

一之書叢義釋律法行現

義釋則總法刑

著 覺 元 衛 郭

冊 上

版 出 社 譯 編 學 法 海 上

行 發 總 局 書 記 新 堂 文 會

中華民國

刑法總則釋義上冊目錄

通義

第一編 總則

第一章 法例

第二章 文例

第三章 時例

第四章 刑事責任及刑之減免

第五章 未遂罪

五

五

九

一〇一

一五三

中華民國
刑法總則釋義 上册

郭衛元覺 著

通義

(一) 刑法者、爲規定國家刑罰權之實體的法規也。申言之。國家行使刑罰權。當有一定之條件。與一定之範圍。刑法者、卽係規定此項條件與範圍之法規也。刑罰之前提爲犯罪。故刑法者、又可謂爲犯罪與刑罰之法規。從質的方面、規定對於何種性質之行爲。始得認爲犯罪。又規定對於何種性質之犯罪。始得加以刑罰。及依如何之標準。以運用其刑罰權。是爲刑法總則。從量的方法來規定何種之犯罪。應處以何程度之

刑罰。明其界限而別其重輕。是爲刑法分則。合總則與分則。則爲刑法之全體也。

(二) 從廣義言之。刑法之本質。卽爲規定犯罪與刑罰之法規。然有犯罪與刑罰之規定者。不能盡以刑法二字稱之。故刑法有普通刑法與特別刑法之分。普通刑法。其適用範圍甚廣。特別刑法。其適用範圍甚狹。如以場所爲標準時。能適用於一般之地方者。爲普通刑法。(如刑法第三條至第七條規定)其僅限於國內某特別地方之場所者。爲特別刑法。(如前理藩部則例)又如以人爲標準時。其能適用於一般之人者。爲普通刑法。(如刑法第三條至第七條規定)其僅限於某特殊身分之人者。爲特別刑法。(如陸海空軍刑法)又如以某事項爲標準時。能網羅諸種之犯罪

事項者。爲普通刑法。僅就特種個個之事項爲規定者。爲特別刑法。（如禁烟法）又如各種行政法規中。亦有附帶刑罰之規定者。（如印花稅法）亦屬之特別刑法之種類。總之普通刑法。其效力不限於地於人及事項。特別刑法之效力。有兩種特異之點。（一）或限於某種人。或某地方。或某種事項。（二）行政法規中附隨的刑罰規定。係以行政事項爲主眼。其規定犯罪與刑罰。不過爲附隨的性質。依上述論旨。則稱爲刑法者。（一）爲普通刑法。而附有刑法名稱之法典。（二）以規定犯罪與刑罰爲主眼。（三）所規定及其效能。能及於一般之人與地與事項。如本法者、則稱爲刑法也。

（三）刑法爲國家關於犯罪與刑罰之規定。換言之。卽爲國家畫定行使

刑罰權力之範疇。故刑法亦即爲國家行使刑罰權之法規。然關於行使刑罰權之法規。亦不能皆謂爲刑法。蓋刑法上於運用刑罰權之關係。係預先行使刑罰權之限界。即實體的規定犯罪之事項與性質。及連結該犯罪而預定其應處之刑罰。爲國家行使刑罰權之實體的法律。至實際方面。根據此實體的法律。實地的運用刑罰權之手續。及機關與職制。如刑事訴訟法、法院編制法、監獄法等。均爲國家行使刑罰權之手續的法律。故在學說上。稱前者爲刑事實體法。(即刑法)後者爲刑事手續法。(即編制、監獄、訴訟等法)兩者并稱爲刑事法也。

(四) 我國自遜清以前之刑法。係合民事與刑事并爲規定。統稱爲律。或律例。無刑法之名稱。其與民事分立而成爲有系統之刑法。則自民國

元年三月十日頒布之暫行新刑律始。至民國四年。設立法律編查會。將暫行新刑律加以修正。曰刑法修正案。其內容較暫行新刑律稍有不同。嗣於民國八年。又設立修訂法律館。復有第二次修正案。（旋有改定第二次修正案。）內容頗多改善之處。國民政府。即採取第二次修正案。稍加釐定。經中央執行委員會政治會議議決。於民國十七年三月十日正式公布。定名為中華民國刑法。即現行刑法是也。（本書內所稱暫行刑律。即指暫行新刑律。所稱第二次修正案。即指民八二次修正案。）

