

「教育部補助法律專業科目教學改進計畫」成果報告

# 中國法制史教學改進計畫

## —以近代刑法史的實例教學法為核心

執行期間：96年06月01日至97年01月31日

計畫主持人：黃源盛教授

協同主持人：江玉林副教授

計畫參與人員：黃琴唐 朱軒劭

執行單位：國立政治大學法學院

中華民國97年04月30日



～ 目次 ～

## 第一部分 計畫執行說明

壹、計畫目標 .....	1
貳、計畫內容大綱 .....	3
參、計畫執行步驟 .....	4
肆、計畫成果 .....	7

## 第二部分 教案編寫

第一講 導論：從傳統律例到近代刑法 —清末民初近代刑法典的編纂 .....	9
第二講 罪刑法定原則：從「依律斷罪」到「罪刑法定」 —近代中國刑事定罪原則的轉變 .....	31
第三講 刑法與人情：審判官之淚 —從古代「原情定罪」到現代「刑之酌減、酌科」 .....	59
第四講 刑法與人倫：刑法上倫常條款的生與死 —殺、傷直系血親尊親屬罪的過去、現在與將來 .....	81
第五講 刑法與性別：刑法「男尊女卑」的消失 —從「殺死姦夫條」看起 .....	103
第六講 刑法與性道德：從「無夫姦」到「通姦罪」 —法律與倫理道德的分合界線問題 .....	117
第七講 刑法與言論自由：妨害名譽罪 —繼受外國法之後新出現的犯罪類型 .....	143

## 第三部分 附錄資料

附錄一、政治大學 96 學年度上學期法研所「法制史專題研究」教學大綱 ...	175
附錄二、歷次工作會議摘要記錄 .....	177
附錄三、中國法制史教學改進計畫專家學者諮詢會議紀錄 .....	181
附錄四、政治大學 96 學年度下學期法研所「刑法史研究(二)」教學大綱 ...	185

## II 中國法制史教學改進計畫—以近代刑法史的實例教學法為核心

## 第一部分 計畫執行說明

### 壹、計畫目標

長期以來，國內學界對於中國法制史的研究，主要將焦點集中在典章制度與律法規範的說明與分析；大學課堂上關於中國法制史的教學，其內容大致亦不脫離此一範圍，至於授課的方式，則普遍是由教師對學生進行單向式地講解。

惟近年間，各類判牘文書紛紛出土，並獲得整理或出版，此一發展趨勢，使得許多研究者將注意力從典章制度的研究轉移到裁判檔案方面。至今，裁判史的研究業已蔚然成風。這些檔案文獻中，較受到法史學界關注者略有：收錄秦漢之際審判案例的張家山漢簡《奏讞書》、北京中華書局出版的《名公書判清明集》、中國北京第一歷史檔案館整理的清朝中央內閣檔案、四川省檔案館提供出版的清朝巴縣檔案資料、中央研究院歷史語言研究所出版的《明清檔案》、台北故宮博物院典藏整理的清代軍機處司法檔案、本計畫主持人整編之民國初年《大理院民刑事判決例全文彙編》、《平政院裁決錄存》，以及北京大學出版社近期內先後出版的「近代司法判決叢編」。另外，在台灣法律史的研究中，台灣大學所點校、出版的《淡新檔案》，是該研究領域中最具重要性的裁判史料。

隨著上述研究素材的運用，法史學界迅速地拓展了中國法制史（及台灣法律史）的研究範疇，同時也對於既有的研究方法，普遍進行了深刻的反省與改造。從另一方面來看，這樣的學術氛圍，其實也為中國法制史（及台灣法律史）的傳統教學方式，醞釀了一個改革的契機。亦即，在研究之外，大量的裁判案例史料，也能夠提供作為中國法制史（及台灣法律史）教學時的良好教材。為此，本計畫主持人與協同主持人乃提出「中國法制史教學改進計畫——以近代刑法史的實例教學法為核心」，嘗試採用案例式的教學法，使學生透過案例的分析與討論，有效習得近代中國刑法史的相關知能。

選擇以近代刑法史的教學為本計畫的研究範圍，一方面係考量到計畫主持人授課的對象主要為法律系所的學生，而晚清、民國對於近代西方刑法規範的繼承，以及後來的演變，與現行刑法的來龍去脈具有密切的關係，在議題上比較容易引起學生的興趣。另外一方面，則是因為現存此時期的裁判與事例數量極多，取材方便，而且當時適逢中西法律文化正面交鋒，新舊價值劇烈震盪，那些裁判與事例所聯繫的時代大變局，也使它們具有高度的可讀性。

至於所謂的「案例式教學法」，或稱作「蘇格拉底式教學法」。早在 1870 年時，哈佛大學法學院院長克里斯多夫·格尼姆布斯·朗德爾（Christophe Columbus Langdell）教授即首次將案例式教學引入法學教育，並大力推廣，至今，它已成為美國乃至整個英美法系國家法學院最主要的教學方法。而在關於現行法的教學中，「案例式教學」係指藉由真實發生過的典型性事件，指引學生耙梳其中的脈絡，分析疑難所在，同時找出解決問題的方法。若將其運用於近代中國刑法史的教學，本計畫主持人則希望能指導學生在研讀裁判、事例史料的過程中，嘗試著一步步勾勒出近代中國曾經發生過的若干法律生活實況、涉及的規範內容，以及規範的價值取向。尤其透過普遍性案例與特殊性案例的交叉分析，深入瞭解該時空背景下刑法規範的精神所在和重要特色，最後，更期許學生去比較類似的事實在當代是如何處理，進而得以體悟近現代刑法規範變與不變的內、外動因以及支配原理。

此外，相較於傳統由教師單向式講授的教學方式，案例式教學雖然在知識傳授的系統完整性略顯遜色，然而，卻可以大幅提昇學生參與課程討論的動機與頻率，訓練質疑、提問的勇氣，並且培養臨場表達以及反思、批判的能力，以跳脫教師講、學生聽、閉卷考的傳統教學模式。

## 貳、計畫內容大綱

本計畫主持人自 1991 年間完成博士論文〈沈家本法律思想與晚清刑律變遷〉，迄今致力於近代中國刑法史的研究已近二十寒暑。1997 年起，並且倡風氣之先，投入民國初期大理院與平政院司法檔案的整編工作，除出版《平政院裁決錄存》，以及整編《大理院民事判決彙覽》、《大理民事判例全文彙編》之外，在刑法方面，也輯成了《大理院刑事判例全文彙編》（17 冊）、《大理院刑事判決匯覽》（30 冊）及《大理院刑事判例全文彙編（點校本）》（6 冊），這些初步的研究成果，再再受到海內外法史學界的高度關注。

歷經艱辛，在北洋政府時期的司法檔案彙編工作暫告一個段落後，復進一步思量，「司法裁判」與「法制典籍」本為體用關係，兩者密不可分。為探本溯源，遂又於 2004 年至 2006 年間，投入執行國科會《大清現行刑律之校注與研究》計畫，完成《大清現行刑律之校註與研究》之編纂。嗣後衡諸我國目前現狀，晚清、民國以來的各類法典制定史料，雖有零星纂輯，但仍屬殘缺不全，對於學術界之研究與實務界之運用，均感不便，甚或陷於「無處可覓」的窘境，乃擬定「開課主題計畫」，集中精神於晚清民國刑事立法與裁判歷史的研究，並擬多方蒐羅清末以迄當今，有關刑法制定的史料與珍貴的裁判文獻。

為使研究取向與教學內容相互呼應，以達到相得益彰的效果，本計畫主持人亦數度在政治大學法律學系的大學部和研究所開設相關課程。惟近代中國刑法史涉及的原始資料量極其龐大，固然有心學習的同學不在少數，但就學習成效而言，尚不及開課預定之期望。本計畫主持人乃重新嘗試由淺入深的方式，規劃下述的教學主題次序，以歷次刑法草案及成文法的演變為主軸，緊密配合裁判檔案與史實案例，使學生透過反覆的學習與思辯，確實掌握近代中國刑法史的歷史脈絡與理論深度。

一、有關「歷次刑法草案及成文法」的刑事立法政策為何？並述其在近代中國及台灣法律史上的地位：

#### 4 中國法制史教學改進計畫—以近代刑法史的實例教學法為核心

1. 「歷次刑法草案及成文法」的立法、修法沿革及立法理由說明。
2. 「歷次刑法草案及成文法」在晚清民國的司法實踐與轉型實況探討。

#### 二、有關「歷次刑法草案及成文法」在民初大理院（1912-1928）及國民政府（1928-1949）的適用實質分析：

1. 歷次刑法草案及成文法的個別重要課題詮釋。
2. 晚清民國刑事立法的實證與理論闡釋。

#### 三、有關歷次刑法草案及成文法的評價

1. 從法繼受的觀點論晚清民國刑事法近代化的過渡與成型。
2. 從法律史學的觀點比較歷次刑法草案及成文法有關刑法思想之史的推移。
3. 從法社會學的觀點論晚清民國刑事立法的在地化問題。
4. 從比較法史的觀點論 1945 年前後臺灣刑事法的延續與斷裂。

### 參、計畫執行步驟

本項教學改進計畫於 2007 年 6 月開始實行，表定於 2008 年 1 月間完成，然為使本計畫的目標能更徹底地被實現，實際上，若干活動於計畫結束後，仍持續進行。關於本計畫的執行步驟，略述如下：

#### 一、先期準備工作

本計畫的主題為近代刑法史的實例教學，其探討的對象，是以傳統中國法制逐步蛻向近代歐陸法的過程為核心。換言之，是要使本課程的學習者明曉晚清民國以來，傳統中國法文化在西潮洶湧的大時代中發生延續或斷裂的情形，進而針對這些現象進行省思與評價。

