

謝越石著

刑法新詮

萬兆芝題

弁

言

我國刑法自民初頒布暫行刑律以來已將從前民刑不分茲次清律例全部推翻查暫行律起草於前清末季係採明近世各國之法律及學說根據法律上之原理原則而編成一部刑律與迆於民國成立之初刪除其與國體抵觸之部分而修正之由臨時參議院通過施行在我國法制史上雖屬創舉而行之十有餘年尚稱便利惟因其中規定未能盡合乎國俗民情悉臻完善故在北京政府時代修訂法律館已有第一次修正刑法草案及第二次修正刑法草案貢獻於世（見法律草案彙編）至國民政府成立亟亟於厘訂法典即依第二次修正草案爲新刑法藍本並參以最新學理及最近潮流畧加修改經過審查修正審議種種程序卒由中央常務會議決議後公布施行即現行之新刑法是也查該刑法大體雖仍與暫行刑律相若而內容則改造甚多其

因實地經驗並迎合革命心理自不無比較進步之處然而細心考察則尙多疎漏繁瑣及矛盾偏頗之嫌爲世詬鄙人素喜研究刑法昔曾著有「刑律通詮」一書對於暫行刑律除詮釋外所有贅議希望將來刪改者幸經新法修正後已不復見此瑕疵（如暫行律總則第五十七條第七十七條及第八十八條之修改又第八十四條及第八十五條之宜刪除等是）雖不敢自詡爲立言之或當亦差幸見解之相同也茲當新舊刑法遞嬗之秋各同志徵詢意見不揣謏陋復將新刑法逐條演繹闡發新義名曰刑法新詮務求其文簡而能賅其義博而能約並比較其異同得失之處附着評論於後即就鄙見所及分別論列未敢自以爲是妄蹈輕議國法之咎不過依據學理公開討論以期當代法律家之指導或者千慮一得亦足爲立法上改進之一助云爾

中華民國十九年三月

謝越石自識

刑法新詮凡例

一本書以解釋刑法爲任務解釋刑法學有箋註體與講義體之不同本著係用箋註體就新刑法逐條演繹並不別立系統仍依前著刑律通詮之例故名曰刑法新詮

一本書根據文理論理兩種解釋合併討論詞意淺顯務求了解立法上之旨趣以裨寔用而資研究至關於刑法學之沿革及比較多屬語焉不詳

一刑法總則所採取之學說及立法原則比較暫行刑律雖大體不甚懸殊而條文更改寔多故本書對於新舊異同得失之處皆以兩法相提並論

一本書於解釋之中間有批評之處除隨處質疑以便注意外並將所有顯著及重要之問題數則附著評論一卷於後

一本書稱舊律者指已廢止之暫行刑律而言至援引大清以前

之律例概稱古律以別之或冠以朝代如唐律清律之類

一稱原案者指前法律館第二次修正刑法草案（查自民國四年前法律館即訂有修正刑法草案嗣又有二次修正刑法草案均見法律草案彙編）因本法草案係以該修正草案爲藍本而修改之故本著稱爲原案並節錄其修正理由即稱爲原案理由惟該理由中所稱原案者係指暫行刑律稱修正案者係指第一次修正草案稱舊律者概指清律以前而言合併聲明

一本書除節錄原案理由外並參考判例解釋例及近世學說就個人所見以定去取自愧學識有限淺陋在所不免尙希閱者有以賜教爲幸

刑法新詮目錄對照表

第一編 總則

第一章	法例
第二章	文例
第三章	時例
第四章	刑事責任及 刑之濫免
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

條	目	頁	數
一	九	一	二
二〇	二〇	三	三
二	三	七	四〇
二四	三八	四	七
三九	四一	七	六
四	四七	八	二〇
四八	四七	一〇五	三
五	四八	一四	一四二
六	四九	一四三	一五九
七	五〇	一六〇	一六六
八	五一	一六九	一七九

