

刑法總論 II

刑事法律效果暨適用論

靳宗立 著

自序

國家刑罰權的運用，自古即為統治者所重視與依賴，不論地域或國度，封建制度下之刑法，係統治者控制受其統治人民的工具，因此，刑法具有身分性、擅斷性、苛酷性、團體性與干涉性。迨至啟蒙時代，對於封建時期諸種非合理主義的刑法制度，則提出諸種合理主義的改革主張。由於刑法主要係由犯罪與刑罰兩大單元所架構，演進至當代的刑法制度與理論，莫不在刑法的目的與犯罪的本質之關連性，以及刑事制裁的手段與基本人權的保障之衡平性等根本議題上，繼續改進刑法制度。因此，刑法制度係各個國家根本制度的歷史總合，現今之規定，莫不源自當初伊始，經過多次修正方有目前之樣貌；倘從未修正者，則今時之規定完全沿襲初始之思維，如一律以現今之價值觀解釋此種「舊思維」規定，不免時生脫節。

我國現行刑法典乃繼受歐陸法制，自 1912 年暫行新刑律開始，迄今施行已近百年。百年來刑法典之修正雖有數十次，惟有整體性之重大修正者，僅有 1928 年舊刑法、1935 年現行刑法以及 2005 年修正刑法三次；因此，現行刑法典仍有諸多規定，仍沿襲百年前之時空思維，而深具歷史傳承與包袱。而刑法總則乃為規範刑法基本原理與共通性要件而設；在建構刑法總論之知識內容上，如何兼顧理論邏輯、歷史傳承及現時需求，實為法界共同之企盼。

著者從事刑法教學已逾十年，在刑法總論議題上，個人雖才疏學淺仍不揣簡陋提出諸多異見，惟在課堂研習上，同學每因論述過於深奧、龐雜，難以完整會意，致多有影響學習成效；其間雖為便利授課與同學研習，而輔以補充講義，亦不免有斷簡殘篇之憾。為此，著者乃將歷年來累積增補之授課講義大幅加以補充，先就刑法基礎理論與犯罪論作為第 I 冊之內容，將缺漏

單元予以填補整編為 12 章，並予深入說明後付梓出版。

由於歷來刑法理論的成果，大多集中於犯罪論相關議題，是以對於刑罰、保安處分等刑事法律效果論，以及法律變更、罪數與競合，乃至於刑事裁量、刑事執行等刑法適用論，尚難蔚為森林。對此，著者本持墾荒植樹的態度，勉就歷來個人研究淺見，以刑事法律效果暨適用論作為第 2 冊之內容，編整為 6 章，祈望以此書為苗，將來能集眾人智慧及努力，讓這片領域滙聚成林。本書內容錯漏難免，個人淺見誤解仍有，尚請各界指正。

本冊及前冊之完成，魏瑩樺學隸居功厥偉！書籍之編輯、排版，乃至於圖表之繪製、設計，經由其巧思、架構後，竟使原本冷僻生硬的刑總教本，頓時變得平易近人！林嘉瑞先生，夙夜匪懈地蒐整資料、詳加校對，並一力處理出版事宜，在此併予誌謝！



靳宗立

謹誌

2011 年 2 月 於 楓園 · 宏昌

目錄

第壹章 刑事法律效果基礎理論.....	001
第一節 刑罰權.....	003
第二節 刑事法律效果之本質.....	005
第三節 刑罰之加重與減輕.....	012
第四節 犯罪訴追之條件.....	056
第貳章 刑事法律效果之類型.....	089
第一節 刑罰之種類.....	091
第二節 保安處分之種類.....	133
第參章 刑法之適用.....	151
第一節 刑法適用之概念.....	154
第二節 刑法適用之效力.....	159
第三節 刑法適用之對象效力.....	190
第四節 特殊身分與刑法適用效力.....	196
第五節 刑法總則之適用效力.....	200
第肆章 罪數論.....	201
第一節 罪數之基本理論.....	204
第二節 立法沿革.....	216

第壹章



刑事法律效果之基礎理論

第三節 認識上罪數.....	251
第四節 評價上罪數.....	254
第五節 科刑上罪數.....	281
第六節 罪數論之爭議問題.....	304
第伍章 刑事裁量論.....	345
第一節 刑事裁量之基本概念.....	347
第二節 刑罰之裁量.....	359
第三節 保安處分之裁量.....	384
第陸章 刑事執行論.....	387
第一節 概說.....	389
第二節 刑事執行之標準.....	396
第三節 刑事執行權之消滅.....	468

本 章 架 構

第一節 刑罰權	第四項 刑罰加減事由之性質
第一項 刑罰權之依據	第一款 刑罰之規範性質
第二項 國家統治力與刑罰權	第二款 刑總與刑分之關係
第三項 刑罰權之發動	第三款 刑罰加減事由之省思
第二節 刑事法律效果之本質	第四款 小結
第一項 學說見解	第五項 刑罰加減例之解釋
第一款 絕對理論	第一款 必加減與得加減之區別
第二款 相對理論	第二款 禁止重複評價原則之踐行
第三款 綜合刑理論	第六項 刑罰之加減事由
第二項 刑罰與保安處分之關係	第一款 自首
第一款 古典學派之立場	第二款 累犯
第二款 近代學派之立場	第四節 犯罪訴追之條件
第三節 刑罰之加重與減輕	第一項 追訴權時效
第一項 概說	第一款 時效基礎理論
第一款 規定之概況	第二款 追訴權時效之期間
第二款 刑罰加減例之重要性	第三款 追訴權時效之計算
第二項 立法沿革	第四款 追訴權時效之停止
第三項 實務對於刑罰加減性質與標準之見解	第五款 小結
第一款 實務見解之特點	第二項 告訴乃論與請求乃論
第二款 實務見解之檢討	第一款 告訴乃論
	第二款 請求乃論

自古以來，刑罰即作為統治工具予以運用；近代以降，刑罰權之運用，經由思想家與論者之不斷努力下，除給予刑罰權合理依據外，更對於刑罰權之運用賦予正當之任務與方向。是以，本章先就刑罰權之意義、刑事法律效果之性質，乃至於國家刑罰權發動要件等議題加以說明。

再者，自近代以降，刑法學研究蓬勃發展，積累而成嚴密的規範體系。是以對於各種一般犯罪或刑罰加重減輕事由，乃至於特殊犯罪或刑罰加減事由，漸次成形，並成為刑法典之成員。基於體系思維之考量，對於各種刑罰加減效果，倘直接反應於分則，則刑法典恐將雜亂不堪，是以於總則設有「加減例」公式，用以計算各種刑罰加減事由之法律效果，即有其必要。因此，本章對於刑罰加減議題，亦詳加闡釋。

第一節 刑罰權

第一項 刑罰權之依據

近代以降，受到國民主權原理之支配，刑罰權之存在與作用，自原先統治者為維護統治利益，對於妨害其統治作用之一切敵對者，施以殘酷刑罰，藉以嚇阻人民，轉型成為支持國民主權原理，為維護國民權益而存在。

首先，在刑罰權之存在根據，由原先統治者—不論是君王、封建領主—其本身至高無上之威權，轉而求諸於權力來源—組成國家的全體國民，且係被刑罰權處罰之對象本身；國家之組成正是全體國民，國家權力來源，正是全體國民共同賦予。是以所謂「國家刑罰權」，依國民主權原理觀之，國家之所以能處罰國家，其權力即來自國民之授予。

再者，刑罰權之目的，亦由原先為維護統治者本身之利益，轉而為保護身為權力真正來源之國民，以及保衛支撐國民主權原理之相關制度，包含「國家」之存在。

第二項 國家統治力與刑罰權

在當代國民主權原理下，國家之存在以及任務，均以實現國民最大利益而存在，從而國家自國民取得統治權力，此種國家統治權力，即為「國家主權」；國家統治力為能實現保障國民最大福祉，藉由權力分立原理，將國家主權分由數個權力機關行使，基於相互制衡機制，協力達成任務。

首先，立法機關職掌制定國家刑罰權發動要件，司法機關負責確認人民之行為是否符合國家刑罰權之發動要件，至行政機關則負責執行已經確認的國家刑罰權。

實務例如：「按政治犯藉以達成目的之手段，如涉及刑事責任，仍應負責。上訴人劫持民用航空機之行為，已觸犯我國法律，應負刑事責任，已詳如前述，縱上訴人所稱其為民運人士，長期受中共政治迫害係屬實在，其劫機之動機或目的，僅屬量刑之參考，不能因而阻卻違法，減輕或免除其刑，原判決均已加審酌，並在判決內詳予說明。至政治庇護，本係指國際法上拒絕他國要求引渡或交還政治犯而言，並非謂對他國之政治犯，不得對其行使本國之審判權。本件上訴人自中國大陸劫持中共民用航空機由大陸來台，觸犯我國法律，原審本於國家主權，依法對其行使刑事審判權，要無違背法令之可言，姑不論上訴人是否確為政治犯，我國因與中共並未訂定有關引渡之條約或相關之協定，既未將上訴人遣返中共，對上訴人而言，即無政治庇護之問題。」（最高法院 83 年度台上字第 4925 號裁判參照）

第三項 刑罰權之發動

基於權力分立原理，司法機關負責確認人民之行為是否符合國家刑罰權之發動要件，在制度設計上，為避免不當侵害人民權利，乃進一步區分起訴權與審判權，將起訴權交由檢察官與自訴人，而將審判權交由法院行使。檢察官為達成追訴犯罪之任務，在起訴前有偵查之準備階段；而法院雖職掌審判權，惟基於不告不理原則，非經起訴，不得行使審判權。

國家刑罰權之發動，由起訴正式展開，起訴乃代表國家進行訴追之檢察官或身為被害者之自訴人，向法院具體請求確定對於特定人之行為，國家刑罰權之存在；經由法院審理後，如確認國家刑罰權確實存在，即得一步實現國家刑罰權。

至於刑罰之種類型態，依我國刑法之規定，區分為主刑與從刑，主刑係指得以獨立科處之刑罰手段，包括生命刑、自由刑及財產刑，生命刑即「死刑」，自由刑包含「無期徒刑」、「有期徒刑」、「拘役」，財產刑則有「罰金」；至於從刑係指附隨主刑科處之刑罰手段，包括「褫奪公權」、「沒收」、「追徵、追繳或抵償」。

第二節 刑事法律效果之本質

第一項 學說見解

刑罰理論因古典學派、近代學派對於報應思想與預防思想在基本立場上之差異，而對刑事法律效果之本質理解有異，而有「絕對理論」與「相對理論」之別。

絕對主義與相對主義之區別，係康德所主張。康德認為刑罰係基於正義之要求，而對犯罪當然所給予之應報，刑罰本身即為目的，並

非為達其他目的之手段，乃主張刑罰是對犯罪之正義應報，且刑罰種類與程度也必須與犯罪之輕重相當。康德並認為，刑法係一種絕對命令，刑事處罰之運用，絕不能作為促進犯罪者本人或市民社會之他種利益之手段；對於犯罪者之處罰，純粹係因其違反法律。如果正義沈淪，則人類存活於世，將不再具有價值；倘若正義可以和某種事物交換，則正義將不復存在。

康德此種以正義理念與應報思想為核心之刑罰理論，被稱為「正義應報刑理論」，有別於主張刑罰之目的在於威嚇社會大眾，而產生嚇阻犯罪，發揮預防功能之「一般預防刑理論」；以及主張刑罰之目的在於教育或矯治犯人，使其能夠再度適應社會共同生活而避免再犯之「特別預防刑理論」。

源於報應思想之應報刑理論，認刑罰之本質為應報，係對過去所為之犯罪予以應報而科處，且刑罰之種類與程度必須與犯罪之輕重相當，因刑罰係基於正義之要求，而對犯罪當然所給予之應報，刑罰本身即為目的，並非為達其他目的之手段，此以應報本身為刑罰目的之見解，即為「絕對理論」，如認科處刑罰本身為正義要求之康德學說，及以刑罰為犯罪否定之黑格爾辯證法刑罰理論即是。另源於預防思想之目的理論，乃依刑罰之科處，而預防將來再犯，藉以防衛社會。認刑罰係為追求其他目的之手段，具有相對之意義，即為「相對理論」，如主張目的刑罰之李斯特即是。

刑罰理論，自啟蒙時期以降，在早期報應思想主宰時代，以絕對理論為主流，迨預防思想興起之後，始有相對理論之提出，並分就預防方式之不同，而有「一般預防刑理論」與「特別預防刑理論」之提出。最後，為了調和絕對理論與相對理論，而提出現今通說所採之「綜合刑理論」。

第一款 絕對理論

絕對理論之觀念歷史久遠，在古希臘哲人柏拉圖之言論中，即可看出刑罰之絕對觀，他認為刑罰之本質，乃在於行為人之贖罪與淨化因犯罪而沾污之靈魂；絕對理論發展至 18 世紀，經由康德之努力，

方始建立理論依據。康德以人為理性之存在者，犯罪係違反立基於社會契約之國家法規，科處犯人刑罰，係出於正義之當然要求。康德認為刑罰乃為犯人本身及人類社會而存在，絕非為促進其他目的之手段，須僅以其人因犯罪為理由而予以科處。換言之，即一種不受目的構想所拘束之正義的誠律，並認刑罰之意義只在於罪責之報應。

絕對理論係以刑罰之本質為應報，認為刑罰乃是針對行為人惡害行為之公正報應，以其痛苦來均衡犯罪行為人之罪責，而實現公平正義之理念，絕對理論又可稱「正義理論」；由於絕對理論形成當時尚未萌生預防思想與目的思想，有關刑罰理論完全以報應思想為基礎，故絕對理論又稱「報應理論」；也有認為刑罰係對犯罪行為人所為不法行為之贖罪，亦即刑罰乃意味著回復原狀及對於所犯不法行為之損害賠償效果，並藉此消除被害人仇恨，以達重建秩序之目的，而犯罪行為人並因刑罰之贖罪而得與法社會言歸於好，故絕對理論亦有稱為「贖罪理論」。

承繼康德繼續倡行絕對理論之哲學家黑格爾，認為刑罰是一種「再報應」，它不但具有如康德所稱之倫理必要性，而且也具有邏輯辯證上之必要性。黑格爾認為，犯罪並非對於個個權利之侵害，而係對於客觀之法，亦即一般法秩序之否定。犯罪對於法之侵害及否定，雖係積極地、外部地存在，惟其本身則無價值。為使此種無價值彰顯，須再加以否定，法始能回復。對於否定法之犯罪，再加以否定，而使法回復，則為刑罰之使命。亦「法之否定」之「再否定」，即為刑罰之本質。

第二款 相對理論

相對理論認刑罰本身並非目的，而是為達預防犯罪目的之手段；刑罰不應只是公正地報應犯罪，以做為實現正義理念之自我目的，而更應具有預防犯罪之目的性，故又稱為「目的理論」。

由於 17、18 世紀之刑事司法過份強調威嚇思想，再加上自然法與啟蒙哲學之國家學說影響，絕對理論遭受嚴厲批判，相對理論乃漸受重視，其理論體系遂逐漸成形，經由費爾巴哈之補充，才使理論體

系更臻完整；其後之發展，更分為「一般預防刑理論」與「特別預防刑理論」。前者係以費爾巴哈之理論為中心；後者則得以李斯特所提出理論為代表。

一、一般預防刑理論

一般預防刑理論認為，刑罰之所以對於社會發生一般性之作用，乃是經由法律之明示與刑事司法之科處及執行，所造成對社會大眾之威嚇性，而以此達成制止與預防犯罪之目的構想。國家以刑法所明揭之刑罰權之內容與界限，不但作為刑事司法者處理犯罪行為之依據，而且也藉著對於犯人之刑罰，作為一般大眾之殷鑑，以發生儆戒與嚇阻之作用。

最足以說明一般預防刑理論者，乃費爾巴哈所提倡之「心理強制理論」。費爾巴哈認為，藉刑罰以達到防制犯罪之目的構想，除生理上之強制外，尚須輔以心理上之強制。因為犯罪行為人之所以犯罪，大都為滿足慾望所促使，此等造成犯罪之慾望，應可以經由心理強制，而加以排除。因人均係依快樂及苦痛之原則而為行動，且係追求快樂，而避免不快。因此，刑罰之本質乃在形成心理強制，其方法乃使全民知曉，犯罪行為將帶來痛苦之後果，而此痛苦之程度尚較慾望未滿足時之痛苦為大。一般人均會比較衡量此不同程度之痛苦，在兩害相權取其輕之原則下，而導致必須忍受慾望未能滿足之痛苦，始不致受到較高程度之刑罰痛苦。具有犯罪傾向者，就在此痛苦程度之權衡比較上，產生心理之強制作用，在此心理強制理論之觀點下，刑罰之本質即在於透過刑罰進行威嚇，而嚇阻犯罪。

