

德興徐步垣著

刑法彖例

林翔題簽



徐步垣著

刑
法
義
例
總
則

中華書局印行

刑法義例序

徐君步垣從事法曹，致力於刑法者蓋久；積其經驗所獲，纂刑法義例一書，問序於余。書凡二卷，緒有萬端，大別爲總分則兩部分，條舉目貫，若網在綱。自刑法第一章第一條至第三十四章第三百八十七條，逐一加以銓釋，於法意之探討，判例之鈎稽，咸極精審，間亦援引成案，及各家學說，以資旁證，其用心可謂專矣。刑法雖胚胎於暫行刑律，然多所修正，茲編於改革之本末，以迄施行以來之利弊，類能揭而出之，不僅學習刑法之士，有所借鏡，我法曹同人，藉資參考，亦未始非平反之一助也。余故樂爲之序。

民國十九年十二月

日

魏道明識於南京市政府官廨

凡例

- 一、本義例注重於法文解釋不立系統，故以原定章條之順序爲順序。
- 一、本義例注重實用。各家學說及各國立法例，有爲研究上所必要者，固多酌量敘述；然精神所在，則實在現行有效之判例及解釋例。（前大理院判例及解釋例，固擇有效者盡量搜敘，司法院及最高法院判例解釋例，則在十九年十二月以前，尙爲外間所未知者，均爲本編重要材料。）語句大多取自例中，句下標有參照某某字樣，卽示其所本也。
- 一、本法雖脫胎於暫行律，然修正之處甚多。爲明旨趣，故關於重大修正以及全條刪節理由，統編入內，俾供參考。

- 一、凡前後條文具有關聯或異同之處，均予切實銓釋以便適用。
- 一、條文中文義有闡明之必要者，均分別於義例中，順次闡明，如先後章條用語同而旨趣不同者，亦分別加以銓釋，否則先見之文義，已加闡明，而後見者則不重敘，閱者注意。

本法施行之初，最高法院刑事各庭，曾開總會逐條研究；維時余在席紀錄，因得飡聞銓釋。且余自民五後，即在刑曹，覆核刑書，十餘年，准駁紛紜，稿亦不可以數計。爰參酌新舊，從事於刑法義例。凡關於立法旨趣，以及判例解釋例，有關適用之處，靡不盡量輯入，閱時二年，始竟全功。友好慫付剞劂，余欲質之海內明達，故亦不嫌自炫。惟公餘偷暇，而精神之間究不免稍欠貫注耳！閱者諒之！

編者識。

敘論

在昔法書，原以輔翼禮教，有清以前法令，雖不無隨時更張，然其實質精神，則數千年一貫。迨至清末，因時勢要求，始有修訂刑法之舉。當時由修訂法律大臣沈家本聘用日本法學博士岡田朝大郎參酌各國刑法，折衷歷朝舊制，編訂法律館草案，遂爲我國刑制一大革新。光緒三十三年奏將草案發交各部院督撫箋註，箋註後定爲法律館修正案，再經憲政編查館核訂，提交資政院審議。該院雖僅議決總則，然因籌備憲政年限已迫，宣統二年十二月二十五日，遂將總則分則，同時公佈施行。民國成立，由法部將抵觸國體諸條，略加刪節，於元年三月十日再由大總統以命令公佈，即日施行；因未經國會通過，故上冠以暫行二字，卽以前之暫行刑律是也。民國五年，法律編查會，以中多未協，從事修正，七年二月修訂法律館復加修正，是爲刑法第二次修正案。十六年國民政府肇基南京，司法部長王寵惠就修正案略加刪改，稱爲刑法草案，於十二月間提出於國民政府，經國民政府呈送第二屆中央執行委員會，交付中央常務委員會審議，由中央第一百二十次常務會議議決修正通過。十七年三月十日由國民政府明令公佈，以十七年七月一日爲施行期。嗣因刑法尚未編訂完成，改於十七年九月一日施行，是卽今之所謂中華民國刑法是也。惟刑法與暫行律，雖具歷史關係，而其