第三章	緩刑	九〇……………	二八〇……………
第三章	假釋	九二……………	一八八……………
第四章	時效	九七……………	一九七……………
		一〇三……………	一九九……………

刑法新詮

附評論

萃郇謝越石著

第一編 總則

刑罰之有總則。略與大清律之名例相類。律古律例原無總則與名例之稱。各國皆然。我國中國。自李衛始著法經六篇。殿以具律。蓋戶與賦三篇。合爲九章。而具法列於第六。魏律始改稱刑名。居十八篇之首。晉律分刑名法例爲二。至北齊始合而爲一。謂之名例。歷隋唐宋元迄於明清。皆沿斯例不改。是編以刑名法例二者。皆屬總則中之一部分。不能包括全體。在南清法律館起草刑律。（即民元頒布之暫行刑律現已廢止。以後改稱舊律）即採取東西各國立法之先例。該括刑法上適用一切綱領。凡有法律及例時例。以及犯罪之普通要件。刑罰之施行通則。皆應分章備載。故名之曰總則。

舊律總則規凡十七章。本編已改併爲十四章。除將赦免一章認爲不屬刑法範圍。應行刪除外。復將省減自首與不爲罪。三章合併爲一。改稱爲刑事責任及刑之減

免章。其他略有移動修改。而內容大致相同。應於各章詳述之。

第一章 法例

法例之名。沿於晉律。其後併於名例。取制不同。內容各別。非特義有廣狹而已。若本章所定。專就刑法適用之效力列舉之。故如第一條及第二條。關於時之效力。第三條至第八條。關於人及地之效力。第九條。則對於此外刑事法令準據之效力。皆爲本法施行首應解決之問題。是以各國編纂刑法。皆從此等法例入手。本法仍依舊律之所規定。惟條文略有修改。並將舊律第十條。移置於本章第一條。以示開宗明義之大原則。是亦立法上較爲進步之處也。

第一條 行爲時之法律無明文科以刑罰者不爲罪

本條規定。採用法定罪刑主義之大原則。不許比附援引。罰及律無明文之行爲。故以行爲時之法律爲準。亦即規定刑法關於時之效力之一端也。與舊律第十條規定。『法律無正條者不問何種行爲不爲罪』文義相當。稱行爲時之法律。包括普通刑法。及其他特別刑法。或附屬刑。內之罰則是。而言無明文科以刑罰。即

無處罰之正條也。不爲罪者，即不成立罪行之謂。與其他不負刑事責任之行爲，不罰者，有別。

法定罪刑主義者，因立法上認定何種行爲爲罪，必須著爲明文，使人民有所遵循。裁判有所依據，方不至於枉濫。故無明文處罰之行爲，即法律不認爲犯罪者，不認爲罪。而比例以罰之，非立法上之過，實司法上之咎也。故近今各國立法例，皆採罪刑法定主義。絕對不許比附解釋。我國舊律（第十條）改訂之初，法律館起草理由，曾揭舉比附定罪之弊。一、審判官於律無正條之行爲，得以己意比附類似之條文，致人於罰，是以司法而干立法之嫌。於立憲政體殊多不合。二、法律與民共信之物，律有明文，乃知其應爲與否。若刑法之外，參以審判官之意見，則民將無所適從。是不啻以機阱殺人。也。三、人心不同，各如其面。若審判官得據類似之例，科以刑罰，非特見解互異，且可以任意出入。刑事裁判，難期統一。因此三大理由，故現今除英國視習慣法與成文法有同等效力外，其他歐美及日本各國刑法，莫不有此明文規定。我國舊例相沿，比附援引，爲世詬病。故舊律於不爲罪章，毅然以明文定之。惟舊律認此與其他不負刑事責

任之行爲同列。究之根本上理由不同。因行爲既不成立犯罪。與因免除刑事責任而不罰者。自屬有別。是以本法以此原則規定於法例之第一條。而文義尤爲顯豁。且以行爲時之法律爲準。尤能表示法律不溯既往之精神。亦刑法關於時之效力也。