二、特別預防刑理論

特別預防刑理論認為，刑罰之本質並非在於報應犯罪之惡害，或以刑罰之痛苦，衡平犯罪行為人之罪責，而係在於教化或矯治行為人，使其能夠復歸於社會生活而不再犯罪，亦即犯罪行為人之「再社會化」。因此，刑罰乃教化犯罪行為人或促使犯罪行為人再社會化之有效手段；為使刑罰得以達成任務，刑罰之種類與輕重程度，應依為達教化犯罪行為人與其再社會化之目的所需要之程度而定。

特別預防刑理論於 19 世紀末經李斯特發揚光大，理論體系大備。李斯特認為，刑罰不應是盲目或本能直覺之一種社會之反應，而應該是具有必要性與合目的性之「目的刑罰」。此種目的刑罰之本質，已超越早期個別預防之界限，而應包括：

（一）威嚇

刑罰經由心理強制，產生刑罰之嚇阻功能，以儆戒無矯治必要性之犯罪行為人。

（二）教化

刑罰經由教育與感化，產生矯治功能，以教化具有矯治需要性與矯治可能性之犯罪行為人。

（三）除害

刑罰監禁無矯治可能性之習慣犯，而將其隔絕於社會之外，使社會不為習慣犯所危害。

李斯特因而主張刑罰除賴傳統之刑罰外，尚應加入教育刑罰與保安刑罰，三者聯手交互作用，刑罰始具意義，並能順利達成其目的。

第三款 綜合刑理論

不論是絕對理論，抑或相對理論，均未能完整地解釋刑罰之本質，而且由於過份強調本位主義，反而在刑法實務上造成各種弊端，在刑罰理論上亦造成新舊學派之對立。因此，由於刑事司法實務之需要，而經學者提出折衷理論之綜合刑理論。

綜合刑理論乃綜合並調和絕對理論與相對理論之主張，它不但滙整兩個對立理論之基本思想，而且設法調和對立理論之各種刑罰目的，認為刑罰之本質除在於公正地報應犯罪行為人之罪責外，尚在於威嚇與教育社會大眾，以及教化與矯治犯罪行為人。惟因報應、威嚇、教育、矯治與教化等刑罰目的，在本質上存在有對立矛盾之處，故必須調和此等對立現象，將各種不同刑罰目的間之矛盾，減至最低限度，而能併存且生相輔相成之效。

綜合刑理論依據此等調和思想，認為刑罰之本質應以公正報應為主，並輔以一般預防與特別預防。亦即刑罰之科處，應如絕對理論中之報應與贖罪思想所主張者，係依據刑事責任原則而定；同時，在罪責之範疇中，也顧及一般預防及特別預防之主張。是以刑罰之主要目的乃在於公正報應犯罪行為人之罪責，並以刑罰之公正報應，威嚇或教育社會大眾而產生嚇阻犯罪之一般預防功能，且善用執行刑罰之機會，從事受刑人之矯治與再社會化之工作，而收教化之個別預防功能。因此刑罰應該是符合比例原則之公正刑罰，不可過份強調威嚇社會大眾之一般預防功能，或是過份強調教化犯罪行為人之個別預防功能，而輕易破壞刑罰公正報應之刑罰本質。

就刑罰理論之完整性與實用性而論，無論係絕對理論，抑或相對理論，均有其缺陷。絕對理論建造於正義理念之基礎，對於刑罰之意義問題，固能圓滿解決，但對刑罰目的之現實問題，則未能令人滿意；反之，持現實目的觀之相對理論，雖對刑罰理論目的之現實問題，構想完備，但對刑罰之意義問題，則未能妥善解決。綜合刑理論乃針對此等弊端，折衷兩種理論之差異，並調和兩種對立矛盾之刑罰思想與刑罰目的，理論與現實均能兼顧，故為多數學者所採，而成為今日刑罰理論之主流。

第二項 刑罰與保安處分之關係

第一款 古典學派之立場

歐陸刑法學之思潮，自 18 世紀以來，先後有古典學派、近代學派不同之立場。古典學派，自啟蒙時期以來，因認人有意思自由，乃主張：在客觀上，倘行為人未實行犯罪行為前，不得以之為犯罪而加諸刑罰，蓋思想無罪矣。

職是，在犯罪理論上，古典學派乃持客觀主義之刑法理論，犯罪乃針對人之客觀上之行為，而非主觀上之犯罪危險性；在刑罰理論上，則提倡「一般預防刑」或「應報刑」理論。因此，在古典學派之

立場下，「刑罰」與「保安處分」性質有別。刑罰係以應報、一般預防為主；保安處分則重在特別預防。

以剝奪犯罪不法利得之沒收制度為例，在「一般預防刑」理論之立場下，有罪必罰係為達成預防一般社會大眾犯罪之最高準則，因此，犯罪行為人於其犯罪過程所獲得之不法利益，必須予以剝奪，否則難收預防犯罪之效。

而在「應報刑」理論之立場下，對於犯罪所得予以剝奪，正符合犯罪應報之精神。因此，不論是「一般預防刑」或「應報刑」理論，剝奪犯罪所得制度，性質上屬於「財產刑」之一種；至於應定為「從刑」或「主刑」，則無理論之必然性。

第二款 近代學派之立場

近代學派，緣於 19 世紀科學實證主義，論者藉由實證科學，研究犯罪成因後，得出否認人有意思自由之結論。因人無意思自由，近代學派認為有犯罪之因子，必導致犯罪結果之發生，故主張：欲防制犯罪結果之發生，正本清源之道，即在犯罪未生之前，先將有犯罪因子之人，祛除其犯罪因子，始克有功。

職是，在犯罪理論方面，近代學派重視行為人主觀上之犯罪惡性，主張主觀主義刑法理論，對於犯罪之成立，不以行為人客觀上實行犯罪行為為必要，僅須其具有犯罪之惡性為已足。在刑罰理論方面，則倡導「特別預防刑」或「教育刑」理論，主張個別化處遇，換言之，倘行為人犯罪傾向強烈，犯罪可能性極高，縱其客觀上尚未實施犯罪，亦應加強矯正，以收社會防衛之效；倘行為人已無犯罪之危險性格，縱使之前客觀上已實行犯罪行為，亦無施以矯正之必要。因此，在近代學派之立場下，「刑罰」與「保安處分」應屬一元，性質上應無不同。

第三節 刑罰之加重與減輕

第一項 概說

第一款 規定之概況

一、刑罰加重事由之規定

現行刑法總則編有關刑罰加重之規定，計有累犯之加重及罰金之酌量加重兩條：(1) 累犯（刑法第 47 條）之效果，為「加重本刑至 2 分之 1」；(2) 罰金之酌科（刑法第 58 條），為「得於所得利益之範圍內酌量加重」。

現行刑法分則編有關刑罰加重之規定，計有 16 條：(1) 侵害友邦元首或外國代表罪（第 116 條）之「得加重其刑至 3 分之 1」；(2) 不純正瀆職罪（第 134 條）之「加重其刑至 2 分之 1」；(3) 誣告直系血親尊親屬罪（第 170 條）之「加重其刑至 2 分之 1」；(4) 預備偽造變造有價證券罪（第 204 條第 2 項）之「加重其刑至 2 分之 1」；(5) 公務員包庇營利性交或猥褻罪（第 231 條第 2 項）之「加重其刑至 2 分之 1」；(6) 公務員包庇圖利強制使人為性交猥褻罪（第 231 條之 1 第 3 項）之「加重其刑至 2 分之 1」；(7) 有監護義務者妨害性自主罪（第 232 條）之「加重其刑至 2 分之 1」；(8) 侵害直系血親尊親屬屍體墳墓罪（第 250 條）之「加重其刑至 2 分之 1」；(9) 公務員包庇鴉片罪（第 264 條）之「加重其刑至 2 分之 1」；(10) 公務員包庇賭博罪（第 270 條）之「加重其刑至 2 分之 1」；(11) 傷害直系血親尊親屬罪（第 280 條）之「加重其刑至 2 分之 1」；(12) 遺棄直系血親尊親屬罪（第 295 條）之「加重其刑至 2 分之 1」；(13) 加重買賣質押人口罪及公務員包庇買賣質押人口罪（第 296 條之 1 第 3 項、第 5 項）之「加重其刑至 2 分之 1」；(14) 剝奪直系血親尊親屬行動自由罪（第 303 條）之「加重其刑至 2 分之 1」；(15) 利用電腦洩秘罪（第 318 條之 2）之「加重其刑至

2 分之 1」；(16) 妨害公務機關電腦使用罪（第 361 條）之「加重其刑至 2 分之 1」。

二、刑罰減輕事由之規定

現行刑法總則編關於刑罰減輕之規定，除第 59 至第 61 條及第 63 條屬於量刑上減輕事由外，共計有 11 條規定：(1) 第 16 條之「得減輕其刑」；(2) 第 18 條第 2 項、第 3 項之「得減輕其刑」；(3) 第 19 條第 2 項之「得減輕其刑」；(4) 第 20 條之「得減輕其刑」；(5) 第 23 條之「得減輕或免除其刑」；(6) 第 24 條第 1 項之「得減輕或免除其刑」；(7) 第 25 條第 2 項之「得按既遂犯之刑減輕之」；(8) 第 27 條之「減輕或免除其刑」；(9) 第 30 條第 2 項之「得按正犯之刑減輕之」；(10) 第 31 條第 1 項之「得減輕其刑」；(11) 第 62 條之「得減輕其刑」。

現行刑法分則編關於刑罰減輕之規定，共計有 15 條，包含：(1) 第 102 條之「減輕或免除其刑」；(2) 第 122 條第 2 項之「自首者減輕或免除其刑；在偵查或審判中自白者，得減輕其刑」；(3) 第 154 條第 2 項之「減輕或免除其刑」；(4) 第 162 條第 5 項之「得減輕其刑」；(5) 第 166 條之「減輕或免除其刑」；(6) 第 167 條之「減輕或免除其刑」；(7) 第 172 條之「減輕或免除其刑」；(8) 第 227 條之 1 之「減輕或免除其刑」；(9) 第 244 條之「得減輕其刑」；(10) 第 275 條第 3 項之「得免除其刑」；(11) 第 288 條第 3 項之「免除其刑」；(12) 第 301 條之「得減輕其刑」；(13) 第 324 條第 1 項之「得免除其刑」；(14) 第 347 條第 5 項之「未經取贖而釋放被害人者，減輕其刑；取贖後而釋放被害人者，得減輕其刑」；(15) 第 351 條之「得免除其刑」。

三、評析

(一) 依現行刑法典有關刑罰加重之規定觀之，約可歸納下列特點：

1、除第 58 條有關罰金之酌量加重規定，因其特性無法明定其加

重比例外，其餘均明定加重之比例，其中，除第 116 條規定「1/3」，其他一律為「1/2」。

- 2、關於刑罰加重之類型，除第 58 條及第 116 條規定為「得加重」外，其他均為必「加重」。
 - 3、刑法定中對於設有加重比例者，其用語一律均為「加重其刑至」一定比例，除累犯之成立要件，因涉及本罪及前罪，因而例外使用「加重本刑至」之用語。
 - 4、關於刑罰加重之性質，究係犯罪之加重，抑或單純刑罰之加重，法文中並明論及，須由實務及學說予以解釋。
- (二) 至現行刑法典有關刑罰減之規定觀之，約可歸納下列特點：
- 1、關於刑罰減輕之比例，一律未設明文規定，統一按刑法第 64 條至第 68 條等規定處理。
 - 2、關於刑罰減輕之類型，現行刑法規定包含：
 - (1) 必「減輕其刑」(第 63 條、第 347 條第 5 項前段)。
 - (2) 「得減輕其刑」(第 16 條但書、第 18 條第 2、3 項、第 19 條第 2 項、第 20 條、第 25 條第 2 項、第 30 條第 2 項、第 31 條第 1 項、第 62 條、第 122 條第 2 項之自白者、第 162 條第 5 項、第 244 條、第 301 條、第 347 條第 5 項後段)。
 - (3) 必「免除其刑」(第 288 條第 3 項)。
 - (4) 「得免除其刑」(第 275 條第 3 項、第 324 條第 1 項、第 351 條)。
 - (5) 必「減輕或免除其刑」(第 27 條、第 102 條、第 122 條第 2 項之自首者、第 154 條第 2 項、第 166 條、第 167 條、第 172 條、第 227 條之 1)。
 - (6) 「得減輕或免除其刑」(第 23 條但書、第 24 條第 1 項但書) 等 6 種。
 - 3、關於各種刑罰之減輕，性質上究係犯罪之減輕，抑或係單純

刑罰之減輕，法文並未明定，須由實務及學說予以解釋。實務認為，刑法上之「必減」，以原刑減輕後最高度至減輕後最低度為刑量；「得減」以原刑最高度至減輕最低度為刑量，而比較之(最高法院 29 年總會決議(一) 參照)。

第二款 刑罰加減例之重要性

在刑法上，探討刑罰加減規定之目的，係有助於處理下述議題：

一、法律變更

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(刑法第 2 條第 1 項)。由於刑罰加減規定，亦屬影響行為人有利與否之因子，因此，如何正確解釋與適用刑罰加減規定，將可能影響法律變更之適用結果。

實務補述

實務見解例如，「連續預謀殺人，依刑法第 56 條但書，雖得加重其所犯同法第 271 條第 1 項法定刑 2 分之 1，但該條本刑為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，其最高度之死刑，依法既不能加重，以之與舊刑法第 284 條第 1 項所定之唯一死刑相比較，仍以刑法為有利於行為人。」(最高法院 24 年上字第 4814 號判例)；「上訴人所犯連續姦淫 14 歲以上未滿 16 歲女子之罪，實該當於刑法第 227 條第 1 項之規定，就該條項所定 7 年以下有期徒刑之刑量觀察，縱因其係連續犯再依同法第 56 條但書加重 2 分之 1，其刑之最高度為有期徒刑 10 年 6 月，以與舊刑法第 240 條第 1 項所定之刑量相比較，仍以刑法為有利於行為人。」(最高法院 24 年上字第 4813 號判例)

二、想像競合犯

一行為觸犯數罪名者，從一重處斷；但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑(刑法第 55 條)。由於刑罰之加減，可能影響到同一行為所觸犯之數罪名，孰為重罪之判斷，因此，如何正確解釋與適用刑罰加減規定，將可能影響想像競合犯之適用結果。

實務補述

2005年2月2日修正公布之刑法第55條，原設有牽連犯之規定，其效果與想像競合犯同，均應「從一重處斷」。最高法院45年度台上字第434號判決認為：「刑法第336條之法定刑雖較重於同法第211條，惟上訴人具有公務員之身份，如係假借職務上之權力、機會而犯同法第211條之罪，尚應依同法第134條加重其刑2分之1，則反較同法第336條第1項為重，兩罪之間如有牽連關係，仍應依同法第211條從一重處斷。」；52年度台上字第2189號判決，亦同此意旨。

三、裁判上之免除其刑

犯刑法第61條所列各款之罪，情節輕微，顯可憫恕，認為依第59條規定減輕其刑仍嫌過重者，得免除其刑；其中，第61條第1款前段所定「犯最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪」，在具體案件上遇有刑罰之加減時，是否變更其最重本刑之認定，將影響該案件能否適用第61條，因此，如何正確解釋與適用刑罰加減規定，將可能影響裁判上免除其刑之適用結果。

四、易科刑罰

犯最重本刑為5年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受6個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新台幣1千元、2千元、3千元折算1日，易科罰金（第41條第1項前段）。在具體案件上遇有刑罰之加減時，是否變更其最重本刑之認定，將影響該案件能否適用第41條，因此，如何正確解釋與適用刑罰加減規定，將可能影響易科罰金之適用結果。

實務補述

例如，犯刑法第276條第2項業務過失致死罪，並依道路交通管理處罰條例第86條第2項規定，於判決理由內明示減刑1/2，經判處有期徒刑6月，則有無刑法第41條易科罰金之適用問題，司法院第二廳研究意見認為，按道路交通管理處罰條例第6條第2項「減輕其刑」之規定，並未變更刑法過失傷害

