去之。

第七十四條 一行爲而犯數項罪名，或以犯一罪之方法或其結果，而犯他項罪名者，從一重處

斷。

義例

本條規定即學說上所謂想像上數罪競合，其所以異於實體上之數罪競合者，（第六十九條）蓋彼爲犯二種以上之獨立罪者而設，若本條則在行爲性質上固爲一種之犯罪，而犯人心術上，亦並無二種獨立罪之犯意，例如故意妨害公務因而致人於死或重傷或普通傷害者，屬於本條從重之範圍，若故意妨害公務並故意致死或重傷或普通傷害者，則屬於併合論罪。（參照司法院院字第六九號解釋）蓋在併合論罪，不獨具有多數行爲，並具有多數故意，在從重範圍，則只有一行爲，且亦只有一故意，此其區別之要點也。故一行爲云者，依單獨一行爲，而使法定犯罪構成事實之實現，固爲一行爲，即依相組合之數行爲，而使法定犯罪構成

事實之實現，亦爲一行爲。（相組合之數行爲其與次條構成連續罪之數行爲不同之點，蓋彼之行爲，皆有可以獨立構成一罪之實質，若此則實本於一體之意思而爲之之行爲。）既爲一行爲，則侵害法益，究爲一個抑爲二個，自可不問。（參照最高法院十八年上字第七六〇號，第七六九號，第九四五號，第九七〇號，及十九年非字第二二號，第四七號，第四八號，第八一號判例。）數項罪名，與他項罪名，均係觸犯多數罪名之謂，方法爲前行爲結果爲後行爲，從一重云者，本非吸收數罪爲一罪，然既言從重，則其輕者亦自不能置而不論。（參照最高法院十九年非字第一四〇號判例）又此項從重，並應查照第二十九條以犯人能預見其發生者爲限，否則，祇能爲第七十六條，審酌科刑之標準，不得從重處斷。（參照司法院院字第六九條第二百號解釋）

想像上數罪在法理上得大別爲二：（一）狹義的想像上數罪。（二）法律之競合。分論如左：

第一狹義的想像上數罪一稱牽連犯其種類有二：

(子) 一行爲而犯數項罪名者。依其行爲及其所生之結果如何，分爲左列二項：

(甲) 行爲單一或一行爲而生一結果者。行爲係單一，或行爲及其所生之結果，均係單一，其行爲仍有觸犯數項罪名者，此等犯罪行爲，乃係實體上一犯罪行爲而犯數項之罪名，依法應從一重處斷，例如處理他人事務，圖利自己，侵占本人所寄託之財產，卽以一行爲而犯背信罪與侵占罪之二罪名，此時其法定刑如係輕重相等，應從情節較重的處斷。茲所謂一行爲與法律上一犯罪行爲之意義同，非指事實上之一行爲而言。所謂數項之罪名，指數個相異之犯罪構成事實而言，犯罪事實既不相同，縱令其罪質無異，亦不能謂爲同一罪名。例如以詐術詐取財物，與以詐術得財產上不法之利益，均係刑法第三百六十三條之罪，其罪質本爲同一，惟其犯罪事實各異，故二者之罪名，亦自不能謂爲同一也。

(乙) 一行爲而生數結果者。因一行爲而生數結果者，其例甚多，如投毒物於水井中，因而致傷害者達數十人，用刀砍傷他人之身體，同時並毀損其衣

服等，皆是一行爲所生之數結果。又有觸犯同一罪名，與觸犯各別罪名之別。前者如一次發射榴霰彈，同時殺害數十人是。後者如擲放炸彈，因之轟斃一人，傷害一人，並毀壞家屋一所是。此等行爲，均係實體上一罪，依法應從一重處斷。

(丑)以一犯罪之方法或其結果而犯他項罪名者。法律上，依一行爲而犯數項罪名之例處斷。例如行使偽造契據，混爭基地水塘，雖觸犯第二百二十四條及第二百三十三條第一項之兩種罪名，然其偽造契據，既係藉以混爭，則其偽造顯爲行使之方法。(參照最高法院十九年非字第五二號判例)又如於殺人後，將屍棄諸水內，以圖滅跡，則遺棄屍體，顯係殺人之結果。(參照最高法院十七年上字第四六三號，及十九年非字第七號，第七八號，第八十號判例)均應從其重者處斷。

此等犯罪所以認爲實體上一罪，應依一重處斷者，不獨以其犯罪之方法與結果，二者有事實上之關係，實以其方法或其結果本已包含於法律上一犯

罪行爲之觀念中也。試以前例證之，無行使偽造文書之行爲，不能謂有詐欺罪之存在，無騙取財物之結果，亦不能謂有詐欺罪之成立，於是可知此種犯罪與普通犯罪所以不同之點，只在其犯罪之方法或其結果，觸犯他項之罪名而已。至其行爲仍爲單一之行爲也。反是，犯罪之方法及其結果，假令有事實上之關係，而不包含於一個法定犯罪構成事實中者，卽不能謂爲實體上之一罪，其犯罪之方法與其結果，實各獨立存在，應依數罪處斷。例如意圖殺人，而先竊取手鎗，繼則用此手鎗以施殺人之行爲，竊取手鎗與殺人行爲，非包括於同一犯罪之具體的構成事實之中，故應分別獨立構成竊盜及殺人之二罪也。

論者謂犯罪之方法及其結果之間，如有可爲實體上一罪之關係，則其方法及結果已包於一犯罪行爲之中，當然應依一罪處斷，雖無第七十四條之明文規定，固無不可，其實不然，蓋以犯一罪之方法所犯之罪名，雖然較其結果所犯之罪名爲輕，但亦非無較重之例。犯罪結果所犯之罪名較重時，理論上

固可逕從其所犯之罪名處斷，而遇犯罪方法所犯之罪名較重時，不可不適用第七十四條之規定從其重者處斷焉。

第二法律之競合 法律競合，一稱外觀的想像上數罪。蓋謂其行為無論由何方面觀之，皆不外為一犯罪行為，不過有犯數項罪名之外觀而已。惟其無有數個犯罪行為之實質，故與犯罪競合不同。惟其真正觸犯者係一罪名，其他罪名不過有犯之之外觀，故當適用法律之際，亦只就數項罪名中，依其最適當之一罪名處斷，不得適用其他之罪名焉。試述其重要之點於下：

(子)普通法與特別法之競合 一行為觸犯普通法上所定之罪名，同時又犯特別法上之罪名者，其行為應從特別法所定之罪名處斷，所謂特別法優於普通法之原則是也。

(丑)基本法與補充法之競合 補充法者，乃係補充基本法之不足，對於基本法有補充的效力者也。故一行為而犯基本法所定之罪名，同時又犯補充法上之罪名時，以適用基本法處斷為已足，無更依補充法以為補充之必要，基本

法優於補充法之原則，即因此原理而起，其情形又可分之爲二：

(天) 危險行爲與實害行爲併存者。依處罰實害行爲之論文。以危險行爲之
法文，爲補充的規定也。

(地) 前行爲爲後行爲實行之階級者。依規定後行爲之法律。以前行爲之法
律亦爲補充法也。

(寅) 一罪吸收他罪時 (吸收犯) 一行爲觸犯數項罪名，其中一罪名之觀念中，
已包他項之罪名者，謂之吸收犯，對於此種行爲，應僅依規定吸收之罪名之
法律處斷，其被吸收之罪名，則可置之不問，可爲吸收犯處斷者，又必以前行
爲吸收後行爲之犯罪爲限。例如竊盜犯處分其所竊取財物之行爲，即爲其
前爲之竊盜行爲之結果，已包於竊盜行爲之觀念中，應僅依竊盜罪處斷，不
能對其處分贓物之行爲，別依侵占罪處罰。反之，若前之行爲爲後之行爲所
吸收，則應適用前項基本法優於補充法之原則處斷，非此所謂吸收犯也。