然而，在觀察晚清以後刑事法制的發展之前，如果能對於傳統中國法文化的特質加以認識，相信更能深刻且適切地把握晚清以後刑法演變的歷程、內容及其

精神所在。因此，本計畫主持人在正式執行近代刑法史的案例教學計畫之前，先以傳統中國法時期的案例教學為準備工作，於 96 學年度第一學期，在政治大學法律研究所開設法制史專題課程，授課主題為「漢唐法制的當代詮釋——以兩漢春秋折獄及唐代《龍筋鳳髓判》為中心」。期望能在此過程中，擷取若干案例教學的寶貴經驗，使接下來進行近代刑法史案例教學時，能收事半功倍的效果。本次開課的相關資料，詳參〈附錄一〉。

## 二、召開工作會議

為確認本計畫之實施綱領與執行細節，計畫主持人多次召集計畫成員，舉行本計畫之籌備會議，就相關工作事項進行討論。歷次工作會議之召開情形，請參閱〈附錄二〉。

## 三、蒐集、整編相關資料

由計畫主持人召集協同主持人與兼任助理，蒐集、過濾清末以迄當今有關刑法定史料與珍貴裁判文獻，主要包括宣統二年（1910）之《大清新刑律》、民元之《暫行新刑律》、民國四年之《修正刑法草案》、民國七年、八年之《刑法第二次修正案》、《改定刑法第二次修正案》、民國十七年頒佈之《中華民國刑法》，民國二十四年施行之現行刑法，以及大理院和最高法院的判決例等。

## 四、編寫教案

本計畫案採先編纂教案後實際教學的順序進行，因教學的方式希望能夠貫徹案例分析，故教材在內容設計上，也希望能夠紮實有據，期能引發學生發言動力，讓學生除了學習基礎的法制史知識之外，更能主動深刻思考法制歷史變與不變的時代意義，故教材在編撰的體例上將傾向活潑生動的案例精選，每個章節均放入議題思考的單元。

目前，教案擬分為八個講次，討論晚清民國刑法繼承的各項重要議題，並試

圖釐清繼受前後的傳統中國法制以及近代西方法制的差異。尤其特別著重在案例分析，達到案例教學的目的。教材編排內容暫定如下：

- ◇第一講 導論：從傳統律例到近代刑法—清末民初近代刑法典的編纂
- ◇第二講 罪刑法定原則：從「依律斷罪」到「罪刑法定」—近代中國刑事定罪原則的轉變
- ◇第三講 刑法與人情：審判官之淚—從古代「原情定罪」到現代「刑之酌減、酌科」
- ◇第四講 刑法與人倫：刑法上倫常條款的生與死—殺、傷直系血親尊親屬罪的過去、現在與將來
- ◇第五講 刑法與性別：刑法「男尊女卑」的消失—從「殺死姦夫條」看起
- ◇第六講 刑法與性道德：從「無夫姦」到「通姦罪」—法律與倫理道德的分合界線問題
- ◇第七講 刑法與言論自由：妨害名譽罪—繼受外國法之後新出現的犯罪類型
- ◇第八講 結論

此外，關於各章議題討論的內容，希望至少包含以下幾點：

1. 案例的事實或裁判全文
2. 案例分析
3. 法律規範的沿革與對其後法制的影響
4. 參考文獻
5. 問題與討論

## 五、舉辦專家學者諮詢會議

為能對於本計畫執行的成效進行檢討，同時就近代刑法史的案例式教學法相關問題集思廣益，本計畫於期間，曾邀請韓毓傑副教授、靳宗立助理教授、李聖傑助理教授、王皇玉助理教授等國內法史學界與刑法學界的學者，針對近代刑法

史課程實施案例式教學的優、缺點，以及可能遭遇到的困境等問題，進行詳盡的討論及心得分享。該次會議的內容，參閱〈附錄三〉。

## 六、開設課程

為落實本計畫對於教學方式改革的期待，教材的內容初步擬定後，計畫主持人與協同主持人乃於 96 學年度第二學期，在政治大學法律研究所碩、博士班開設「刑法史研究」課程，主題為「晚清民國刑事立法與裁判—案例近代中國刑法史」。課程之教學大綱，詳參閱〈附錄四〉。

## 肆、計畫成果

本計畫案的成果，主要可就教案與教法兩項進行說明。教案方面，目前已擬訂八個講次的大綱內容，並完成七個主要講次教案的初步編寫，詳細內容，請參閱成果報告之第二部分。

教法方面，經過 96 學年度第一學期先期準備工作的開課，乃至目前進行中的課程「晚清民國刑事立法與裁判—案例近代中國刑法史」，學生對於案例式的教學法普遍反應良好。透過案例的閱讀、思考、分析、討論，學生可以從中建立起一套適合自己的完整而又嚴密的邏輯思維方法和思考問題的模式。而且，由於真實案例較之一般的舉例內涵更為真實豐富，加上案例的分析、解決過程也較為複雜，故學生在案例式教學中，不僅需要自我要求，努力強化基本的理論知識，也必須鍛鍊自身權衡、分析及歸納等思維能力。尤其，經過一次次的討論與指引，不少學生的口頭表達技巧和化繁馭簡的問題說明能力，都獲得一定程度的提升。

不過，由於目前修課的學生並非皆屬於法史學的專攻者，而案例式的教學法不容易系統性地幫助學生建立近代刑法史的基礎知識，故本學期的授課，採取前三週由計畫主持人單向式講授近代刑法史發展概要，其它各週由同學選讀案例，進行分析討論的折衷方式，以兼顧非法史專業修課同學的學習狀況。



## 第二部分 教案編寫

### 第一講 導論

## 從傳統律例到近代刑法 —清末民初近代刑法典的編纂

### 壹、序說

1840 年鴉片戰爭以後的中國，實為亙古未有之變局，傳統古典的清帝國遭遇空前的挑戰與危機，產生巨大且深刻的形變與質變，而屬於舊文化所孕育的法律體系也隨之而遽變。可以說，這是中西文明激盪與選擇的大時代，從悠遠的法制史與廣闊的比較法史看，這是傳統中國法律解體的年代，同時也是邁入近代化的新紀元。

從形式上觀察，中國立法史的時代區分約略可分為七，第一階段，自唐虞以迄周末(西元前 233 至 221 年)的法典創造期，第二階段，自秦以迄南北朝(西元前 221 年至西元 581 年)的法典確立期；第三階段，自隋唐以迄有清(581 至 1901 年)的法典發達期；第四階段，自清光緒二十八年以迄宣統三年(1902 至 1912 年)的法典蛻變期；第五階段，民國建元以迄十七年的法典過渡期；第六階段，十七年立法院成立後以迄三十八年的法典改建期；第七階段，三十八年以後的台灣新法制與中國大陸的社會主義法制期。

就實質上而言，中國的法律制度可簡要分為三個時期，第一期為自先秦以迄清末的傳統法時期，第二期為清末民初的歐陸法繼受時期，第三期為 1949 年以後海峽兩岸的法制分歧時期。<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 關於中國法律發展，在時期上的劃分，有著重於法律制度，有著重於法律思想者。自來學者眾

在時間的分界上，本文所指的清末民初，大體上是從光緒二十八年（1902）起，清廷命沈家本、伍廷芳等為修訂法律大臣，主持變法修律，繼受歐陸法，以迄民國十年左右的關鍵時期。因為，此期間，正是中國傳統社會日漸「革故」與「求新」的重要階段；也是延續兩千餘年的中華法系，在歐陸法系思潮衝擊下，發生劇烈蛻變的歷史轉折期。它最具有代表性，也最具涵蓋性，更最具貫穿性，正如清史稿上所說：「是故論有清一代之刑法，亦古今絕續之交也。」<sup>2</sup>

我們如不對這一段曲折爭議的立法「變勢」，作一深入的考察與評價，則無法理解傳統律例是如何過渡到近代刑法，也就不能從中得到一些有益的借鏡與啓示，更不能為未來的法制改革獲得先機，史實告訴我們，在晚清近代化的歷程上，法制部份確曾扮演其重要且顯著的角色。為真摯地了解現行法制的實際，為找尋未來法制創造轉化的途徑，就必須忠實的探索過去的法制歷史。

在長達近兩千年的傳統中國法制中，為刑法開闢新生面的是宣統二年（1910年）所公佈的「大清新刑律」。該律的立法原理和原則，對於過去自唐律以降的律例，都是嶄新的創造。而大清新刑律從預備案起算到欽定頒行止，前後更修達七次之多，最後雖因清廷覆滅，終未及施行，但此一重大變革，對於近代中國乃至當代台灣刑事法制影響至深至遠。

如果我們將大清新刑律「正文」與附加的「暫行章程」分離為二，尤其，側重在岡田朝太郎與沈家本聯手所主持擬訂的「大清新刑律草案」，不能不承認這是超越傳統中國思想的一部新法典，為近代中國立法事業建立一個新的里程碑。而於此關鍵的年代誰助了一臂之力？誰是幕後的推手？外國法律顧問究竟扮演何等角色？世人常將法律近代化的功勞歸於沈家本（一八四〇至一九一三年），

---

訟紛紜。詳參朱方，中國法制史，一頁，上海法政學校，二十一年一月。陳顧遠，中國法制史，十七頁，台灣商務，六十二年八月。楊鴻烈，中國法律思想史，上冊，七頁，台灣商務，七十三年十一月。林詠榮，中國法制史，四七至六六頁，作者印行，六十五年十月。徐道鄰，中國法制史論集，一頁。十四台北，志文，六十四年八月版。

