

目 錄

緣起代序

第一章	法 例.....	1
第二章	刑事責任	83
第三章	未遂犯.....	197
第四章	正犯與共犯	239
第五章	刑	321
第六章	累 犯.....	417
第七章	數罪併罰	443
第八章	刑之酌科及加減.....	529
第九章	緩 刑.....	615
第十章	假 釋.....	641
第十一章	時 效.....	671
第十二章	保安處分	711
警大警佐班第 18 期《刑法概要》試題 解析		793
警大警佐班第 20 期《刑法概要》試題 解析		815

《刑法總則》自我測驗試題(一).....	881
《刑法總則》自我測驗試題(二).....	888
《刑法總則》自我測驗試題(三).....	895
《刑法總則》自我測驗試題(四).....	933
《刑法總則》自我測驗試題(五).....	941

第一章 法 例

第1條（罪刑法定原則）

行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。
拘束人身自由之保安處分，亦同。

【條理析釋】

刑法者，乃明定構成犯罪行為之法律要件，及制裁違法者之法律效果之社會生活規範。其功能在於透過刑罰之手段，對犯罪者施以處罰，以維護各種法益之實現。法益者，係指國家在法律制度中，經由法律手段所欲保護之各種生活利益屬之。實務上，刑法將其所欲保護之法益區分為國家法益、社會法益及個人法益3大類，逐一條列於刑法分則各罪章。

罪刑法定原則，係指何種行為確實構成犯罪，而對於犯罪行為應科處何種刑罰，均以法律明文規定者為限。其基本觀念為德國法學大師費爾巴哈所主張之「無法律即無犯罪，無法律即無刑罰。」因此，國家對於非經法律明定為犯罪者，不得逕行科處刑罰；縱使經法律明定為犯罪者，亦不得擅自科處法律所定以外之刑罰。

例如：檳榔鹼並未列入毒品之種類等級，不得將「嚼檳榔成癮」之人，定以施用毒品之罪責。或是對於酒駕屢勸不聽之累犯者，科處徒刑或罰金之外，「併執行鞭刑10下」。

行為人之行為依裁判時之法律規定雖應成立犯罪，但依其行為時之法律卻無處罰明文者，即應本於刑法第1條罪刑法定主義規定，為無罪之諭知，不得先就新舊法規定之犯罪構成要件，予以比較適用有利於行為人之法律，或逕依新法規定之犯罪構成要件，為審認行為人是否成立犯罪之準據。反之，依行為時之法律規定，應成立犯罪，但依裁判時之法律卻已不加處罰者，即屬於「犯罪後之法律已廢止其刑罰」之範疇，應依刑事訴訟法第302條第4款之規定，諭知免訴。因此，行為人於行為後，因刑法法律之變更，致其規定之犯罪構成要件變

更而有擴張或限縮時，必其行為同時符合修正前、後法律所定之犯罪構成要件，均應予科處刑罰時，始生刑法第2條第1項之比較適用問題。

95年7月1日施行生效的新刑法以拘束人身自由之保安處分（如強制工作、強制治療、禁戒、觀察勒戒等屬之，但驅逐出境保護管束等則不屬之），係以剝奪受處分人之人身自由為其內容，在性質上，帶有濃厚自由刑之色彩，亦應有罪刑法定原則衍生之不溯及既往原則之適用。職是之故，增列拘束人身自由之保安處分，亦以行為時之法律有明文規定者為限，以求允當。

【實務判解】

- ◆刑法第293條第1項（舊）之傷害罪，以有傷害人之意思並發生傷害之結果者始能成立，若加害者以傷害人之意思而加暴行，尚未發生傷害之結果，除法律對於此項暴行另有處罰規定者外，自不成立何種罪名。（23年上字第763號）

編按

刑法第293條第1項（舊）即為現行刑法第277條第1項（普通傷害罪），傷害罪為結果犯，如未發生傷害之結果時，係屬該罪之未遂犯，而傷害罪亦無處罰未遂犯之特別規定，若行為人並非對其直系血親尊親屬施強暴而未成傷者，即為刑法所不罰之範圍。