(卯) 數犯罪行爲合體而爲一犯罪行爲時 (結合犯) 各得獨立構成一罪之數

行爲相合而成一個犯罪行爲者，謂之結合犯。例如強盜罪之行爲，與妨害風化罪之行爲相合，而爲強盜強姦一罪，應依其結合之罪名處斷，至其各行爲所犯之罪名，則可置之不問。

於茲應辨別者，卽結合犯與前述之以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者有差異之點是也。此二者皆係以犯一罪之方法或其結果而犯他項之罪名，本爲甚相類似；但其所以不同之點，卽在結合犯乃以觸犯他項罪名之犯罪方法與其結果相合而成第三之新犯罪。反之，前述之犯一罪之方法與其結果，則非相合組成第三之新犯罪，不過二者相加而成一罪而已。其犯罪方法，所犯者係一罪名，其結果所犯者又係一罪名，此外則不犯他項之罪名，此其所以與結合犯有別也。

第七十五條 連續數行爲，而犯同一之罪名者，以一罪論。

義例

本條規定卽學說上所謂繼續犯。其與前條異者，卽前條爲一行爲而從一重，本條

爲數行爲而以一罪論，一行爲而從一重者固可不問侵害之法益若干，數行爲而以一罪論者，自亦不以侵害單一之法益爲必要。（參照最高法院十八年上字第八三八號判例）故以同一犯行，或非同一手段，侵害同一法益，但既爲同一之意思，於法固爲連續犯，（參照最高法院十八年上字第三三三三號第一二五二號判例）本諸單一犯意之發動，致生侵害數個法益之結果，如以一教唆行爲教唆他人連續竊盜人之所有物，（參照最高法院十八年上字第九六〇號判例）或以概括意思兩次侵占代郵局保管之匯票，（參照最高法院十八年上字第八〇五號判例）雖有二個以上法益被害情形，仍應認屬連續犯之範圍。蓋前條規定，重在行爲，本條規定，重在意思，重在行爲者，應以行爲爲主，重在意思者，應以意思處斷故也。

學說上關於犯罪成立之區別，本有即成犯與繼續犯之二種，即成犯者，謂犯罪構成之事實，一經發生，其犯罪即爲完成，無繼續存在之違法狀態者也。繼續犯亦因有使犯罪事實發生之行爲而完成，與即成犯無異。惟其犯罪完成之後，因之引起

之違法狀態，尙仍繼續存在，故與卽成犯不同，此等繼續犯，乃依法律所定，在違法狀態繼續之期間內，其犯罪行爲尙爲已完成而仍繼續者也。故與所謂狀態犯似同而實異，僞造文書罪，重婚罪，傷害罪，或竊盜罪等，均爲狀態犯之例；因此等犯罪行爲所生之違法狀態，自發生後以至文書消滅婚姻解除創傷痊愈盜贓占有喪失之時爲止，仍爲繼續，故有狀態犯之稱。但依法律規定，此等違法狀態發生犯罪已至完成之時，其行爲卽告終結，故狀態犯乃屬卽成犯，而非繼續犯也。

試進述連續犯構成之要件

(一)須有法律上之數犯罪行爲 僅有事實上之一行爲，固無所謂連續犯之存在，事實上有數行爲，而其數行爲如係合成法律上之一犯罪行爲者，亦無成立連續犯之餘地；故必有法律上之數犯罪行爲，始有連續犯之可言。

(二)須基於同一之故意 連續犯乃以數犯罪行爲作一犯罪行爲處斷，其故卽以雖依一罪處斷，尙爲公允而不失其平衡也。而其所以不失平衡之故，又在乎由客觀方面言之，其數行爲皆相連續而犯同一之罪名，由主觀方面言之，

其數行爲又本於單一之故意而生，否則卽無連續犯之可言。例如欲自某家竊取某種物品，每日竊取一次，歷數日而盡，或欲自某家竊取財物若干，數日連續爲之，以達其目的，均爲基於同一故意之竊盜行爲，故爲竊盜罪之連續犯。反是，某日窺探甲家門戶虛掩未扃，乘機侵入竊取財物而歸，翌日偶然經過甲家之門，見其門戶亦未加扃，遂復侵入行竊，或昨日發見甲家多金，侵入行竊，今又發見乙家多金而竊取之，其先後兩行爲，非基於同一之故意，故爲數竊盜罪之併合，不宜以一竊盜罪論也。

(三)須係觸犯同一之罪名。觸犯同一罪名之行爲云者，謂其法定之構成事實相同之犯罪行爲也。法定構成事實是否相同，依其構成要件之客體手段結果等是否同一以決定之。犯罪構成要件，若既同一，則其所規定之法令，縱令有彼此之不同，或其所定之刑罰，有輕重之差別，仍爲觸犯同一之罪名。故如刑法所定之竊盜罪，與其他刑罰法規所定之竊盜罪，雖其刑罰輕重相去甚遠，而其罪名要不可不謂同一也。又同一云云，係指罪質言，不以章言，如搶奪

與竊盜雖不同章，但均係因盜取他人財產而成立之犯罪行爲，其本質既無差異，倘以概括意思繼續而爲搶奪及竊盜之行爲，仍應以連續犯論。（參照最高法院十八年上字第八〇七號判例）

（四）數行爲須爲連續 構成連續犯之數行爲，本各爲獨立之一犯罪行爲，假令法律上不認爲連續犯，卽依數罪併合之規定，各科其刑，然法律既設併合論罪之規定，復於他方規定連續犯，使數個犯罪行爲，依一犯罪行爲處斷者，其精神果何在乎？試一細加研究，無非以連續犯之數行爲間，除有上述之主觀的關係（基於同一之故意）外，尚有客觀的連續之關係；故惟以一罪論，最爲適當也。否則，不惟數行爲依一罪處斷之理由極其薄弱，而併合論罪與連續犯科罰之輕重亦將失其平衡矣。至其數行爲間必有如何之事實關係，始可謂有連續之關係，標準甚難明定；但至少須具二條件：卽時的連絡之關係，及外部的類似之關係，是也。

本上述各要件觀之，不惟連續犯罪與前條從重之規定不同，可以分辨，卽分則中

以犯罪爲常業之規定，（如以賭博爲常業以竊盜爲常業）亦可明其異趣。蓋既以犯罪爲常業，則固具有多數之犯罪行爲，而此多數之犯罪行爲，必須基於同一故意，故常業犯罪，應依特別加重之規定處斷，並不發生連續犯問題。（參照最高法院十九年非字第八三號判例）是亦不可不予注意。

第十章 刑之酌科

本章在暫行律名酌減，修正案改爲酌加酌減，其理由謂暫行律分則各刑高低額相懸三等之自由裁量，既改爲一等，恐審判官無酌奪之餘地，故特設酌加一等或酌減一等或二等之規定，藉劑其窮。然以修正案所改，其結果殆與暫行律三等之刑無甚區別，故本法於分則各罪仍多從暫行律三等刑，而略加修正，俾審判官得自由裁量，不至有窮於酌奪之虞矣。又謂酌加之法，雖爲各國通例所無，然有酌減而無酌加，乃沿博愛時代之遺習，並非根據學說。既許酌減，何獨不許酌加云云。夫刑罰爲國家無上之權，古代刑罰不由法定，法官得以自由科刑，其爲害於社會，自不待言，故近代皆採法定刑主義，以防濫用。夫犯罪而有惡性者，科以法定之刑可矣，犯罪而無惡性者，其情節至不一端，科以法定之刑，或過於酷，故得酌減。例如姦