<sup>2</sup> 參閱清史稿，卷一二四，志一一七，刑法一。

而譽之為「中國法制近代化之父」，事實上，當時延聘來的外籍顧問群曾著有貢獻，其中，尤以岡田朝太郎為最，遺憾的是，其史事鮮為人知。本文擬從大清新刑律制訂過程中的「禮法爭議」來側窺岡田刑事立法的主張，進而一探民國初年，岡田在修正刑法草案中所參與的情境，以深入了解岡田刑法學對清末民初刑事法制的影響。

## 貳、晚清「大清新刑律」禮法爭議過程中的岡田

翻開近代中國立法史，大清新刑律主要是在列強壓迫下，為謀回復法權獨立的產物，故不得不盡量容納各國的刑事立法新例。而主導制定新律的沈家本與實際擔任起稿的岡田朝太郎，均為開明博達之士，渠等對於當時世界刑事法已發展或正在發展中的思想，如法典編纂體例的立新、罪刑法定的確立、法律與倫理道德的界分、法律平等性的建立、刑罰目的理論的明確，均一一採擷而體現在大清新刑律草案的條文上。

整體以言，大清新刑律草案的正文本身，第十條：「法例無正條者，不論何種行為，不為罪。」開啓了中國法制史上所謂罪刑法定的新頁，因此，法律由多元而成了刑法一元的形式。同律第八十八條以下，關於侵害皇室利益的罪，都把行為人當作負責者，這是由團體責任轉為個人責任原則的體現。尊卑、男女和夫婦在刑法上的地位，原則上由身分等差漸趨於平權立法。主奴的稱呼，沒有了；卑幼對於尊屬，同樣有正當防衛權；這也是個人本位責任下的產物。身體刑完全廢止，死刑用絞，且秘密執行於監獄；刑罰制度的重心是自由刑，這中間充分顯示著矜恤的精神。計贓論罪的犯罪類型廢止，罪刑關係的法則，除傷害罪外，大體上都是罪刑均衡的產物。大清新刑律草案中雖還保留著造意犯這名詞，可是共犯的概念，也已根本改造，行為成了構成犯罪的中心，同謀已經不是犯罪的類型。可以說，大清新刑律草案是把罪刑法定、罪刑均衡、刑罰人道、行為中心和個人責任作為特色。<sup>3</sup>而凡此主張，考其根源，與岡田朝太郎的刑事法思想最為貼近。

<sup>3</sup> 大清新刑律第三十條：「教唆他人，使之實施犯罪之行為者，為造意犯，依正犯之例處斷。教

不過，由傳統中國舊律跨越到繼受歐西刑律，蛻變太大，無法一一細述，底下僅列舉與岡田學術思想有關之犖犖大者數項：

## 一、法典編纂的立法技術

傳統中國刑律的方法基礎，不採抽象的概括態度，而採客觀具體的主義。即同一罪質的犯罪，往往視其行為之主客體、方法、實害程度及其他情況而規定其刑罰。因其為「客觀具體」的嚴格法，故不能不再遇到具體而不完全相符的個案時，採用「比附援引」，是以「因一事而生一例」，馴致例在量上不斷增加，流於繁碎，參差歧異。<sup>4</sup>

大清新刑律草案的編纂，在岡田思想的引導下，完全採自德、法、日等先進經驗國的立法新例，以抽象概括原則取代客觀具體主義，與舊制的大清律例相比，在立法技術上有幾點顯著的差異：

### （一）總則與分則並列

大清律例律凡四百三十六條，附例一千一百九十二條，律條及例文雖多，仍不免有掛漏之嫌。而在近代刑法學的領域，往往分為總則與分則兩部份，總則著重於一般犯罪成立重要基礎因素及其理論，在於揭示有關犯罪行為的本質、犯罪主體、犯人因素以及刑罰與保安處分制度的共同適用原則。而分則在於各種犯罪行為態樣，並釐定各種犯罪行為所附的刑罰種類與範圍為主要內容。綜觀大清新刑律草案，大部份是採擷當時歐陸法系刑法的立法例。共分兩編，總則為全編之

---

峻造意犯者，準造意犯論。」參閱蔡樞衡，刑法學，一一二頁，南京，獨立出版社，三十六年五月。

<sup>4</sup> 法國的中國法制史學者艾斯卡拉(Jean Escarra, 1885—1955) 曾就近代歐陸法與傳統中國法的方法論作過比較，而有所謂「邏輯對類推」之喻。亦即歐陸法的方法基礎，是對事物的抽象範疇，故其方法為邏輯的解析；而中國的傳統心靈，則崇尚具體事物，並追求其平衡、和諧及對稱，故而不善歸納及演繹，而趨向於「類推」方法。詳參 Jean Escarra, *Le Droit Chinois, Conception et evolution, Institutions legislatives et judiciaires de la Chine et enseignement* (Editions Henri Vetch Pekin. Librairie, Recueil sirey, Paris, 1936) 引自谷口知平譯，*エスカラ支那法*，有斐閣，昭和十七年。

綱領，凡十七章，其中規定法例、不論罪、未遂罪、累犯罪、俱發罪、共犯罪、刑名、宥恕減輕、自首減免、酌量減輕、加減例、猶豫行刑、假出獄、恩赦、時效、時期計算、文例等等；較之舊例的「名例」內容，具體而微。而分則為各項之事例，對各種刑事犯罪行為進行分類，列述特別構成要件，確定罪名，規定相應的刑罰。分則篇共三十六章，將各種刑事犯罪行為概括為四十多種罪名，對於罪的分類及各章次序的安排，執簡馭繁，深得緊要，顯屬刑法體系史上空前的變化。

## （二）類目清晰

大清律例多為三十門目，如戶律、婚姻、田宅、錢債、市廛、宮衛、軍政、廩牧、訴訟、斷獄、職制、公式、祭祀、禮儀等條律，不獨刑事與民商事不分，刑法與訴訟法無別，且一般刑罰與官吏的懲戒也無區別，甚有僅定典章儀式並無刑罰性質，而亦列入刑律之中者。大清新刑律草案則隨學理的發展，在分則篇關於犯罪的分類，委棄傳統觀念，進行分類和確定罪名，主要表現於下面兩點：一、進一步貫徹民刑分立的原則，劃清民事法律關係與刑事法律關係的界限，較前更明確了刑法規範的範圍，舊律中有關民事法律行為及訴訟斷獄的規定，在新刑律中已不復見；二、揚棄舊律按吏、戶、禮、兵、刑、工「六曹」分類的方法；摒棄傳統的犯罪名稱和概念，代之以近代刑法的新觀念、新名稱，並根據當時的政治、社會、經濟情勢，重新酌定罪名。

## （三）編制適當

傳統舊律皆列刑名於罪名之前，即近代各國亦多援引拿破崙法典之例，以刑名列舉在先，罪名列舉在後；一八八〇年的日本舊刑法，一如法國刑法，於第一項規定法例，第二章至第六章規定刑例，第七章至第十一章規定罪例，岡田認為「此不合法理」，乃主張：「刑罰者，規定犯罪與刑罰之法規也。犯罪為因，而刑罰為果，故就其編次言之，應先設關於犯罪之規定，後設關於刑罰之規定。」大

清新刑律草案之編，乃作罪名在前，刑名居後之次序。<sup>5</sup>又草案在法律不溯及既往的原則下，概自公布施行之日起生效，非經修改程序，現行法為持續存在之唯一有效的法律，排除舊律死法活法並存之弊。

#### (四) 事增文省

大清律例所定的犯罪類型，關於國家公益的侵害，不過宮衛、叛逆、軍政、廩庫等門律。關於個人私益的侵害，而不外賊盜、人命、鬥毆、詐偽、罵詈、犯姦諸門律。自時事變遷，事物增劇，非復舊時律例所能包括、大清新刑律草案繼受大陸法系的立法原理，儘量使法條的結構抽象化、普遍化，充分保持理論性、體系性與彈力性。在分則篇關於罪名的規定，採取「概括主義」，摒棄舊律一事一例，將例也纂入法典的作法。雖不採以對國家罪、對個人罪、對身體罪、對財產罪之大分類法，而按各罪配列之順序，直揭各種罪名而列舉，惟其次序仍以直接有害國家存立之條件者居於首項（第一及第八章），其害社會而間接以害國家者次之（第九至第二十五章），侵害個人而間接害及國家社會則又次之（第二十六至第三十章）。故新律條文所網羅涵蓋的範圍，遠較舊律廣泛，更為擴充。此雖非各國立法通例，亦非學理上有此特質，卻可以看出新刑律草案的編纂，對罪的分類及各章次序的安排，自有其一貫之理論與邏輯；與舊律相比，免其繁瑣之弊，顯得簡明扼要。

惟就法條用語而論，由於原草案出自岡田之手，致其所使用的文字及語法，多襲自日本，當時部院督撫多人提出批評。<sup>6</sup>實則新訂刑律草案既屬繼受性質，

<sup>5</sup> 詳參岡田朝太郎，清國改正刑律草案（總則），法學協會雜誌，二九卷三號，三七一至三七六頁，明治四十四年。另參同氏，清國既成法典及七法案二魴テ，法學志林，十三春八、九號，明治四十四年。又參大清光緒新法令，第十九冊，「總則」部分。

<sup>6</sup> 如兩廣總督張人駿說：「法律者，所以範圍天下，必須官民共喻，然後共知遵守。今草案悉仿東瀛，名辭新異，語復拗折。如所謂行為、結果、執行、身分、地位、著手之屬，皆中國衢巷俚俗之談，又如猶豫行刑、假出獄與夫精神疾病暨視能、聽能、語能、機能、陰鷲之類。以特議一代之憲章，乃全襲他人之文法，似非政體所宜。且更訂刑律，期與各國政治躋於大同，今專仿東瀛，實與歐西迥異，非獨中國臣民素所未習，凡通商諸國亦無一與之同文，與其效法一國，而令各國莫能相通，何如仍用中文，而另備譯本之為愈。」詳參劉錦藻撰，清朝續文獻通考，二四七、二四八卷，兩廣總督張人駿、安徽巡撫馮煦、陝西巡撫恩壽、閩浙總督松壽及都察院「覆奏刑律草案摺」。