或致死罪之構成要件或犯罪態樣，易言之，並非對特定之罪減輕其法定刑，乃相當於刑法總則之減輕，故犯刑法第276條第2項業務過失致死罪，縱依前開條例條項減輕其刑1/2後，判處有期徒刑6月，仍無刑法第41條之適用。

五、追訴權時效

刑法第80條，對於追訴權時效，依其所犯最重本刑輕重不同之罪，設有長短不一之期間。雖然第82條規定：「本刑應加重或減輕者，追訴權之時效期間，仍依本刑計算。」；惟各種刑罰加減規定，是否部分有變更法定本刑之性質者，應影響到追訴權時效期間之計算。因此，如何正確解釋與適用刑罰加減規定，將可能影響追訴權時效之適用結果。

六、微罪不舉與不得上訴第三審案件

刑事訴訟法第376條所定各款犯罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院；對於刑事訴訟法第376條所定不得上訴第三審之案件，檢察官參酌刑法第57條所列事項，認為以不起訴為適當者，得為不起訴之處分（刑事訴訟法第253條）；其中刑事訴訟法第376條第1款所定「最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪」，在具體案件上遇有刑罰之加減時，是否變更其最重本刑之認定，將影響該案件能否上訴於第三審，以及檢察官能否職權不起訴。

實務補述

最高法院41年台上字第306號判決認為：「按刑法第134條規定公務員假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯同法第2編第4章以外各罪者，加重其刑至2分之1，係明示必應加重，實具有法定刑之性質。本件上訴人自訴被告假借職務上之權力，犯刑法第277條第1項傷害其身體之罪，該條項之最重本刑雖為3年有期徒刑，但加重結果既已超過3年，即非同法第61條第1款前段所列之案件，自亦不再受刑事訴訟法第368條所定，不得上訴於第三審法院之限制。」；41年台上字第170號判決亦同。

七、緩起訴

被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑 3 年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第 57 條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者，得定 1 年以上 3 年以下之緩起訴期間為緩起訴處分（刑事訴訟法第 253 條之 1）。在具體案件上遇有刑罰之加減時，是否變更其最重本刑之認定，將影響該案件能否適用緩起訴之規定。

八、自訴不可分原則之限制

按犯罪事實之一部提起自訴者，他部雖不得自訴亦以得提起自訴論；但不得提起自訴部分係較重之罪者，不在此限（刑事訴訟法第 319 條第 3 項）。在具體案件上遇有刑罰之加減時，是否變更其最重本刑之認定，將影響該案件能否適用自訴不可分原則之規定。

實務補述

實例認為，刑事訴訟法第 319 條「但不得提起自訴部分係較重之罪，不在此限」之規定，係以該罪之法定刑為比較輕重之標準，有無因刑法總則相關加重減輕之情形，均所不問。參見最高法院 85 年度台上字第 1473 號判決要旨。

第二項 立法沿革

一、1912 年暫行新刑律

暫行新刑律，分就「酌減」與「加減例」，規定於總則編第 10 章及第 11 章。「酌減」，性質上係屬科刑規範，而與「加減例」係屬制裁規範，二者尚有差異；當時「酌減」章，僅設有兩條規定，惟關於科刑標準之規定，尚付之闕如，其第 54 條規定：「審按犯人心術及犯罪之事實，其情輕者，得減本刑一等或二等。」、第 55 條則規定：「依法律加重或減輕者，仍得依前條之例減輕其刑。」至於第 11 章「加減例」之規定內容，詳述如次：

（一）加減例之適用對象

依暫行新刑律第 62 條規定，從刑不隨主刑加重減輕；換言之，加減例之適用對象，僅針對主刑，不及於從刑。

主刑之種類及重輕次序，包含死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金（第 37 條第 2 項）；從刑則有褫奪公權及沒收兩種（第 37 條第 3 項）。不過，暫行新刑律所定之有期徒刑分為五等，一等有期徒刑，為 15 年以下 10 年以上；二等有期徒刑，為 10 年未滿 5 年以上；三等有期徒刑，為 5 年未滿 3 年以上；四等有期徒刑，為 3 年未滿 1 年以上；五等有期徒刑，為 1 年未滿 2 月以上。至拘役，為 2 月未滿 1 日以上。

（二）加減之方法

暫行新刑律關於刑之加減方法，係採等級制，亦即採加等或減等之方式為之。在個案審理上，如遇有刑罰加減事由時，應先依法加減後，在所得之範圍內量刑，始屬合法，不得先行量刑後，再對所處之刑予以加減。

實務補述

實例認為，「屢次犯罪，僅由官廳懲責開釋，自與累犯及加等之例不合；且加等處刑辦法，於本條有二等以上之主刑者，依刑律第 57 條之規定，應先將法定本刑按等加重，再於所得之範圍內酌量處斷，乃為適法。而原判於被告人竟認為累犯，且於處刑後始加等處刑，尤屬違法。」（大理院 5 年非字第 6 號判例）

再者，依當時大理院之見解，加減之例，於加減主刑各等範圍內處刑，仍有裁量之權，按暫行新刑律第 57 條第 1 項原案注意書，內載「處二等有期徒刑（即一等或二等有期徒刑）減一等，即為二等或三等有期徒刑；又二等或三等有期徒刑加一等，即為二等以上（即一等或二等）有期徒刑」等語，由是觀之，前者尚留二等有期徒刑餘地，並未從最輕主刑上減為唯一之三等有期徒刑；後者仍留二等有期徒刑餘地，並未從最重主刑上加為唯一之一等有期徒刑，凡此

者，立法之意，任使審判官按犯人情節，行其自由裁量之權。但於二等有期徒刑上減一等，為二等或三等有期徒刑，無論如何從最重主刑上處斷，仍免科一等之有期徒刑，不得謂犯人不收減輕之利益；於二等或三等有期徒刑上加一等，為二等有期徒刑，無論如何從最輕主刑上處斷，仍不能科三等之有期徒刑，不得謂不收加重之效果（參見大理院 2 年統字第 46 號解釋、3 年第 32 號判例）。

換言之，加重一等者，應刪去最低度之主刑，而於最高度主刑之上加重之；減輕一等者，應刪去最高度之主刑，而於最低度主刑之下，復減輕之，然後於此範圍內選擇科刑（大理院 3 年上字第 75 號判例）。減等處斷之案，所科處之刑，並不以降至本法之最輕刑以下為限（大理院 6 年上字第 889 號判例）。

茲就各種主刑之加減方法，詳細說明如次：

1、死刑之加減

關於死刑之加重，暫行新刑律雖無明定處理方式，惟依法理，主刑最重為死刑，死刑自無加重之可能，此為當然解釋。

至於死刑之減輕，則依暫行新刑律第 37 條所定主刑之次序及等級減輕之（第 56 條第 1 項）。例如，死刑減輕一等者，減為無期徒刑；減二等者，減為一等有期徒刑；減三等者，減為二等有期徒刑。惟最多只能減至拘役，蓋第 56 條第 3 項明定拘役不得減至罰金及免除之。

2、無期徒刑之加減

關於無期徒刑之加重，不得加至死刑（第 56 條第 2 項）；至於無期徒刑之減輕，則依暫行新刑律第 37 條所定主刑之次序及等級減輕之（第 56 條第 1 項）。例如，無期徒刑減輕一等者，減為一等有期徒刑；減二等者，減為二等有期徒刑；減三等者，減為三等有期徒刑。惟最多只能減至拘役。

3、有期徒刑之加減

關於有期徒刑之加重，第 56 條第 2 項雖僅規定「徒刑不得加至

死刑」，惟解釋上，有期徒刑應得加至無期徒刑，但不得加至死刑。

至於有期徒刑之減輕，則依暫行新刑律第 37 條所定主刑之次序及等級減輕之（第 56 條第 1 項）。例如，一等有期徒刑減輕一等者，減為二等有期徒刑；減二等者，減為三等有期徒刑。惟最多只能減至拘役。

4、拘役之加減

拘役之加減，依暫行新刑律第 37 條所定主刑之次序及等級加減之（第 56 條第 1 項）。拘役之加重，例如加重一等者，加為五等有期徒刑；加二等者，加為四等有期徒刑。惟因第 56 條第 2 項規定徒刑不得加至死刑，因此拘役之加重，解釋上最重得加至為無期徒刑。

至拘役解釋上應不得減輕，蓋第 56 條第 3 項明定拘役不得減至罰金及免除之。

5、罰金之加減

罰金之加減，依分則所定之數額，以 4 分之 1 為一等，加重減輕之，且罰金應加減者，其最多額與最少額應同加減之；其僅定有最多額者，只加減其最多額（第 58 條）。

再者，罰金之加減，僅得在罰金刑本身中加減，蓋罰金刑，本身係主刑之最輕者，已無從減輕主刑之種類；而罰金之加重，依第 56 條第 4 項規定罰金不得加至拘役及徒刑，因此，亦不得減重主刑之種類。

6、數種主刑之加減

分則定有二種以上主刑應加減者，依第 37 條所列次序按等加減之（第 57 條第 1 項）。倘最重主刑為死刑而應加重者，依第 57 條第 2 項前段規定，只加重其徒刑，惟無期徒刑既不得加至死刑，則解釋上，僅有期徒刑得予加重；且因分則所定罪刑，最重主刑既為死刑，當屬重罪，其選科刑應無拘役、罰金，此乃 57 條第 2 項前段未對拘役、罰金予以規定之理由。

倘最重主刑為無期徒刑而應加重者，依第 57 條第 2 項後段規

定，只加重其有期徒刑，蓋無期徒刑已不得加重；且最重主刑既為無期徒刑，亦屬重罪，其選科刑應無拘役、罰金，此乃 57 條第 2 項後段未對拘役、罰金予以規定之理由。

倘最輕主刑為拘役而應減輕者，依第 57 條第 3 項規定，只減輕其徒刑，減盡者只處拘役，蓋拘役依法不得減輕，且分則所定罪刑，最輕主刑既為拘役，其最重主刑不應有死刑之情形，此乃 57 條第 3 項未對死刑予以規定之理由。

至罰金部分，分則所定之罪刑，不論係專科罰金、選科罰金或併科罰金，依法理，遇有加減時，均應依第 57 條第 1 項規定予以加減，暫行新刑律第 59 條第 1 項規定「分則所定併科之罰金，若徒刑應加減者，亦加減之」，實屬多餘。再者，加減例應係針對法定刑予以加減，而非針對宣告刑；易科罰金，係於法院諭知宣告刑時，併宣告之，法定刑中之徒刑如應減輕者，本即應依加減例之規定減輕後，再諭知宣告刑，併准易科罰金，因此，易科罰金本身並無加減例之適用可言。暫行新刑律第 59 條第 2 項規定「其易科之罰金，若徒刑應減輕者，亦減輕之」，與法理有違，且無適用之可能。

（三）加減競合之處理

暫行新刑律關於加減競合之處理，如同時有刑罰之加重、減輕事由者，明定應互相抵銷（第 60 條）。例如，有應加 1 等與應減 1 等之事由競合，互相抵銷後即不加不減；如有應加 1 等與應減 2 等事由競合，互相抵銷後，即應減 1 等是。有二種以上應減者，得累減之（第 61 條）；至有二種以上應加者，則無明文規定。

惟法理上，有二種以上刑罰加重事由而應加重者，應予累加；如均屬得加重者，得予累加；倘部分應加重、部分得加重，則應加重部分先予加重，而得加重部分，得予累加，此乃解釋上之當然，不待乎明文。

至有二種以上刑罰減輕事由而應減者，亦應予累減；如均屬得減輕者，得予累減；倘部分應減輕、部分得減輕者，則應減輕部分先予論減，而得減輕部分，得予累減，此為解釋上之當然，惟法文竟明定

「有二種以上應減者，得累減之」，而未區分應減輕與得減輕事由之別，如此之立法，實有違平等原則。

沿革補述

惟觀諸本條之「原案注意」，其謂「例如從犯之得減一等與自首之得減一等同時並發則得減二等」，可見立法當時並未仔細區別「應減」與「得減」事由，蓋暫行新刑律之從犯，依第 31 條第 1 項規定，係「得減正犯之刑一等或二等」；而自首，依第 51 條第 1 項，係「得減本刑一等」，均屬「得減」事由，就形式上而言，與本條法文所稱「有二種以上應減者」似有未符。

二、1928 年舊刑法

1928 年舊刑法，將暫行新刑律「酌減」章，增訂科刑標準之規定於第 76 條，並變更章名為「刑之酌科」，其第 77 條規定：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌減本刑。」、第 78 條規定：「依法令加重或減輕者，仍得依前條之規定酌減本刑。」，大體上承襲暫行新刑律第 54 條、第 55 條之體例，惟關於酌減之範圍，舊刑法未予明訂，造成解釋上之爭議，特別是有無舊刑法上第 84 條「減輕本刑而無若干分之幾之規定者，至少減輕本刑 2 分之 1」規定之適用。對此，當時最高法院認為，舊刑法第 77 條之規定，本為裁判之酌減，必須認其犯罪之情狀確有可以憫恕之理由始得援用，與法律上之減輕只須具備特定之要件，即可減輕本刑者情形，迥不相同，因之其酌減之限度亦與減輕本刑異，至多僅能減本刑 2 分之 1（參見最高法院 20 年非字第 145 號、20 年上字第 1012 號、20 年上字第 1115 號判例、院解字第 204 號解釋。）。

沿革補述

依 17 年舊刑法本章之修正理由，乃認刑罰為國家無上之權，古代刑罰不由法定，法官得以自由科刑，其為害為社會自不待言，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，以法定之刑或過於酷，故得酌減。至於犯罪因特別情節應加重者，各國刑法典之體例，皆於分則各罪規定，不當於總則再設酌加之規定，故舊刑法於本章中增入科刑之標準，而將原章名「酌減」，更名為「刑之酌科」。

至「加減例」章名，仍予維持，惟內容則因應有期徒刑廢除等級制，而進行大幅度配套修正。暫行新刑律關於有期徒刑原採等級制，共分五等，故而加減例關於刑之加減，亦採等級制；惟舊刑法認為，有期徒刑以年月規定，為各國通例，暫行新刑律採等級制，有下列缺失，故予廢除：

首先，有期徒刑分為五等，便於加減，惟以等為加減，則加必一等，減必一等，其中恐有畸輕畸重。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為無期徒刑，相差更遠；若只加重數年，使不至於無期，則無法處之。即拘役加一等變為五等有期徒刑，其相差亦遠。此尤其不平者也。

再者，有期徒刑分為五等，於立法上諸形不便。蓋分則及各單行法所科刑期，惟以此五等為標準，而罪之輕重各有不同，必以此五者繩之，則所規定之刑，恐有不失於酷，即失於寬之病。不若廢去等級，各定年月，而以若干分之幾為加減，既無定刑失當之虞，並免加減相懸之失，且分則及單行法各條徒刑明定年月，則一目瞭然，無俟檢查等級表即知刑期之短長，較為便利（參見「刑法第二次修正案」，頁 22-23）。茲就 1928 年舊刑法有關「加減例」章之規定內容，說明如次：

（一）加減例之適用對象

依舊刑法第 89 條規定，從刑不得加重或減輕；換言之，加減例之適用對象，僅針對主刑，不及於從刑。

實務補述

實例認為，「刑法所謂加重減輕，係指就刑法分則各條原有法定本刑以為加減者而言。關於褫奪公權，在刑法分則各條既無所謂本刑，自不發生加減問題，初無待於刑法第 89 條之規定而始明。惟刑法第 57 條及第 58 條第 1 項已揭明，應視所宣告之主刑以定褫奪公權之標準及限制，可知宣告之主刑有加減時，褫奪公權有時亦受其影響，不能不隨之轉移，但只隨之轉移，不得謂之加減，且隨之轉移與加減本刑有別，固不得指為與刑法第 89 條之規定違背。至於褫奪公權須隨主刑為轉移者，原欲謀褫奪公權與主刑之適應，適用時匪特不得超越刑法第 57 條及第 58 條第 1 項所定標準及限制以外，更應權衡於所定標準及限制之中，此在通常科刑判決為然，即關於大赦之減刑裁定亦無不同。故減刑裁定內原料之褫奪公權應否併予改定，自應視其與減定之主刑能否適應為斷。」（最高法院 21 年抗字第 361 號判例）