- ◆行為之處罰，依法以行為時之法律有明文規定者為限，故行為以前法律上雖有處罰該項行為之明文，若行為當時該項罰則業已失效者，即無援用已失效之法律處罰行為人之餘地。原確定判決論被告以軍用槍砲取締條例第3條，明知有人犯同條例第2條之罪而不即予以處分之罪，科以罰金150元，其認定之事實，為被告於民國24年8月19日，據民團長報告，某甲持有長槍3枝，並不即予處分，聽其指走等情，雖其行為，按諸軍用槍砲取締條例，不能謂無犯罪嫌疑，但查該條例因同年7月1日刑法施行而失效，刑法對於此項行為又無處罰明文，該被告之行為，自不構成犯罪。（25年非字第120號）

- ◆上訴人因戀姦情熱，於民國24年6月8日將某甲之妻某氏，和誘至某處藏匿，至同月19日始行覓回，為原判決所認定之事實。此項事實，雖與刑法第240條第3項所定罪名相當，但查刑法係同年7月1日施行，其行為時有效之舊刑法，對於和誘有夫婦女脫離家庭並無處罰之規定，自未便以行為後之刑法定有罪名，即行論罪。（25年上字第932號）
- ◆上訴人犯罪在舊刑法有效時代，舊刑法關於從事業務之人對於業務上作成之文書為虛偽之登載，並未定有處罰明文，依照刑法第1條，自不能援用新法論罪。（31年上字第2019號）
- ◆行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，為刑法第1條所明定，同法第2條第1項所謂行為後法律有變更者，適用裁判時之法律，必以行為時之法律對於該行為有處罰明文為前提，若行為時並無處罰明文，輒憑裁判時之法律，以繩該項法律實施前之行為，微特其適用法則無憑準據，抑亦與刑法不溯既往之原則，根本相違。（33年上字第827號）

編按

本則判例保留，但應注意94年2月2日修正公布之刑法第2條第1項將「適用『裁判時』之法律」，修正為「適用『行為時』之法律」，以符合罪刑法定與不溯及既往之原則。

- ◆飛機零件非違禁物品，其單純收藏或持有而不別具其他犯罪構成要件者，法無論罪明文，應不為罪。（34年院解字第2910號）
- ◆抗戰期內在敵占區內之我國婦女，僅係嫁與敵寇或參加敵寇組織中之朝鮮人為妻者，法無論罪明文，應不處罰。（34年院解字第2968號）
- ◆行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，行為後之法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。故犯罪行為人其犯罪行為之開始及終了之時日，必於有罪判決書之犯罪事實欄明白認定，詳為記載，

而後於理由欄據證說明其認定犯罪事實之理由，方足以為用法之準據。（53年台上字第2485號）

- ◆懲治走私條例於67年1月23日修正公布，新增第2條之1，對運送銷售或藏匿逾公告數額之走私物品者及其常業犯，為科罰之規定，並罰其未遂犯，在此項修正以前法律並無類似規定，上訴人犯罪在64年10月間，依法律不溯既往之原則，自不能適用該新增條文予以科罰。原判決竟引用該條文科處上訴人罪刑，自屬適用法則不當。（69年台上字第413號）

編按

懲治走私條例於民國81年7月29日，業經總統明令修正公布全文為13條時，已將第2條之1修正為第3條，其罰金數額並改以新台幣為單位；此外，本條例復於91年6月26日及95年5月30日，分別再經總統明令修正公布施行在案，其修正重點在於提高罰則，並配合刑法修正而刪除常業走私犯之規定。

- ◆槍砲彈藥刀械管制條例於72年6月27日公布施行，上訴人等攜帶武士刀、扁鑽等刀械行為當時之法律，並無處罰之規定，依刑法第1條之規定，自不得因其後施行之法律有處罰規定而予處罰。法律不溯既往及罪刑法定主義為刑法時之效力之2大原則，行為之應否處罰，應以行為時之法律有無規定處罰為斷，若行為時與行為後之法律皆有處罰規定，始有刑法第2條比較新舊法之適用。原判決竟謂上訴人等未經許可無故持有刀械，觸犯公布施行在後之槍砲彈藥刀械管制條例，並適用刑法第2條第1項但書，自屬適用法則不當。（72年台上字第6306號）

編按

上揭事例之處理，應由檢察官於偵查終結時，依刑事訴訟法第252條之規定予以不起訴之處分，函退警察機關依當時有效施行之違警罰法第54條第7款：「未經官署許可，無故攜帶兇器者。」逕由警察機關裁處7日以下拘留，或50圓以下罰鍰。