又由岡田擔綱起草，襲用或翻譯外來名詞，自難避免，此或有其不得不然之苦衷乎？

## 二、法律與禮教的分合界限

傳統中國刑律自唐迄清，其特質在「注重倫常禮教」，清末變法修律，當時守舊的禮教派認為改良刑律，只可刪去中國舊法中不合於理者，「不當一一求合於外國法律，而沒吾國固有之文明。」<sup>7</sup>不過，主張繼受歐西法律精神的法理派則認為法律與禮教宜作適度的分界。事實上，晚清的變法修律，處在傳統與近代的臨界點上；中西文化的衝突，新舊思想的對立，在立法中圍繞著大清新刑律草案而展開了一場禮法爭議。「當刑法草案告成提交資政院議決之頃，朝野之守舊者將法制與禮教觀念混而為一，多不慊於新法，群起而譏議之。」以致「新律幾有根本推翻之勢。」領銜修律的沈家本，為此而「憤慨異常，獨當其衝，著論痛駁。」岡田朝太郎「亦助沈氏辭而辟之」，由參與立法而捲入思想論爭，這何嘗是岡田的本願？而從現存的文獻看來，做為一位熱誠而正直的外籍客卿，岡田曾依據西方法學原理，寫過不少議論<sup>8</sup>，以下僅述其有可資依據者數端：

### （一）無夫姦

傳統中國禮教，最重在室女子與寡婦的貞節，舊律上，凡不經婚姻而男女非禮苟合，不問有夫無夫，即入通姦罪。而通姦罪直接保護之法益，並非夫妻個人的配偶權，乃為社會上性的道德。唐律·雜律規定：「諸姦者，徒一年半。有夫者，徒二年。」清律·犯姦門規定：「凡和姦者杖八十，有夫者杖九十。」無夫有夫，分別治罪，前輕後重。<sup>9</sup>

<sup>7</sup> 詳參黃源盛，沈家本法律思想與晚清刑律變遷，一五八至一七五頁，台灣大學法律學博士論文，八十年十一月。

<sup>8</sup> 就現有的史料看，岡田在當時曾寫過如「論大清新刑律重視禮教」、「岡田博士論刑律不宜增入和姦罪之罰則」、「岡田博士論子孫違犯教令一條應刪去」等文章，其詳細出處尚待查證。

<sup>9</sup> 宋刑統，二六卷，雜律·諸色犯姦門：「諸姦者徒一年半」；大明律集解附例，二五卷，刑律犯姦門：「凡和姦杖八十」。

岡田朝太郎與沈家本等基於法律與道德應有所界分的理念，認為「國家立法期於令行禁止，有法而不能行，轉使民玩法而肆無忌憚。和姦之事，幾於禁之無可禁，誅之不勝誅，即刑章具在，亦祇空文。必教育普及，家庭嚴正，輿論之力盛，廉恥之力生，然後淫靡之風可少衰。」乃主張「防遏此等醜行，不在法律而在教化，即列為專條，亦無實際。」<sup>10</sup>因此，大清新刑律草案第二百七十八條擬為：「凡和姦有夫之婦，處四等以下有期徒刑。其相姦者，亦同。」祇列有夫和姦罪，不列無夫姦之條。又第三百八十二條第二項規定：「第二百七十八條之罪，待其本夫之告訴始論其罪。若本夫事前縱容或事後得利而私行和解者，雖告訴不為審理。」

禮教派人士震怒，認為此舉「失之過矣」，隨即引發在京各部院，在外各督撫的猛烈非議。勞乃宣尤表不滿，質難道：「推其意，蓋謂法律俱在，而犯者依然，是乃道德之教化未至，非法律所能禁，法律既為無用之文，不如去之。然則有殺人之律，而仍有犯之者，乃仁之教化未至也，將並殺人之律而去之乎？有盜賊之律而仍有犯盜者，乃義之教化未至也，將並盜賊之律而去之乎？鴉片煙之罪、賭博之罪亦與姦罪同一教化未至，何以不去乎？無夫和姦之罪，因禁之無可禁，誅之不勝誅，遂以專待於教化為詞而去之矣；有夫和姦之罪，同一禁之無可禁，誅之不勝誅也，何以不純任教化而仍科以罪乎？以子之矛陷子之盾，法律與道德教化無關之說，不攻自破矣！」<sup>11</sup>

對於無夫姦應否處刑，雙方啾啾爭辯，此時，負責起草的岡田不得不挺身而出，為文論證無夫姦不宜動用國家刑罰權的法理。

首先，岡田從刑法發達，法典進步歷史考察。他認為，在刑法和刑法觀念不發達的時代，由於未劃清個人道德與社會道德的界限，將教育與法律混淆為一。

<sup>10</sup> 參閱沈家本，沈大臣酌擬辦法說帖，收於勞乃宣，新刑律修正案彙錄，刊印者不詳，宣統二年鉛印本。另參閱清史稿·刑法志。

<sup>11</sup> 參照勞乃宣，修正刑律草案說帖，收於同上註十氏著，新刑律修正案彙錄。

故世界各國都以和姦行爲爲有罪而處於刑罰。中世紀歐洲各國，對正當婚姻之外性行爲的規定，不但條目多於中國，處刑也重於中國，十八世紀末，「道德宗教法律之混淆，達於極點。其反動力，遂有劃清界限之說。」，法、德兩國首對法典進行修改，延至十九世紀，「所有一般法律思想，無不以屬於道德範圍之惡事與屬於宗教範圍之罪惡，概置諸法律之外。」在這種思想指導下，刑法對姦非罪的處罰主要有：公然實施，致污善良風俗；以強暴實施，對於無完全承諾能力之人而實施，破壞正當婚姻之效力，足以誘引姦淫之惡習。「其餘如單純和姦、納妾、調姦等罪，東西各國刑律中殆至絕蹤。」大清新刑律草案之所以不採無夫和姦爲有罪，其所本正在於此。

其次岡田從法理和實際研究，主張無夫姦不應規定於刑律之內。「以法理言，凡害及社會之行爲，有刑罰之效力所能及者，亦有不能及者。」大體分三種情況，刑罰效力所不能及而屬於教育範圍內之行爲，便不能不捨刑罰而注重教育。刑罰效力不如治療效力之大者，則捨刑罰而施以治療。最後，刑罰已經宣告，但是如果暫不執行能更有效地使犯人反省自新，便應施行緩刑。這三種方法，均爲「刑期無刑」之政策，是一種適宜預防。以此而論，是尋常和姦行爲，不過是違犯道德而已，並未害及社會。退一步說，即使害及社會，亦不應據此而列入刑法，動用刑罰，道理很簡單，「刑罰者必就其性質與其份量，及其他社會一切之狀態，而以其效力之能及與否爲斷也。」刑罰效力不如教育效力之大，就不應動用刑罰。解決和姦行爲，關鍵在養成家庭嚴正之風，普及智育德育，辦好新聞雜誌，造就社會輿論，涵養公眾廉恥之心；道德日盛，習俗自會轉移。

岡田又從實際觀察，認爲無夫姦處刑，其不便之處，約有四端：立法，檢舉、審判、外交。就立法而論，一是刑罰之輕重不易掌握，重刑顯屬不妥，「然輕微處分，終不足禁制男女之私情，則仍屬無益之規定。」二是娼妓娼婦，其初亦處女，尋常和姦處罰而允許娼妓營業，法律上無法解釋；禁絕娼妓，又屬能言而不能行之空論。就檢舉而言，刑法若設此種罪名，將導致「貧賤者不能免縲紲之罪，而富貴者則搜索無從，往往幸逃在外，與刑律四民平等之原則恰相背馳。」或者

不分貴賤老弱，凡有穢行風聞，一律追捕處罰，這一來，便將使人為一時一事而喪失終生之名譽幸福，「實與社會上死刑無異」，更有甚者，將使一家一族為社會所不齒。審判上，由於這種犯罪，「往往於祕密之祕密中行之」，證據極少，勢將導致審判擅斷。外交上，刑法如作此規定，若遇有外國人無夫和姦案件而處予刑罰，勢將影響領事裁判權的收回。<sup>12</sup>

岡田認為，禮教派所主張無夫姦應處刑罰，一是不明禮教與法律的界限，二是欲藉禮教博舊社會的虛名；中國立法，如果泥於禮教，不明法理，其法絕非完全之法。<sup>13</sup>

## (二) 子孫違犯教令

在傳統農業社會，家父長的權威維繫著家屬的秩序，家父長與家屬之間是為主從的關係，一切權力都集中在父祖的手中...包括經濟權、宗教權和法律權。<sup>14</sup>而儒家向來主張教導人民以孝悌之道，父祖擁有所謂的「教令權」，倘若子孫有違反、觸犯父祖的教訓命令行為，或對祖父母、父母，力堪扶養而不扶養者，歷代刑律都用刑罰來加以懲治，此即指「子孫違犯教令」而言。唐律已有明文處罰規定：「諸子孫違犯教令及供養有關者，徒二年。」明、清則改為杖一百。<sup>15</sup>