舊刑法關於主刑之種類，仍維持死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金（第 49 條）；從刑亦維持褫奪公權及沒收（第 50 條）。不過，舊刑法關於有期徒刑，乃廢除等級制，規定為 2 月以上 15 年以下，但遇有加減時，得減至 2 月未滿或加至 20 年。拘役，為 1 日以上未滿 2 月，但遇有加重時，得加至 2 月以上。罰金，為 1 元以上，但因犯貧得減至 5 分之 1。簡言之，舊刑法關於有期徒刑、拘役及罰金刑之內容，仍與暫行新刑律略有差異。

（二）加減之方法

舊刑法關於刑之加減方法，乃廢除暫行新刑律之等級制，而改採加減若干分之幾之方式；至於遇有減輕本刑而無若干分之幾之規定者，由於舊刑法第 84 條僅定「至少」減輕本刑 2 分之 1，其至多減至若干分之幾，並無何種限制，因此實務認為，此種情形下，縱援用減輕法條及第 84 條所減之刑，雖與法定刑期相距甚多，亦難謂為違法（參見最高法院 22 年上字第 376 號判例）。

茲就各種主刑之加減方法，說明如次：

1、死刑之加減

舊刑法明定死刑不得加重（第 79 條第 1 項）；至死刑之減輕，

因舊刑法所採之立法，係以減輕若干分之幾之制，而死刑之性質，並無減輕若干分之幾之可能，舊刑法遂明定減輕 3 分之 1 者，為無期徒刑；減輕 2 分之 1 者，為 12 年以上 20 年以下有期徒刑（第 79 條第 2 項）。

2、無期徒刑之加減

關於無期徒刑之加重，舊刑法亦明定不得加重（第 80 條第 1 項）；至無期徒刑之減輕，舊刑法明定減輕 3 分之 1 者，為 10 年以上 15 年以下有期徒刑；減輕 2 分之 1 者，為 7 年以上 12 年以下有期徒刑（第 80 條第 2 項）。

3、有期徒刑之加減

關於有期徒刑之加減，舊刑法明定其最高度及最低度同按比例加減之（第 81 條）；但加重至多為 20 年，減輕得減至 2 月未滿（第 49 條第 3 款但書）。至因加減而有未滿 1 日之時間者不計（第 88 條第 1 項）。

實務補述

實例認為，「有期徒刑應減輕者，其最高度及最低度均應減輕，雖最低度減至 2 月未滿，仍稱有期徒刑，不得稱為拘役。」（最高法院 22 年非字第 74 號判例）

4、拘役之加減

拘役之加減，舊刑法規定只加減其最高度（第 82 條），蓋拘役之最低度為 1 日以上；且加重之上限，並未限制（第 49 條第 4 款）。至因加減而有未滿 1 日之時間者不計（第 88 條第 1 項）。

5、罰金之加減

罰金之加減，舊刑法亦規定只加減其最高度（第 83 條），蓋罰金之最低度為 1 元以上；且加重之上限，並未限制（第 49 條第 5 款）。至因加減而有未滿 1 角之額數者不計（第 88 條第 2 項）。

6、數種主刑之加減

有二種以上之主刑應加減者，舊刑法不若暫行新刑律規定之繁複，僅簡略規定同時加減之（第 85 條）。

（三）加減競合之處理

舊刑法關於加減競合之處理，規定與暫行新刑律略有差異，僅限於同時刑有同等分數之加重及減輕事由競合者，始互相抵銷；倘係不同分數之加重減輕事由競合者，即應先加後減（第 86 條）。蓋加減事由競合時，先加後減，或先減後加，有時結果相同，惟有時仍有不同，舊刑法明定先加後減，係採對被告有利之計算方式。

本書補述

例如，在舊刑法累犯同一之本刑為無期徒刑之罪而自首時，依第 66 條、第 38 條，應分別加重 2 分之 1 與減輕 3 分之 1，倘先減後加，其結果為「15 年以上 20 年以下有期徒刑」；而先加後減，因無期徒刑不得加重，故而結果為「10 年以上 15 年以下有期徒刑」。從本例，即可看出加減順序對於被告之影響。

另應注意者，舊刑法第 77 條之酌減，性質上並非法定減輕事由，而係屬科刑時之裁量規定，因此，個案審理時，如有符合法定加重事由，且法院審理後，亦認合於第 77 條裁判上酌減事由時，仍先應依法加重後，再依酌減之規定予以減輕，而不得逕依第 86 條予以抵銷。

實務補述

實例認為，「刑法第 84 條及第 86 條，一指條文中有減輕本刑之規定而言，一指同時適用總則有加重減輕之情形互相抵銷而言，與刑法第 77 條之因犯情酌減及第 298 條第 1 項之加重 2 分之 1，均渺不相涉。查第 298 條第 1 項規定，對於直系尊親屬犯第 293 條第 1 項之罪者加重本刑 2 分之 1，仍為法定刑之一種，申言之，即傷害尊親屬者，應處 7 年 6 月以下 3 月以上有期徒刑，3 月未滿 2 日以上之拘役或 1500 元以下 2 元以上之罰金之謂，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 77 條酌減其刑，亦應於加重刑罰後再予酌

減，並無援用第 86 條之餘地。乃第一審未注意及此，竟於判決理由內誤引刑法第 84 條、第 86 條，原審未予糾正，均屬不合。」（最高法院 18 年上字第 1036 號判例）

再者，有兩種以上應加或應減事由競合者，舊刑法則明定應褫加或褫減之（第 87 條第 1 項）。惟如係兩種以上不同等分數之減輕事由競合者，須先依較少之分數減輕（第 87 條第 2 項），舊刑法之所以如此規定，實因舊刑法關於死刑與無期徒刑之減輕，立法方式特殊所致。以死刑之減輕為例，同時有減輕 2 分之 1 與 3 分之 1 之事由競合，其先減 2 分之 1 後減 3 分之 1 之結果，為「13 年 4 月以下 8 年以上」有期徒刑；惟其先減 3 分之 1 後減 2 分之 1 之結果，則為「7 年以上 12 年以下」有期徒刑。職是，立法者乃採有利於被告之計算方式。

三、1935 年刑法

1935 年刑法，鑑於舊刑法對於減輕，定為「2 分之 1」、「3 分之 1」兩種，其無幾分之幾規定者，則至少減輕 2 分之 1，未免寬嚴失當；且對於死刑、無期徒刑，亦有減幾分之幾之規定，理論上亦不無欠缺。因此，1935 年刑法對於死刑、無期徒刑減輕者，明定其刑度；對於有期徒刑、拘役或罰金減輕者，原則上減至 2 分之 1，但同時有免除其刑之規定者，得減至 3 分之 2。至於依法酌量減輕情形，則考量舊刑法未定標準，1935 年刑法乃明設準用加減例有關減輕其刑之規定（第 73 條），遂將舊刑法「刑之酌科」與「加減例」兩章，併為一章，更名為「刑之酌科及加減」，以期簡括（參見「中華民國刑法修正案要旨」，立法院公報第 63 期，1934 年 10 月，77、81 頁。）。除此之外，大體上，1935 年刑法關於加減例之體例，仍維持舊刑法之基本架構，稍作修正，茲就其規定內容，說明如次：

（一）加減例之適用對象

1935 年刑法，雖刪除舊刑法第 89 條「從刑不得加重或減輕」之規定；惟自暫行新刑律以來，加減例之適用對象，均僅針對主刑為之，刑法亦復如是，縱無「從刑不得加重或減輕」之規定，亦屬解釋

上之當然，無待乎明文。

1935 年刑法關於主刑之種類，初時亦維持舊刑法死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金相關主刑之內容（第 33 條），其有修正者，僅拘役與罰金。拘役加重之最長期限，舊刑法原無限制，似有疏漏，1935 年刑法規定以 4 個月為限，俾與徒刑有別（參見「中華民國刑法修正案要旨」，立法院公報第 63 期，79 頁。）；至 2005 年 2 月 2 日修正公布之刑法，則改以日計算。

罰金，1935 年刑法仍為 1 元以上，但將舊刑法因犯貧得減至 5 分之 1 規定予以刪除；至 2005 年 2 月 2 日修正公布之刑法，則將罰金之貨幣單位與數額，修正為「新台幣 1 千元以上，以百元計算之」。

至從刑，1935 年刑法初時亦維持褫奪公權及沒收（第 34 條）；至 2005 年 2 月 2 日修正公布之刑法，則增列「追徵、追繳或抵償」。

（二）加減之方法

茲就現行刑法各種主刑之加減方法，說明如次：

1、死刑之加減

死刑不得加重（第 64 條第 1 項）。惟死刑之減輕，1935 年刑法則廢棄舊刑法減輕若干分之幾之制，直接規定其效果為「無期徒刑或 15 年以下 12 年以上有期徒刑」；至 2005 年 2 月 2 日修正公布之刑法，則認死刑減輕得減至有期徒刑，殊嫌寬縱，乃修正減輕為「無期徒刑」（第 64 條第 2 項）。

沿革補述

2005 年刑法第 64 條修正理由。謂：「死刑之減輕，減為無期徒刑部分，固無疑義；惟現行法第 2 項規定得減為 15 年以下 12 年以上有期徒刑部分，則有未妥，因（一）單一犯罪有期徒刑之最高上限，第 33 條第 3 款規定原則上為 15 年，遇加重時得加至 20 年，何以死刑之減輕，除得減為無期徒刑外，尚得減為有期徒刑，且其上限為 15 年，下限為 12 年？（二）現行第 65 條第 2 項之規定，無期徒刑減輕者，減為 7 年以上，其上限

依 33 條第 3 款之意旨，應為 15 年。死刑減輕為無期徒刑之上限，與無期徒刑減輕之上限，同為 15 年，死刑與無期徒刑之性質，差異極大，如其減輕之效果無法予以區別，實有違衡平原則之要求。其次，現行死刑減輕得減至有期徒刑，實係過去有為數不少之罪為絕對死刑，為避免有情輕法重之情形，死刑減輕至有期徒刑有其必要性。惟現行刑事政策已陸續將絕對死刑之罪，修正為相對死刑，而相對死刑之罪遇有減輕事由，依本條及第 65 條無期徒刑減輕之規定，使相對死刑減輕後之選科可能為無期徒刑、有期徒刑，為避免上開（一）（二）所述之缺點，爰將第 2 項後段死刑得減輕至有期徒刑之規定刪除。」

2、無期徒刑之加減

無期徒刑亦不得加重（第 65 條第 1 項）。惟無期徒刑之減輕，1935 年刑法廢棄舊刑法減輕若干分之幾之制，直接規定其效果為「7 年以上有期徒刑（15 年以下）」；至 2005 年 2 月 2 日修正公布之刑法，則認死刑減輕得減至 15 年以下有期徒刑，亦嫌寬縱，乃修正減輕為「20 年以下 15 年以上有期徒刑」（第 64 條第 2 項）。

沿革補述

2005 年刑法第 65 條修正理由。謂：「無期徒刑之減輕效果，應與死刑及有期徒刑之減輕效果，具有合理之差異為當。易言之，無期徒刑減輕為有期徒刑之下限，不應低於有期徒刑減輕之上限。據此，無期徒刑減輕之效果，應以 20 以下 15 年以上有期徒刑為當，爰修正第 2 項之規定。」

3、有期徒刑之加減

關於有期徒刑之加減，現行刑法大致上沿襲舊刑法之制，明定其最高度及最低度同加減之（第 67 條）；但加重至多為 20 年，減輕得減至 2 月未滿（第 33 條第 3 款但書）。至因加減而有未滿 1 日之時間者不計（第 72 條）。

現行刑法與舊刑法不同之處，乃明定有期徒刑減輕者，減輕其刑至 2 分之 1，但同時有免除其刑之規定者，得減至 3 分之 2（第 66 條）；換言之，有期徒刑遇有法定減免事由，例如犯普通竊盜罪而有中止未遂之減輕或免除其刑情形，其有期徒刑 5 年以下 2 月以上，至

少應減輕 2 分之 1，至多得減至 3 分之 2，亦即法院得在「2 年 6 月以下 40 日以上」之有期徒刑範圍內，選擇科刑。

4、拘役之加減

拘役之加減，現行刑法亦規定只加重其最高度（第 68 條）；惟加重之上限，現行刑法明定至多為 120 日（第 33 條第 4 款但書）。至因加減而有未滿 1 日之時間者不計（第 72 條）。另外，現行刑法與舊刑法不同之處，乃明定拘役減輕者，減輕其刑至 2 分之 1，但同時有免除其刑之規定者，得減至 3 分之 2（第 66 條）。

5、罰金之加減

關於罰金之加減，1935 年刑法原亦規定只加減其最高度，蓋罰金之最低度為 1 元以上；惟 2005 年 2 月 2 日修正公布之刑法，將罰金之貨幣單位與數額，修正為「新台幣 1 千元以上，以百元計算之」，乃配套於第 67 條規定「最高度及最低度同加減之」。至因加減而有未滿 1 元之額數者不計（第 72 條）。

再者，加重之上限，並未限制（第 33 條第 5 款）；且現行刑法鑑於舊刑法關於罰金之規定，注重在審酌犯人之資力，而於因犯罪所得之利益未予顧及，致所科罰金數額，常有不及所得利益者，故現行刑法賦與法官在所得利益範圍內，酌量加重之權，增設第 58 條之規定（參見「中華民國刑法修正案要旨」，立法院公報第 63 期，80 頁。）。

另外，現行刑法明定罰金減輕者，減輕其刑至 2 分之 1，但同時有免除其刑之規定者，得減至 3 分之 2（第 66 條）。

沿革補述

2005 年刑法第 67 條修正理由。謂：「第 33 條第五款現行規定罰金為 1 元以上，此次既已修正為 1 百元以上，當不致因加減其最低度，而產生不滿 1 元之零數，允宜許其加減最低度，本條自應配合修正。」

6、數種主刑之加減

現行刑法關於有兩種以上主刑之刑罰規定，在加減時之處理，亦維持舊刑法之模式，而規定「加減時併加減之」（第 69 條）。

（三）加減競合之處理

有兩種以上刑罰加重或減輕事由競合者，現行刑法仍維持舊刑法之制，明定應褫加或褫減之（第 70 條）；有兩種以上刑罰減輕事由競合者，應先依較少之數減輕之（第 71 條第 2 項）。惟倘同時有刑罰之加重與減事由競合者，現行刑法則不採抵銷制，一律「先加後減」，貫徹有利於被告之處理（第 71 條第 1 項）。

四、小結

自我國刑法之修正沿革觀察，刑法有關加減例之制度，由暫行新刑律之等級制，舊刑法改為徹底之比例制，至現行刑法之修正比例制，無論係採何種制度，加減例與主刑制度及法定刑之設計，係屬連動機制。雖然，1935 年現行刑法鑑於舊刑法關於刑之加減，均以「本刑」稱之，認為褫加、褫減，先加後減或先減後加時，其所加減者，乃「本刑」加減後之「加減刑」，而非「本刑」，故改以「其刑」稱之（參見「中華民國刑法修正案要旨」，立法院公報第 63 期，78 頁。）。

惟不論係分則各本條所規定之「法定本刑」，或遇有法定加減事由計算後之「加減刑」，性質上均屬「法定刑」，其有法定要件符合者，即應通案適用，法院並無裁量權限；法院所得裁量者，乃經刑罰加減後之「法定刑」範圍內，對於個案進行刑罰裁量，因此，經「刑之酌科」後法院所為之刑罰裁量，性質上係屬「宣告刑」。因此，自暫行新刑律迄至現行刑法，「刑之加減」與「刑之酌科」均屬不同性質之規定，現行刑法之所以將其併為一章，僅因為使刑之酌減方式準用刑之減輕，而便宜立法耳。

再者，刑之加減，暫行新刑律採等級制，因此在刑總與刑分之加減事由，係以加等或減等之體例規定，並分應加減與得加減。至舊刑

法後，改採比例制，因此在刑總與刑分之加減，原則以加減幾分之幾之體例為之，並均有應加減與得加減之分，舊刑法與現行刑法體例不同者，乃舊刑法之用語，不論刑總或刑分，均明定加重或減輕「幾分之幾」，而不使用「至」；現行刑法則均明定加重或減輕「至幾分之幾」，而使用「至」。以加重 2 分之 1 為例，一為「加重 2 分之 1」，一為「加重至 2 分之 1」，用語雖有差異，然解釋上並無不同之理，關鍵在於係「應加減」或得「得加減」。