不同之點則甚多，請詳列於次：

(一) 暫行律於新舊法律有輕重時，概從新法。有時科犯人以事後之重刑，殊失平允，刑法則以從新爲原則，而於舊法之刑較輕者從輕。

(二) 故意及過失之範圍，暫行律未經確定解釋，易於出入人罪，刑法則從輓近立法例以明文定之。

(三) 暫行律於犯某罪因而發生其他結果者，加重其刑等條文頗多，按犯罪所生之結果，在犯人意中者，科以較重之刑，未爲不當；若意外之結果，其原因至爲複雜，使犯人負此責任，不獨受罰者不平，亦非刑事政策所宜。刑法則依一千九百〇二年萬國刑法學會決議，及輓近立法例規定犯人祇對於其能預見之結果負責。

(四) 責任年齡，暫行律定爲十二歲，揆之刑事政策，未爲得當。刑法則參酌多數國立法例，改爲十三歲。十三歲以上未滿十六歲者，得減輕其刑，並於感化教育之外，增入由監護人或保佐人繳納保證金自行監督品行之法。

(五) 暫行律於正當防衛之行爲，以不正之侵害爲準，於緊急避難之行爲，凡出於不得已者，皆得爲之。其適用範圍，均屬過廣。刑法則從多數立法例前者以不法之侵害爲限，後者以救護自己或他

人之生命身體自由財產者爲限

(六)暫行律對於從犯以事前幫助者爲限，此外則概以正犯論；然事中幫助不問其行爲之輕重及其關係如何，概與正犯同科，未見平允。刑法則不分事前事中，凡幫助正犯者，皆爲從犯，惟以事中爲直接及重要之幫助者爲限，處以正犯之刑。

(七)有期徒刑暫行律採等級制，以五等爲標準，惟罪之輕重如有不同，必以五等繩之，恐所定之刑有不失於酷，即失於寬之病。且加必一等，減必一等，亦恐畸輕畸重。刑法則廢去等級，於分則各條明定期限之年月，而加減則以若干分之幾爲率，既無定刑失當之虞，並免加減相懸之失。

(八)羈押折抵暫行律概以一日抵一元，刑法則改爲一元以上，三元以下，俾法官得視犯人之資力及職業而審酌情形定之。又易科監禁日數，暫行律以三年爲限，然查各國立法例無過一年者，刑法則縮短爲一年。

(九)褫奪公權暫行律有必褫奪與得褫奪兩例，又有全部與一部之分，標準至爲不一，規定亦殊爲分歧。刑法則於應否褫奪概取裁量主義，並廢去一部之褫奪。

(十)累犯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。刑法則分普通

累犯與特別累犯二種，後者之處罰，較前者加重。

(十二) 暫行律總則第五章俱發罪，係沿用舊律之名稱；但該章所規定者，非限於數罪俱發即，數罪各別發覺亦得適用是。以日本舊刑法名為數罪俱發新，刑法改為併合罪並，非將數罪併合為一罪，其各罪仍獨立存在，不過併合處斷之耳。故刑法改為併合論罪。

(十二) 暫行律於裁判確定前所犯之數罪，皆併合論罪；然裁判既經宣告，不當因以後所犯之罪而復加變更，遷就犯人，使享併合論罪之利益。故刑法以裁判宣告前犯數罪者為限，始得併合論罪。

(十三) 暫行律於科刑之輕重，除酌減外，別無標準，施行以來，因範圍過廣，援用未盡得當，刑法則仿瑞士及德國刑法準備草案之例，特設專條，臚舉科刑時應行注意之事項，以為法定刑內科刑輕重之標準。