- ◆行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。又其行為不罰者，應諭知無罪之判決，刑法第1條、刑事訴訟法第301條第1項分別定有明文。而安非他命，行政院衛生署於民國79年10月9日始以衛署藥字第904142號公告，將之列入麻醉藥品管理條例第2條第4款之麻醉藥品，予以管理，同年月11日生效。在此之前吸用安非他命，即無麻醉藥品管理條例第13條之1第2項第4款之適用。（81年台非字第29號）

編按

安非他命已經核列為毒品危害防制條例（87年5月20日制定公布）第2條第2項第2款之毒品。

- ◆上訴人等行兇時使用之開山刀、十字弓箭於行為時並未經中央主管機關公告查禁，其中十字弓箭雖經內政部於81年8月10日以台內警字第8182281號公告查禁，但上訴人行為時既無處罰規定，則起訴書指上訴人又牽連犯槍砲彈藥刀械管制條例第12條第3項之無故持有刀械罪，尚乏依據，原判決認上訴人此部分應成立該罪，亦屬不當。（81年台上字第4800號）
- ◆法律不溯既往及罪刑法定主義為刑法時之效力之2大原則，行為之應否處罰，應以行為時之法律有無處罰之規定為斷，苟行為當時之法律，並無處罰之規定，依刑法第1條之規定，自不得因其後施行之法律有處罰之規定而予處罰。刑法第185條之3係88年3月30日立法院三讀通過刑法修正案所增訂之條文，於同年4月21日經總統令修正公布，同年月23日生效，被告行為時即同年4月1日有效之刑法，對於酒醉駕車並無處罰之規定，其行為不罰，自不得因行為後之刑法增訂條文定有罪名，即行論罪。（89年台非字第146號）
- ◆行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，刑法第185條之4係於88年4月21日增訂施行，上訴人係於87年6月14日駕車肇事逃逸，自不能適用刑法第185條之4論處上訴人罪責，原判決依該條論處罪刑，其適用法則亦有違誤。（91年台上字第3364號）

第2條（從舊從輕原則）

- I 行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。
- II 非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。
- III 處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更，不處罰其行為或不施以保安處分者，免其刑或保安處分之執行。

【條理析釋】

本條與第1條之立法體系關係相互依存，第1條係明文揭櫫罪刑法定原則，第2條第1項則以第1條為前提，遇有法律變更時應如何適用新舊法律之規定。原條文係「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律」即學說所謂之「從新原則」，雖長久以來，此原則雖為實務界及學術界所認同，但是難與第1條罪刑法定原則契合，而有悖於法律禁止溯及既往之疑慮，為貫徹上開原則之精神，舊制之從新從輕觀念應予導正，配合第1條修正為「適用行為時之法律」之必要，並兼採有利行為人之立場，將「從新從輕原則」改採「從舊從輕原則」，然在法律變更後新舊法之適用，依此2原則之結果並無不同（即改採從舊從輕原則之結果，與現行之從新從輕原則相同）。簡言之，本條係為符合「罪刑法定原則及不溯既往原則」之精神，將行為後遇有法律變更時，由「從新從輕原則」，調整為「從舊從輕原則」，此一修正在司法實務審理具體個案時，實質上對行為人並無不利益之效應。

本條第1項揭示之法律變更從舊從輕原則，其規範目的乃本諸禁止溯及既往原則，避免行為後新法惡化行為人之法律地位，致其受行為時無法預見之刑罰處罰，故該條文「法律」之解釋限於「刑罰法律」。所稱法律變更，係指法律之修正或廢止之情形，且以實體之刑罰法律為限，程序法不在其內。而所謂刑罰法律變更者，包括構成要件之變更而有擴張或限縮，或法定刑度之變更而言。而刑法第41條關於易科罰金事項規定係屬刑罰實體法，為救濟不能執行短期自由刑時之換刑處分，固

兼有執行事項之本質，然其折算方法，於刑之宣告同時，一併諭知，相當於科刑之程序，與一般純屬執行之程序有別。折算標準不同，導致犯人繳納罰金之數額有異，難謂與量刑之輕重無關，應屬相當科刑規範之變更，自有刑法第2條第1項規定之適用。