所殺死姦夫，與圖財害命，依法律條文，其為殺人罪雖同，而其所應科之刑則異，故凡行為雖屬犯罪，而情節確有可原者，裁判上則有酌減之例，行政上則有特赦之權，蓋以此也。更證以各國刑法典之體例，犯罪因特別情節應加重者，皆於分則各罪規定之。例如暫行律分則各罪加重之情節，至為繁密，有因犯罪人身分者，（第一百四十條）有因被害人身分者，（第一百八十三條）有因犯罪目的的者，（第一百〇一條）有因犯罪人數者，（第三百六十八條）有因發生一定之結果者，（第一百三十三條）有因被害法益者，（第一百八十六條）有因犯罪之方法者，（第二百八十三條）有因以犯罪為常業者，（第二百七十七條）有因職務上犯罪者，（第一百三十五條）有因犯罪之程度者，（第一百四十條）其餘各條之加重，類多以此為準。是應加重各情節，既科以加重之刑，似不當於總則中，再設酌加之規定，故本法將修正案酌加之案文刪去，並增入科刑之標準，改章名為刑之酌科。

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

一 犯罪之原因。

- 二 犯罪之目的。
 - 三 犯罪時所受之激刺。
 - 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 犯罪後之程度。
- 科罰金時並應審酌犯人之資力。

義例

本條規定酌科之標準及其注意事項。

刑期及罰金，定高低相懸之額，俾法官得斟酌情節，科以適當之刑，爲近世刑法不易之理；然科刑得當，誠非易事，故最近瑞士及德國刑法準備草案，皆於總則中特

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。本法規定本條，蓋亦略師其意云爾。

犯罪之原因 卽指犯罪意思發動之理由而言。社會情狀，至爲複雜，則所以至於犯罪之理由，自亦各有不同。以殺人罪言，有原因於復仇者，有原因於一時氣忿者，亦有原因於惡性所鍾，視爲無足重輕者。以強盜罪言，有因貧乏者，有因貪慾者，亦有見利生心，出於一時昏昧者，苟不有以分辨，則罪情之輕重，將失其平衡矣。此第一款之所以設也。

犯罪之目的 卽指欲依犯罪而達之之目的而言。易言之，卽謂欲依犯罪行爲而得之之快感，或欲不快之感之除去是也。如復仇而殺人，其目的卽在慰父兄之靈而洩其憤，如因貧乏而爲強盜，其目的卽在救飢寒而全衣食，此項犯罪目的，有無悲憫，抑可鄙惡，至與刑罰重輕有關，此第二款之所以規定也。

犯罪時所受之激刺 卽指犯罪行爲發動之原因而言。其與犯罪之原因似同而實異，其同者均爲犯罪發動之引線，其異者卽犯罪之原因，大半爲發動犯罪意思之引線，所受之激刺，大半爲發動犯罪行爲之引線。例如某甲對某乙本爲不共戴天之仇，處心積慮欲得間以殺之者久矣；一日遇乙於市，怒目而視，甲之殺機，遂愈突而起不可遏，復仇爲原因，怒目爲激刺。又如某丙因貧乏不能自存，瞥見某丁多金，向之乞貸，丁吝嗇不予，丙遂起而奪之。貧乏爲原因，吝嗇爲激刺，故有犯罪原因，而無犯罪激刺，其原因竟歸於消滅者有之，有犯罪之激刺，而無犯罪之原因，其犯罪竟以之發動者，所在皆有。原因兼遠因近因言，激刺卽專指犯罪時所受者而言，此第三款之所以規定也。

犯人之心術 卽指犯人所犯本案之心術而言。同一犯罪原因，有心術可恕不可恕之分，如甲乙均爲報仇而殺人，甲則殺害仇之全家，乙則僅殺害其爲仇人。又如甲乙均爲貧乏而行竊，甲則擇其富有者而竊之，乙則故向不能維持生活者而取之。是犯罪雖同而心術則有不得同日而語，不審究之，其何能平？此第四款之所以

規定也。

犯人與被害人平日之關係，此項關係與罪情之輕重，至有關係，如犯人與被害人具有親戚友朋或主僕等關係，則加害之，適以形其惡性之深，如無上述關係，而平日爲一漠不相關或並不認識者，則雖發生加害情形，當裁量刑罰時，自不能與具有親屬關係之人相提並論，此第五款之所以規定也。

犯人之品行，犯人平日之品行有善良者，有非善良者，素有善行而偶然至於犯罪者，如所謂瞬間犯是，其情狀自輕，素行不良，因而至於犯罪者，其情狀自重。就中尤以遊手好閑者爲最不良。蓋此等情質，常與犯罪有密接之關係，如性癖犯，習慣犯，職業犯等，大半因其有游惰之惡習使然，故遇此種不良品行而與其所犯之罪有關係者，宜科以較重之刑，此第六款之所以規定也。

犯人智識之程度，所謂智識，其辨識力及意思力是否薄弱，固應加以審究，即已具有完全之責任能力，而是否爲深明世故，是否爲鄉愚無知，均足爲罪情輕重參考之資，此第七款之所以規定也。

犯罪之結果 即指犯罪之實害，及其影響而言。實害大，影響亦大，罪責自亦隨之而大，實害輕，影響亦輕，罪責自亦隨之而輕。如犯罪人鄉愚無知，而被害人所受損害，亦不甚重，自應於各該條法定刑內科以較輕之刑。（參照最高法院十七年上字第五〇四號判例）惟結果之影響，不惟直接的應予審究，即間接的影響，亦應有審究之必要，此第八款之所以規定也。

犯罪後之態度 犯人於事後之行爲，有足證明其有真正悔悟之事實者，無論自罪責之問題上，及刑事政策上觀之，其情狀皆有減輕之必要。各國立法例中認中止犯爲無罪，以及自首減輕之規定，即是本此精神。依同理，事後行爲如可證明其有怙惡遂非之心意者，其情狀亦應加重。例如堅不吐實，以爲免刑之地，隱匿贓物以供出獄之需等，即有酌科重刑之必要，此第九款之所以規定也。

刑之酌科，在學理上本分二個標準，即一方須依犯人罪責之輕重大小而定，他方又須視受刑者所感受之程度如何以決之是也。上述一至五及七八各款似含有第一標準之意，六九二款似含有第二標準之意，然此二標準非互相對待，實則相

第七十七條

須爲用第二標準所以補第一標準之不足，因有第二標準，而後第一標準始得全其用也。雖然，第一標準固不易於審究，而受刑者所感受之程度如何，則尤不易於推察，以故刑之酌科，得當爲難，而在罰金之刑尤甚。蓋所科過重，至犯人不能繳納，則易科監禁，遂失罰金執行之本旨，所科過輕，則易於繳納無關痛苦，亦失罰金懲戒之用意，人之貧富，相去甚遠，同一金額，貧者納之或破產不足，富者納之則若損毫末，其不平等甚，既不能盡免此弊，惟有斟酌犯人財產之關係以爲罰金酌科之標準，或可求比較上之平允。一千八百九十一年萬國刑法學會，議決科罰金除審酌各情形外，兼審酌犯人財產上之關係，外國法律以此定爲標準者，那威西班牙丹麥葡萄牙瑞士數州及中南美洲諸國，最近如奧國及德國刑法準備草案，與德國委員會刑法草案，均有此種規定，本法採之，故又有第二項之規定。