(十四) 緩刑之制，本為較輕之刑而設，暫行律以四等有期徒刑『三年未滿』為緩刑之範圍，證諸各國立法例，失之過廣。故刑法改為二以下有期徒刑。又緩刑期限之長短，當視刑期之長短而定，暫行律以三年為最短期限，施之短期自由刑，未免過久，故刑法縮短為二年。

(十五) 罰金能否緩刑，雖為刑法上一爭論之問題，而揆之獎勵犯人遷善之旨，則予以緩刑，或較諸

施刑之收效爲佳。是以外國刑法，將緩刑擴充至罰金者不少其例。況罰金輕於徒刑拘役，徒刑拘役尙准其緩刑，而犯較輕之罪，反不許其自新，於刑事政策有所未協，刑法則增入罰金一層。

(十六)親屬之範圍，暫行律以舊律服制圖爲準，而服制圖煩複細密，卽賢智亦難猝記。刑法則改用親等計算法，較爲簡易，然其範圍則仍與服制圖適合。

(十七)文例各國刑法有立爲專章者，有不立專章，僅於法例章規定一二條者；但其次序則除荷蘭外，皆列總則之前，暫行例取法荷蘭，將文例列於總則之末。然文例之適用於總則各章者不少，反列在各章之後，援證未免失序，刑法則將文例列爲第二章而以時例次之。

(十八)暫行律刑名章依墨西哥刑法列於未遂罪、累犯罪、俱發罪、共犯罪各章之後，有罪而後有刑，不當先刑後罪。然未遂與共犯，關於犯罪之狀態，列於刑名之前，固屬允當，至累犯與併合論罪，非關於犯罪之狀態，而實關於科刑之重輕，設不知各種刑名，則無從規定累犯及併合論罪之處罰。刑法則將累犯及併合論罪兩章，改列刑名章後。

(十九)暫行律第二章不爲罪章內，亦有規定爲罪處罰者，不爲罪之名稱，未能賅括該章各條。又宥減章及自首章減等或免除各條，與不爲罪章之減等各條意旨相類，故刑法將不爲罪宥減自首

三章，併爲一章，名曰刑事責任，及刑之減免。

(二十) 暫行律第十四章赦免應規定於憲法中，故刑法將該章刪去。

(二十一) 暫行律第十五章起訴權及行刑權之時效有中斷與停止之分，刑法爲刪繁就簡計，將中斷條文刪除，以其同爲時效期限計算之規定，不必另爲劃分。

(二十二) 暫行律於內亂罪分別既遂未遂，內亂罪能否處罪既遂，學者頗多爭論，刑法則以着手實行爲犯罪之成立。

(二十三) 暫行律漏洩機務罪所規定各條，刑法分別規定於外患罪及瀆職罪各章。

(二十四) 暫行律妨害國交罪章，對於外國元首不問是否友邦，一律特別保護，範圍過廣，刑法則以友邦元首爲限。

(二十五) 暫行律瀆職罪章之賄賂罪，分事前事後爲定刑輕重之標準，與案情輕重未必相應。卽如事後關於違背職務之行爲犯賄賂罪，與事前關於非違背職務之行爲相較，則前者當然重於後者。若以時爲區別，適得其反。考各國立法例，多以違背職務與否定刑，我國舊律亦有枉法與不枉法之分，其用意正同。故刑法以行爲是否違背職務定刑之輕重，庶於中外法律均能符合。

(二十六)暫行律騷擾罪獨立爲一章，但其性質與妨害秩序同，故刑法併入妨害秩序罪章。

(二十七)暫行律放火決水及妨害水利罪，危險物罪，妨害交通罪，妨害飲料水罪，妨害衛生罪，各爲一章；但其所規定者皆屬妨害公共安全之行爲，故刑法仿多數國立法例，併爲一章，改稱公共危險罪。