第三項 實務對於刑罰加減性質與標準之見解

第一款 實務見解之特點

一、區別刑總之加重與刑分之加重

實務見解認為，刑法分則或刑事特別法就某種犯罪予以規定刑罰，即所謂法定刑。除法定刑外，法律上尚有加重刑罰之規定。刑法總則中就一般犯罪應予加重刑罰之共通條件所規定者，即所謂刑法總則之加重，係單純的刑之加重，為概括性之規定，所有罪名均一體適用。換言之，刑法總則之加重，不變更罪質，僅屬科刑範圍，於法定本刑之輕重不生影響（最高法院 69 年度台上字第 3967 號判決要旨參照）。例如刑法第 47 條累犯，係概括性之規定，所有罪名均一體適用，即屬之。

實務補述

實例見解再如，「比較罪之重輕，應以所犯法條之本刑為標準，未遂罪應否減刑，屬於科刑範圍，於法定本刑之重輕，不生影響。」（最高法院 22 年上字第 734 號判例）

刑法分則中就某種犯罪類型變更之個別犯罪予以加重刑罰之特別事由予以規定，將罪與刑包括在內，而成立另一獨立之罪（69 年台上

字第 3254 號判例要旨參照)，即所謂刑法分則之加重，僅限於各該特定之犯罪或可得而確定之犯罪，始有其適用。此乃基於立法上之便宜，實際上與伸長法定刑無異，已係獨立之罪刑規定，而非單純的刑之加重。

分則之加重，其加重之類型大約可分為四類：

- 1、行為人特定者，例如第 270 條「公務員包庇他人犯本章（指賭博罪章）各條之罪者，依各該條之規定，加重其刑至 2 分之 1。」
- 2、被害人特定者，例如第 116 條「對於友邦元首或派至中華民國之外國代表，犯故意傷害罪、妨害自由罪或妨害名譽罪者，得加重其刑至 3 分之 1。」
- 3、行為人及被害人均特定者，例如第 170 條（直系血親卑親屬）「意圖陷害直系血親尊親屬，而犯前條之罪者（指誣告罪），加重其刑至 2 分之 1。」
- 4、犯罪方法特定者，例如第 296 條之 1 第 3 項「以強暴、脅迫、恐嚇、監控、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法犯前 2 項之罪者（指買賣人口罪），加重其刑至 2 分之 1。」

上述四種加重類型，有一共通原則，即均限於特定之罪名，而其特定之方式，又以下列四種型態出現：

- 1、限於特定一罪者，例如第 295 條「對於直系血親尊親屬犯前條之罪者（指遺棄罪），加重其刑至 2 分之 1。」
- 2、限於特定數罪者，例如第 250 條「對於直系血親尊親屬犯第 247 條至第 249 條之罪者，加重其刑至 2 分之 1。」
- 3、限於特定章節之罪者，例如第 270 條「公務員包庇他人犯本章（指賭博罪章）各條之罪者，依各該條之規定，加重其刑至 2 分之 1。」
- 4、限於刑法特定範圍之罪者，例如第 134 條前段「公務員假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯本章以外各罪者，加重其刑至 2 分之 1。」

以上四種型態，其特定之方式雖有一罪、數罪、多罪之別，但有其共通之原則，即其罪名均已特定，而成立另一獨立之罪（參見最高法院 92 年度第 1 次刑事庭會議，法律問題：「兒童福利法第 43 條第 1 項前段所稱『利用兒童犯罪或對兒童犯罪』加重其刑之規定，究係分則之加重抑係總則之加重？」有關討論意見之甲說。）。

二、刑總之加減僅有上限或下限之比例，法院有裁量權限

實務多數見解認為，刑總之加減，因非法定本刑之變更，應如何加減，法院在規定範圍內，自有裁量之權限，並非一律應加重或減輕至所定比例。

例如，關於累犯之加重，實務認為，「刑法第 47 條所稱加重本刑至 2 分之 1，祇為最高度之規定，並無最低度之限制，法院於 2 分之 1 以下範圍內，如何加重，本有自由裁量餘地，原審乃以第一審判決未予加重 2 分之 1，指為違法，自屬誤會。」（最高法院 28 年上字第 3378 號判例要旨參照）；「刑法第 47 條所謂加重本刑至 2 分之 1，祇為最高度之規定，並無最低度之限制，法院於本刑 2 分之 1 以下範圍內，如何加重，本有自由裁量之權，自不能以原判決僅加重其本刑 10 分之 1，並未加重至 2 分之 1，而再予減輕 2 分之 1 為不當。」（最高法院 47 年台上字第 1004 號判例要旨參照）

實務復認為，刑總之加減，法院雖有裁量權限，惟一旦決定加減比例，關於有期徒刑部分，其上下限應一體按比例加減之，否則即有違法之問題；倘不先就其所犯有期徒刑之本刑高低度並減，再於所減之範圍內酌量科刑，即與法不合（23 年非字第 87 號判例要旨參照）。

實務補述

例如，最高法院 81 年度台非字第 295 號裁判要旨：「按有期徒刑加重者，其最高度及最低度同加重之，此觀刑法第 67 條之規定自明。本件原判決，論以行為時之戡亂時期肅清煙毒條例第 9 條第 1 項之施打毒品罪，並依刑法第 47 條累犯之規定，加重其刑 10 分之 1。惟上開條例第 9 條第 1 項之罪，其法定刑為 3 年以上 7 年以下有期徒刑，加重其刑 10 分之 1，為 3 年 3 月

又 18 日以上 7 年 8 月又 12 日以下有期徒刑，自應於此範圍內量刑，始為適法。」

又如自首之減輕，依 2005 年 2 月 2 月修正公布前之刑法第 62 條，為必減其刑，判例認為，自首犯罪者雖應減輕其刑，但仍應在減輕後之最高度刑與最低度刑之範圍內，審酌量處；有期徒刑之減輕，應就其最高度及最低度同減輕之，然後於減輕之最高度與最低度範圍內，審酌一切情狀，為科刑輕重之標準，並非一經減輕即須處以減輕後之最低度刑（最高法院 55 年台上字第 2853 號判例參照）。惟亦有實務仍認為刑總之加減，法院於裁判時本有自由裁量之權，並非一律均應減至 2 分之 1。可見實務見解尚有爭議。

實務補述

例如，最高法院 70 年台上字第 6277 號判決：「...有期徒刑減輕者減輕其刑至 2 分之 1，刑法第 66 條前段定有明文，所謂減輕其刑至 2 分之 1 者，係指減刑之最高度以 2 分之 1 為限，並就法定本刑減輕而言，在 2 分之 1 限度之內，究應減幾分之幾，裁判時本有自由裁量之權，並非每案均須減至 2 分之 1 始為合法。上訴意旨，以原審對其自首未按第一審所處之刑減輕其刑 2 分之 1，認為違法，...難謂有理由。」

三、刑分之加重係屬法定本刑之修正，法院無裁量權限

關於刑分之加重，實務則認多認係法定本刑之修正，法院對於加減比例，並無裁量權限，例如，「刑法第 280 條規定，對於直系血親尊親屬犯第 277 條之罪者，加重其刑至 2 分之 1，係明示必應加重處罰，並非得法院自由裁量，仍具有法定刑之性質，其加重結果，最重本刑已 3 年，即不得適用刑法第 41 條易科罰金。第一審判決依刑法 280 條加重第 277 條第 1 項之刑，論處被告有期徒刑 3 月後，仍予諭知易科罰金折算之標準，有適用法則不當之違法。」（最高法院 88 年台上字第 5607 號判決要旨）；「依刑法第 270 條所載，公務員包庇他人犯本章（即賭博罪章）之罪者，依各該條之規定，加重其刑至

2 分之 1，係明示必應加重處罰，非得由法院自由裁量，仍具有法定刑之性質。」（最高法院 91 年台上字第 2892 號判決要旨）；「刑法第 277 條第 1 項之傷害罪，其最重本刑雖為 3 年有期徒刑，惟公務員假借職務上之權力機會或方法而犯之者，依同法第 134 條係在必須加重之列，實與伸長法定本刑無異，非屬刑法 61 條第 1 款前項之案件，自不受刑訴法第 368 條之限制。」（參見最高法院 40 年台上字第 149 號判決要旨。最高法院 41 年台上字第 170 號、41 年台上字第 306 號、69 年度台上字第 3474 號判決均同此見解）

實務補述

惟實例早期曾出現相反之見解，例如，「刑法第 293 條第 1 項之傷害罪，屬於初級法院管轄，為刑事訴訟法第 8 條第 4 款所明定，雖因被害之人具有特別身分而有加重其刑之特別條文，純屬於處刑加重之問題，於罪之成立毫無影響...」（最高法院 19 年上字第 1999 號判例）；「本案原審及第一審判決均認上訴人毆傷某氏，係犯刑法第 293 條第 1 項之罪，依同法第 302 條規定，該罪須告訴乃論，雖某氏係上訴人之直系尊親屬，應依同法第 298 條規定加重其刑，然該條既明定為對於直系尊親屬犯第 293 條第 1 項之罪者，加重本刑 2 分之 1，是加重者其刑，而所犯者仍係第 293 條第 1 項之罪，...」（最高法院 19 年上字第 1962 號判例）

四、刑罰加減之對象係法定刑而非宣告刑

實務見解認為，刑罰之加減，不論係總則或係分則，其加減之對象，均對法定刑為之，而非宣告刑；換言之，遇有刑之加減時，應先就法定本刑依法加重或減輕，經確認加減之最高度與最低後，在此範圍內，法院始得據為量刑之依據，從而諭知宣告刑。

實務補述

最高法院 49 年度台上字第 1594 號判決要旨：「有期徒刑之減輕乃按法定刑之最高度及最低度同減輕之，而在此減輕後之最高度與最低度之範圍內量處，既不能按宣告刑減輕，亦非必按最低度刑減輕。」

五、遞加或遞減之對象仍對法定刑為之

實務認為，刑法上有關刑罰之遞加或遞減，係就法定刑加重或減輕後，再就減得之刑予以加重或減輕，並非先就加重或減得之刑定其宣告刑，再於已定之宣告刑予以遞加或遞減。

實務補述

最高法院 19 年非字第 138 號判例要旨：「查刑法上所謂遞減者，指就法定刑減輕後，再就減得刑之加以減輕，並非先就減得之刑定其刑期，再於已定之刑期上加以遞減，此徵諸刑法第 87 條第 1 項之規定，其義至明。」

六、主刑有數種者加減時併加減之

刑法第 69 條本即規定：「有二種以上之主刑者，加減時併加減之。」實務亦認為，刑法上減輕其刑，如所犯本條有兩種以上主刑時，應就法定之各主刑，按所減之標準，併予核減，再於減得之法定主刑範圍內，量予處刑，並非於法定各種主刑內任擇一種，或就擬處之刑，予以減輕，而置其他主刑於不顧（24 年上字第 1432 號判例要旨參照）。

第二款 實務見解之檢討

綜觀前述實務有關刑罰加減之相關見解，有兩項重要問題深值檢討：一係刑罰加減之性質問題；另一則係刑罰加減標準問題。

一、刑罰加減之性質問題

實務對於刑罰加減之性質，僅區分「刑總之加重」與「刑分之加重」兩大類型，而認「刑總之加重」，係單純的刑之加重，不變更罪質，僅屬科刑範圍，於法定本刑之輕重不生影響；而「刑分之加重」，係就某種犯罪類型變更之個別犯罪予以加重刑罰之特別事由予以規定，將罪與刑包括在內，而成立另一獨立之罪，係屬法定刑之變

更，而非單純的刑之加重。惟實務前開見解，容有下述爭議問題：

1、區分刑總加重與刑分加重之理由薄弱

實務見解理由之一，認為刑總之加重，性質上係屬「單純刑之加重」，不涉及罪質之變更；而刑分之加重，則係創設新的犯罪類型，性質上屬罪質的加重，而非單純刑之加重。惟刑總之規定，既係對於犯罪與刑罰之一般性要件而設，因此，理論上刑總之加重，部分應與罪質之變更有關，豈能一體視為「單純刑之加重」？其理由殊嫌薄弱。

實務見解另一理由，則認為刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名。惟何以「概括性」規定不影響法定本刑，而「個別性」規定，則影響法定本刑？且「概括性」與「個別性」又應如何區分？均有理由未備之處。

實務補述

例如，最高法院 92 年度第 1 次刑事庭會議決議認為，「兒童福利法第 43 條第 1 項前段，其中利用兒童犯罪為間接正犯，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質；至對兒童犯罪之加重，係對被害人為兒童之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，自屬刑法分則加重之性質。」惟對於兒童犯罪，包含眾多可能之犯罪類型，謂其非概括性規定，實難令人折服；且實務又認少年事件處理法第 85 條第 1 項之「成年人」係年齡狀態，而非身分條件，應認其相當於總則之加重，惟「兒童」係屬年齡狀態，何以對兒童犯罪，係屬刑分之加重？參見最高法院 70 年度台上字第 1605 號、71 年度台上字第 2902 號判決要旨。

2、關於刑總減輕與刑分減輕之區別，實務未有說明

目前實務見解，主要就刑總與刑分之加重予以區別，惟對於減輕部分，則未見實務予以說明。究竟刑總與刑分之減輕，應與刑總與刑分之加重同其性質，抑或另有區別標準，實務應予交待。

3、實務對於刑總加減之性質常有矛盾

實務一方面認為刑總加減之性質，僅係單純刑之加減，不涉及法定本刑之變更；然而，實務不乏將經刑總加減後之刑罰，仍稱之為「最重本刑」或「法定本刑」，而有自相矛盾之情形。

實務補述

最高法院 43 年台上字第 163 號判例要旨：「刑法第 277 條第 1 項之犯罪，如依刑法分則加重結果，其最重本刑超過 3 年以上有期徒刑時，即非同法第 61 條第 1 款前段之案件，不受刑事訴訟法第 368 條不得上訴第三審之限制。經原審認為上訴人具備累犯條件，應依刑法總則第 47 條加重其刑 2 分之 1，既非依刑法分則加重，縱使加重結果最重本刑超過 3 年以上有期徒刑，仍不失為同法第 61 條第 1 款前段之案件，經第二審判決後不得上訴第三審法院。」

最高法院 77 年度台上字第 5735 號判決要旨：「有期徒刑加減者，其最高度及最低度同加減之，刑法第 67 條定有明文。而少年事件處理法第 85 條規定加重其刑至 2 分之 1，為最高度之規定，並無最低度之限制，法院於 2 分之 1 以下範圍內，如何加重，本有自由裁量之餘地。但原判決謂依少年事件處理法第 85 條之規定加重其刑 2 分之 1，竟僅量處有期徒刑捌月，核與法定本刑最低度 9 月以上有期徒刑不符。」

二、刑罰加減之標準問題

實務對於刑罰加減之標準問題，除依刑法第 64 條至第 72 條之「加減例」外，實務多年來發展之特殊見解，認刑分之加重，係法定本刑之修正，法院無裁量權限；至刑總之加重或減輕，因屬單純刑罰之變更，應如何加減，法院在規定範圍內，自有裁量之權限，並非一律應加重或減輕至所定比例。惟實務前開見解，亦存有下列爭議問題：

1、刑分之加重與刑總之加重，立法用語相同，加減方法何以不同

現行刑法中對於設有加重比例者，不論總則或分則，其用語一律

均為「加重其刑至」一定比例，除累犯之成立要件，因涉及本罪及前罪，因而例外使用「加重本刑至」之用語。至於刑罰減輕之比例，刑總與刑分，一律未設明文規定，統一按刑法第 64 條至第 68 條等規定處理。何以相同之體例，實務竟可得出分則之加減與總則之加減方法不同？

2、不論總則或分則之加減，其「必加減」與「得加減」如何區別

依實務見解，刑總之加減，法院在規定範圍內，有裁量權限，然而，總則中「必加減」與「得加減」如何區別？如依實務見解，刑總之「必加減」，法院在比例範圍內得自由決定加減幅度，則以有期徒刑之加減為例，其「必加減」與「得加減」之結果，將僅相差「1 日」。蓋「必加減」，其最高度或最低度，至少應加減 1 日；而「得加減」，其最高度或最低度，得不予加減。

至於刑分之加重，除第 116 條規定為「得加重」外，其他均為必「加重」，如依實務見解，認為刑分之加重係屬法定本刑之變更，法院無裁量之權限，是否刑分之「必加」與「得加」之結果完全相同？如此之結果，豈為立法之本意？