大清新刑律草案未列「子孫違犯教令」條，禮教派人士認為此條原為「教孝」而設，自不容全行刪去。勞乃宣指出：「舊律子孫違犯教令者，杖。屢次觸犯，

---

<sup>12</sup> 參閱岡田朝太郎，岡田博士論刑律不宜增入和姦之罪則。另參閱李貴連，沈家本傳，三二四至三二七頁，北京，法律出版社：2000年四月。

<sup>13</sup> 資政院於宣統二年十二月初八日，舉行第三十七次院會時，沈家本代理溥倫主持議事，岡田朝太郎亦蒞臨旁聽，議員們對新刑律的辯論極為激烈，秩序紛亂火爆。最後，因觀點無法協調，乃將此問題付諸表決，結果，對於無夫姦應否論罪科刑之爭論，禮教派獲勝。評參資政院會議速記錄，資政院第一次常年會第三十九號議場速記錄。

<sup>14</sup> 參閱瞿同祖，中國法律與中國社會，七頁，台北，里仁，七十一年。

<sup>15</sup> 所謂違犯教令者，祖父母、父母有所教令，於事合宜，即須奉以周旋，子孫不得違犯，供養有關，禮云：七十、二膳，八十、常珍之類，家道堪供而故闕者，是為不孝。若教令違法，行即有愆，或家貧簞，力不從心，有所不及，則不合有罪。本罪須祖父母、父母告乃坐。

呈請發遣者，發遣；祖父母、父母呈請釋回者，亦有釋放成案。子孫治罪之權，全在祖父母、父母，實為教孝之盛軌。草案未列此條，殊非孝治天下之道。」<sup>16</sup>

沈家本辯稱：「違犯教令，出乎家庭，此全是教育上事。應別設感化院之類，以宏教育之方，此無關於刑民事件，不必規定於刑律中也。」<sup>17</sup>

針對沈家本的辯解，勞乃宣再加駁斥：「周官八刑，一曰不孝之刑，俄國刑法亦有呈送忤逆之條。謂違犯教令全是教育之事，無關刑民事件，殆不其然。感化院之類，天下千餘州縣，一時何能遍設？若子孫觸忤祖父母、父母，官府無懲治之法，若祖若父無呈送之所，實為大拂民情之事。且律中即有此條，於收回裁判權決無干礙，何也？呈送出於其祖其父，若外國人不以子孫違犯為罪，儘可不來呈送；此條存於律中，於彼固無妨損也。此條甚有關係，仍應照增，萬不可刪。」<sup>18</sup>

關於子孫違犯教令，應否列入大清新刑律草案之中，岡田認為，此條不宜入律。其一，律文所用「教令」字樣範圍過廣，不能辨識入於罪之行爲與出於罪之行爲。其二，祖父母、父母教令權限未經明定，若其所命彼此不一致時，不能判斷子孫行爲之有無犯罪。其三，若將一切違犯教令之行爲科以刑罰，是逾越刑法範圍而侵入倫常範圍者。若斟酌取捨，或罰或不罰，殆將刑律視為具文，理論與實際兩不合宜。其四，祖父母、父母在民法上分別享有親權以及懲戒權，於其權內本可督責子孫之行爲，無須動用刑事之制裁。總之，祖父母、父母之於子女，於倫常有教令之力，於人道有慈愛之情，於法律有懲戒之權，不宜藉刑律之威力也。<sup>19</sup>

<sup>16</sup> 勞乃宣主張補其文曰：「凡子孫違犯祖父母、父母教令及奉養有缺者，處拘役。屢次觸犯者，處一等有期徒刑。皆祖父母、父母親告乃坐，如祖父母、父母代為求請減少期限或寬免者，聽。」見同上註十一勞乃宣，前揭說帖。

<sup>17</sup> 參閱同上註十沈家本，前揭說帖。

<sup>18</sup> 參閱同上註十一勞乃宣，前揭說帖。

<sup>19</sup> 參閱岡田朝太郎，論大清新刑律重視禮教。另參閱同上註十二，李貴連著，前揭書，三二八至三二九頁

結果，「子孫違犯教令」一條，憲政編查館雖肯定勞乃宣等「維持禮教之苦心」，但又以違警律和新刑律都有足資援引的類似條文，而不再列入新刑律正文。

### 三、死刑唯一的辯難

傳統中國舊律，死刑以斬、絞分重輕，斬有斷脰之慘，身首異處，故重；絞則身與首相屬，故較斬為輕，然此二者均屬絕人生命的極刑。大清現行刑律為示尊重人道，將大清律例之凌遲、梟首等刑，均改為斬立決，斬立決改為絞立決，絞立決改為絞監候，斬監候亦改為絞監候。犯人已死者不再論罪，故戮屍之刑，亦已廢除。對於大清新刑律草案究應採斬絞並用，或宜採以絞為死刑唯一之執行方式，當時曾生爭議。

岡田認為：「主張斬重絞輕者，恆謂斬者身首異處，故重；絞者身首不異處，故輕。然斬與絞同為斷人生命之具，身首異處何以重？身首不異處何以輕？要亦不外中國古來之陋習迷信耳，非有正當之理由也。」又說：「試問：中國刑法之分別於殺人罪，曾有因犯人用斬用絞之故，以重輕其處分之規定乎？於犯人犯罪之手段，則不問其用斬用絞，皆作為同一價值，曾無輕重之分，獨於官刑，則斬重絞輕，是何理也？」

在這一問題上，沈家本與岡田意見難得相左，認為上述岡田之說，未足折服學者之心。蓋「斬、絞既有身首殊、不殊之分，其死狀之感情，實非毫無區別，略分輕重，與他事之迷信不同，遽斥謂非正當之理由，未可定論也。...」沈氏以為「死刑只用一項，自古已然，不自近世也」「居今日而試行此法，乃復古，非徇今也。然則以死刑為無輕重者，於事未得其實，而死刑不可再分輕重，其理固大可研求矣」。<sup>20</sup>

<sup>20</sup> 詳參沈家本，寄篠文存，卷三，死刑惟一說。

岡田則認為，死刑唯一是世界各國大勢所趨，刑律中規定斬絞並用並不利於法權的收回。他指出：「各國之中廢止死刑者多矣。即不廢死刑者，亦皆採用一種之執行方法。今中國欲改良刑法，而死刑犯認斬絞二種，以抗世界之大勢。使他日刑法告成，外人讀此律者，必以為野蠻未開之法，於法權收回、條約改正之事，生大阻礙也必矣！」<sup>21</sup>最終，草案依岡田之意，死刑唯採絞刑一種，並應於監獄內秘密執行，以杜社會大眾窺睹，啓殘忍之風。

在此一觀點上，岡田與沈家本意見雖殊，但君子論理，理直氣順，足見兩人合作無間。

#### 四、禮法之爭餘波蕩漾

大清新刑律於宣統二年頒布，但禮法之爭並未因而落幕，宣統三年二月，禮教派的京師大學堂總監督劉廷琛再起鑼鼓，上書清廷，痛劾法理派，指斥修訂法律大臣「受恩深重，曾習詩書」，何以陰破綱常，擅違意旨，叛道離經若此？揚言「天命未改，豈容抗命之臣」，要求重訂國是，「不論新律可行不可行，先論禮教可廢不可廢，禮教可廢則新律可行，禮教不可廢則新律必不可盡行」。主張重新刪改新刑律，法理派「如仍陽奉陰違，即重治以違旨之罪」。<sup>22</sup>

針對禮教派劍拔弩張的言論，法理派也不甘示弱，岡田朝太郎以外籍人士參與修律的身分，痛駁劉廷琛：新刑律本身就重視禮教。<sup>23</sup>他首先指出：劉氏之論為時太晚且措詞失檢，新刑律從開始修訂到最後頒布，經歷六年時間。中間爭論頻繁，而劉氏自始至終未發一言。直至新律由朝廷裁可頒發後，才「始論新刑律蔑視禮教，以期推翻業經裁可之法律，毋乃於時機太不合乎？」而劉氏摺內公開

<sup>21</sup> 沈家本撰寫「死刑惟一論」後一年，即光緒三十三年，在「奏刑律草案告成分期繕單呈覽並陳修訂大旨摺」中明確提出「死刑僅用絞刑一種」，改變了一年新絞並用的主張，這足以說明在「斬絞爭議」中，最後是採納了岡田的意見。

<sup>22</sup> 詳參清末籌備立憲檔案史料，下冊，八八七至八八八頁，宣統三年二月二十三日，大學堂總監督劉廷琛奏新刑律不合禮教條文請嚴飭刪盡摺，中華書局，一九七九年。

<sup>23</sup> 參閱同上註十九岡田朝太郎，前揭文。

斥責修律大臣，對憲政編查館和資政院諸人進行譏笑，語近「罵詈」，作為大學堂總監督，未免「太失學者論事之身分」。

岡田接著嚴厲指出，劉氏出言輕率，「蔑視論理之定則，誣謗（新律）所採之主義，意在破壞新刑律。」根據是：在新刑律已由朝廷裁可頒布的情況下，劉氏「禮教可廢則新律可行」的攻擊矛頭所向便不僅是法律館、憲政館、軍機處、資政院等關係新刑律之人，而且牽涉裁可新律之朝廷。攻擊朝廷「廢棄禮教」，試問劉氏能負此重責嗎？此其一。劉氏既言新律不合禮俗之處不勝枚舉，又云最悖謬者如子孫違犯教令及無夫姦不加罪數端，前後矛盾，不能自圓其說。「不勝枚舉」與「數條不當」，「其內容之大小廣狹已絕不同，如不當之處僅止數條，何得曰不勝枚舉？」云「不勝枚舉」而不能一一列舉，顯然劉氏從未對新律草案進行全面研究，只不過拾勞乃宣之牙慧，輕率發議，毫無實益。如「不勝枚舉」，僅止勞氏修正案所列子孫違犯教令及無夫姦不加罪數端，則應就此立論，而「不應引此妄斷刑律全體」，負蔑視理論、破壞新律之責，此其二。