(二十八)各國刑法於偽造文書罪，略分兩派，以證明權利義務之文書爲限者，德國是也；以足生損害於公衆，或他人之文書爲限者，法國是也。暫行律從德國派，惟證明權利義務之標準，未易確定。德國數十年來，頗生困難，是以學者多非議之，其準備草案刪去足以證明權利義務句，而以欺騙他人重要權利義務爲標準，其結果殆與法國損害制無大區別，故刑法從法國派。

(二十九)暫行律姦非及重婚罪章，不能包舉各種猥褻行爲，而略誘及和誘罪章，又多係妨害婚姻及家庭之制，故刑法將該兩章所規定者，分別規定於妨害風化罪，妨害婚姻及家庭罪兩章內。

(三十)暫行律褻瀆祀典及發掘坟墓罪，未能包括侵犯屍體各條，故刑法改稱爲褻瀆祀典，及侵害坟墓屍體罪。

(三十一)妨害農工罪，暫行律列於妨害秩序罪章，殊失注重民生之意，刑法獨立一章，且增入商務

一層，以示保護。

(三十二) 海牙禁止鴉片公約，於鴉片外，尚有嗎啡高根，安洛因，及其化合質料等，皆在禁止之列；故刑法鴉片章內，於暫行律所定鴉片之外，增入嗎啡等項。

(三十三) 暫行律殺傷罪章，包括殺人與傷害兩罪，但二者輕重懸殊，而情節亦或有未易分明之處，故刑法分爲兩章。

(三十四) 暫行律廢謀殺故殺之別，故科罰自十六年以上有期徒刑至死刑，案各國刑法科刑範圍之廣大，如暫行律者，惟日本一國，英美系分謀殺故殺，德法系亦然，意大利及南美諸國皆分別尋常情節及重大情節，而謀殺則重大情節之一也。我國舊律亦大同小異，故刑法參酌中外法律，仍分謀殺故殺及情節之輕重科罰。

(三十五) 暫行律私擅逮捕監禁罪及妨害安全信用名譽及秘密罪兩章，其侵害之法益，爲個人之自由；而妨害秩序罪略誘及和誘罪兩章內，亦有侵害個人之自由者，故刑法併爲妨害自由罪一章。

(三十六) 竊盜及強盜罪，暫行律合爲一章，但竊盜爲侵盜財產罪，而強盜爲侵犯財產及自由罪，其

保護之法益不同，故刑法分別規定。

(三十七) 搶奪行爲與強盜實有差別，故刑法於強盜外，別標搶奪之名，又在海洋行劫者，爲強盜加重之情節，故增海盜罪科以較重之刑。

(三十八) 暫行律詐欺取財章內，包含恐嚇，殊未妥協，故刑法分列兩章，又詐欺章內，處理他人財產違背義務之罪，非必有詐欺之事，故刑法於該章章名增入背信字樣。

(三十九) 刑法於直接間接之故意，依總則第二十六條概行處罰，是爲原則，其例外以直接故意者爲限，皆於各條標舉明知字樣。蓋以科罰概行擴充至間接故意，恐於事業之進行，或有妨礙也。暫行律以明知爲犯罪成立之要件者，僅第二百四十條一條，刑法所規定者凡九條。

(四十) 暫行律未遂罪，預備罪，及陰謀罪之處罰範圍過廣，刑法於未遂罪，參照暫行律斟酌輕重，分別規定，於預備罪及陰謀罪，則以數重罪爲限。

(四十一) 暫行律於未遂罪，預備罪，及陰謀罪，皆另條規定，刑法分揭於各本條，以便援用。

(四十二) 同謀犯罪而未實施者，既不能謂爲共同正犯，又與教唆情形，不能並論。日本判例認爲共同正犯，而學者多非難之，謂爲誤解共同實行之觀念。此外學者或以之爲教唆，或以之爲從犯聚

