

刑法總則

趙琛編著

司法院法官訓練所主編
商務印書館印行

刑法總則

第一章 法例

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

法例爲本法之凡例，用以規定刑法之效力及其適用之範圍。

第 條 行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。

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

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

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

(二)(新例) 押打花會之寅某，攜帶已押花會單前往花會場所押打花會，係賭博之預備行為，不能論罪(司法院二十五年院字第一四〇二號解釋)。

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

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

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

例第十三條第一項第一款之意圖避免兵役，於應徵後入營前逃亡者不同，自不成立該條款之罪，其他法令對於此項行爲，亦尙無論罪門，應不爲罪（司法院三十年院字第二一四九號解釋）。

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

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

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

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

（十）未滿十六歲人與人結婚，不成立犯罪（司法院院字第一二八二號解釋）。

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

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

旨。

判解舉例

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

(二)查單純偽造商號，在刑法（舊）施行前，並無處罰明文，刑法（舊）第二六八條之規定，依不遯及之原則，自不能適用於其施行以前之行爲，同法第一條行爲之法律無明文者以刑罰者，其行爲不爲罪云云，亦即此意（最高法院十八年上字四九號判例）。

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

三、刑法之淵源須爲法律 人民非依法律，不得逮捕拘禁審問處罰，爲訓政時期約法第八條第一項所明定，刑法第一條與約法之規定，互相呼應，即揭示須經過合法之立法程序，制定法律經政府公布施行者，始足爲刑法之淵源。其爲普通刑法抑係特別刑法，均所不問，至若法律不以爲罪而以命令制定罰則者，於法究屬無據，即不得認爲有效，蓋命令不得變更法律，

及命令不得制定罰則，已成法治國家之鐵則。然各國刑法，不無以緊急命令或委任命令之形式制定公布者，因其在根本法有所根據，即應有效適用。民國二十七年中央執行委員會常務委員會第八十次及八十一次會議決議修正之國防最高委員會組織條例第七條，規定「作戰期間關於黨政軍一切事項，國防最高委員會委員長認為有緊急處置之必要者，得不依平時程序，以命令為便宜之措施，」是則依該條規定，發布緊急命令，制定特別刑法，亦應認為有效也。法律上倘無處罰之明文，則行為人縱經被人告訴發涉有犯罪嫌疑，檢察官即應以行為不罰為理由，為不起訴之處分（刑事訴訟法第二百三十一條第八款），若在審判程序中，知被告之行爲不罰者，法院應即諭知無罪之判決（刑訴法第二百九十三條）。刑法之淵源，固有普通刑法特別刑法之別，惟新刑法施行後，其頒行在前之特別法未經明令廢止者，其效力如何，則依左列標準以定：

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

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

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

效。

實例如左：

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

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

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

保安處分，適用裁判時之法律。

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

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

規定，理由在此。

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

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

其人。

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

甲、行為時法中間法處罰而裁判時法不罰者，依裁判時法宣告無罪。

乙、行為時法中間法不罰而裁判時法處罰者，依行為時法宣告無罪。

丙、行為時法刑重，中間法不罰，而裁判時法刑輕者，適用中間法。

丁、行為時法不利，中間法有利，裁判時法最有利者，適用裁判時法。

戊、行為時法最有利，中間法不利，裁判時法有利者，適用行為時法。

己、行為時法有利，中間法最有利，裁判時法不利者，適用中間法。

庚、行為時法中間法與裁判時法刑罰相同或無他項利與不利之分別者，當然適用裁判時之新

法，餘例可以遞推。

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

刑之比較，主刑依第三十三條之重輕定之，同種類之刑，依第三十五條第二項規定定之，其他則依第三項之規定定之，故應先比較其最高度，最高度相等者，比較其最低度，若有一種以上主刑時，依舊刑法施行條例第二條則明定最重主刑，或其刑期金額不相等者，以最重主刑較輕或其刑期較短金額較少者爲輕，其刑期或金額相等者，以最輕主刑較輕或其刑期較短金額較少者爲輕，本法施行法不設補充規定，蓋解釋上所當然耳。至主刑與從刑，若一行爲人有兩利，於行爲人不利，可就其有利部份分別適用新法及舊法處斷，始符立法本旨。暫行例（民

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

判解舉例

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

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

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

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

(五)(新例)於舊刑法有效時期，犯侵占公務上持有物，及隱匿公務員職務上掌管文書罪，裁判時新刑法已公布施行，其牽連部份之隱匿文書罪，新法固較舊法爲輕，然其所犯從重處斷之侵占罪，舊法尙較新法爲有利，應依新刑法第二條第一項但書仍適用舊刑法(最高法院二十四年度上字第二百八十七號判決)。

(六)於舊刑法有效時期，犯連續強姦罪，裁判時新刑法已公布施行，依新刑法第五十六條第二百零二條第二項第一項尙得加重本刑至二分之一，與舊刑法第七十五條第二百零四條第二項第一項比較，舊法尙較新法爲有利，依新刑法第二條第一項但書，仍適用舊法(最高法院二十四年度上字第三五二號判例)。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(二)第一審判決雖在新刑法(舊)施行前，若經當事人上訴，無論有無理由，第二審應依新刑法(舊)科斷(最高法院院解字第二百〇五號解釋)。

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

六
之外，仍維持第一審判決，顯屬違背法律（最高法院十八年度上字第七〇九號判例）。至於第三審，依刑訴法第三百六十九條之規定，原則上須以判決違背法令爲理由，始得上诉于第三審法院，同法第三百七十三條「原審判決後，刑罰有廢止變更或免除者，得爲上訴之理由，」乃特別之規定。是則第三審裁判，並非當然可認爲本條第一項之裁判，惟法律變更在二審裁判之後，所爲之裁判，又適未確定，自不應聽任該第二審裁判歸於確定，以符法律改善之本旨。故關於「刑罰有廢止變更或免除」之情形，除於刑訴法第三百七十三條，特設「得爲上訴理由」之規定外，並於第三百八十五條第五款，定爲職權調查之事項，第三百九十條第三款，復定爲自爲判決之情形，是第三審之裁判亦爲本條第一項之裁判，蓋基於特別之規定也。

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

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

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

判解舉例

一、非常上訴意旨，認為違法，自屬正當，原審判決，係不利於被告，應予撤銷，另行判決，又現在法律既有變更，自應適用裁判時法律處斷（最高法院十八年非字六十號裁判例）。

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

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