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

本條規定刑法關於時之效力。即犯罪在舊法時代。而裁判在新法時代。適用法律之問題與舊律第一條第二項規定「頒行以前未經確定審判者亦同」頗有出入。（詳後論原案理由）本條以從新爲原則。兼採比較從輕之舊法爲例外。故曰依裁判時之法律處斷者。原則也。而適用犯罪時法律較輕之刑者。例外也。

或謂本條依裁判時之法律處斷。似有背法律不溯既往之嫌。而實則不然。觀於前條曰「行爲時之法律此則曰犯罪時之法律。一則舊法不以爲罪。不得以新法有罪而罰之。一則舊法實以爲罪。乃得適用新法。而適用新法時。又只限於新舊刑罰相等。及新法較輕。或近無罪者。方可依此原則從新處斷。而例外並須適用舊法較輕之刑。是新

法之較重者。仍不得溯及既往也。茲節錄原案（即前法律館第二次修正刑法草案本編簡稱原案，後皆仿此）修正之理由於此，以說明之。

（原案理由）刑法關於時之效力問題有二。

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。前條已有規定。第二問題。原案（此指暫行刑律言）概採從新主義。本案亦係從新，而微有不同之點。茲先述各國立法例如左。

第一。不論新舊法之輕重。概從舊法。即新法概不溯及既往之行爲。採此主義者，爲英國及美國數州。（前法律館理由，謂英國爲從新先例，似屬未確。查英律關於時之效力，無明文規定。而判例皆主從舊。依一八七八年士提反氏編英國刑法草案，係集判例而成。其第二條規定，即從舊主義。）

第二。從舊法。但新法較輕者從輕。即依新法不溯既往之原則。但新法較輕者則爲例外。採此主義者，爲德、法、比、意、丹、荷、那、西、匈、瑞典、瑞士、數洲、美國、州、布、加、利、亞。

日本、暹羅、埃及、智利、阿根廷、墨西哥、溫尼蘇、依辣等國。及奧國、瑞士之刑法草案。第三、從新法。但舊法較輕者從輕。即新法追溯既往行爲。但舊法較輕者則爲例外。採此主義者，爲奧國及瑞士之數州。

第四、不論新舊法之輕重，概從新法。即新法概追溯既往之行爲也。採此主義者，爲俄國及瑞士數州。又民國暫行刑律是。（但舊法不以爲罪者，則爲例外。）右列第二、第三主義，有概名爲從輕主義者。然表面同而實際不同。如法律變更時，專就刑之輕重比較而言。則第二與第三主義，均無區別。若其他問題，無輕重之別。如文例及犯罪之定義不同。一主從新。一主從舊。則實際不能盡同也。

第一主義從舊。第四主義從新。均未免趨於極端。茲先述之。

第一主義，概從舊法。有謂犯人於犯罪時，已得有受當時法律制裁之權利。此說欠通。誠如前法律館草案理由所云，人民對於國家，不能有受刑權利之理。況新法既頒，已認舊法爲不合時宜。概從舊法，豈非駢枝。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。我國暫行律採此

主義，弊多利少。如新舊法輕重相等，或新法較輕。其結果與二三主義無異。若新法重於舊法，概從新法，則流弊易生。蓋刑罰追溯既往，則人民生命財產，常爲立法者所左右。輕罪亦可變爲重罪，使人常懷恐懼。是法律以保護人民者，適以危害之。當非立法者之本意。晚近法意二國，多持此說。力主從輕之義，並非空談。且在我國已有明證。如犯贓條例、盜匪條例等特別法，多出於一時之主張。因嫌刑法過輕，驟然加重。或至改作死刑。尤爲世界立法例所無。其危害更不可勝言矣。西儒非難從新主義者，猶有一說。謂可藉此爲政敵深陷人罪之謀。立法者固不能不豫防也。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，爲欠平允。