第一編 總則

刑法總則所規定之內容。一為關於刑罰法規之共同法則。二為關於犯罪

之一般要素。三爲關於刑罰之一般的要素。關於刑罰法規者。除本法外。如特別刑法。及其他法令中之附隨刑法。如該本法無特別規定者。亦適用本總則之規定。關於犯罪及刑罰者。爲關於犯罪之構成。及使用刑罰之準則。其犯罪構成及使用刑罰準則之各個的要素。係規定於各本條。其共通之要素及法則。則爲總則所規定者也。故總則之義例。略與我國舊律之名例相似。我國自古昔李悝法經六篇。殿以具法。魏律改稱刑名。居十八篇之首。晉律分刑名法例爲二。北齊始合爲一。曰名例。沿用至於前清。至民國暫行新刑律。（以下簡稱暫行律）採取最新法例。定爲系統刑法。義例尤取精嚴。因是編於刑名法例之外。凡一切通則。均宜賅載。若仍用名例。其義過狹。故做歐美及日本各刑法之例。定名曰

總則。本法亦因之也。

第一章 法例

本章係規定刑法之效力。如關於時之效力。關於地及人之效力。及刑法總則對於本法以外、其他罰則之效力。故曰法例。即運用本法之定例也。

刑法關於時之效力。可分爲三。一其效力自何時發生。二其效力至何時終止。三對於新法頒行以前之事實。新舊法律如何適用之各問題。關於第一問題。暫行律亦會規定於明文。本法以其性質屬於施行範圍。無列入法文之必要。故本法不列入此種規定。而由中央執行委員會於第一百二十次常務會議決。以十七年三月十日爲公布期。同年九月一日爲施行期。換言之。即爲本法效力之發生期。由國民政府以命令公布之。關於第二問題。因刑法廢止之原因。與一般法律廢止之原因相同。（參照拙著刑法學總論第七五頁）無特別規定之必要。故暫行律及本法。均不列此規定。則本章所規定關於時之效力者。僅第三之問題也。

刑法關於地與人之效力。即對於如何之地。與如何之人。始能適用本刑法之問題也。

刑法總則對於其他罰則之效力。即對於各種特別刑法。及各法令中附隨的刑罰法規。有如

刑之效力之問題也。

罪刑
主刑
主刑

第一條 行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。

一、行爲之處罰。以行爲時之法律有明文規定爲限。

本條之要旨。係規定本法關於時之效力。含有兩種意義。(1)即規定本法所認爲犯罪之行爲。有時的限制。若其行爲在本法頒行前。雖本法對於該行爲有處罰之明文。若在其行爲時之法律未認爲犯罪者。即不能依本法而處罰。例如本法施行期爲民國十七年九月一日。倘有人在八月三十一日以前。犯本法第一六二條之犯罪行爲。經本法施行後始發覺。亦不能因本法有爲罪之規定而處罰。蓋行爲時(八月三十一日以前)之法律(暫行律)無明文科以刑罰也。(2)爲規定本法所認爲犯罪之行爲。以本法有明文者爲限。本法無科以刑罰之明文者。無論其行爲如何。概不能比附或援引本法而處罰。即暫行律第十條所云律無正條。

論何種行爲。不爲罪之意義也。

二

第一 本條在暫行律列入不爲罪章第十條。卽學者所云罪刑法定主義。以本條文理上之變更。其含義遂有廣狹之不同矣。查第二次修正案略謂、本條爲刑法之根本主義。卽學者所謂爲罪刑法定主義。凡行爲受法律科罰者爲罪。否則不爲罪。各國對於罪刑法定主義之條文。均列入首章。如日、德、法、俄、瑞士、比利時、布加利亞、意大利、荷蘭、各刑法。皆其例也。又原案（暫行律下做此）之文句。其意義不甚明晰。擬改作行爲時之法律無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。且行爲時三字。尤能顯出刑律不遑及既往之原則。故行爲時法律不以爲罪者。以後新法雖以爲有罪。亦不科罰云。本法採之。

