

中華民國三十五年十一月(新)一版

刑法總則釋義

二全冊

著作人 俞承修
上海法學編譯社

發行人 王秋泉
上海河南中路三二五號

印刷所 會文堂新記書局
上海河南中路三二五號

總發行所 會文堂新記書局
上海河南中路三二五號

分發行所 會文堂新記書局
北平琉璃廠



有著作權

中華民國
刑法總則釋義 下冊

俞承修 著

第五章 刑

國家對於違法之行為爲維持法律秩序起見必施以制裁制裁之方法厥惟處罰爲維持官廳執行公務對妨礙之人所施之處分曰秩序罰如法院組織法第六十九條所規定之看管及罰鍰是爲維持權力關係對特別義務人違反義務之處分曰懲戒罰如公務員懲戒法第三條所規定免職降級減俸記過及申誡是爲強制執行法令對不從法令之人之處分曰強制罰如行政執行法第二條所規定之罰鍰是其因維持公共秩序社會安寧對觸犯刑事法規之人所施之處分即本章所規定之刑罰也惟秩序罰懲戒罰強制罰均係基於國家行政權之發動與刑罰之基於刑罰權之發動者不同刑罰雖爲國家對於違反法律者制裁方法之一要不能與行政罰相提並論也

刑罰者國家對犯罪者所施之處分用以預防犯罪者也在近代罪刑法定主義之下必有犯罪始科刑罰非觸犯刑事法規不容濫施刑罰同時科刑既以犯罪爲前提犯罪之主體以自然人爲限刑罰自亦不能例外且刑罰權操諸國家必代表國家行使刑罰權之人始可論科及執行在人民相互間固不許執刑法以相制裁卽非特定之國家機關亦不許審判犯罪所以重人權也

刑罰之目的從來學者不一其說有謂刑罰卽犯罪之報應科刑之目的卽對於犯罪人所施之報復此爲報應說有謂刑罰爲預防犯罪之工具在社會方面所以警惕人民納諸軌物在犯罪人方面所以懲其已往促其自新不致罹於再犯此爲豫防說在報應說之下刑罰以使犯人感受痛苦爲其目的在預防說之下刑罰以使犯人隔離社會改善心理的狀態爲目的二者之論據不同而結果亦異輒近法律思想發達報應說已成陳蹟刑罰預防犯罪之義幾爲學者所公認

國家操有刑罰權前已言之惟其根據何在學說不一有謂原始社會紛爭攘奪侵害報復循環無已厥後乃以相互之協約組織社會各以權利之一部奉諸主權者使任保護之責主權者對違反協約之人有權處罰以維秩序此爲民約說有謂國家之秩序個人之法益保障之責操諸神

明神明對於破壞秩序侵害法益之人命人類加以制裁此爲神授說有謂國家有維持秩序保護人民之專責故以刑罰預防實爲必要之舉此爲必要說然國家本有獨立之主權基於主權作用而對內行使其統治權非藉刑罰之力量不足以消滅犯罪故必要說爲多數學者所翕從

刑罰之本質目的及根據固各國僉同而其種類則互異本章卽規定刑罰之名稱種類及換刑之處分舊法第七章稱刑名本法改稱刑者以其規定整個的刑罰體系非僅規定刑罰之名稱已也至對犯人所施之警察處分本法另設保安處分一章殿於總則之末固不認爲刑罰者也

第三十二條 刑分爲主刑及從刑

一 析義

本條規定刑罰之種類一曰主刑一曰從刑主刑爲獨立之刑罰換言之卽得獨立科處之刑罰是也亦稱本刑從刑附隨於主刑科處除有得專科從刑之特別規定外非科主刑卽不得科以從刑亦曰附加刑其區別之實益在此

二 立法例

刑罰分主刑及從刑爲多數國家所採用惟暹羅刑法及日本改正案列舉最重刑以至最輕刑不復設主刑從刑之區分茲將條文列左

暹羅刑法第十二條 刑之種類如左

- 一 死刑
 - 二 禁獄
 - 三 罰金
 - 四 居住限制
 - 五 沒收
 - 六 善行保證
- 日本刑法改正案第三十條 刑之種類如左
- 一 死刑
 - 二 懲役