義例

本條規定酌減之標準，爲裁判上減輕之根據，其與法令上之減輕異者，卽法令上

之減輕，須本於法令上特定之原因。如未滿十六歲人，滿八十歲人，心神耗弱人，瘖人之犯罪，以及防衛過當，救護過當，或自首或爲未遂犯，或爲從犯之類，卽爲法令上之減輕；若裁判上之減輕，則以基於法定原因以外之原因爲原則，故如犯罪動機至可憫諒，犯罪實害極其輕微等，雖非法定減輕之原因，而皆可爲酌減之理由。然情狀可憫恕云云，似卽本於前條所謂原因目的激刺心術等審核而得。換言之卽本爲酌科時所應注意之事項而得，惟酌科範圍，無論如何從輕，均只在法定刑以內，而犯人情狀，有時科以法定最輕主刑，而猶不免失於酷者，故有本條規定之必要。雖然，酌減規定，原則上固爲最輕主刑而尙失於酷者而設，然刑之加減，依第八十一條規定，其最高度及最低度，同加減之，則本於酌減結果，亦有時不出於法定刑罰之外。例如某甲犯同謀強盜罪，其法定主刑爲一年以上七年以下有期徒刑，酌科時因其犯情甚輕，援用本條酌減二分之一於三年六月以下，六月以上之範圍內處以八月有期徒刑，固爲酌減，結果卽處以二年有期徒刑，雖仍在法定刑以內，亦不失爲酌減。或疑此種情形，似可逕本酌科以資處斷，其實不然，僅本酌

科，如上開犯罪，尚可處以三年或四年有期徒刑，一依酌減，則非在三年六月以下之範圍內處刑不可，此酌減所以又與酌科不同也。

惟應注意者：（一）特別法上之犯罪，倘在特別法上，已有減等之規定，自不能再行酌減。（參照最高法院十九年非字第一三八號判例）（二）酌減本刑與其他所謂減輕本刑不同，其他所謂減輕本刑，既有第八十四條之規定，則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，自屬毫無疑義，若酌減本刑並無至少之限制，則解釋從嚴，自應認為至多不得過二分之一。（參照最高法院解字第一九三號，第二〇四號，第二四一號解釋，及十八年上字第九七五號，十九年非字第四號，第二十二號，第一〇六號，第一一一號，第一四一號，第一四三號，第一四五號，第一五二號判例）

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。

義例

本條規定酌減之適用。一般犯罪如具有情狀可憫恕情形，其得援用酌減以期情

罪之合，固無疑義，惟某種犯罪，在法令上已有加重或減輕規定，則就加重言，似有不得酌減，就減輕言，似有不再酌減之懷疑，然法令上以特定原因，加減各罪之本刑，不必盡與各罪之情節相合，故如累犯之罪，應依法律加重，而其情實可矜者有之。又如未滿十六歲人之犯罪，既依法律減輕，而其刑猶嫌過重者有之。例如某甲因犯罪久困囹圄，及出監，竟無法以維持生活，飢寒所驅，再犯竊盜，於法應加重，於情即可憫。又如某乙年僅十五，手刃父仇，尙未致死，於法應減輕，於情則實堪宥恕。此種情狀，於加重或減輕後，自得仍依酌減之例，予以酌減，因彼之加減既爲法令所囿，然不能拘束裁判上之權衡也。此本條所以規定之。

第十一章 加減例

罪刑之輕重如何，可依其刑之輕重而知之，因罪刑之變更，以致其刑有加減者，則關於加減則例，自不能不有專章規定以資依據。我國舊律尙有加減專條，著於名例，日本新舊刑法總則中，皆有此等規定。無論法令上加重減輕或裁判上加減時，均以是爲標準。本法採之，故有本章之設也。

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。

義例

本條規定死刑加減之例。

死刑爲剝奪生命之刑，爲刑之最重者，當然不得加重，此第一項之所以設也。

死刑不得加重固矣，然減輕則爲法之所許，故遇減輕三分之一時，則降爲無期徒刑，減輕二分之一時，則降爲十二年以上二十年以下之有期徒刑，在第四十九條第三款但書規定有期徒刑得加至二十年，本條減爲二十年者，蓋以減爲加也。此又第二項之所以規定。

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。

義例

本條規定無期徒刑加減之例。

無期徒刑雖屬終身監禁，其性質究爲自由刑之一，不得加重，即指不得加至死刑而言。第一項之限制，非獨尊重人權，且亦明示法理也。

死刑減輕三分之一與無期徒刑相等，則無期徒刑減輕三分之一時，自應與有期徒刑之最高度相等，其次序然也。至減輕二分之一時，高低折衷，自亦以七年以上十二年以下之有期徒刑爲當，此第二項之所以規定也。

第八十一條

有期徒刑應加減者，其最高度及最低度同加減之。

義例

本條規定有期徒刑加減之例。例如某甲犯罪，其法定主刑爲七年以下一年以上之有期徒刑，如應加重本刑二分之一時，則最高度依七年計算，應加三年六月爲十年六月以下；最低度，亦依一年計算，亦應加六個月，爲一年六月以上，此同加之例也。如遇減輕二分之一時，則其主刑範圍，應爲三年六月以下，六月以上之有期

徒刑矣，此又同減之例也。

雖然，法定主刑，具有最高度與最低度時，應予同加同減，固無疑義，然法定刑內，有僅規定其最高度，（如第二百三十一條之類）或僅規定其最低度者（如第三百四十八條之類）將如何？揆諸當然解釋，則加重時僅加重其高度，或僅加重其低度，減輕時僅減輕其高度，或僅減輕其低度，似不必再煩明文也。

第八十二條 拘役應加減者，止加減其最高度。

義例

本條規定拘役加減之例。拘役刑期依照第四十九條第四款規定，係在一日以上二月未滿，則遇加減時，惟有最高度可以適用，以減有可減，而加亦得加至二月以上故也。

第八十三條 罰金應加減者，止加減其最高度。

義例

本條規定罰金加減之例。罰金之刑在分則中只規定其最高度，則最低度均爲一

元，自無疑義，遇有加減時僅得就其最高度以爲適用，亦屬當然，此本條之所以規定也。

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。

義例

本條規定法定減輕之例。必須法文具有減輕明文者，始得援用。（參照最高法院十九年非字第一五二號判例）故與第七十七條規定屬於裁判上減輕者不同其性質。（參照最高法院十九年非字第四號判例）法定減輕有定明若干分之幾者，如第二十八條但書，第三十條第二項第四項，第三十八條第四十條前段，第四十四條第二項之類是。有僅言減輕本刑並無若干分之幾之規定者，如第三十一條第二項，第三十二條但書，第三十三條第三十六條第三十七條但書，第四十條第四十一條但書之類是。前者減輕若干分之幾，固無疑義，若後者則非有本條規定，無所依據。至少云云，即至少必須減輕本刑二分之一之謂。既僅規定至少而無至多之限制，則減至本刑二分之一以下，亦不違法，自屬當然解釋。（參照最高法院