第二 刑法關於時之效力亦與一般法令關於時之效力無異。自法國人權宣言以來。各國刑法所採用者。約可分爲三種。一、新法實施以前之犯罪行爲。不適用新法之規定以科罰。二、舊法廢止以後之犯罪行爲。不適用舊法之規定以科罰。三、行爲當時之法律不以爲罪

。無論其行爲在新法時期。與在舊法時期。均不得比附或援新法或舊法之規定以科罰。本條之意義。蓋採用第三之原則者也。蓋刑法之處罰犯罪。非僅對於犯罪之事實而處罰。尤重在對於犯罪人之惡性而處罰。若其行爲在當時之法律。不以爲罪者。則其行爲在行爲之當時。自係認爲無違反社會之條理性。行爲者在當時對於其事實。自亦無違反社會條理之認識。則可視爲未懷有犯罪之惡性。於此而科以刑罰。不第違反刑法之大原則。且不得謂爲事理之平。且今日已爲無罪之人。或因異日新法之施行。或因法官之比附援引。遂致令其身陷繯絏之中。將致社會之人。各懷惴惴不安之意。亦非保障人權之旨也。惟自他之方面以爲觀察。則於事實上尙有足成爲問題者。一、其行爲在舊法與新法均以爲罪。而行爲在舊法有效時期。處理在新法施行以後。而兩法所規定之罪質有輕重之不同者。或在舊法認爲有罪。而新法不以爲罪者。二、一行爲在舊法與新法均以爲罪。而行爲係發生於舊法有效時期。延至新法施行以後。方始終止。或尙未終止者。(連續犯)則不得有不有其例外。以爲過渡之辦法。故本法有次條之規定焉。

前大理院解釋例 對於法人。除有明文規定外。不認爲有犯罪能力。(統字一八四號)

又有甲謀買乙田未遂。買針逼投乙田。經乙查實。不敢耕作。以致該田荒廢。甲之行爲

。刑律無正條。應不爲罪。惟該田荒廢所生之損害。可爲民事上之請求。(統字七八五號)

又 販賣烟土。雖有土藥局收稅憑單。倘非行爲當時法律所明許。仍應依律酌辦。(統字一〇一九號)

最高法院解釋例 軍用子彈。無論有無槍砲。原爲爆裂物之一種。如遇製造持有。或自外國輸入者。應依法論罪。其僅有槍砲而無子彈。新刑法既無特別規定。卽不能認爲爆裂物

。在特別法(如軍械取締法)未頒布以前。依新刑法第一條。應不處罰。(解字一〇一號)(查槍砲取締法。現已公布)

最高法院判例 刑法施行前之犯罪。於刑法施行時。其起訴權若已消滅。不得復因刑法施行而改依刑法計算。(院字二八號)

第一編 總則 第一章 法例

11

又 清查戶口。實行連保連坐。刑法無科以刑罰明文。應不爲罪。(院字一
一七號)

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。

本條之要旨亦係規定本法關於時之效力。計分原則及例外兩項。原則即係規定一行爲在舊法與新法均以爲罪。而犯罪時之法律。與裁判時之法律。遇有變更時。應依裁判時之法律處斷。例如犯殺人罪者。在暫行律則依該律第三一一條之規定處罰。若有人於民國十六年犯殺人罪。其時在暫行律施行期中。至十七年九月一日以後始受裁判。此時已在本法施行後。即應依本法第二八二條處斷。不適用暫行律第三一一條矣。蓋本法係採從新主義爲原則。新法既已施行。必較舊法爲優。且舊法業因新法之施行而廢止。於新法施行中。未便仍用舊法以爲裁判。此原則也。但其行爲在舊法施行時期中。若舊法并無認該種行爲爲犯罪之規定。則當依本法第一條辦理。自不能適用本條以爲依據。若其行爲在舊法施行期中