從上述部分「禮法爭議」的過程看來，爭論的焦點不外集中在：鑑於當時國情，制定新刑律的立法宗旨，究應以近代西方法律的原理原則為主？抑應以綱常禮教為主？新法的精神應採以個人為本位的國家主義？抑或家族主義？有關禮教的條文，是否要全部列入新刑律？如何列入？整個爭議的重點就在這些問題上。而從其結果言，這種溝通新舊，調和矛盾的情況，在一定程度上反映出圍繞修律問題的各種勢力的抗爭，也顯現出各種社會力量的強弱關係。

清末的禮法爭議實關係到近代中國法制與法秩序的轉折與維新，不僅可以從中窺見傳統士大夫對於新秩序的迎拒態度，也可以從中體認中國法律由傳統邁入近代的艱辛步伐，以及由這一衝突所產生的若干刑法思想上的糾結。而身為修律外籍顧問的岡田，適時挺身而出，援引法理，言所當言，義正理順，實在難得！

## 參、岡田與民元「暫行新刑律」及民四「修正刑法草案」

一九一一年的辛亥革命，揭開了中國近代政體更新的序幕，從此，中國社會舉步邁向近代文明。但改制難，變法也難，變人民的法觀念更難。事實上，辛亥革命並沒有從根本上摧毀帝制時代的制度與文化的根基，革命的衝擊也遠遠沒有達到傳統中國社會組織上和思想上的更深的層次；因此，在此後的十幾年中，中國社會一直在更為複雜的矛盾漩渦中掙扎和沈浮，在傳統文化與近代文明的雙向拉力中艱難邁步。在當時的社會生活和政治生活中，傳統的與近代的，東方的與西方的，文明的與落後的，各種觀念、各種現象斑駁雜陳，交揉糾結，使這個時期的民國歷史色彩極為多姿。就法律制度而言，不獨自清末以來，西方法律文化的衝突餘波仍蕩漾其間，而且，這個時期的法制在更大程度上依附於政治，在法律條文背後往往還有更為複雜的因素存在。

清廷傾覆，民國新創，按理講，岡田似應整裝返日，何以並未如此？而能一再地參與民初刑事立法？其中緣由，頗費思量。

### 一、延續岡田慧命的民元「暫行新刑律」

掀開歷代中國立法史，端詳任何一部律典的頒行，絕非憑空而降，都有其一定的時空背景和社會條件。民國的產生，以世界的民治學說為因，共和國體便是果；至於刑事立法，以晚清的大清新刑律為因，民初的暫行新刑律就是果。北洋政府袁世凱在革命武力威攝下，也在倥傯交替的特殊歷史環境中，將大清新刑律修改成暫行新刑律。<sup>24</sup>

民初暫行新刑律基本上是由晚清大清新刑律轉化而來，其主要內容與實質並未更動，<sup>25</sup>不過，嚴格說來，它們是兩個法典，兩者間仍存有差異。整體而言，大清新刑律是維護君主專制體制的，而暫行新刑律雖然是從大清新刑律刪修而

<sup>24</sup> 詳參黃源盛，民元暫行新刑律的歷史與理論，收於氏著，民初法律變遷與裁判，一九二至二二一頁，政治大學法學叢書四七，八十九年四月。

<sup>25</sup> 詳參岡田朝太郎編，中華民國暫行新刑律，國民大學，中華大學印行，二年六月。

來，本質相同，惟也有更刪之處，主要是：（一）刪去了「侵犯皇室罪」一章，同時，又未增加「侵犯大總統罪」條文，大總統即被視為普通公民。正如法律草案匯編中所言：「對於大總統犯罪者，暫行律仍科通常之刑，反不如外國元首之有特別保護。」<sup>26</sup>（二）將暫行章程中之侵犯皇室及內亂、外患等罪加重，無夫姦處刑，對於尊親屬有犯不得適用正當防衛等附加條款五條，悉予廢除。（三）將保護「大清帝國」改為「保護中華民國」。這些改變，在當時來說，比起大清新刑律是有積極意義的，也正因為如此，其後，孫中山在廣州建立中華民國護法軍政府時（一九一七至一九二二年），也宣布適用暫行新刑律。

時空因緣如此，晚清由岡田所主擬的大清新刑律，到了民國得以轉化為暫行新刑律，繼續發揮其影響力。而清末大清新刑律以迄民初暫行新刑律的制頒，適逢西方刑事學派論爭之際，很自然的，受其影響甚深，有帶新派色彩者，亦有帶舊派色彩者，茲略舉數例，以明梗概。

暫行新刑律中蘊含舊派理論者有：（一）新刑律的刑罰，其輕重一視侵害法益大小以為衡：犯竊盜罪者，處三等至五等徒刑；強盜罪者，一等至三等徒刑；普通侵占罪者，處三等至五等有期徒刑；公務或業務上之侵占罪，則處二等或三等有期徒刑；凡此皆依客觀事實大小而定刑之輕重者。（二）暫行新刑律共犯規定以實行行為為基本，實施犯罪行為者為正犯，事前幫助犯者為從犯；正犯刑重，從犯刑輕，此亦依客觀事實分別刑之輕重者。（三）關於俱發罪的規定，暫行新刑律採併科主義，一人犯數罪者，各科其刑，罪少則刑輕，罪多則刑重，此亦與上述（一）（二）之例相同。（四）重意思自由，如未滿十二歲人及精神病人之行為不為罪是；同時對於刑罰與保安處分採二元主義，規定未滿十二歲人得施以感化教育、對於精神病人得施以監禁處分。（五）加重結果犯：如傷害罪，第三百十三條第一款之傷害致死則加重；如放火罪，第一百八十六條之放火罪重於第一百八十七條之放火罪，均採罪刑相等的遺意。

<sup>26</sup> 詳參修訂法律館編輯，法律草案匯編二，台北，成文，六十二年六月台一版。

惟暫行新刑律亦存參用新派成分者，如(一)累犯規定，凡已受徒刑之執行更犯徒刑以上之罪者為再犯，加本刑一等；三犯以上，加本刑二等。(二)量刑問題：一種罪名之下，刑度輕重，差至三等；自由裁量之餘，更可援引第五十條、五十一條、五十四條，予以酌減。(三)緩刑（第六三條）、假釋（第六六條）規定，係採保護刑主義，凡此均受新派影響之最顯著者。

總的來說，舊派主張報應主義、一般預防主義，而新派注重教育刑主義、特別預防主義，二者各趨極端；暫行新刑律執兩用中，實係調和於新舊兩派理論之間，可稱之為折衷主義。在應報主義，以犯罪行為侵害法益之大小，定刑之輕重；特別預防主義，則以危險性之大小，定刑之輕重；折衷派則謂凡人之惡性大小，必反應其人之行為，亦即由其侵害他人之法益大，而斷定其危險性必大；反之則否。由此看來，兩說不但不相抵觸，並且相得益彰，暫行新刑律之所以兼採二種主義，想來自有其特殊的時空背景，兼夾雜岡田朝太郎刑法思想的影響力吧！

## 二、民四「修正刑法草案」疑情

民國初立，元年四月即頒布前述暫行新刑律，此固為權宜之計，非所以垂為永制，然經刪修與民國國體抵觸之條文後，大體而言，該律所表現的精神，與因禮教立法原則而生的傳統舊律，其相距已難以道里計。惟民國四年，方處於袁世凱專制統治下，「不免有所顧忌」<sup>27</sup>，因此有修正刑法草案的出爐，又以維護禮教與加重刑罰為指鍼，顯有政策因素潛藏其中。論者或謂：「此一修正案完全迎合袁世凱的意旨，其內容不但包括了補充條例，且較補充條例更多嚴厲。在思想上可以說是返古的，戴著禮治的帽子，而行威嚇鎮壓之實。」<sup>28</sup>是耶？非耶？而令人起疑的是，本次修正案的參與者，岡田朝太郎竟列名其中，其實情究係為何？至今成謎。

<sup>27</sup> 詳參江庸，五十年來中國之法制，最近之五十年—申報五十週年紀念（一八七二至一九二二年），上海，申報館發行，十一年。

<sup>28</sup> 參閱周治平，五十年來之我國刑法（續），法律評論，二七卷五期，五十年五月。另參閱黃源盛，民國四年修正刑法草案摭遺，收於同上註二四氏著，前揭書，二二五至二四九頁。

綜觀民初時局，一方面，革命建立的國體為共和，政體為民主，依世界各民主國家的立國精神，自由平等為首要的信條；當時大量留學歸國的知識份子，極力鼓吹「民主」與「科學」的新思潮，已逐漸發生撼動人心的影響力；另一方面，民初的社會漸趨複雜流動，欲再堅持以家族為核心的社會組織，若完全以禮教為政治手段，顯然有其困難；況且，當時外仍受列強壓迫，外人不滿中國的刑律與司法制度，存在有領事裁判權的問題。因此，以西方民主國家所發展出的人權思想、自由主義、平等主義為原則的立法方向已是大勢所趨。但袁世凱卻逆向操作，昧於國內情勢，反於世界思潮，顯然缺乏正確立法政策的指引。

當然，民初的中國，整體說來，仍為一農業社會的意識型態，除初級工商業發達的沿江沿海一帶城市外，大部分人民仍守份認命地耕其田疇，置身在習慣風俗與倫理秩序的規範下。但深一層看，當時社會內外結構已逐漸蛻變，其中，如政治的組織、經濟的結構、人民的價值觀念，以及法益概念與文化一般的形式等，俱發生廣泛而深厚的變動，均關係到國民對法律的感情，及將來修法後能否有效地發揮實踐功能。此次修正刑法草案由於草擬倉促，並未對外國立法例產生的背景及論理多作探究，雖曰「第求其適合民情，而不矜言學理」。<sup>29</sup>然核其所訂，對當時的文化背景和社會環境亦未充分顧及，因此，無法呈現出普遍的妥當性，其未能為來者所樂於接受，乃可料及之事。