認無定，故刑法仿瑞典等國之例，另設同謀犯，於分則殺人強盜恐嚇等罪定之。

(四十三) 暫行律於科刑之範圍廣狹，間有失均，例如第一百九十條其最輕刑爲一百元以下罰金，最重刑爲五等有期徒刑，律文分列四項，詳爲規定，乃第三百十一條之殺人罪，則自有期徒刑以至死刑，反予法官以莫大之自由裁量，於輕重之情節，未嘗分別規定，其他類此者尙多，故刑法略加修正。

(四十四) 暫行律於處三等至五等有期徒刑，或二等至四等有期徒刑者，均躡等而至於罰金。例如第一百十九條第一百二十二條等是就二等至四等有期徒刑各條而論，其躡等之刑，皆重於罰金，而反不能科之，其結果非科以二等至四等有期徒刑，卽科以最輕刑之罰金，未免趨於極端，故刑法於躡等之刑，概行補入。

(四十五) 暫行律犯某罪因而致人死傷者，援用傷害各條，依俱發罪之例處斷者凡十二條，然其情節較諸既犯一罪復犯傷害罪致死傷者輕重不同，故刑法改以本罪比較傷害罪從重處斷。

(四十六) 暫行律過失罪因被害人之身分加重其刑，刑法以過失罪無故意侵害之惡性，故刪去過失加重之例。

(四十七)多數國立法例，自由刑往往與罰金併科，蓋恐專科自由刑，或不足以懲戒犯人之貪欲也。暫行律自由刑與罰金併科者祇四條，範圍過狹，故刑法將其他與貪欲觀念有關之罪，一併增入。又暫行律以得利爲限，若犯人未嘗得利，則雖有財產，亦無從併科罰金，仍不足以懲戒其貪欲，故刑法刪去因而得利句。

(四十八)暫行律科罰金以價額若干倍爲標準者，凡十三條，惟判定價額頗有困難，且價額以某時間內所得爲限，亦未規定，尤難確定，故刑法廢去倍罰之制，明定罰金數目。

(四十九)暫行律處罰金者，大抵難以自由刑，殊不知短期自由刑於處刑之目的，無甚實益，故刑法對於輕微之犯罪行爲，增加專科罰金各條，卽將來制定違警律，對於以貪欲觀念而應受處罰者，亦宜採同一之立法例。

以上爲刑法與暫行律不同之點，此外尚有因性質目的及適用上觀察而與其他具有制裁惡行之法規相異之處亦甚多，試再述之。

(一)刑法之唯一淵源爲成文法。

(二)刑法所定之惡行爲犯罪，可認爲犯罪之惡行原則上須具下列要件：(一)其侵害法益之程

度較大者。(二)須法律上有科罰之明文者。(三)須爲自然人者。

(三)刑法上規定之制裁爲刑罰 刑罰與其他法律上之效果有下列各種異點：(1)刑法上所定之制裁爲最重。(2)有特有之目的，與他法上之罰鍰、免職、除名、解雇等制裁迥異其趣。(3)刑罰必與行爲者之罪責成比例，卽由主觀的方面，察其所以至於犯罪之意思，並由客觀方面，察其現在實施之行爲，因以量定其罪責之輕重大小者也。(4)刑罰者乃以使犯罪人感受苦痛爲目的，而對於其法益之侵害也。(5)科刑之權專屬於國家。

(四)刑法爲實體法 基礎法爲實體法，因基礎法而生之法爲手續法。

(五)刑法爲普通法 規定日常所生之犯罪及制裁爲普通法，反此則爲特別法。其異義有三：(1)以被適用之人爲區別之標準者。刑法有不問何人，皆可適用者，有限於特定身分之人始得適用者，前者謂之普通刑法，後者謂之特別刑法。(2)以施行之地爲區別之標準者。刑法有施行一國領域內之效力，若不能通行全國，僅以領域內之一部爲限者，卽爲特別刑法。(3)以施行之時期爲區別之標準者。刑法之施行期間無終期而有恆久之性質，反是預定施行之終期者，卽爲特別刑法。