。雖舊新兩法均認爲犯罪。而其刑之輕重不同。若犯罪當時之舊法所規定之刑較重或相等者。則適用本條原則之規定（本條前半）若犯罪當時之舊法所規定之刑較輕者。則不使仍負新法較重之罰。例如有入於暫行律施行期中犯該律第三二四條之過失致人死傷罪。依該條之規定。最重不過處以五百元之罰金。如在本法施行期中受裁判。依本條前半之規定。應援用本法第三〇一條。則可處以六月以下之有期徒刑。但須依本條後半之規定。則祇可處以罰金。不能處徒刑矣。此例外也。依上述法意。則本條及前條所規定關於新舊法交替時之適用法例。可分爲三項辦法。一舊法爲無罪、新法爲有罪之行爲。應依第一條處斷。舊法爲有罪、新法爲無罪之行爲。及舊新兩法均爲有罪。而舊法與新法之刑較重或相等之行爲。均應依本條前半處斷。舊新兩法均爲有罪。而舊法之刑較輕之行爲。則應依本條後半處斷。但以上均爲關於行爲在舊法時期。審理在新法時期而言。若在新法時期中之行爲。則完全不在本條問題之中。

第一 本條亦係採取第二次修正案。該案理由書略云。刑法關於時之效力有二(1)行爲時之法律不爲罪。而行爲後之法律以爲罪者。(2)行爲時與行爲後之法律皆以爲罪而有異同者。關於(1)問題。本法第一條已有規定。(2)問題。攷之各國立法例。(A)不論新舊法之輕重。概從舊法。(即新法概不追遡既往行爲)採此主義者、爲英、美。(B)概從舊法。但新法較輕者從輕。(即新法不追遡既往行爲爲原則。但新法較輕者爲例外。)採此主義者、爲德、法、比、意、丹麥、荷蘭、挪威、瑞典、西班牙、匈牙利、葡萄牙、瑞士數州、布加利亞、日本諸國。(C)概從新法。但舊法較輕者從輕。(即從新爲原則。但舊法較輕者爲例外)採此主義者、爲奧國。(D)概從新法(即從新主義)採此主義者爲中國暫行新刑律、俄國。(但有例外)及瑞士數州。(A)主義概從舊法。此主義已成陳說。因新法既頒。已認舊法爲不合時宜。概從舊法。豈不駢枝。(D)主義概從新法。又流於相對之極端。蓋新法概追遡既往。則人民生命安全。常爲立法者所左右。今日所犯輕罪。明日將爲重罪。人民常懷恐懼。則刑法所以保護治安者。適以危害之。抑豈立法之本意。數年以來。我國

已有事實。如犯賊條例。禁煙法。懲治盜匪條例等。是其明證。況我國近年特別法。多出於一時之主張。稍嫌新法偏輕。特別法即改作死刑。尤為世界各國立法例所無。其標準毫無一定者也。西儒非議(D)主義者。尤有一說。謂可藉從新主義。為政敵深陷人罪之謀。立法者固不能不預防也。(B)(C)主義。均係從輕。攷之各國立法及學說。以為不如是不足以示公平。持反對說者曰。刑不得為沾恩之具。然法儒加勞曰。從輕主義者。因公平。非沾恩也。故各國多採從輕主義。本條採(C)主義以從新為本旨。以從輕為例外。蓋新法既頒。自應收新法之利。但舊法較新法輕者。則予從輕。以符公平之說則得所折衷矣。

第二 刑法不遑及既往。及新法既已施行。舊法即不適用。本為法律共通之原則。大概觀察之。則二者似不無互有衝突。然按之實際。則刑法不遑及既往之真義。係消極的而非積極的。蓋不遑及既往之無罪或輕罪。而以為有罪或重罪也。至既往之有罪或較重罪。則不能仍執守不遑及之極端。而以為不能變更為無罪或輕罪。且立法者於特種情形之下。特設例外之規定。亦非不法。如本條前半之規定。則新法當仍有遑及之效力。本條後半之但書