從刑附屬於主刑，除法律有特別規定者外，依主刑所適用之法律。如行為後，法律有所變更，但主刑之法定最高度及最低度刑，與修正前之舊法完全相同，或僅沒收之從刑規定有所更易，主刑未修正時，則沒收部分，即不生比較問題，依從舊之原則，皆應適用行為時之法律。倘若主刑及從刑均已加以修正時，經依刑法第2條第1項但書就主刑比較結果，應適用最有利之修正後之新法時，依從刑附屬於主刑之原則，應一律適用修正後之法律，不得採主刑從新而從刑從舊之割裂適用。

行政院依懲治走私條例第2條第2項專案指定管制物品及其數額之公告，其內容之變更，對於變更前走私行為之處罰，不能認為有刑法第2條之適用。理由書：刑法第2條所謂法律有變更，係指處罰之法律規定有所變更而言。行政院依懲治走私條例第2條第2項專案指定管制物品及其數額之公告，其內容之變更，並非懲治走私條例處罰規定之變更，與刑法第2條所謂法律有變更不符，自無該條之適用（52年10月23日大法官釋字第103號）。

99年7月30日經大法官釋字第680號解釋認為，懲治走私條例第2條第1項規定：「私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處7年以下有期徒刑，得併科新台幣3百萬元以下罰金。」第3項規定：「第1項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之。」其所為授權之目的、內容及範圍尚欠明確，有違授權明確性及刑罰明確性原則，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿2年時，失其效力。其釋憲緣起如下：高雄市蔡姓船長等3人，在民國96年9月3日駕駛船隻自高雄港出港後，在我國領海以外向不知名船隻上購得鯊魚、油甘、粗油魚、黑皮刀、旗魚、魷魚、鮪魚及鯊魚肚總計約25萬公斤的漁獲，私運至漁市場時遭海巡所查獲，經檢察官提起公訴後，法院

判處有期徒刑，上訴到最高法院遭駁回。蔡船長等3人認為最高法院及台灣高等法院高雄分院判決，所適用懲治走私條例第2條第1項、第11條規定，以及行政院92年10月23日院台財字第0920056338號公告管制物品項目及其數額丙項，違反授權明確性原則、平等原則及比例原則，牴觸憲法第7條、第15條及第23條規定，因此聲請釋憲。

針對空白刑法法規授權的問題，大法官釋字第680號解釋認為，立法機關以委任立法的方式，授權行政機關發布命令補充法律，雖然為憲法所許，但授權目的、內容及範圍應該具體明確。授權條款的明確程度，則應該與所授權訂定法規命令對人民權利影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循「罪刑法定原則」，以制定法律的方式規定。法律授權主管機關發布命令為補充規定時，必須從授權的法律規定中可以預見行為可罰，授權始為明確，才能符合釋字第522號解釋刑罰明確性原則的意旨。「由授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，即與得預見行為可罰之意旨無違，不以確信其行為之可罰為必要。」

大法官指出，懲治走私條例第2條第1項所科處的刑罰，對人民自由及財產權影響非常嚴重。但有關管制物品項目及數額等犯罪構成要件內容，同條第3項規定全部委由行政院公告，既未規定為何種目的而管制，也未指明公告管制物品項目及數額時應該考量的因素，且授權母法也缺乏其他可據以推論相關事項的規定，必須從行政院訂定公告的「管制物品項目及其數額」中，始能知悉可罰行為的內容。另外，縱由懲治走私條例整體觀察，也無從預見私運何種物品達到何等數額將因公告而有受處罰的可能，自屬授權不明確，與憲法保障人民權利意旨不符。鑑於懲治走私條例修正須要一定時程，懲治走私條例第2條第1項、第3項規定，自解釋公布日起，至遲於屆滿2年時失效。

刑法第224條第1項、第225條第1項、第2項俱於88年4月21日依序修正為「對於男女以強暴、脅迫、恐

嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期徒刑。（強制猥褻罪）」，「對於男女利用其心神喪失、精神耗弱、身心障礙或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，處3年以上10年以下有期徒刑。（乘機性交罪）」，「對於男女利用其心神喪失、精神耗弱、身心障礙或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為猥褻之行為者，處6月以上5年以下有期徒刑。（乘機猥褻罪）」；經核俱非廢止舊法而另立新法，而係於各該犯罪類型之規範具有繼續性，僅於犯罪構成要件及法定刑等有所修正而已，俱屬實體上刑罰法律之變更，應依刑法第2條第1項規定比較新舊法而擇一適用。