當然，民國四年定稿的修正刑法草案，執筆諸賢，在外有政治的不當牽制下，尚能盡瘁於立法事業，此中艱苦，不難想見。<sup>30</sup>而本修正案主草人之一岡田朝太郎乃係一代刑法學者，學術思想崇隆，何以亦屈於權勢之下，草擬出與前作大清

<sup>29</sup> 詳參呈大總統鑑核之修正刑法草案理由書，四年四月十三日。

<sup>30</sup> 法律編查會負責人章宗祥、董康、汪有齡等人，本係前清修訂法律館提調官與纂修官，深受舊禮教薰陶，若言彼等屈服於政治權力，而迎合袁世凱意旨，尚可得理解；例如董康在其後赴日本(正確日期不詳)，曾作如下之講演：「自歐風東漸，關於刑法之編纂，謂法律論與禮教論不宜混合。鄙人在前清從事脩訂，亦堅執此旨，革易後服務法曹者十年，退居海上，服務社會又若干年，覺有一種行爲，舊時所謂縱慾敗度者，今於法律，不受制裁，因之青年之放任，奸宄之張，幾有狂瀾莫挽之勢，始信吾東方以禮教立國，決不容無端廢棄，致令削足就履。」參閱董康，中國法制史演講錄，一一七頁以下，香港，波文，出版年月不詳。

新刑律理念並不一致的修正案，而留下敗筆一樁；究竟岡田於本修正案所扮演的角色份量如何？實難於索解，尚待進一步探究。<sup>31</sup>

#### 肆、結論—岡田刑法學對清末民初刑事法制的影響

晚清乃至民初，甚至當今台灣，近代歐陸法的繼受，可以使我們得到這樣的啓示：解決我國法律文化的危機，完全在中國的古聖經義或傳統倫常禮教中去尋找，是不夠的，必須要做開大門，匯納世界其他先進法律文化，注入非中國法律文化的精神，加以比較、吸收，而截長補短，才能產生新的法律文化。而有清末季，之所以有亡國瓜分的危機，決不單單是政治、經濟、軍事落人之後，也確實存在著一個傳統中國法律落後於西方近代法律的問題，承認西方法律的先進，就可以給予清末輸入歐陸法律一個適當的疏釋。因為洞察並承認西方法律文化的優秀成分，而加以引進、繼受，將促進我們本身法律文化的滋長，進而有利於消除歷史的、現實的隔閡，加速文化交流，並在交流中省察自己的不足，及時調整規範重建的政策定向。

當然，法制的近代化乃至現代化，追求的是我國與列強先進的獨立、平等與合理的法制，在這些追求中，勢必對傳統加以整理、評鑑、批判乃至大部分的揚棄，但絕不是，也不必對傳統的全面否定。再明白地說，我國的法制近代化，是傳統與近代掛鉤接筭的歷史運動，所意涵的不祇是消極地對傳統巨大的摧毀，也不是簡單地剪裁與拼湊；而是要在學習西方與日本立法模式的同時，也能多加省視本身的文化感情與社會的客觀現實，喚起民族自尊與理性開拓的精神，進而一步步地轉化傳統，使新生的法律可以運作，可以展現出活性化的一面。

<sup>31</sup> 民國三年，岡田在北京做過一次講演，敘述其來華經過說：「光緒三十一年清朝設法典調查會，當時即招余任編輯事，因其宗旨未確定，余雖任編纂，而不能收何等之效力。」此話半誠半謙，清末變法修律，沈家本與岡田之功已有定論，說未收何等之效力，顯係過謙之詞。至於岡田在清廷鼎覆，改朝換代之後，何以未即返歸故鄉，此謎至今未解。參閱岡田博士關於吾國法典之講演，收於法政學報，三年，二卷一號。另據董康回憶，刑法第一次修正草案道：「改革後，將修訂法律館範圍縮小，改組為法典編纂會，由司法總長兼會長，另聘請汪有齡為副會長，迨康掌大理，加聘為副會長，參預其事，乃同岡田博士，復整理前清簽註，定為此本。」詳參同上註三十，董康著，前揭書，一六三至一六四頁，中國修訂法律之經過。

在晚清那樣的年代裡，岡田朝太郎與沈家本攜手合作，理性地打破「傳統」與「近代」的兩極觀，強調中國傳統法律必須接受近代化的批判與改造，才有法制近代化的可能，而開拓出「會通改制」的變法修律方向，創造中國法制一個新的生命。

身為外籍修律顧問的岡田，似乎嗅不出他別有用心的政治企圖，議事堂上，他積極熱誠地參與立法修律；講堂中，他認真而投入的授業解惑；私下裡，他與沈家本等修律人是一燈熒熒下逐字逐句的相互辯難；撫今追昔，九年的北京歲月，岡田對清末民初刑事法文化的貢獻理應受到重視與肯定。

從現有史料看，清政府修訂法律館曾於一九零五年派員赴日考察，並先後翻譯了一批日本法律，包括舊刑法和改正刑法草案。一九零六年延聘岡田協助草擬大清新刑律草案，一九零七年草案告竣，上奏清廷。對照的結果表明，大清新刑律在不排斥借鑑日本舊刑法的同時，主要是參考了日本改正刑法，其理至明。不過，岡田在參與立法中，並沒有完全否定傳統中國的禮教，在一定程度上仍保留部分倫常條款，用近代法去改造傳統法，嫁接中西法律，意圖使中國刑律走出窠臼，面向新局。雖然岡田與沈家本等人的作為，終結了長達兩千多年的中華法系，但卻使傳統中國法律面向世界，最終走向世界，成為世界法律文化大家庭中的一員，在這一總體方向上，應該是一種正確的抉擇。

岡田在華九年，最常被提到的並看得見的成果，是在他幫同起草的大清新刑律，該法頒布未幾，清廷傾圮；民國成立以後，大清新刑律經過一番刪改成暫行新刑律，並由大總統令於民國元年四月加以採行，而與三年所公布的暫行新刑律補充條例合併為民國初期的刑事基本法。

理論上，民國暫行新刑律原屬權宜一時的過渡性立法，民國自有其立國精神與理想，在政治制度與作用上，亦與帝制時代不同。尤其，刑法為社會共同生活

的重要規範，以國家的強制力為其貫徹的動力，與人民的自由及權利，攸關重要。且刑法為文化現象之一，應與政治及社會的進步相配合。基於此，政府本應積極的重加議訂刑法法典才是。事實上，此期間，亦曾有過三次刑法修正草案的研擬；第一次修正刑法草案岡田參預其中，成於民國四年，係由法典編纂會酌採遜清各省簽注修正，交法制局會同司法部、大理院核議，惟時值洪憲政變，因之擱置。<sup>32</sup>第二次修正草案，於民國七年，由修訂法律館據前案修正，提交議會，亦寢而未議。民國八年，修訂法律館又將刑法第二次修正案，加以文字上的修正，是為改定刑法第二次修正案，惟仍囿於種種因素，尤顧及南方政權未必首肯，又遭擱置。<sup>33</sup>遂使此一過渡性的暫行法典，施行於大陸本土迄至十七年七月舊刑法頒行為止。

而從目前已整編完成的大理院刑事判例全文彙編及大理院刑事判決彙覽之內容觀察，<sup>34</sup>民元以迄十七年的大理院時期，其刑事判決的指導思想，受岡田刑法理念影響者，俯拾皆是。例如有關罪刑法定之進展，不作為犯、因果關係、間接正犯概念的運用，有關故意與過失的區別、故意與錯誤的關係、關於阻卻違法事由的適用、共同正犯與幫助犯的區別標準、教唆犯的成立要件、關於一罪與數罪的區分標準等，以及有關緩刑、假釋等刑罰制度的施展，溯其思想根源，莫不與岡田當年所埋播的刑法思想種子有關。

從宏觀的歷史角度看，脫離傳統中華舊刑律，繼受歐陸及日本新刑法，已近百年，其間，刑法理論與實際雖已又遞嬗更迭。儘管世人至今仍無法真正理解，何以岡田在他國內學術聲望達於高峰之際，一去北京就是九年？何以擔綱草擬大清新刑律功已成而不歸？卻留下民四「修正刑法草案」一段不白之情。而我們依稀見得，在二十世紀初頃，那位殫精竭力，為清末民初刑事法近代化而白了中年

<sup>32</sup> 參閱同上註二八黃源盛，民國四年修正刑法草案摭遺。

<sup>33</sup> 參閱黃源盛，民國七年刑法第二次修正案及其改定案述評，收於同上註二四前揭書，二五二至二八六頁。

<sup>34</sup> 詳參黃源盛，民初大理院檔案刑事判決之研究，國科會專題研究成果報告，計畫編號：NSC86-2414-H-004-001，八十七年六月，另參閱同氏，大理院刑事判例全文彙編共十七冊及大理院刑事判決彙覽共三十冊，未刊稿，典藏於政治大學法學院基礎法學中心。

頭的智者身影，岡田有情來下種，中國刑法因地果還生。弔詭的是，清末民初的台灣正處於日本殖民統治時期（一八九五至一九四五年），法制狀況與中國大陸本土各異；孰料，當年的大清新刑律及暫行新刑律，幾經蛻變，竟飄零移植於一九四五年以後的台灣，世間的因緣乎？