3、刑罰之加減標準現行法僅有一套標準，如何得出兩套結論

依現行刑法規定，關於刑罰加減之標準，亦即刑罰加減之體例，係規定於刑法第 64 條至第 68 條，亦即加減例僅有一套規定，然而實務卻自行發展出刑總與刑分之加減，有兩套不同之解釋方法，豈不怪哉！

第四項 刑罰加減事由之性質

第一款 刑罰之規範性質

刑法規範，乃對於一定之行為，命令或禁止其受命人為之，並對違反其命令或禁止之行為者，賦予一定之處罰之觀念物。而刑法條

文，其本身係傳遞思想或訊息之工具；換言之，乃立法者將刑法規範，藉過刑法條文之文字，而傳達給社會外界，使社會外界得以認知立法者所制定之刑法規範之意義。

刑法規範之規範對象，包含一般國民及司法者。其以一般國民為對象者，即有「行為規範」與「制裁規定」；其以司法者為對象者，則係「裁判規範」。

刑法規範之規範對象，主要係社會一般民眾，而告誡一般民眾應為何種行為，或不應為何種行為；並對於違反一定行為者，告誡一般民眾，將受如何之制裁。

刑法規範之規範對象，除一般民眾外，尚兼及有權對於刑法加以解釋與適用之司法機關，而告知司法者，一般民眾所應為或不應為之行為類型，並對於違反者，應如何施以制裁；而司法機關須在刑法規範之要求下，進行審理，而不得恣意任為。因此，法院在審理刑事案件上，於最後進行刑罰裁量，作成宣告刑前，須就刑法典上一切刑罰加減規定予以適用，並確認法律上對於該案件，究竟在如何之刑罰效果範圍內，允許法院量刑，就此而言，一切刑罰加減規定，均屬廣義之法定刑概念，法院在確認法定刑範圍後，始得據以為刑罰裁量之基準。

第二款 刑總與刑分之關係

就刑法立法制度之發展過程予以觀察，在刑法典，分設總則與分則二者，乃近代漸漸建立。古代刑法典，多直接規定各種犯罪之成立要件與其刑罰效果，並無總則與分則之設。在歷史上，刑分實先於刑總而存在。刑總既源於刑分，而將犯罪之成立與處罰有關之共同規定，置於刑總，則屬個別犯罪之成立與處罰之特殊規定，當仍留於刑分。此種立法體例，乃因刑法理論之進步，進而提昇立法技術，因此，同一規範事項，不致於因立法技術上，將其規定於分則，抑或規定於總則，而有造成其性質發生變化之理由。

如前所述，實務見解將刑罰之加重區分為刑總之加重與刑分之加重，而認二者之性質不同，此種見解，實難有理論依據。

第三款 刑罰加減事由之省思

一、罪刑法定原則與罪刑均衡原則

按無法律無犯罪，無犯罪即無刑罰，行為之處罰以行為時法律有明文處罰規定者為限，此係「罪刑法定原則」所要求。

而行為之處罰，法律已設有明文規定時，基於「罪刑均衡原則」之要求，輕罪應予輕罰，重罪應予重罰；倘輕罪予以重罰，或重罪予以輕罰，原則上，即違反罪刑均衡原則。因此，在探討刑罰加減之性質上，首應分析是否係因犯罪有加重或減輕事由所致。

本書補述

關於累犯之加重，性質上並非因其犯行之罪質較重，而係因行為人主觀上犯罪性格所致，因此，累犯之加重，有違罪刑均衡原則，並有違禁止重複處罰原則。

二、犯罪之重輕與刑罰之加減

按我國現行刑法體例，犯罪之成立，除必須行為人之行為該當刑法分則上各種特別犯罪成立要件之規定外，尚須該當刑法總則有關一般犯罪共同成立要件之規定；換言之，對於犯罪成立之判斷，其判斷標準，須結合刑分與刑總關於犯罪成立要件之各個規定，使形成有機之整體。因此，在學理上，前者即為「犯罪類型論」所研究之對象，後者則係「犯罪論」探討之重心。藉由「犯罪論」之研究，以形成全體犯罪類型之共同骨架—犯罪階層體系；並且藉由「犯罪類型論」之研究，將各別犯罪之特別成立要件，依其性質，置於犯罪階層之各個體系當中，以形成完整且有機之各種犯罪類型。「犯罪類型論」與「犯罪論」二者密切相關，共同為犯罪成立之判斷，提供其判斷標準。

「犯罪論」既係提供「犯罪類型論」在解釋及分析各種犯罪類型成立要件之體系結構，則犯罪階層體系，應係各種犯罪類型共通要件

之有機結構。如此，倘按通說所採犯罪三階層體系，則犯罪類型，應係由各種構成要件、違法要素及責任要素所組成；而「犯罪類型」，應係由「構成要件類型」、「違法類型」及「責任類型」所排列組合而成者。

犯罪論之研究成果，既自刑總關於犯罪共同成立要件之規定，形成犯罪階層體系，以通說三階層體系為例，學理上既將犯罪共同成立要件，形成構成要件、違法與責任之獨立三個體系單元，則此三階層之性質及存在原理，自有其差異性。刑分中，既尚有特殊犯罪之違法要素與責任要素，且為多數論者所承認，則在刑分中之特殊違法要素與責任要素，其在犯罪階層之體系地位，當然應置於違法與責任兩階層。

就構成要件而言，其乃立法者於刑罰法規中所設具有法益侵害性之抽象行為事實類型，因此，法益侵害性之高低，將影響構成要件不法內涵之輕重，職是，構成要件應有「加重構成要件事由」與「減輕構成要件事由」。

就違法而言，係針對具備構成要件該當之行為事實，評價其是否與法秩序牴觸，或與法律價值相違背，簡言之，違法性係在判斷具備構成要件該當性之行為事實，在法律上是對或是錯，理論上，除有「阻卻違法事由」外，可能有「減輕違法事由」，但應無「加重違法事由」之存在。蓋就事情之對錯判斷上，可能結論包含「完全錯」（完全違法）、「沒錯」（阻卻違法）、「有點錯」（減輕違法），但難以想像有比「完全錯」還要「錯」之情形。

本書補述

雖然多數見解認為違法係「有無」之判斷，而無「高低」之別，然而，通說則認責任除「有無」之判斷外，亦有「高低」之別。違法與責任究有無「高低」，本身並非不證自明，關鍵在於違法與責任之本質所採為何，在前提不同下，結論自然亦有所差異。

就就責任而言，係針對具備構成要件該當且違法之行為事實，評價對其是否有非難可能性。理論上，除有「阻卻責任事由」及「減輕責任事由」外，應無「加重責任事由」之存在。蓋行為人對其行為所應負之責任，可能要負「全部責任」（完全責任），可能「不負責」（阻卻責任），可能要負「一點責任」（減輕責任），惟亦難以想像有比「全部責任」更高之責任存在。

三、刑事政策之考量與刑罰之加減

刑罰加減之性質，經罪質之高低判斷結果，或屬「加重構成要件事由」、「減輕構成要件事由」，或屬「減輕違法事由」，或屬「減輕責任事由」，因而在刑罰效果上有加減之情形。倘刑罰之加減，經判斷與罪質之重輕無關，此際，即應探討是否基於一定合理之刑事政策理由，而屬單純刑罰之加減事由。例如，累犯之加重，自首之減輕等，性質上即屬單純刑罰加減事由。

第四款 小結

綜上所述，本書認為刑罰之加減性質，可分為「犯罪之加減」與「單純刑罰之加減」兩大類。在判斷上，須先判斷是否係屬「犯罪之加減」，倘若不符，始得認其係「單純刑罰之加減」。關於「犯罪之加減」，部分規定，立法者已於分則直接規定其法定刑，尚不生如何計算其加減問題。因此，有關前揭刑法典中各種刑罰加減規定之類型，本書見解如次：

- 1、加重構成要件事由：現行刑法分則編有關刑罰加重之 16 條規定，均屬之。
- 2、減輕構成要件事由：第 25 條第 2 項、第 30 條第 2 項、第 31 條第 1 項屬之。
- 3、減輕違法事由：第 23 條但書、第 24 條第 1 項但書、第 27 條之中止犯等屬之。
- 4、減輕責任事由：第 16 條但書、第 18 條第 2 項、第 3 項、第 19 條第 2 項、第 20 條等規定屬之。

- 5、加重刑罰事由：第 47 條「累犯」、第 58 條「罰金之酌量加重」屬之。
- 6、減輕刑罰事由：第 62 條「自首」以及現行刑法分則編關於刑罰減輕之 15 條規定，均屬單純之減輕刑罰事由。

第五項 刑罰加減例之解釋

第一款 必加減與得加減之區別

本書認為，不論係刑總或刑分之加減，法院對於加減比例均無裁量權限，否則將造成「法定刑之確認」與「刑罰裁量」混淆之情況。關鍵問題，係在「必加減」與「得加減」時，應如何確認其修正後之法定刑。不論係「必加減」與「得加減」，均須依刑法第 64 條至第 72 條所規定之加減例予以判斷，其對象則為分則各本條所定之「基本法定刑」。至「必加減」與「得加減」之差別，則在「必加減」一律依刑法第 64 條至第 72 條，加減至所定範圍；而「得加減」，則得保留基本法定刑之本刑，作為選科刑。

以普通殺人罪之未遂犯減輕為例，普通殺人罪既遂犯之法定刑，為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑。則普通殺人罪之未遂犯，其法定刑之計算，乃涉及三種主刑之減輕。依刑法第 69 條規定，有二種以上之主刑者，加減時併加減之。因此，其計算公式如次：

關於死刑之減輕方面，刑法第 64 條第 2 項規定，死刑減輕者，為無期徒刑。因未遂犯僅係得減，並非必減，是以仍應保留死刑；亦即死刑之得減結果，為「死刑或無期徒刑」。

關於無期徒刑之減輕方面，刑法第 65 條第 2 項規定，無期徒刑減輕者，為 20 年以下 15 年以上有期徒刑，因未遂犯僅係得減，亦非必減，是以仍應保留無期徒刑；亦即無期徒刑之得減結果，為「無期徒刑或 20 年以下 15 年以上有期徒刑」。

關於有期徒刑之減輕方面，依刑法第 66 條前段之規定，減輕其

刑至 2 分之 1，復依刑法第 67 條規定，有期徒刑加減者，其最高度及最低度同加減之。惟因未遂犯僅係得減，是以前最高度仍應保留，其減輕僅就其最低度減輕之，亦即「10 年以上有期徒刑」得減之結果，係就「15 年以下 10 年以上有期徒刑」之最低度減輕至 2 分之 1，乃為「15 年以下 5 年以上有期徒刑」。

綜合前開計算結果，普通殺人罪之未遂犯，其法定刑即為「死刑、無期徒刑或 20 年以下 5 年以上有期徒刑」。

第二款 禁止重複評價原則之踐行

司法者在進行刑法適用時，基於依法審判原理，應受立法者所制定法律之拘束，對於立法者所設之各種犯罪類型規定，以及處罰效果之規定必須毫無遺漏地，全部均須加以評價，以檢驗具體行為事實是否合於各該規定之要件；在窮盡評價後，基於比例原則以及平等原則之考量，應踐行「禁止重複評價原則」。

本書認為刑罰加減例之規定，係為遇有法定加重、減輕事由如何修正其法定刑而設，性質上仍屬法定刑之計算規範；至刑之酌科事項，係立法者為使審判者對於個案應如何進行刑罰裁量，以作成宣告刑之科刑規範。職是，刑之酌科與刑之加減，二者性質終屬有別。

因此，在刑法適用上，倘個案遇有法定加重或減輕事由，不論係「應加減」或「得加減」事由，法院仍應先就所得加減之刑，依加減例計算後，始得在計算得出之法定刑度範圍內，進行科刑，倘法院科刑之結果，不出於前開計算後之法定刑度範圍內，始為合法之判決。

最後，刑之加減規定，與減刑條例之減輕，性質上有別：前者係對法定刑為之；後者則針對宣告刑為之，適用上應予區別。

實務補述

實例認為，「併合論罪已判決確定之案件，如其各個罪刑均合於大赦條例減刑之規定，應按照該條例第 2 條或第 6 條所定標準，就其原有之宣告刑分別減輕，再以原合併之刑及原執行之刑為標準，定其相當之執行刑，方為合法。…」（最高法院

22年非字第7號判例)；「判決已確定之併合論罪案件，在大赦條例施行後，如其所論各罪中祇有一部分合於減刑規定，且原處之刑並非無期徒刑者，自應先照同條例第2條所定標準，就該部分宣告刑減輕後，再合以不得減免之餘罪之宣告刑，另定其應執行之刑。」(最高法院22年非字第16號判例)

第六項 刑罰加減之事由

第一款 自首

一、立法沿革

綜觀「自首」制度之立法演進，1912年暫行新刑律即有「自首」制度，並且於總則編第9章定有「自首」專章，是以當時極為側重「自首」制度。迨至1928年舊刑法時，則廢其專章，合併於第4章「刑事責任及刑之減免」中，列為第38條一條，屬於個人刑罰減輕事由，且僅係「得減」事由；至此，「自首」已大幅弱化其作用。至1935年刑法總則編將自首規定移至第8章「刑之酌科與加減」中，列為第62條，惟將自首修正為「必減」；2005年修正刑法，則復將自首修正為「得減」。

(一) 1912年暫行新刑律

1912年暫行新刑律第9章設有「自首」專章，其第51條規定：「犯罪未發覺而自首於官，受審判者，得減本刑一等。」、「犯親告罪而向有告訴權之人首服，受官之審判者，亦同。」

沿革補述

暫行新刑律第51條「原案理由」謂：自首減刑，為獎勵犯罪者悔過投誠而設，各國多數之例，惟認特別自首者，著之於分別，其有規定於總則者，蓋緣於中國法系也。自首必須備具四要件：(一)自己之犯罪。(二)必於發覺前。若於發覺後告言已罪，乃自白，非自首。(三)告知於官。唯例外告知被害者，亦准自首法。(四)於官署就審判。四者不備，即不得准予自首減輕也。

「原案注意」謂：得減云者，悉出審判官之鑒衡，並非必減

之謂。至若謀殺、故殺及侵損於人等項，按其情形不與以減，亦非不可。

「補箋」則謂：發覺者，謂當該官廳知其犯罪事實，或事實並犯人均知之時也。通常兼指事實及犯人而言。本條應專指犯人當官廳已知其事實，而犯人尚未露出時，若犯人能自首於官，亦即未發覺之自，首蓋自首減免之精神，在處決實之犯僅謂人，以免無辜者受株連之累。使犯人不自首，則搜查、逮捕、據事實以為之，自不免因疑似而累及無辜也。原案理由中謂，為獎勵悔過投誠者而設，尚失之隘，因從歷上察之自首者，推為多製悔過投誠之貌而希冀減免也。所謂官者，指有搜查、逮捕之權者而言，檢察官及其補助之司法警察官是也。至於預審推事是否有受理自首之權，不無疑義。然從實際上觀之，亦當為其權限內之事。

就受審判，是要件中之要件。蓋真犯自首庶不至累及無辜，所以與以減免之利益，若不就受判，則案情必難明確，牽累終不能免，且自首可以一書而達之官廳，則手續鄰於輕率，反開犯罪者僥倖之門，非法也。

日本刑法關於財產案情得自首於事主，現行刑律亦然。本條以親告罪為限，較為精細。

第52條規定：「一罪既發，別首未發餘罪者，得減所首餘罪之刑一等。」；第53條：「預備或陰謀犯分則特定各條之罪，未至實行而自首於官，受審判者，得免除或減輕其刑。但沒收不在免除之限。」

沿革補述

暫行新刑律第53條「原案理由」謂：「犯罪之程度，始陰謀、次豫備、次著手、次實行，至是犯罪始為完成。惟陰謀及豫備之為罪，分則中僅限於事之重大危險者，其例較未遂例為尤。然此類人犯亟宜解其脅犯，破其詭謀，故採特別自首之法，准予免刑以寬典，而消弭鉅患，此亦刑事政策必應之處分也。至沒收之刑，性質迥異，自不在援減之限。」

(二) 1928年舊刑法

1928年舊刑法則將暫行新刑律原先「自首」專章廢除，僅列為一條個人減輕刑罰事由。其第38條規定：「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3分之1。」、「向被害人、告訴人或請求權之人自首，而受該管公務員裁判者，亦同。」