被告所犯之罪，法律是否規定須告訴乃論，其內容及範圍之劃定，暨其告訴權之行使、撤回與否，事涉國家刑罰權，非僅屬單純之程序問題，如有變更，應認係刑罰法律之變更，即有刑法第2條第1項但書之適用。如其行為時之舊法原規定屬告訴乃論之罪，裁判時之新法經修正變更為非告訴乃論之罪，如未經告訴（包括告訴不合法），則舊法對國家刑罰權之發動所作一定限制之規定，即其訴追條件之具備與否，依舊法之規定觀察，較有利於被告，自應適用舊法之規定，認須告訴乃論，法院亦應在其訴追條件完備下始得為實體判決。必已依法告訴且未經撤回告訴時，始應就其罪刑有關之一切情形，綜合全部之結果，而為比較適用對其最有利之法律。

民國95年7月1日起施行之刑法第91條之1有關強制治療規定，雖將刑前治療改為刑後治療，但治療期間未予限制，且治療處分之日數，復不能折抵有期徒刑、拘役或同法第42條第6項裁判所定之罰金額數，較修正前規定不利於被告。亦即比較新舊法之結果，應認修正前之規定較有利於被告。

【實務判解】

- ◆按刑法第2條規定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，其所謂處斷者，乃論罪科刑一依新法之意，故除有該但書應涉及舊法之情

形外，自不許再牽及舊法。（20年上字第172號）

- ◆ 犯罪時法律之刑輕於裁判時法律之刑者，依刑法第2條但書，固應適用較輕之刑，但新舊法律之刑輕重相等，或依法令加重減輕後裁判時法律之刑並不重於犯罪時法律之刑者，即不適用該條但書之規定，仍應依裁判時之法律處斷。（23年非字第55號）
- ◆ 行為後法律有變更者，應將行為時之法律與中間法及裁判時之法律比較適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項規定甚明。本件原判決祇將行為時之暫行新刑律與裁判時之刑法比較，而將中間之舊刑法置諸不問，殊屬違誤。（29年上字第964號）
- ◆ 凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加。如其於民國38年6月21日懲治叛亂條例施行後仍在繼續狀態中，則因法律之變更並不在行為之後，自無刑法第2條之適用。至罪犯赦免減刑令原以民國35年12月31日以前之犯罪為限，如在以後仍在繼續犯罪中即不能援用。（45年釋字第68號）
- ◆ 參加叛亂組織案件，在戒嚴地域犯之者，依懲治叛亂條例第10條後段之規定，既不論身分概由軍事機關審判，則有無參加叛亂組織及是否繼續之事實，均應由有權審判之軍事機關認定之。本院釋字第68號解釋係為曾參加叛亂組織，未經自首或無其他事實證明其確已脫離組織者而發。如已由有權審判之軍事機關認其不屬於懲治叛亂條例上之犯罪自不適用。（47年釋字第80號）
- ◆ 行政院於49年1月21日將管制物品重行公告，乃是行政上適應當時情形所為事實上之變更，並非刑罰法律有所變更，自不得據為廢止刑罰之認定，無論公告內容之如何變更，其效力皆僅及於以後之行為，殊無溯及既往而使公告以前之走私行為受何影響之理，即無刑法第2條第1項之適用。（49年台上字第1093號）
- ◆ 刑法第2條所謂有變更之法律，乃指刑罰法律而言，並以依中央法規制定標準法第2條（前）之規定制定公布者為限，此觀憲法第170條、第8條第1項，刑法

第1條之規定甚明。行政法令縱可認為具有法律同等之效力，但因其並無刑罰之規定，究難解為刑罰法律，故如事實變更及刑罰法律外之法令變更，均不屬本條所謂法律變更範圍之內，自無本條之適用。（51年台非字第76號）