院解字第一九三號，第二〇四號，第二三二號，第二三五號解釋。）

第八十五條 有二種以上之主刑應加減者，同時併加減之。

義例

本條規定二種以上主刑之加減例。分則各條定罪科刑，有僅設定一種之刑者，亦有設定二種以上主刑者，第八十條至第八十三條係對設定一種主刑者而規定，本條即爲設定二種以上主刑者而規定。例如某甲犯普通竊盜罪，其法定主刑爲五年以下有期徒刑拘役，或五百元以下罰金，如係累犯同一之罪，且有二次以上者，依法應加重本刑一倍，則其主刑範圍，變爲十年以下有期徒刑拘役，或一千元以下罰金，此同時併加之例也。又如前例，某甲情狀尙可憫恕，裁判時酌減二分之一，則其主刑範圍，變爲二年六月以下有期徒刑拘役，或二百五十元以下罰金，此又同時併減之例也。

第八十六條 同時刑有同等分數之加重及減輕者，互相抵銷。

同時刑有不同分數之加重及減輕者，先加後減。

義例

本條規定加減抵銷及同時加減之例。

第一項爲加減抵銷之例，其條件必爲同等分數之加重減輕。例如累犯加重三分之一，與自首減輕三分之一互合時，則准其抵銷，無庸加減。惟應注意者，本項規定係指同時適用總則有加重減輕之情形，互相抵銷者而言。倘依刑法分則而加重，如第二百九十八條第一項規定加重二分之一則仍爲法定刑之一種。申言之即傷害尊親屬者，應處七年六月以下有期徒刑拘役，或一千五百元以下罰金之謂，與總則中累犯加重其刑之情形不同，故犯該條之罪，縱適用刑法第七十七條酌減其刑，亦應於加重刑罰後，再予酌減，並無援用本項餘地。（參照最高法院十八年上字第一〇三六號判例）

第二項爲同時加減之例，其條件必爲不同等分數之加重減輕。例如累犯加重三分之一，與未遂罪減輕二分之一互合時，則應於加重三分之一之後，再減輕二分之一，故云先加後減。

第八十七條

有二種以上應加或應減者遞加或遞減之。
有二種以上不同等分數之減輕者，先依較少之分數減輕之。

義例

本條規定遞加遞減之例，其與前條異者，即前條爲加減互合，本條則爲加與加合，或減與減合，易言之或有二以上之加，或有二以上之減是也。二以上之加，應次第加之，二以上之減，亦應次第減之。例如傷害旁系尊親屬，加重本刑三分之一，累犯同一之罪，加重本刑二分之一，同案同時併見時則遞加之。遞加云者，即次第加之之謂也。又如未滿十六歲人犯竊盜罪，減輕本刑二分之一，其竊盜係爲貧困所迫，情堪憫恕，酌減本刑二分之一，同案同時併見時，則遞減之。遞減云者，亦即次第減之之謂也。惟應注意者，所謂遞者，指就法定刑加重或減輕後再就加得或減得之刑，加以加重或減輕，並非先就加得或減得之刑，定其刑期，再於已定之刑期上，加以遞加或遞減也。（參照最高法院十九年非字第一三八號判例）

雖然有二以上之減輕，其減輕分數如爲同等時，則應爲先減，孰爲後減，原無問題，

如有二以上不同等分數之減輕，則先後之間，在有期徒刑，雖無出入，而在死刑或無期徒刑，則依第七十九條第二項，及第八十條第二項各規定，必不能稍有參差，為貫徹適用效力起見，故又有先依較少之分數減輕之之第二項規定。

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。

義例

本條規定不計零數之例。

本法以若干分之幾為加減，則加減結果，在徒刑拘役，必有不滿一日之時間，在罰金必有不滿一角之額數，為顧及月計日計元計之原則起見，故有此不計及亦同之明文規定也。

第八十九條 從刑不得加重或減輕。

義例

本條規定從刑不得加減之原則。從刑為褫奪公權及沒收之二種。褫奪公權為褫

奪犯人在法律上特定之資格，沒收則爲沒收與犯罪具有密接關係之特定物。除有特別規定外，皆隨主刑而併科，不隨主刑而加減。（參照最高法院十七年上字第三八六號判例）以其無加減之性質也。故有本條之設。

第十二章 緩刑

緩刑乃新近發達之制度，初以補救短期自由刑之弊害，繼乃擴充至於罰金，亦得緩刑，其意謂短期自由刑，在刑事政策上爲獎勵犯人悔過遷善，且以免其沾染惡習，依據各國統計，採用緩刑制之國，其在緩刑期內犯罪者，百人中不過十五六人，而緩刑之制，誠爲良善。然罰金輕於拘役徒刑，犯拘役徒刑者，尙准緩刑，而犯較輕之罪，反不畀以自新，於刑事政策，仍有未協，是以擴而充之，以廣緩刑之適用。茲述各國緩刑之制，以爲比較。（一）德國制，緩刑之權，操諸行政官吏，與其他各國操諸法院者不同，故此制可謂爲條件附之赦免。（二）英美制，對於應科短期自由刑之罪，緩其刑之宣告，與其他諸國緩其刑之執行者不同，故此制可謂爲試驗的釋放，偶爾犯罪者，先寬免之，不宣告其刑，以觀其後。（三）比法制，則緩其刑之執行，非緩其刑之宣告，故此制可謂爲刑之執行猶豫。以上三制，各有所長，主張德國制者，謂緩刑權若

在法院，必將妨害元首特赦之大權。反對德國制者，謂刑罰權應在法院，若操之行政官吏，則是妨害司法之獨立。主張英美制者，謂緩其刑之宣告，犯人遷善較易，蓋以其制絕無刑罰之意，既不科刑，亦無裁判也。主張比法制者，謂依英美制，如遇犯人違背緩刑條件，撤銷緩刑，重行宣告其刑，則因事隔歲月，程序爲難，故不如採用執行猶豫制之爲得也。各國法例仿比法制者較占多數，暫行律亦然，故本法亦以比法制爲依據。

學者有謂緩刑之制，違反有罪必罰之主義，又有謂其與防止犯罪政策相矛盾者，有謂其將惹起被害人不平之忿者，更有謂其受益者，恐多屬於有勢力之人，此數說皆屬未確。蓋緩刑者非不罰之謂，不過緩其刑之執行而已。其行爲之爲罪如故，其刑罰之宣告如故，其警懼之意亦不少減，初非置犯罪於不顧。況國家科刑，所以謀社會之利益，非爲個人之私忿，至謂恐有勢力之人，始得受緩刑之利益，是則弊在用法之官，非在緩刑本制之不善，似更不得以此爲攻擊之理由也。

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。

義例

本條規定緩刑之範圍，及其條件，緩刑之範圍有三：（一）二年以下有期徒刑。（二）拘役。（三）罰金。蓋緩刑之制，本為較輕之罪而設，二年以下有期徒刑，或罰金，均為較輕之罪，故以之為範圍，則不在範圍內者，自不得援用此制。然法文中一則曰受，再則曰宣告，則範圍內所列之刑，實為宣告刑，並非法定刑，從可知矣。故因減輕結果，與本條所列之範圍相合時，得以一併適用固屬當然解釋。徒刑重於罰金，法院判處徒刑併科罰金之案件，如擬諭知緩刑，則徒刑與罰金應一併諭知，不得單獨將徒刑宣告緩刑，亦屬當然論斷。（參照司法院院字第二九四號第三四六號解釋）茲再分論其條件如次。

（甲）初犯輕微罪者，即第一款所謂未曾受拘役以上刑之宣告者是。蓋緩刑之制，

本為獎勵犯人之悔過遷善而設；倘曾犯罪且受拘役以上刑之宣告，則非初犯可知，既非初犯，則其無悔過遷善之希望，證諸已往，已可得見，自不得再用此制，以礙刑效，故宣告緩刑，必為初犯輕微罪。