（三）1935 年刑法

1935 年刑法，因認舊刑法自首效果一律定為得減 3 分之 1，不足以資獎勵，乃於總則編中規定一般自首情形為必減其刑，而在分則編中另訂特別自首情形得減輕或免除其刑。是以第 62 條修正為：「對於未發覺之罪自首而受裁判者，減輕其刑。但有特別規定者，依其規定。」

（四）2005 年修正刑法

2005 年修正刑法因考量自首之動機不一而足，有出於內心悔悟者，有由於情勢所迫者，亦有基於預期邀獲必減之寬典者。對於自首者，1935 年刑法規定一律必減其刑，不僅難於獲致公平，且有使犯人恃以犯罪之虞。在過失犯罪，行為人為獲減刑判決，急往自首，而坐令損害擴展之情形，亦偶有所見。必減主義，在實務上難以因應各種不同動機之自首案例。我國暫行新刑律第 51 條、舊刑法第 38 條第 1 項、日本現行刑法第 42 條均採得減主義，既可委由裁判者視具體情況決定減輕其刑與否，運用上較富彈性。真誠悔悟者可得減刑自新之機，而狡黠陰暴之徒亦無所遁飾，可符公平之旨，宜予採用。故 2005 年修法時將原先自首之必減輕其刑，修正為得減輕其刑。第 62 條規定修正為：「對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑。但有特別規定者，依其規定。」

二、自首之要件

刑法第 62 條所謂自首，祇以犯人在其犯罪未發覺前，向該管公務員自承犯罪，而受裁判為已足，並不以使用自首字樣為必要（最高法院 51 年台上字第 1486 號判例參照）。自首之方式雖不限於自行投案，即託人代理自首或向非偵查機關請其轉送，亦無不可，但須有向該管司法機關自承犯罪而受裁判之事實，始生效力，若於犯罪後，僅向被害人或非有偵查犯罪職務之公務員陳述自己犯罪之事實，而無受裁判之表示，即與自首之條件不符（最高法院 50 年台上字第 65 號判例）。犯人在犯罪未發覺之前，向該管公務員告知其犯罪，而不逃避接受裁判，即與刑法第 62 條規定自首之條件相符，不以言明「自

首」並「願受裁判」為必要（最高法院 63 年台上字第 1101 號判例參照）。

至所謂「發覺」，係指有偵查犯罪職權之公務員已知悉犯罪事實與犯罪之人而言，而所謂知悉，固不以確知其為犯罪之人為必要，但必其犯罪事實，確實存在，且為該管公務員所確知，始屬相當。如犯罪事實並不存在而懷疑其已發生，或雖已發生，而為該管公務員所不知，僅係推測其已發生而與事實巧合，均與已發覺之情形有別（最高法院 72 年台上字第 641 號、75 年台上字第 1634 號判例參照）。

第二款 累犯

一、立法沿革

1912 年暫行新刑律於總則第 4 章即設有「累犯罪」，立法理由謂：「凡已受刑之執行，復再犯罪，此其人習於為惡，實為社會之大慙，若仍繩以初犯之刑，有乖刑期無刑之義，故本章特設規定。」

1928 年舊刑法則於改列於總則第 8 章「累犯」，立法理由謂：「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，故本案分普通累犯與特別累犯二者，後者之處罰，較前者加重。」

1935 年刑法，則又取消普通累犯與特別累犯區別，亦無暫行新刑律時區分二犯、三犯之加重，僅設一般累犯。

而 2005 年修正刑法，則考量保安處分本有補充或代替刑罰之功用，為配合第 98 條第 2 項增訂強制工作處分與刑罰之執行效果得以互代，爰參採竊盜犯贓物犯保安處分條例第 7 條之立法體例，增訂「擬制累犯」之規定。

二、累犯之要件

（一）1912 年暫行新刑律

1912 年暫行新刑律對於累犯分別於第 19 條、第 20 條設有「再

犯」與「三犯」，而異其加重。

第 19 條：「已受徒刑之執行，更犯徒刑以上之罪者，為再犯，加本刑一等。但有期徒刑執行完畢、無期徒刑或有期徒刑執行一部而免除後逾 5 年而再犯者，不在加重之限。」

沿革補述

「原案理由」

按本條累犯之刑加重一等，此其要件有四：一、初犯為徒刑；二、再犯為應宣告之有期徒刑；三、初犯有期徒刑之全部執行既終或無期徒刑及有期徒刑之一部免除執行；四、執行後未過五年。各有一定之理由。

(甲) 本案主刑僅死刑、徒刑、拘役、罰金四種，被執行死刑者，自無從再犯，不必贅論。其拘役及罰金者，倘若再犯，但宣告為最長期及最多額足矣，實際並不必加一等，本條再犯加重，故以徒刑為限。

本條所謂徒刑者，兼賅有期、無期徒刑而言。惟無期徒刑執行既畢，即不能復生再犯之問題，故其一部免除執行者，始有加一等之情形。

(乙) 初犯、再犯罪之種類相同，是為再犯加重之要件，往往有主張此說者。雖然，人固有乘機為惡，不拘殺傷、賊盜、放火、溢水、損壞、略誘、姦非等，苟有機可乘，即無所不為，要皆可以危險社會者，此種兇徒，決不可以再犯之種類不同，而寬假其刑。本條故不限犯罪之種類，惟限以前後同種之刑罰也。

(丙) 初犯之刑，雖受宣告未執行者，若有再犯，仍照加重，外國刑法中有此例。然至其受法庭宣告而未在獄中受執行者，此種之犯，其為刑法效力所能及與否，未易遽決，故本案惟初犯徒刑全部或一部執行既終者，乃得用再犯加重之例。

(丁) 再犯加重，嚴懲其人無悛悔之意，然比較各國統計，知初犯之刑消滅以後，再犯之者，其實行多在 2 年以內，亦間有 3 年以內者，其在 4 年、5 年內者，既足證明其人前此所被之刑已極有效力，足以嚴懲之矣，故本條初犯之刑執行後逾 5 年之再犯，不復加重。

「補箋」

再犯者，謂於初次犯罪，已受確定審判而又犯罪也。確定審判者，謂上訴期限已經過，或既為一切上訴之手續也。上訴者，不服第一次或第二次之判決，而提起第二次或第三次之訴也。使審判未確定時，而發見二次以上之罪，或審判已確定，而刑罰執行中，發見確定前犯之罪，皆謂之「俱發罪」非再犯也。

第 20 條：「三犯以上者，加本刑二等，仍適用前條之例。」

沿革補述

「原案理由」

三犯以上，各國刑法大率俱照再犯之例，然再犯已加一等，則三犯必加二等，此亦至顯之理。至四犯、五犯者，任審判官裁定，以加二等之最長期、最多額宣告之可矣。

「原案注意」

三犯以上加重之要件，在律未有明文，即準用前案之四種要件。

(二) 1928 年舊刑法

1928 年舊刑法分別於第 65 條、66 條分設普通累犯與特別累犯。其第 65 條規定：「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，5 年內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯。」

沿革補述

立法理由謂：「法律所規定累犯，以舊曾犯罪為條件之一，各國立法例可分兩派：一為法國派，以有罪裁判確定後之犯罪為標準。二為德國派，以執行完畢後之犯罪者為標準。主法派者，謂裁判一經宣告，犯人即應有所警戒，受警戒而復犯罪者，應加重其刑；主德派者，謂裁判宣告，尚未受刑，果足為犯人之警戒，則宣告以前，刑律俱在，亦足以警戒之，何待裁判之宣告，故必以實體上受刑全部之執行或一部之執行而經免除者，方足為犯人之警戒，受刑後復犯罪，可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性，而有加重其刑之必要。兩派主張，自以第二派為優，故本案規定累犯之定義，擬仍從原案第 19 條，而將但書之累犯條件，列入定義內，較為確當。」

第 66 條第 1 項則規定：「累犯不同一之罪或左列不同款之罪一次者，加重本刑 3 分之 1；二次以上者，加重本刑 2 分之 1。」、同條第 2 項：「累犯同一之罪或左列同款之罪一次者，加重本刑 2 分之

1；二次以上者，加重本刑 1 倍。（一）內亂罪、外患罪、妨害國交罪。（二）瀆職罪、妨害公務罪、妨害選舉罪、妨害秩序罪。（三）脫逃罪、藏匿犯人及湮滅證據罪、偽證及誣告罪。（四）公共危險罪。（五）偽造貨幣罪、偽造度量衡罪、偽造文書印文罪。（六）妨害風化罪、妨害婚姻及家庭罪。（七）褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪。（八）妨害農工商罪。（九）鴉片罪、賭博罪。（十）殺人罪、傷害罪、墮胎罪、遺棄罪。（十一）妨害自由罪、妨害名譽及信用罪、妨害秘密罪。（十二）竊盜罪、搶奪強盜及海盜罪、侵占罪、詐欺及背信罪、恐嚇罪、贓物罪、毀棄損壞罪。」

沿革補述

立法理由謂：「累犯之處罰，可分為兩種；一普通累犯，即所犯之罪性質不同者。二特別累犯，即所犯之罪為同一或類似者。特別累犯有特別之惡性，最難懲戒，故較普通累犯，自應特別加重，本案擬分別兩義以規定之。」

（三）1935 年刑法

1935 年刑法則取消普通累犯與特別累犯區別，亦無暫行新刑律時區分二犯、三犯之加重，僅設一般累犯。第 47 條規定：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」

（四）2005 年修正刑法

2005 年修正刑法大體維持 1935 年刑法累犯規定，主要配合強制工作而免刑，增設擬制累犯概念，將第 47 條修正為：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至 2 分之 1。」、「第 98 條第 2 項關於因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論。」

沿革補述

立法理由謂：

（一）累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。參之同為大陸法系之日本現行刑法第 56 條及改正刑法草案第 56 條、瑞士刑法第 67 條、奧地利刑法第 39 條、法國刑法第 132 條之 8 至第 132 條之 11 仍有累犯之規定，宜維持現行累犯制度。惟可因行為人惡性之程度酌予限制適用之範圍。

（二）犯罪行為人之再犯係出於故意者，固有適用累犯加重規定之必要；惟若過失再犯者因難據以確認其刑罰反應力薄弱，故宜以勸導改善等方式，促其提高注意力以避免再犯，而不宜遽行加重其刑，故第一項限制以故意再犯者為限，方成立累犯。

（三）保安處分本有補充或代替刑罰之功用，為配合第 98 條第 2 項增訂強制工作處分與刑罰之執行效果得以互代，爰參採竊盜犯贓物犯保安處分條例第 7 條之立法體例，於本條第 2 項增訂擬制累犯之規定。

三、累犯之更定其刑

1912 年暫行新刑律第 21 條：「凡審判確定後，於執行其刑之時發覺為累犯者，依前 2 條之例更定其刑。」其「原案理由」謂：「確定審判，本取不易變動為原則，然累犯之刑，必須加重，故本條於審判確定後，仍許變動而加重之。惟其可以變動者，僅在其執行刑之期間，而不得遽至變其罪名，或改更其審判之全部。」

1928 年舊刑法第 67 條：「裁判確定前發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。」、「前項之規定，於執行完畢或免除後發覺者，不適用之。」其立法理由謂：「原案裁判確定後，於執行其刑之時，發覺為累犯者，依前 2 條之例，更定其刑，其意謂裁判確定後，始發覺者，得變更其裁判，而重新科罪。但執行完畢或免除後，則不得變更其裁判，是兩點：一得變更其裁判，一不得變更其裁判。原案將此兩層，合為一句，設於判定之後、執行之前發覺為累犯者，恐有不能變更其刑之誤解，故本案擬將此條，分為兩項。」

1935 年刑法第 48 條則僅作文字修正，規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。但刑之執行完畢或赦免後發覺者，不在此限。」

四、累犯之適用限制

1912 年暫行新刑律第 22 條規定：「依軍律或於外國審判衙門受有罪審判者，不得用加重之例。」其「原案理由」謂：「違背軍律之罪，與違犯常例之罪，性質不同，亦猶外國審判廳之有罪審判，不得與中國審判廳之有罪審判同視也，故本條設此規定。」

1928 年舊刑法第 68 條、1935 年刑法 49 條則沿襲暫行新刑律規定，均規定：「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。」

至 2005 年修正刑法，因考量 1999 年 10 月 2 日公布修正之軍事審判法，有關第三審上訴程序，依上訴原因，分別由司法審判機關之最高法院或高等法院審理，依本條自應適用累犯加重之規定；反觀依軍法受裁判者，則排除累犯適用之規定，則將發生同一案件視被告是否提起第三審上訴，而發生是否適用累犯加重規定之歧異結果，實有未妥，爰將本條關於「前所犯罪依軍法」受裁判者不適用累犯之規定刪除，以求司法、軍事審判程序中，適用法律之一致。是以第 49 條修正為：「累犯之規定，於前所犯罪在外國法院受裁判者，不適用之。」

第四節 犯罪訴追之條件

第一項 追訴權時效

第一款 時效基礎理論

一、時效制度概論

時效，是指因法定期間的經過，一定事實狀態繼續後，所生權利得喪效果。法律上之時效，一般區分為取得時效與消滅時效兩種。消

滅時效，指因其不行使權利而使請求權減損效力之時效制度，為喪失權利的原因；取得時效則反，係指因一定期間之經過，繼續占有他人之物而取得所有權登記之請求權；或經過一定期間，事實上繼續行使所有權以外之財產權者，得享有其權利之制度。民事法律上關於時效之規定，包含消滅時效與取得時效。

刑事法上的時效與民事上的時效不同，刑法第 11 章所規定的時效全屬消滅時效，可分為追訴權時效與行刑權時效兩種：

所謂追訴權時效，乃就追訴權之不行使設最大之寬容期間，使追訴權因此期間之經過而不得在行使之時效制度，此期間係加於追訴權不行使之限制，而非加於追訴權行使之限制，所以追訴權時效問題為於追訴權不行使時有之，行使則無追訴權時效進行之問題。追訴權之行使，依刑事訴訟法第 2 篇第 1 章、第 2 章之規定，檢察官及犯罪被害人皆可行使之，故追訴權應包括公訴權、自訴權在內。

按刑罰權原係國家基於公權力而行使，純屬國家之公權，是又稱公訴權。嗣因擴張追訴範圍，對於直接受害者亦賦予自由追訴之權（自訴權），是改以追訴權來涵蓋。惟在採國家訴追主義及檢察官獨佔主義之立法例，則專指公訴權，因此稱為公訴時效，如日本刑事訴訟法是；在兼採國家訴追主義與被害人訴追主義之立法例，則包括公訴與自訴，而如前所言統稱追訴權，例如我國即是。

而行刑權時效，則指科刑確定後，因一定期間之經過而未執行刑罰者，因時效之完成，使國家對應受刑罰之人喪失刑罰之執行權者是。

二、時效規定之體系性質

時效制度因事關刑罰之能否執行與犯罪之能否追訴，是以對於犯罪行為人與社會秩序自亦有其相當之影響性，故為刑事立法者所不可不重。惟行刑權時效與追訴權時效究屬實體法或程序法應規定之事項？關於其地位、性質，學說上不無爭議，在立法體例有三種情形：

（一）實體法說

本說認為刑法雖是為就各種犯罪定其所應科之刑而設，然追訴權與行刑權時效皆有限制刑罰之科處的效力，為免除科刑之實體法上原因，故兩者均應規定於刑法之中。採此例者有德國、瑞士、芬蘭、義大利、荷蘭、挪威等國。

（二）程序法說

此說以為追訴權為裁判之動機，行刑權者亦屬裁判執行權之一種，兩者均是關於訴訟程序的問題，須依訴訟程序為之，故應於刑事訴訟法上加以規定。採此說者舉如法國即是。

（三）區分說

採此見解者認為：追訴權時效，屬於訴訟法範疇，為程序上之事項，應規定於刑事訴訟法中；而行刑權時效制度，關乎科刑之時限，是應載於刑法中才算穩當。認同此說之國家，比如日本即是。

而我國現行制度將行刑權時效與追訴權時效統籌規定於刑法，1912年暫行新刑律第15章「時效」的立法理由原案謂：「關於刑法上時效之規定之地位，有左列三種主義……，其第三（按，即實體主義）最為適於條理……，凡此多數立法例，皆採此主義」。是之我刑法從多數立法例，而採實體說；亦即將追訴權時效與行刑權時效統籌規定與規定於刑法中，以為實體法上之問題。蓋如前述，刑法雖主在對各種犯罪定期所應科之刑，然因時效之完成，追訴與執行之實體刑罰權，隨之而消滅，縱有犯罪亦不能對之再予科刑，為免除科刑之原因，是以我國現行制度將之規定於實體的刑法中，誠屬允當之立法。