- ◆ 犯罪構成事實與犯罪構成要件不同，前者係事實問題，後者係法律問題，行政院關於公告管制物品之種類及數額雖時有變更，而新舊懲治走私條例之以私運管制物品進口為犯罪構成要件則同，原判決誤以事實變更為法律變更，其見解自有未洽。（51年台上字第159號）
- ◆ 行政院依懲治走私條例第2條第2項專案指定管制物品及其數額之公告，其內容之變更，對於變更前走私行為之處罰，不能認為有刑法第2條之適用。（52年釋字第103號）
- ◆ 原審判決後，戡亂時期貪污治罪條例業於民國52年7月15日公布施行，該條例為瀆職罪之特別法，是行為後法律已有變更，雖依刑法第2條第1項但書之規定仍應適用最有利於行為人之刑法處斷，究難置而不論。（53年台上字第245號）
- ◆ 行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，行為後之法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。故犯罪行為人其犯罪行為之開始及終了之時日，必於有罪判決書之犯罪事實欄明白認定，詳為記載，而後於理由欄據證說明其認定犯罪事實之理由，方足以為用法之準據。（53年台上字第2485號）
- ◆ 稅捐稽徵法第47條第1款曾就公司負責人犯同法第41條以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐罪者，設有特別規定，並以應處徒刑為限，始有其適用，因而同法第41條所定之拘役及罰金刑，對公司負責人，即無適用之餘地。故主管院核定自72年9月1日依修正之戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例就稅捐稽徵法有關罰金金額提高為10倍，對於公司負責人自亦不生比較新舊法之問題。（73年台上字第5038號）

◆人民身體之自由應予保障，憲法第8條設有明文。限制人身自由之法律，其內容須符合憲法第23條所定要件。保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。槍砲彈藥刀械管制條例第19條第1項規定：犯第7條、第8條、第10條、第11條、第12條第1項至第3項、第13條第1項至第3項之罪，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為3年。此項規定不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作3年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第23條所定之比例原則。犯上開條例第19條所定之罪，不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作3年之部分，與本解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起不予適用。犯該條例第19條第1項所列舉之罪，依個案情節符合比例原則部分，固應適用該條例宣告保安處分；至不符合部分而應宣告保安處分者，則仍由法院斟酌刑法第90條第1項規定之要件，依職權為之，於此，自無刑法第2條第2項之適用，亦即仍有從新從輕原則之適用。（87年釋字第471號）

◆參加以犯罪為宗旨之犯罪組織者，其一經參加，犯罪即屬成立，在未經自首或有其他事實證明確已脫離該犯罪組織以前，其違法情形仍屬存在，在性質上屬行為繼續之繼續犯，其間法律縱有變更，但其行為既繼續實施至新法施行後，自無行為後法律變更之可言。（88年台上字第484號）

編按

上開有關「參加組織性之犯罪行為繼續」見解之判例之主要意旨，與45年釋字第68號解釋文：「凡參

加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加。如其於民國38年6月21日懲治叛亂條例施行後仍在繼續狀態中，則因法律之變更並不在行為之後，自無刑法第2條之適用。」及59年釋字第129號解釋文：「未滿14歲人參加叛亂組織，於滿14歲時，尙未經自首，亦無其他事實證明其確已脫離者，自應負刑事責任。本院釋字第68號解釋並應有其適用。」實具有一脈相承之演繹性質。因此，參與「刑事犯罪組織」與「政治犯罪組織」之繼續狀態，係採用相同之旨意。惟92年釋字第556號解釋文，基於「無罪推定原則」、「證據法定原則」及「檢察官舉證原則」之精神，將一時失足參加幫派或犯罪組織之人，無須經自首或自行舉證證明確已脫離組織，始能免於追訴；代表國家追訴犯罪之檢察官若主張行為人有繼續參加犯罪組織者，應負舉證責任，如無法證明時，則應認並未繼續參加而無行為繼續之適用，應自其最後參加活動之時起算追訴時效，時效一經完成，依法即不得追訴處罰。

- ◆被告行為後懲治盜匪條例業於91年1月30日經總統明令公布廢止，刑法第328條、第330條之強盜罪亦經修正，於91年1月30日經公告施行，考其立法目的，在以修正後之刑法取代懲治盜匪條例，避免修正前之刑法發生中間法之效力，懲治盜匪條例雖曰廢止，然因廢止前後，被告行為在行為時至裁判時均有刑罰規定，該條例之廢止，自屬刑法第2條第1項之行為後法律變更，而非刑事訴訟法第302條第4款、第381條、第393條第4款所稱之刑法廢止，被告行為時修正前之刑法相關條文既不因懲治盜匪條例之廢止而回復，即無所謂比較適用問題，應以新修正公布之刑法與被告行為時有效之懲治盜匪條例比較。（91年台上字第3747號）
- ◆刑法第2條第1項但書所規定適用最有利於行為人之法律，係指行為人行為時與行為後裁判時之法律皆有處罰之規定而言。若行為後法律有變更，因犯罪構成要件之變更致不成立犯罪，或依裁判時之法律，已無處