(乙)再犯輕微罪已逾三年者，即第二款所謂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是。蓋緩刑之旨，為獎勵犯人之悔過遷善，前已言之，則以前雖曾受拘役以上刑之宣告，而自執行完畢或免除之日起，已有三年未再犯罪，則亦不能謂非悔過遷善之效，故再犯輕微之罪已逾三年者，亦得適用此制。

上述二條件就第一款言，為條件中之原則，就第二款言，為條件中之例外。二者不可得兼，故為擇一的條件，所謂有左列情形之一云云，即係申明此義。同時云者，於宣告其刑時，同時宣告緩刑之謂，故不能於裁判前後隨時宣告。以故裁判確定之日，即為緩刑期間起算之日。至緩刑之期間，在立法例約分三派：(一)規定一定之時期，不使法官有酌量之範圍者，如法國丹麥定為五年，那威布加利亞瑞典等定

爲三年。(二)許法官以相當之酌量範圍，故有僅規定其高度年限者，如比國（五年）英國（三年）亦有兼定高低度之年限者，如我暫行律（三年以上五年以下）日本（一年以上五年以下）。（三）完全予法官以自由裁量定緩刑之期限者，如美國及英日法三派之中，第一失之太狹，第三失之太廣，惟第二頗折衷得當，故本法採之，而以二年以上，五年以下爲其緩刑期間也。

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、除前條第二欸外，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。

義例

本條規定撤銷緩刑宣告之條件。各國關於此項法例，亦有二派：一、英美派。緩刑應否撤銷，完全由法官定之。一、比法派。以犯人於緩刑期內，曾否更犯一定之罪爲標準，若更犯罪，則撤銷其緩刑之宣告。從此派者，爲歐洲大陸諸國，日本及我暫行律

亦同。本法採取多數立法例，故亦依比法派而定制，茲分述其條件如次。

(甲) 緩刑期內犯罪者，即第一款所謂緩刑期內更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。蓋緩刑期內既再犯罪，則犯人不能改善，已可證明，自當撤銷緩刑之宣告。

(乙) 緩刑宣告前曾犯罪者，即第二款所謂除前條第二款外，因緩刑前犯他罪，曾受有期徒刑以上刑之宣告，在緩刑期內，始發覺者是。前條第二款之罪在宣告緩刑時已經發覺，因其已滿三年仍予宣告緩刑，固當除外，惟除外後尚有其他犯罪及受刑情形，於緩刑期內始行發覺者，則宣告緩刑條件，自始即不為完備，自應予以撤銷以符法制。

上述二條件有一具備，即為撤銷之條件構成。惟應注意者：(一) 宣告緩刑前後所犯之罪，不屬於過失者，如為過失犯罪，則不得謂與撤銷之條件相合。(二) 所有條件均須限於緩刑期內發生者，如緩刑期滿，其本刑之宣告，已歸無效，自無溯及既往而撤銷之理。(三) 更犯罪或他犯罪，均須受有期徒刑以上刑之宣告者，如受

第九十二條

拘役或罰金之宣告，則亦不能謂與撤銷之條件相合。

緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告爲無效。

義例

本條規定緩刑期滿之效力。各國刑法，對於緩刑期滿，未經撤銷緩刑之犯人所處地位，略分二派。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，實有至大之關係。暫行律採第一派，修正案將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，則滌蕩舊恥，勉力自新，自宜寬其既往，使與未嘗犯罪者回復同一之地位。外國立法例，有不獨以刑之宣告爲無效，且更將刑事判決錄，完全註銷者，其意即在於此。故本法亦沿暫行律而以第一派爲依歸；但其宣告之無效，只對將來而言，故因宣告而喪失之權利，則不可得而回復之。

第十三章 假釋

假釋之制，初昉於法，惟對於幼年囚行之。其採用斯制，施用於一般犯人者，自英國始。漸次爲歐洲大陸諸國所做，現已成爲各國之通例。惟有訂於刑法中，有另纂爲單行法者，有依恩赦之形式行之者，而實際則無勿同，實爲比較的最新之制度，而在刑事政策上有重要之價值者也。

自由刑之設，原以感化爲歸宿，則當刑期執行之中，果有懊悔實據，足信其悔過遷善而無疑，則裁判後救濟，自以此制爲最合宜，茲述其重要理由於次：（一）在於獎勵犯人之改善。蓋犯人有縮短刑期之希望，故能遵循獄則，勤勉工作，馴至於改善心意而不自覺。（二）在於匡正量刑失當之弊害。以犯人所以至於犯罪之心意，在宣告裁判當時，尙難十分明悉，往往俟刑罰之執行中，始能發見其真相，故假釋制度，實爲一獎勵犯人匡正裁量之一最良制度。其與緩刑異者，卽緩刑爲執行前之試驗，假釋則爲執行中之救濟也。

第九十三條 受徒刑之執行而有懊悔實據者，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。

義例

本條規定假釋之條件及其權限。

假釋條件，分爲實質上條件，形式上條件之二種。

(一) 實質上之條件，即須具有懊悔之實據，如無此項實據，則假釋之適足以助長其僥倖，末流所及，亦必完全變爲司獄官循情市恩之具，此實質上要件所以爲假釋之前提也。

(二) 形式上之條件有二：

(甲) 須已受徒刑之執行，此謂假釋，乃以執行徒刑之囚人爲限，死刑拘役罰金等，均不能適用假釋制度。

(乙) 其執行須已經過法定之期間，即無期徒刑執行須逾十年，有期徒刑須逾二分之一，且已滿二年者是。此要件係折衷各國法例而定，在暫行律關於有期徒刑之執行，必以已滿三年爲限，似覺爲期過久，因犯人既有懊悔之實據，必待三年方予假釋，於國家與犯人，兩無裨益。外國立法例，

對於此種期限，其趨勢皆從縮短。以一年為限者，如德國布加利亞波士尼亞刑法，及瑞士奧國刑法準備草案。以三月為限者，如法國比利士。無期限者，如日本及美國數洲。暫行律第六六條但書所規定之期限，獨較他國為長，未免輕重失均，故本法改為二年。

至假釋之權限，因犯人係在監獄執行，則有無懊悔，及其懊悔有無實據，惟監獄官能知之；然監獄官雖為國家公務員，不必皆賢，則其調查事實，是否確實，勢非再有司法行政最高官署准駁，難免毫無弊害，此假釋出獄之權，雖由監獄官呈請，而准許與否，所以仍屬諸司法部也。

假釋條件所定之執行刑期，應否將裁判確定前之羈押日數算入，學說不同。有主張算入者，（那威瑞典有明文規定）但主張不算入者居多數。蓋假釋條件所定之執行期限，如欲知罪人受刑後，是否實能悔改，則非解為事實上執行不可，故本法從德國刑法準備草案規定第二項，以所餘之刑期計算。所餘云者，即無期徒刑除去折抵之日數外，尚須執行十年。有期徒刑，除去折抵之日數外，尚須逾二分之

一之謂。例如科無期徒刑者，在裁判確定前，雖羈押二年，仍須算足執行十年。又如科有期徒刑十年，裁判確定前，受羈押二年，折抵徒刑一年為九年，則以九年之二分之二為計算執行刑期之根據，此又第二項之所以規定也。