第二第三主義，均屬從輕。前法律館理由非議之曰：若新律重於舊律，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，則新律施行後，僅此舊律時代之同種犯人，科以舊律之輕刑，以與新律時代之犯人，據新律而科重刑者，互相比較，則又失其平等語。然攷各國採從輕主

義，皆以爲不如是不足以示公平。所謂公平者，係比較行爲在舊法施行期內而裁判在新法施行之後。此種犯人，究竟應科新刑或舊刑，乃爲公平耳。若前法律館理由，則以行爲與裁判皆在舊法時代，或皆在新法時代，犯人所受之刑罰爲比較，謂失其平。而不知行爲與裁判，既同在舊法或新法時代，當然受同一之舊法或新制裁。無公平不公平之問題也。該理由又謂刑罰非沾恩之具，故不應從輕。然法儒加勞氏主張從輕主義，固出於公平，亦沾恩也。故各國多採從輕主義者，惟從輕又有第二第三主義之不同。本案係採第三主義，以從新爲原則，以從輕爲例外。蓋以新法既頒，自應收新法之利，由舊法較新法刑輕者，乃從輕以符公平之旨，則得所折衷矣。

從輕之說，應注意者，尙有兩端。其一，所謂輕重專就刑罰而言。（日比丹麥智利葡萄牙等國屬是）抑兼就刑罰以外之事項（例如時效）而言。（德法意奧那威瑞典埃及暹羅等國屬是）其二，專就行爲時與裁判時兩法比較，從其輕者而言。（那威暹羅及瑞士刑法草案屬是）抑包括兩時期內頒行之法律，比較擇其最

輕者而言。(德法意日本匈加利等國屬是)是不可無以區別也。第一問題。本案擬採就刑比較。而適用其輕者之先例。蓋如此。可以縮小從輕之範圍。而擴充從新之本旨。況刑以外之事項。輕重頗難決定。若專就刑比較。則輕重顯有明文。可免法文上解釋之困難也。第二問題。本案則專就行為時與裁判時兩法比較。擇其輕者而用之。其中間法律不得勉強牽入。因主張此說者。多謂中間既有更輕之法。犯人應取得輕刑之權利。此義已成陳腐。不足採取。至謂裁判若不延遲。犯人應受中間輕刑之利益。然裁判不遲延。則行為時之法律。已可適用。何待中間輕法。況遲延之責任。多因犯人隱避之故。其咎不在執法者。又烏可持此以為理由也。

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

本條規定刑法適用之範圍。即依舊律第二條規定。以採屬地主義為根據。觀於第五條至第七條規定。有時適用於民國領域以外之犯罪者。本採折中主義。其絕對以領土支配權為限者。本條不過規定其原則。亦即折中主義之一端也。蓋世界各國普通

立法例。以一國主權、應普及於一國領土。不受他國干涉。亦不越乎領域以外、侵及他國主權。是以凡在國內或國外之本國船艦內（船艦應視為國家浮離領土之一部、已為世界各國所公認）為犯罪行為。不問其犯人為本國或外國人。皆適用本法處斷。此本條規定之旨也。惟極端持此原則。於刑法之目的。反多不能貫徹。是以於本條屬地主義之外。復兼採屬人主義、保護主義、分列各種特定犯行。併設第五條至第七條例外之規定。故謂之為折中主義。

或慮現在外國領事裁判權、尚未撤銷。國際條約、往往為之限制。是本條屬地主義。施行尚多困難。此說在前法律館起草理由、固已明定適用於外國之範圍。一、為無國籍之外人。二、為無特別條約之外人。三、為條約改正後之外人。一二兩款、與領事裁判權無關。第三款、指收回領事裁判權之時而言。疏解明顯。足見寔行之無窒礙。况刑法為國家常憲。特別條約、乃一時不得已之現象。此等損害主權、違背公理之限制。終難久存於國際間。故自歐戰以後。條約次第改正。如俄德奧比及其他各小國裁判權、業已放棄。所存者。惟英法美意日本等數國耳。現在國民政府積極進行修約交涉。又得國