- 三 禁錮
- 四 資格喪失
- 五 資格停止
- 六 居住限制
- 七 罰金
- 八 拘留
- 九 罰鍰
- 十 譴責
- 十一 沒收

法國刑法典草案初稿第十九條 身體刑及恥辱刑如左

- 一 死刑
- 二 無期徒刑

第一編總則 第五章 刑

刑法釋義

三 遣送於警備區域之流刑

四 普通流刑

五 有期徒刑

六 禁錮

七 懲役

褫奪公權爲單純恥辱刑

同草案第二十條 懲治之刑如左

一 配送於懲治場所之有期監禁

二 罰金

同草案第二十二條 喪失無償受領及處分之能力爲重罪特有之刑

公示處罰裁判爲重罪輕罪公有之刑

有期禁止行某種公權私權及親屬權爲輕刑獨有之刑

本法典第四十八條所規定之沒收爲重罪輕罪違警罪共有之刑

三 判解

褫奪公權爲從刑之一種應於主文內宣告 大理院七年上字第八九〇號判決

褫奪公權應於其主刑之下宣告第二審判決乃在定其主刑執行刑及裁判確定前羈押日數折

抵徒刑以後究就何罪褫奪權實欠明瞭 最高法院二十一年非字第七五號判決

沒收係從刑之一種與主刑有從屬之關係主刑撤銷從刑即不能獨立存在第二審既以第一審

判決罪刑部分爲不當撤銷改判而於從刑部分又予維持之均屬違法 最高法院二十一年上字第八七五號判決

從刑在原則上必附加於主刑而宣告故於辦理開設煙館案件並搜獲賭具者如未就賭博行爲

加以制裁自不得沒收賭具 大理院四年非字第五二號判決

第三十三條 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四個月

五 罰金 一元以上

一 析義

本條規定主刑之種類及其最高度最低度在罪刑法定主義原則下刑罰以明定於刑事法規爲限本條之設以此

稱主刑者別於從刑而言刑罰在原則上必先處以主刑方能處以從刑例外或有專科從刑者惟無論主刑及從刑均以本法規定者爲限故不問舊法上任何名稱之刑罰苟非規定於本法者均非刑法上之刑名

第一款規定死刑剝奪犯人之生命法益使其永遠隔離社會亦曰生命刑第二款至第四款規定無期徒刑及拘役均係剝奪犯人之身體自由亦曰自由刑無期徒刑雖係終身監禁無異死

刑之永遠隔離社會然尚有因假釋赦免出獄之希望至有期徒刑與拘役表面上僅係期間長短之差而實際法律上之效果亦異例如受徒刑執行而再犯者成立累犯而會受拘役執行者則否至其自由之被剝奪身體之被禁錮則一也第五款規定罰金刑剝奪其財產法益亦曰財產刑最宜制裁基於刑懲而犯罪之人並可避免短期自由刑之流弊

死刑無期徒刑之外有期徒刑及拘役之最高度與最低度本法亦與以明文規定有期徒刑爲二日以上十五年以下拘役爲一日以上二月未滿分則編各章所定之法定刑期均不能超越此基本原則惟犯罪有因身分或其他情狀有加減時或超過最高度以上或在最低度以下故不可不於第三第四兩款別設但書之規定以爲準據惟無論加至若干減至若干刑之本質並不變更拘役僅言加重者因刑罰以年月日爲單位不以時計減至一日未滿依第七二條不算故毋庸更爲規定惟分則所定期拘役無最高度最低度之規定罰金僅有最高度之規定科刑之際應分別受本條之限制實不待言

二 沿革

我國刑制發達獨早在唐虞三代以墨劓剕宮及大辟爲五刑不外以剝奪身體健康及生命法益

以爲制裁之方法而墨刑尤含有名譽刑之意義至漢廢肉刑自由刑之觀念始漸發達隋乃改以笞杖徒流死爲五刑歷唐以至於明均無所變更清末變法時之大清現行刑律廢止體刑改以罰金徒流遣死爲五刑又隋唐之際尙有贖刑制度可以財帛而免刑之執行是雖無罰金刑之名稱然剝奪犯人財產法益而有罰金刑之性質者由來久矣

民國成立因文明進步刑法之觀念亦隨而進展除體刑有悖人道且不足達預防之目的清現行刑律已經廢止外並以流遣之刑將凶惡之徒竄諸遠方亦非治本之策一併廢止仿他國法例以死刑無期徒刑有期徒刑拘役罰金爲主刑自暫行新刑律以來僅期間有長短之差而種類及名稱從無變更論者或謂我刑法所規定之主刑始終僅五種實受傳統的「五刑」觀念所拘束此又不盡然也至爲疏通監獄而移囚改遣雖爲流刑之變相此係監獄政策要不能謂爲刑罰之一種

暫行新刑律有期徒刑復分五等舊刑法以有期徒刑以年月計爲各國之通例且以等級計者遇有加減必係一等恐有畸輕畸重之弊即分則所定期期亦必以此五等爲準然罪情重輕不同必繩以五等難免不失諸酷即失諸寬之病故改以年月計本法從之

舊刑法拘役之最高度亦爲二月未滿加重時得加至二月以上本法以其最高度如無限制易與徒刑相混故明定遇有加重時僅得加至四個月又舊法罰金之最低度與本法同惟因犯貧得減至五分之一例如犯人被處罰金一元因貧減至五分之一則繳納二角可矣本法以繳納罰金之期間已延長爲二月一元之數不至無法繳納即確屬無力繳納亦可使易服勞役無更予減刑之必要故刪除之茲將有關條文列左