第九十四條 假釋期內有左列情形之一者，得撤銷其假釋。

一 更犯罪受拘役以上刑之宣告者。

二 犯假釋管束規則者。

假釋撤銷後，其出獄日數不算入刑期內。

義例

本條規定假釋撤銷之條件及撤銷之效力。

關於假釋期限之立法例有二：一為不別設規定，即以殘餘未經執行之刑期為假釋出獄之期限者；一為特別規定假釋期限，且其期限大抵較殘餘之刑期為長者。本法採用第一種法例，不別定假釋期限，即以未執行之刑期為假釋出獄之期限，故假釋期內云云，即係指未執行之刑期內而言，假釋既以未執行之刑期為期限，

則在有期徒刑應以所餘之刑期為期限，在無期徒刑則終身在期限中，雖有行刑時效，亦當然在第一百〇二條規定停止之列。

具有撤銷條件，究否撤銷其假釋，在立法例上，亦有應撤銷及得撤銷之二種。暫行律採用前種，本法以社會情狀異常複雜，留有酌量餘地，方足以資因應而適用無礙，故採用後種而規定得撤銷其假釋焉。茲分述其條件如次：

(一)假釋期內更犯罪者 此條件即指更犯罪受拘役以上刑之宣告者而言。其與撤銷緩刑之條件，似同而實異，其同者均在期內更犯他罪，且均受有罪刑之宣告，其不同者在緩刑則須受有期徒刑以上刑之宣告，在假釋則受拘役刑之宣告則為足。蓋假釋乃曾受徒刑之執行，且經過相當期限者，出獄未久，竟再犯罪，雖或有輕微情形，揆諸悛悔之義，似難從寬，故得撤銷之。且後犯之罪，果合乎累犯要件，仍當依第六十六條加重之例，否則，以與前罪所餘之刑併執行之。

(二)假釋期內犯規則者 此條件即指犯假釋管束規則者而言。假釋制度，原以

行政之權衡爲裁判後之救濟，關於監督及其執行處分等等，勢必另有單行規則以資適用，故刑法上特以明文承認之。

上述二條件，有一具備，卽得予以撤銷，在暫行律上，關於此項條件，尙有假釋前之犯罪亦爲撤銷條件之規定，本法以犯人既有悔改前罪之實據，然後予以假釋，不宜復因其既往之罪又撤銷之。且假釋前之犯罪，自應獨立執行其刑，不必互相牽涉，故不取也。

至於撤銷之效力，以犯人於出獄後既不知懲戒或更犯罪，或不遵守規則，則其出獄日數，當然不得算入刑期，卽無期徒刑，固仍終身監禁，有期徒刑，亦應於撤銷假釋後，將其未執行之刑期，全部執行也。

第九十五條 假釋期內因他罪受刑之執行者，其執行之期間，不算入假釋期內。

義例

本條規定他刑期間不算入假釋期內之例。假釋期限，卽以未執行之刑期爲期限，前已言之，則當假釋出獄後，因他罪受刑之執行時，其執行期間，如准算入假釋期

內，則與以未執行之刑期爲期限之精神相違背，而假釋期限反因他罪之執行而容易滿期矣。故本條以明文規定之。

假釋期內更犯他罪，依前條規定，本得撤銷假釋，然本條所謂他罪，則具有二種情形：（一）在假釋前所犯之罪，至假釋期內始發覺而宣告其刑者，此等情形，既不爲撤銷假釋條件之構成，故無礙於假釋之存在。（二）假釋期內更犯他罪時，並未知其另有他罪，曾受執行，且曾假釋者。此種情形，既有本條規定，則他罪執行完畢或免除時，仍可撤銷假釋，而執行其關於假釋部分未執行之刑期全部。例如某甲在北平犯罪，受有期徒刑十年之宣告，執行五年，因後悔有據，呈准假釋，假釋未久，復在天津犯罪，受有期徒刑八年之宣告，及八年刑期執行完畢，始由北平發覺假釋期內更犯他罪。依據本條規定，在北平仍得撤銷假釋，而執行其未執行之刑期五年，否則，將認爲假釋期滿而無從再事撤銷矣。此本條規定之所以爲必要也。

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。

義例

本條規定假釋出獄之效力。第九十四條第二項規定假釋撤銷後，其出獄日數不算入刑期內，準此原理，則未經撤銷假釋者，其出獄日數，當然算入刑期，既當然算入刑期，則其未執行之刑期，亦當然以已執行論，此本條之所以規定也。

附刪暫行律第十四章理由

暫行律第十四章僅有第六十八條，前法律館起草時，亦嘗聲明當時未有憲法，故規定於刑法中，俟將來再行修訂等語。現在國民政府組織法第四條既有關於赦免規定，自應依特別法辦理，無須列入刑法，故本法從修正案刪去。

第十四章 時效

時效有廣義狹義之分，廣義的時效爲得權時效及免責時效，卽民法上所謂時效是。狹義的時效，則盡屬免責時效，卽刑法上所謂起訴權時效，行刑權時效是。

關於時效認許之理由，學說不一，有謂對於國家怠忽義務之制裁者，有謂因犯罪已爲社會所遺忘者，有謂因犯罪證據久經消滅者，有謂犯人在期間內所受痛苦已足償其刑罰者，凡此諸說，皆未完善。蓋尊重社會上繼續之狀態而維持法律秩序所不容已之事，對於數十年

前輕微之犯罪，非不可訴追而處罰之，然其訴追及處罰之結果，往往不合於社會之實益，反足以生種種之阻礙，不惟犯罪事實難以確定，致有不實之弊，而因此事實新發生之諸種關係，亦將起一絕大之變動，得謂所得足償所失耶？此乃刑法之時效，與他種法律之時效共通之理由，固不難想像而知之者也。

刑事法中規定時效之地位，向有三種不同，第一主義，以時效全部同屬於刑事訴訟法中，（法國採之）以爲公訴及行刑，既關係起訴及執行權，皆訴訟法之所有事也。第二主義，以起訴權時效，屬於刑訴訟法中，而行刑權之時效，則以刑法定之。（日本採之）蓋以起訴權之時效，雖屬訴訟法之關係，而行刑權之時效，則關係科刑之制度，故應分別定之。第三主義，以兩種時效全定於刑法之中。蓋以刑法雖爲各種犯罪定其所科之刑而設，然入起訴權及行刑權之時效者，其科刑已不必實施，是其時效卽爲刑法上一種科刑之制限也。比較三種主義，其第三種最適於條理而且便於援用，故爲現今多數之立法例所同。如德意志匈牙利荷蘭布加利亞墨西哥意大利芬蘭那威各國皆然，故本法亦採之。

第九十七條 起訴權逾左列期限而不行使者，因時效而消滅。

一、死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者二十年。

二、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。

義例

本條規定起訴權之時效期限及其起算之時期。第一項各款爲起訴權之時效期限，在此期限內者，有行使起訴之權，否則，時效完成，起訴權則因之消滅。至所列各款期限之短長，在立法例上，其最長期限有定爲三十年者，有定爲十年者，多數國以二十年爲準，暫行律規定十五年。最短期限有定爲五年者，有定爲一年者，有定爲兩月者，暫行律規定六個月。本法以中國交通不便，偵探犯人之機關未備，不宜立此短期，故折衷損益，定最長期限爲二十年，最短期限爲三年。惟應注意者，本法時效期限，雖較暫行律展長，倘其起訴權在適用暫行律時代，已因罹時效而消滅，