罰之規定，則不生新舊法比較適用之問題。故如犯罪構成要件因法律之修改已有變更，依修正後之法律，其適用之範圍較諸舊法有所限制時，必其行為同時符合修正後之法律所規定之犯罪構成要件，始有刑法第2條第1項但書之適用。（94年台上字第2170號）

◆成年人與未滿18歲之人共同實施犯罪者，少年事件處理法第85條第1項有加重其刑至二分之一之規定；然上訴人等行為後，於92年5月28日公布，同月30日生效之兒童及少年福利法第70條第1項前段就成年人與少年共同實施犯罪者，亦定有加重其刑至二分之一之明文，是否屬行為後法律有變更之情形。原判決未適用刑法第2條第1項就新舊法之適用予以比較說明，其法律見解難認妥適。（95年台上字第3887號）

◆修正後刑法第2條第1項明文：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」改採「從舊從輕」主義，係規範行為後法律變更所衍生新舊法律比較適用之準據法，以適用最有利於行為人之法律為原則。據此，法院裁判時已在新法施行之後，雖新舊法之內容有所修正，但對行為人倘無有利或不利之情形者（例如僅修正法律用語，新舊法法定仍屬相同），即無適用上開規定為新舊法比較之問題。查，刑法第28條原規定：「2人以上共同『實施』犯罪之行為者，皆為共同正犯。」亦於上述時間同時修正為：「2人以上共同『實行』犯罪之行為者，皆為共同正犯。」將舊法之「實施」修正為「實行」。原「實施」之概念，包含陰謀、預備、著手及實行等階段之行為，修正後僅共同實行犯罪行為始成立共同正犯。是新法共同正犯之範圍縮小，排除陰謀犯、預備犯之共同正犯。新舊法共同正犯之規定固有修正。但對本件上訴人等係基於犯意聯絡，共同實行貪污犯行而言，不論新法、舊法，均構成共同正犯，上述刑法第28條之修正內容，對於上訴人等並無「有利或不利」之影響，依前述說明，自無適用修正後刑法第2條第1項之規定為比較新舊法適用之必要。（95年台上字第

5669號)

- ◆行為後法律有變更者，依刑法第2條第1項之規定為新舊法之比較時，應就罪刑有關之一切情形，比較其全部結果，而為整體之適用新法或舊法，不能割裂而分別適用有利益之條文。（95年台上字第6483號）
- ◆性侵害犯罪防治法第20條第1項第3款規定加害人受緩刑宣告，經評估認有施以治療輔導之必要者，直轄市、縣（市）主管機關應命其接受身心治療或輔導教育。同條第2項復規定因緩刑付保護管束之加害人，觀護人得實施約談、訪視，並得進行團體活動或問卷等輔助行為，亦得請警察機關派員定期或不定期查訪之；有事實可疑為施用毒品者，得命其接受採驗尿液。且在一定情形下得報請檢察官或軍事檢察官許可，命其居住於指定之處所、施以宵禁、實施測謊、禁止接近特定場所或對象，及其他必要處遇。核其內容，係對人身自由所為干預、拘束之保安處分，其因法律變更而發生新舊法律之比較適用時，應依修正刑法第1條及第2條第1項規定，適用從舊從輕原則。復查修正前刑法第93條第1項規定受緩刑宣告者，在緩刑期內得付保護管束；是否併付保護管束，採職權宣告主義。修正刑法第93條第1項規定受緩刑之宣告，係犯同法第91條之1所列之罪者，應於緩刑期內付保護管束，則採義務宣告主義。比較修正前後之規定，自以修正前之規定有利於被告。本件原判決認定被告自94年5月間起至95年5月14日止，連續對於未滿14歲之女子為猥褻行為，因論以刑法第227條第2項之罪，量處有期徒刑1年，緩刑5年。被告所犯係屬刑法第93條第1項所列之罪，亦係性侵害犯罪防治法第2條所稱之性侵害犯罪，其犯罪時間既在修正刑法施行前，原判決適用行為時之規定，諭知被告緩刑，未併宣告於緩刑期間付保護管束，於法無違。（96年台非字第184號）
- ◆依刑法第2條第1項之規定，僅於行為後之法律較之行為時之法律有利於行為人，必須選擇適用最有利於行為人之法律之情形下，始有比較新、舊法之必要。本