唐律 笞刑五 一十贖銅 二十贖銅 三十贖銅 四十贖銅 五十贖銅

杖刑五 六十贖銅六斤 七十贖銅七斤 八十贖銅八斤 九十贖銅九斤 一百贖銅十斤

徒刑五 一年贖銅二十斤 一年半贖銅三十斤 二年贖銅四十斤 二年半贖銅五十斤 三年贖銅六十斤

流刑三 二千里贖銅八十斤 二千五百里贖銅九十斤 三千里贖銅一百斤

死刑二 絞斬贖銅二十斤

大清現行刑律

五刑

第一編總則 第五章刑

刑法釋義

罰金十 一等罰銀五錢○收 二等罰銀一兩 三等罰銀一兩 四等罰銀二兩 五等罰銀五錢 六等罰銀

兩 七等罰銀七兩 八等罰銀十兩 九等罰銀十二兩 十等罰銀十五兩

徒刑五 一年 依限工作○收 贖銀十兩 一年半 依限工作○收 贖銀十二兩五錢 二年 依限工作○收 贖銀十五兩 二年半 依限工作○收 贖銀十七兩五錢 三

年 依限工作○收 贖銀二十兩

流刑三 二千里 工作六年○收 贖銀二十五兩 二千五百里 工作八年○收 贖銀三十兩 三千里 工作十年○收 贖銀三十五兩

遣刑二 極邊足四千里及煙瘴地方安置 俱工作十二年 新疆當差 工作十二年○收 贖銀數俱與滿流同

死刑二 絞斬 內外死罪人犯除應決不待時外餘俱監候秋審朝審分別情實緩決矜疑奏請定奪○收贖銀四十兩

暫行新刑律第三十七條 刑分爲主刑及從刑

主刑之種類及重輕之次序如左

第一 死刑

第二 無期徒刑

第三 有期徒刑

一 一等有期徒刑 十五年以下十年以上

二 二等有期徒刑 十年未滿五年以上

三 三等有期徒刑 五年未滿三年以上

四 四等有期徒刑 三年未滿一年以上

五 五等有期徒刑 一年未滿二年以上

第四 拘役 二月未滿一月以上

第五 罰金 一圓以上(下略)

舊刑法第四十九條 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

三 學說

死刑與無期徒刑之存廢學者不一其說主死刑廢止論者以死刑剝奪他人生命慘酷而失人道且刑罰原以促人悔過以達其預防犯罪爲目的受死刑宣告之人縱欲幡然改善已不可得徒喪國家之元氣無裨於社會况人死不可復生倘有科罰失當更感救濟無方而主死刑存在論者以刑法科以死刑之人必罪性重大惡性深切非可望其改悔者故奪其生機使永遠隔離社會此原係必要之圖不能以人道論而減削法律之權力且死刑之執行特別慎重判決確定之後並須經最高司法行政官署之令准（刑事訴訟法第四六五條）決無失入誣枉之弊二說固各有其理由然死刑之存廢要須視國情民性而定是以各國立法例中亦有異同本法明文規定蓋採後說也惟與舊刑法相比較專科死刑者已多所刪減殆以此爲過渡辦法而爲他日廢止死刑之準備歟

無期徒刑學者亦不無非難之者謂犯人年齡不同幼年者犯之須受長期之羈禁老年者則否且壽命亦難預測有入獄後不數日即死者有入獄後數十年而不死者雖同一無期徒刑幼者強者受之

爲重而老者弱者受之爲輕有失法律平等之義且刑罰在犯人主觀的觀念上爲苦痛無期徒刑終身不得自由較死刑感覺苦痛於一時者其殘酷尤甚在客觀方面本欲期犯人改悔然既終身監禁不免因無出獄之望而自暴自棄不合刑罰之目的況無期徒刑劃一而無等差不能視罪情以爲適當之應用尤失相對法定主義之真諦以是倡廢止無期徒刑之說一部學者則反對之謂刑罰因犯人年齡體格而執行長短有所等差在有期徒刑亦有同一之缺陷例如科十五年有期徒刑者老年人受之亦有不待執行完畢而死亡者本不僅爲無期徒刑之缺陷且本法對年未滿十八歲及滿八十歲人不得科無期徒刑已設有限制(第六十三條第一項)更不能爲非難之論據其次刑罰本以預防犯罪爲其目的而以教誨感化爲其方法既非如報應主義時代予犯人以痛苦尤不容自暴自棄且除赦免外執行十年而行狀善良並得許假釋出獄(第七十七條第一項)亦決無自甘暴棄之理至無期徒刑劃一而無等差則係刑之本質使然苟法官運用得當自無流弊如運用不當則其他刑罰亦難收效此係司法問題而非立法問題各國法例亦存廢參半

有期徒刑雖規定自二月以至十五年然分則上規定長期自由刑較少而短期自由刑較多拘役