則亦不因本法施行而復活。故必未因刑律所定時效期限消滅者，始得適用刑法計算。（參照最高法院解釋字第二三七號，司法院院字第二七號，第二八號，第一〇二號，第二〇四號，解釋及最高法院十九年非字第一五七號判例）至本條所謂某刑某刑云云，皆指法定之最重主刑言之，非所謂宣告刑也。

第二項爲起算之時期。自犯罪成立之日起算云者，乃以刑罰權發生之日爲計算期限之起點之謂，在立法例上亦有以犯罪行爲完畢之日起算者，如德國現行刑律第六十七條第四項，及暫行律第六十九條第二項規定是。本法以起訴權之時效，爲消滅刑罰權而設，故時效必以刑罰權爲根據，若於行爲完畢之日起算，不問行爲結果發生於何日，恐刑罰權尙未發生，而時效先已進行。例如殺傷行爲完畢後一閱月，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爲之日起算，按之理論，及刑事政策，均有未妥，故以犯罪成立之日爲期限計算之起點，亦法制上之一進步也。

至連續犯罪，以其數行爲論，本各爲獨立之一犯罪行爲，惟法律上既因其有連續

第九十八條

關係而論爲一罪，則關於期限之計算，自不能因各個之行爲而加以分割爲免疑問，故定爲自犯罪最終之日起算，此又第二項但書之所以規定。

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。

義例

本條規定期限適用之標準。前條所定某刑某刑，係指法定主刑，並非宣告刑，前已言之，故起訴權之時效期限，即應依法定主刑計算。據本刑之最高度云云，其僅定有最高度或並定有最低度主刑者，固應據最高度計算，則僅定最低度而並無最高度規定者，即依最低度計算，亦不失爲本條所謂最高度精神。有二種以上之主刑云云，即分則各條定有二個主刑者是。例如第二百六十七條之罪，其法定主刑爲五年以下有期徒刑，或三千元以下罰金，其起訴權之時效期限，即應以五年有期徒刑爲依據，以十年計算，此本條之所以規定也。

附刪暫行律第七十條理由

暫行律第七十條二罪以上之起訴權之時效期限，據最重刑，依前條之例定之，未附理由。若謂指數行為而成立數罪，（即學說上所謂實體之數罪競合）自應依暫行律第二十三條分別定其時效期限，不得據數罪中之最重刑定之。若謂指一行為而成立數罪，（即學說上所謂想像之數罪競合）自應依暫行律第二十六條從最重之刑處斷，無俟本條之規定，故本法將此條刪去。

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。

義例

本條規定加減之刑不得變更本刑之時效期限。起訴權之時效期限，應依法定主刑計算，前已一再言及。本刑即法定主刑之謂，故刑有加重時，其時效期限固據本刑計算，即遇減輕時，仍不能因減輕而將本刑之時效期限有所變更。蓋起訴為訴訟之行為，而加減則為裁判之結果，在裁判未宣告以前，不能預定將來之應加應減，且未經確定，即加減亦復有變動，自不能以之定時效之標準，此本條之所以重為聲明也。

第一百條

起訴權之時效期限，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。

義例

本條規定起訴權時效停止之原因，及消滅時之計算。

第一項爲停止之原因，即（一）依法令不能開始偵查或預審或起訴或審判之程序時，（二）或依法令不能繼續偵查或豫審或起訴或審判之程序時停止之。且停止原因，不限於同時構成，即有一不能開始或不能繼續時，則爲原因存在。

第二項爲原因消滅時之計算，法令上停止之原因，一經消滅，則時效繼續進行，且不惟新時效繼續，即在未停前已經過之期間，仍應一併計算，蓋必如是，而時效制度，方不至於虛設也。

暫行律於第七十二條沿法國判例（法國刑法原文，本聲明於時效期限內中斷時，從新起算，是期限外不得再有中斷；然則於時效將滿時中斷之，則最長逾一倍

之後，其時效即爲成立，而法國判例不以爲然，學者每非議之。設有時效中斷之規定，中斷次數，絕無限制，然時效之設，雖學說各有不同，而因歷時久遠，刑罰權從而消滅則一，若中斷從新起算，而中斷之次數無窮，則時效將成虛設。近世學者有主張將時效中斷之制，併入時效停止之制，俾時效易於成立者。有主張延長時效期限，逾此期限，則時效成立，不得再有中斷者。採用前者爲智利那威等國是。採用後者爲比利士（一千八百七十八年四月十七日法律）鐵成（瑞士洲名）意大利俄國墨西哥及西班牙草案（一千八百八十五年）瑞士德國刑法準備草案等是。本法以時效期限既因刑之輕重而有短長，則中斷之設，固有永無成立之嫌，而延長之制，亦非重視社會秩序之道，故採用併入之制，俾已經過之時間，仍得算入期限內，此本法所以與暫行律異其旨趣。

第一百〇一條

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。

義例

本條規定行刑權之時效期限，及其起算時期。

第一項各款爲行刑權之時效期限。在此期限內者，有行刑之權，否則時效完成，行刑權則因之消滅；惟行刑權消滅云者，僅免其刑之執行，而有罪之裁判如故。故與起訴權消滅未受宣告罪刑者有別。且起訴權時效期限之長短，以法定最高主刑爲準，故第九十七條所謂某刑某刑，係指法定主刑而言，若行刑權時效期限之長短，則依宣告之刑而分，故本條所謂某刑某刑，則係指宣告之刑而言。惟其爲宣告之刑，則有罪之事實既明，無復證據散逸之虞，因之時效期限，亦較起訴權之時效期限爲長。人類生活關係，異常複雜，倘歷時久遠，對於舊惡仍不稍寬，則所以保護安寧者，適以害安寧，所以維持秩序者，適以妨秩序，此本條所以規定之精神也。

第二項爲起算之時期。行刑權之時效期限，以宣告之刑爲準，前已言之，因之時效

期限，亦自裁判確定之日起算。蓋裁判尙未確定，則其宣告之刑，亦不能謂爲確定，而期限長短，當然不得據爲標準也。

第一百〇二條

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。

義例

本條規定行刑權時效停止之原因，及消滅時之計算。

第一項爲停止之原因，即（一）依法令不能開始執行時。（二）或依法令不能繼續執行時停止之。前者如受死刑之諭知，尙未經司法部覆准之類是。後者如因心神喪失或未生產之原因，而停止執行，後當原因消滅，尙未奉有刑訴法第四八四條第三項之執行命令之類是。此等情形，皆依法令不應執行，非如前條所謂不受執行者，故如此期間內不算入法定期限之內，使行刑權之時效亦停止之，是爲行刑時效之停止。

第二項爲原因消滅時之計算。法令上停止之原因消滅，則時效繼續進行，且不惟

新時效繼續，即在未停止前已經過之期間，仍應一併計算，此與起訴權時效停止之原因消滅時相同也。

暫行律於本項時效，亦設有中斷之制。本法以行刑權時效中斷之規定，各國立法例略分兩派：一因執行而犯人已逮捕，始為時效中斷者。日本比利士及暫行律屬之。二凡執行行為，（例如發捕狀）皆為時效中斷之原因，不問犯人事實上逮捕與否者。德國意大利及日本舊刑法屬之。就第一派言，必待犯人事實上之逮捕，方能時效中斷，若因一時逃亡，而時效期滿後，雖被逮竟無從處罰，而於較短之時效期限，尤易倖免，似近獎惡。就第二派言，以發出捕狀時，即得中斷時效，若時時發捕狀，則時時中斷，恐時效永無成立之日，與設立時效之本旨背馳，故均不採，而僅設本條時效停止之規定也。

標商冊註