三、時效制度之理論根據

有關追訴權及行刑權應罹於時效而消滅的學理根據，雖有採否定說者認為，國家不能行使追訴權或行刑權，多由犯人逃亡或藏匿，於經過一定期間後，即不能制裁之，顯非有罪必罰、促人改善之道，而不認時效經過能成為追訴權及行刑權消滅的原因。惟衡諸下列諸說，近世各國刑法莫不承認時效為刑罰權、追訴權消滅之原因；茲將刑法

上時效制度之學理根據，分述如下：

（一）痛苦代刑說

本說認為犯罪者經年累月之逃亡，終日懷刑之懼；其長時間所受精神上之痛苦，實不啻身受刑罰之制裁，是該內心所隱藏之痛苦，亦足償其應受之刑罰，是以身心上所受的痛苦來代替刑罰的執行。

（二）改過遷善說

本說以為其人之犯罪行為，經過既久，而未引起社會之注意，足證其人已改過自新；且國家之行使刑罰權之目的，在防止犯罪之發生與犯罪者之再犯，今犯罪者既已遷善，則刑罰之目的已達，自無再予追訴之必要。

（三）證據消滅說

認為犯罪行為經過既久，有罪之證據或對犯罪行為人有利的佐證，均因客觀環境之改變致蒐集困難，縱對之為有罪甚或無罪之判決，亦不確實，因為證據已經消滅，所為的判決也必定是不可靠的。

（四）秩序回復說

認為犯罪者在經過長時間的逃亡後，對社會所加之侵害，既歷時甚久，社會秩序已然恢復，如再加以訴追，反致擾亂，是謀法律與現實之調和，應尊重現實之狀態，而無再予以處罰之必要。

由於時效制度針對罪質之輕重而設計有不同之期間，而犯輕罪者，其時效期間尚短，犯罪人於逃避刑罰之追訴與執行之期間，未必處於身心痛苦之情況，甚至可能以此為樂事；而犯重罪者，其時效期間雖長，然窮凶惡極之徒，未必受身心之煎熬，故而「痛苦代刑說」並不可採。

再者，犯罪人長期未受刑之追訴與執行，並不意味犯罪人已有悛悔之意，蓋犯罪人可能於時效期間內更犯他罪，只不過原來之罪未被發覺，因此，「改過遷善說」的主張，其理由並不充分。

而「證據消滅說」之主張，亦不具說服力，蓋雖犯罪後經過相當

期間，證據之保全與取得可能有其困難性，然而輕罪之時效期間較短，重罪之時效期間較長，若考量證據可能消滅之理由，則不應有差別之對待，此其一；而且，犯罪雖經一定期間，證據並必然會消滅或難以蒐集，縱使發生證據消滅或難以蒐集，亦可依證據法則，予以無罪之推定，故不成問題；再者，「證據消滅說」對於追訴權時效或有些許理由，然而對於行刑權時效，則毫無根據，蓋行刑權時效之起算，係以有罪判決確定之日始，與證據之保全並無關係。

至於「秩序回復說」的主張，則較具說服性，蓋個人之刑事責任如久不能確定，勢必使與犯罪者有生計關係之人均受影響，而影響所及之社會層面，非吾人所能設想，所害於社會秩序、社會生活者實鉅。兼且追訴處罰之結果，往往由於事已境遷，不論是對個人或國家，實益都是有限的；故而衡諸輕重得失，實有設時效制度以限制、消滅刑罰權與追訴權之必要；因此現代各國法律，對於犯罪行為、犯罪行為人，均有經過一定期間即不再予以追訴、處罰之規定。

（五）小結

我國刑法第 11 章時效中，有追訴權時效與行刑權時效之設，就此種立法體例而言，乃係將時效制度認定為實體法之範疇；然而，若時效制度係屬實體法之範疇，則其應受刑罰理論所指導方為合理，倘時效之學理根據與刑罰理論無涉，則時效制度恐非實體法範疇之概念。就刑罰理論的觀點來看，時效制度之設，其實不符合報應理論，因為報應理論基於正義之要求，而對犯罪必須施加刑罰，基此立場，乃不承認時效制度；時效制度亦不符一般預防刑理論之要求，只因一般預防係藉對犯罪施以刑罰，以達一般人民不敢犯罪為目的，倘承認時效制度，將使一般預防失其效用。

再者，時效制度也與特別預防刑理論不合，蓋特別預防刑理論只於犯罪人已無再犯罪之可能，而有悛悔之實據，方有可能免除刑之追與執行，而犯罪人有無符合上要件，則係法院進行實質審查不可得知，因此特別預防刑理論並不承認時效制度之設。

如此，時效制度之學理根據，並不能從刑罰理論中得出，而係如同「秩序回復說」所主張的理由，乃為調和法律與社會現狀而設之制

度，因此，時效制度之立法體例，應屬程序法之範疇。

論者有謂在民事法上的消滅時效係規定於民法（第 125 條至 147 條），乃屬實體法之範疇，因此刑事法上的時效制度，亦應屬實體法範疇為是。然而所應注意者，民法乃係以權利義務之種類、要件、內容、行使與得喪變更為其規範對象，不同於刑法係以犯罪之成立要件與法律效果為規範對象，在刑事法上關於國家刑罰權之有無與發動、行使，係規定於刑事訴訟法與其他特別法，如監獄行刑法等程序中，而追訴權時效與行刑權時效，係有關國家刑罰權發動和執行之限制規定，故而其應屬程序法範疇之規定。

第二款 追訴權時效之期間

一、1912 年暫行新刑律

我國刑法自暫行新刑律始，即有追訴權時效之規定。惟在「暫行新刑律」實行時期之刑罰追訴，非如現行刑法以追訴權稱之，而是規定為公訴權，蓋當時之刑事追訴採國家訴追主義，並未採被害人訴追主義，因稱追訴權時效為「公訴時效」。

所稱「公訴時效」規定在該法第 69 條，分公訴權為死刑、無期徒刑或一等有期徒刑、二等有期徒刑、三等有期徒刑、四等有期徒刑、五等有期徒刑等六個等級，而為時效期間之劃分規定；其詳細之內容如下：一、係死刑者 15 年。二、係無期徒刑或一等有期徒刑（15 年以下 10 年以上）者 10 年。三、係二等有期徒刑（10 年未滿 5 年以上）者 7 年。四、係三等有期徒刑（5 年未滿 3 年以上）者 3 年。五、係四等有期徒刑（3 年未滿 1 年以上）者 1 年。六、係五等有期徒刑（1 年未滿 2 月以上）拘役罰金者 6 月。該期限均犯罪行為完畢之日起算；逾期不起訴者，其起訴權消滅。

二、1928 年舊刑法

1928 年所公佈施行之「舊刑法」，將「暫行新刑律」中所稱之「公訴權」改以起訴權時效來涵蓋，並將「暫行新刑律」中五款之分

法，精簡為三項。

第 97 條規定：「起訴權，逾下列期間而不行使者，因時效而消滅：（一）死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑者，20 年。（二）1 年以上 10 年未滿有期徒刑者，10 年。（三）1 年未滿有期徒刑、拘役或罰金者，3 年。」、「前項期限，自犯罪成立之日起算。但第 75 條之連續犯罪，自犯罪最終之日起算。」

三、1935 年刑法

1935 年有關追訴權時效制度，與 1912 年暫行新刑律相同，將死刑、無期徒刑之追訴權時效，與一般的有期徒刑之追訴權時效加以區別，1928 年舊刑法大致上雖亦維持以刑罰總類及刑度為時效期間區分標準之立法例，但卻將死刑、無期徒刑、10 年以上有期徒刑之追訴權時效，訂為 20 年。而 1 年未滿有期徒刑、拘役或罰金刑者，追訴權時效則同為 3 年；雖非不可歸類為前述以刑罰種類及刑度為標準之立法例，但顯有以重罪、輕罪為標準之疑，是與 1935 年刑法差別較大之處。

又 1928 年舊刑法中對追訴權時效之分類，雖簡化為三項，但主要之不同點係 1 年以上至 10 年未滿之有期徒刑，現行法將之分為 1 年以上 3 年未滿、3 年以上 10 年未滿之有期徒刑。暫行新刑律則將 15 年以下 10 年未滿之有期徒刑與無期徒刑同列為一追訴權時效之等級，將 1 年未滿 2 月以上之有期徒刑與拘役罰金同列為一等級，其後再分為 1 年以上 3 年未滿、3 年以上 5 年未滿、5 年以上 10 年未滿有期徒刑及死刑為四種分類，是以有暫行新刑律之公訴權時效期間為六等級、1935 年刑法之追訴權時效為五等級、1928 年舊刑法為三等級之不同。

此外依歷次法文之規定，追訴權時效期間之起算日，亦並不完全相同：「暫行新刑律」以犯罪完畢之日為起算點，「舊刑法」原則上以犯罪成立之日為起算點，連續犯則例外自犯罪終了之日起算。現行法亦以犯罪終了之日為原則，惟犯罪有連續、繼續之狀態者，則自行為終了之日為起算點。

沿革補述

查第二次修正案理由謂原案第 69 條第 2 項後段，逾期不起訴者，其起訴權消滅句，擬改置第 1 項，於時效之意義，較為明顯。又逾期不起訴句，似與原案第 72 條，偵查為起訴權中斷之規定不符，若偵查在期限內，而起訴在期限外，照原案第 69 條第 2 項，則期限已滿，公訴權消滅，而第 72 條則期限未滿，公訴權仍未消滅，兩者互相抵觸，故擬將提起二字，改為行使二字，較為賅括。因偵查為行使公訴權最初之手段，當然包括在內也。

外國立法例，公訴權之時效期限最多者，分為七項，最少者分為兩項，多數國以五項為準，本案擬從多數國。又最長期限中，其最長者為 30 年，最短者為 10 年，多數國以 20 年為準，原案規定為 15 年，為期略短，況中國地大，交通不便，偵查犯人之機關未備，尤不宜立此短期，故本案擬從多數國，定為 20 年。又最短期限中，其最長為 5 年，最短為 2 月，多數國以 1 年為準，原案規定 6 個月，亦覺為期略短，故本案擬從多數國定為 1 年，其餘各項時限，均酌量於最長及最短期限中分酌。原案第 69 條第 2 項，規定時效期限，自犯罪行為完畢之日起算，與德國現行刑律第 67 條第 4 項，大致相同。於此有不能無疑者，蓋公訴之時效，為消滅刑罰權而設，故時效必以刑罰權為根據，若於刑罰完畢之日起算，不問行為結果發生於何日，恐刑罰權尚未發生而時效之起算先已進行，例如殺傷行為完畢後，1 月被害人始死亡，則殺人罪於 1 月後成立，而其時效乃於殺傷行為之日起算，按之理論，及刑事政策，均有未妥。是以德國法學家，反對此種計算，不遺餘力，故本案擬修正 1928 年所制頒的舊刑法之規定。

四、2005 年修正刑法

2005 年修正刑法第 80 條規定：「追訴權，因下列期間內未起訴而消滅：一、犯最重本刑為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑之罪者，30 年。二、犯最重本刑為 3 年以上 10 年未滿有期徒刑之罪者，20 年。三、犯最重本刑為 1 年以上 3 年未滿有期徒刑之罪者，10 年。」

沿革補述

2005 年刑法第 80 條之修正理由：

一、按追訴權之性質，係檢察官或犯罪被害人，對於犯罪，向法院提起確認國家刑罰權之有無及其範圍之權利。因此，追訴權消滅之要件，當以檢察官或犯罪被害人未於限期內起訴為要件。蓋未起訴前，法院基於不告不理原則，無從對於犯罪之

國家刑罰權確認其有無及其範圍；自反面而言，倘經起訴，追訴權既已行使，原則上即無時效進行之問題。爰將第 1 項前文「不行使」一語，修正為「未起訴」，以資明確。而所謂起訴，係指刑事訴訟法第 251 條第 1 項提起公訴及第 451 條第 1 項聲請簡易判決處刑者而言。

二、本法第 83 條第 1 項，將依法不能開始或繼續偵查之情形，列為追訴權時效之停止原因，並於同條第 3 項，配套規定其繼續存在如達於本條第 1 項各款所定期間四分之一者，其停止原因視為消滅，該條之規定相當繁瑣，在適用上，模糊而不要便利。依前開說明，追訴權之消滅既以一定期限內未起訴為要件，基於判斷之明確性及便利性之考量，應儘量將判斷標準單純化，故第 83 條第 1 項關於依法不能開始或繼續偵查之追訴權時效停止原因之規定，衡酌偵查需要，除依法應停止偵查或被告逃匿而通緝者外，並無完全保留之必要，爰予修正以利時效期間之計算。

三、依修正後之偵查期間除有法定事由外，時效並不停止進行，如時效期間過短，有礙犯罪追訴，造成寬縱犯罪之結果，為調整行為人之時效利益及犯罪追訴之衡平，本條第一項各款之期間，依最重法定刑輕重酌予以提高。

四、現行法第一項各款之文字，語義不甚明確。其中：（一）追訴權，係指檢察官或自訴人對於「犯罪」請求訴追之權利，現行規定有使人誤解為係對「刑」訴追之虞，而有修正以「罪」判斷之必要；（二）至於各款判斷之標準，雖第 81 條另有規定，惟語義籠統不清，且另設專條，亦屬冗贅。爰修正第 1 項各款之用語為「犯最重本刑」，並刪除第 81 條之規定。

五、因第 56 條連續犯之規定已刪除，本條第 2 項但書配合修正，將「連續或」等字刪除。

五、追訴權時效之要點

追訴權之時效期間，各國多採等級制度，惟關於等級之分，有以重罪輕罪為標準；亦有以刑罰種類及刑度為標準者；有分為七等者，亦有五等之分者，各國法制不盡相同。其間依刑罰種類及刑度為區分等級者，如德國刑法將犯罪依重罪、輕罪及違警罪分別規定其刑事訴追之時效即是；至於依重罪輕罪為標準者，如日本、義大利、瑞士等國即是。我國刑法則同德國制，分拘役罰金、徒刑為五種等級而定各追訴權消滅之時效。

刑法第 80 條所規定之追訴權時效期間，均以法定本刑之最高刑度為準，逾此期間，為避免曖昧科刑，並確定權責關係，是以特定追

訴權之消滅時效一經完成，追訴權因而喪失，對該行為人檢察官即不得提起公訴，若已經偵查者，應依「刑事訴訟法」第 252 條第 2 款，基於時效已然完成之理由，諭知不起訴處分。此時犯罪被害人亦不得提起自訴，若誤而自訴者，審判中，法院應就此諭知免訴判決（刑事訴訟法第 302 條第 2 款）。如判決尚未確定者，則得為上訴之理由，如在判決確定後使發現追訴權時效已經經過者，則得為再審之理由。

惟應注意者，在告訴乃論之罪，依「刑事訴訟法」第 237 條第 1 項之規定：「告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯罪之時起，於 6 個月內為之」。此項 6 個月之告訴期間，仍須在追訴權行使期間內，否則縱令告訴，亦不生告訴之實益；蓋追訴權時效為消滅追訴權存在之原因，而告訴期間則為告訴乃論之限制條件，必先有追訴權存在之前提，而後始有告訴期間內行使告訴權之問題，是以論者有謂告訴期間，關於時間上所受者，為兩重之限制。

此外，依「刑事訴訟法」第 232 條第 2 項的規定：「得為告訴之人有數人，其一人遲誤期間者，其效力不及於他人」。是知其與追訴權時效得對抗任何人之效果，亦有不同，應加以區別。

第三款 追訴權時效之計算

一、立法沿革

1912 年暫行新刑律第 70 條原規定：「二罪以上之起訴權之起訴時效期限，據最重刑依前條之例定之。」；至 1928 年舊刑法第 98 條則修正為：「起訴權之時效期限，據本刑之最高度計算。有兩種以上之主刑者，據最重主刑之最高度計算。」；1935 年刑法第 81 條則僅將「起訴權」修正為「追訴權」。由於 2005 年修正刑法已於第 80 條第 1 項增訂「犯最重本刑」之文字，而認第 81 條即無重複規定之必要，遂予刪除。

沿革補述

依 1928 年舊刑法立法理由，謂：「查第 2 次修正理由謂前法律館修正案及憲政編查館核訂案，於前條所規定各項時效期