## 第二講 罪刑法定原則

### 從「依律斷罪」到「罪刑法定」 ——近代中國刑事定罪原則的轉變

#### 壹、導論

「罪刑法定」為近世刑事立法的主要課題，亦為刑法的中心思想。從西洋法制歷史看，歐洲中古時代，君主獨擅大權，對於何種行為構成犯罪，對於該犯罪應科處如何之刑罰，全操之於統治者或審判官的意欲及其需要，是為罪刑專斷時期。迨十八世紀民權主義勃興，為保障個人的自由、權利，並為限制國家權力的恣意行使，乃抨擊罪刑專斷的不當，主張凡行為於法律無正條者，不得處罰。法國於一七八九年八月所頒行的「人權宣言」第八條首揭此旨，且具體加以規定，是為罪刑法定。此後，各國憲法及刑法均奉為圭臬，而相繼設其規定，歷久彌新。

所謂罪刑法定，乃一定的犯罪行為，科以一定的刑罰，其罪與刑應規定於成文法律中，以防止裁判者任意出入人罪。罪刑法定的建立，以孟德斯鳩(B. Montesquieu. 1689-1755 年)的三權分立思想，及費爾巴哈(V. Feuerbach 1775-1833 年)的心理強制說(Psychologische Zwangstheorie)乃至權衡說(Balanciertheorie)的刑事政策思想為其背景，凡此，都是十八世紀啓蒙的民主主義及自由主義的思潮，形式上強調「法安定性」，實質上，是人權思想發達，強調法律內容「正當性」、「合目的性」的理念而來。

依近代刑法學者的通說，在形式內容上，罪刑法定在大陸法系國家具有下列四種傳統觀念所派生的原則：排斥習慣刑法，亦即不得以習慣或法理作為刑事判決的依據；禁止類推適用，亦即法律無明文規定時，不得比附援引，深文羅織，強以無罪為有罪，輕罪為重罪；刑法效力不溯及既往，亦即行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，凡未規定處罰的行為，縱行為後法律有變更，亦不

得追溯過去的行爲而加以處罰；否定絕對不定期刑，亦即法律關於犯罪的科刑，應有刑罰的規定，而刑罰的種類、刑罰的範圍均須法定；若僅定其刑罰的種類，而不定其刑期，亦與刑法的保障機能有礙，應予禁止，尤不得委諸審判者擅自斷定。而在實質內容上，近來學界對罪刑法定另增列有所謂「明確性原則」與「適正性原則」，前者強調法的實定性，後者則要求法的正當性。

罪刑法定原則的內涵，對今日的法律人而言，乃是理所當然的法律常識，在司法實務上亦被嚴格遵守。然而，這項現行刑法上的基本原則，係在晚清仿效歐陸法制訂定《大清新刑律》（未施行）以後才在立法上正式確立，並且遲至民國初年才在司法實務中加以落實。

傳統中國時期，並無上述定義下的罪刑法定原則。以清代而言，《大清律例》規定：「凡律令該載不盡事理，若斷罪無正條者，（援）引（他）律比附，應加、應減，定擬罪名（申該上司），議定奏聞。若輒斷決致罪有出入，以故失論。」乍看之下，此律文要求官吏須按照律典判斷罪刑，否則將受刑罰制裁，其禁止審判官吏擅斷罪刑，似乎有「罪刑法定」的傾向。然而，由於傳統中國法律對於犯罪行爲的描述極為具體，每一條文文義涵蓋的範圍較窄，爲了適應多變的情狀，律文另外也允許比附援引，即審判官吏遇有律典未規定的犯罪行爲時，得援引律典上情節類似或惡性相近的條文加以比附，轉呈皇帝作最後的處置。此外，《大清律例》「不應爲」條也規定：「凡不應得爲而爲之者，答四十，事理重者，杖八十。」亦即針對一些惡性比較輕微的不當行爲，律典上雖未明確定有處罰，但是審判官吏仍得衡量其情節輕重分別施以答、杖的刑罰。至於應爲與不應爲的界限，往往訴諸道德和情理。整體而言，清代中國的法律雖然禁止官吏罪刑擅斷，但其著眼點是爲了管理、掌控官吏的審判行爲，避免其玩弄國法，害及統治，而非如近代罪刑法定原則般，係以保障人權做爲核心的目的。

比附援引的裁判方式在清代的審判實務中極爲常見，例如匯編清代中央司法案件的專書《刑案匯覽》中載有一案：嘉慶年間，陝西省一名婦人牛高氏煮豆給

其婆婆蕭氏食用，不料豆內有若干硬粒未能煮爛，致蕭氏咀嚼時碰痛已經動搖的牙齒，怒向牛高氏責罵。經牛高氏另煮麵條送食，蕭氏因牙痛難以進食，復向叫罵，且一時怒火高漲，乃拾棍向毆。由於牛高氏攔阻棍毆，蕭氏激忿難抑，遂投井自盡。案經調查審訊，牛高氏並無觸忤婆婆的情節，《大清律例》對此情形並無明確的處罰規定。惟審判官吏認為，蕭氏激忿自盡，究由媳婦牛高氏未及煮爛硬豆所致，雖非有心違犯，但是國法特重倫理，故本案應比附援引「子貧不能養贍致父母自縊例」，判處牛高氏流三千里刑。在這個案例中，牛高氏煮豆不爛致其婆婆碰痛牙齒而氣憤自盡，與「子貧不能養贍致父母自縊例」的構成要件顯然不同。但是，審判官吏考量到服制地位同於父母的婆婆自縊身死之事實，同時衡量牛高氏並未故意觸忤婆婆，其行為在人倫上可被非難的程度，與子不能盡心養贍致父母自盡的情形大致相等，故比附「子貧不能養贍致父母自縊例」將牛高氏定罪。

此外，「不應為條」律文被引用的情形也相當普遍。收錄清末地方司法案件的《各省審判廳判牘》中，有不少案例都涉及到此條法律的規定。例如在杭州地方審判廳「吸食洋煙」一案中，工人余阿林領有禁煙公所發放的吸食鴉片煙牌照。某日，余阿林在家吸食鴉片煙，金阿友、李阿榮因事前往，入室坐談。適有緝煙探訪員進內探查，見余阿林等均在一間草舍內吸煙處同坐，誤以為余阿林私售煙燈給金阿友及李阿榮吸食，遂將三人移送初級檢察廳起訴，由初級審判廳根據《禁煙條例》，判令余阿林罰洋一百二十元，金阿友、李阿榮各罰洋六十元。余阿林等人不服判決，乃上訴至杭州地方審判廳。案經詳細調查，杭州地方審判廳以余阿林領有吸煙牌照，買煙自吸，並未私售，故宣告無罪。至於金阿友、李阿榮兩人，雖然查明實際上並未吸煙，然審判廳認為：當時有效的律典《大清現行刑律》（修改自《大清律例》）「不應為」條律文規定：「凡不應得為而為之者，處四等罰，事理重者，處八等罰。」本案金阿友和李阿榮未領有吸煙牌照，卻公然與余阿林在煙鋪坐談，不知避嫌，亦屬不合，故依律判處四等罰（罰銀二兩）。

從現存的許多清代司法案例來看，在當時審判實務中，行為人的行為即使不

在律文構成要件所涵蓋的範圍之內，但只要該行為於倫理或道德上具有較高的可非難性，仍可用比附援引的方式使之入罪受刑。而「不應為」罪的規定，更幾乎使得一切不合事理、抵觸禮教道德的行為都可能成為刑事制裁的對象。此種道德與法律混同，「出乎禮教道德即入乎刑罰懲治」的法律秩序觀，乃是傳統中國法制最遲在《唐律》以後即已明確建立的重大特色。

迨晚清時期（1902～1912年），隨著西方法學思想的輸入，近代刑法上「罪刑法定」學說亦廣泛傳播。當時修訂法律大臣沈家本（1840～1913年）詳考古今，引證中外，以「律無正條不為罪」為中心思想，在制定《大清新刑律》的過程中，力圖廢除「比附援引」舊制，確立「罪刑法定」的理想。他主導草擬的《大清刑律草案》第十條即明確規定：「凡律例無正條者，不論何種行為，不得為罪。」惟晚清官方對於新刑律中是否應規定「罪刑法定」原則，廢除比附援引之制，以沈家本為核心的法理派與禮教派之間發生了激烈的論戰。

支持比附援引舊制的禮教派人士，對於新刑律草案中擬定的「罪刑法定」原則提出如下的強烈質難意見：

其一，比附固易起意為輕重之弊，但由新刑律草案中規定某條之犯罪處幾等刑以下、幾等刑以上，其間任由審判官臨時判斷，獨不虞其意為輕重乎？引律比附尚有依據，臨時判斷，實無限制。……類似之例不能援以罰人，而輕重之權衡，可操之問官，誠恐任意出入將較比附尤為嚴重。

其二，律例所未載者，不得為罪，則法不足以禁姦，蓋民情萬變，防不勝防，若律無正條，無論何種行為不得為罪，則必刑律草案三百八十七條盡數賅括，毫無遺漏而後可。否則，條目不足以盡事變，適足以開奸人趨避之門。邇來人心不古，犯罪者擇律例無正條者，故意犯之，且以一人之心思才力，對付千萬人之心思才力，非以定法治之，誠不足以為治。

其三，或謂比附類似之文，致人於罰，則司法、立法混而為一，非立憲國所應有。不知無此法而定此例者，方為立法，若既有他律，而比附定擬，則仍屬司法，非立法也。

針對上述禮教派的咄咄逼難，沈家本逐一加以辯駁：

其一，對於第一點質難，即對所謂「引律比附尚有依據，臨時判斷實無限制」的論點，沈氏指出：「定律凡數百條，若不問情事之何如，而他律皆可比附，將意為輕重，所欲活則出議，所欲陷則與死比……充其所至，舞文弄法，何所不可？尚何限制之有？若草案所定，本條之內，限以幾等以上，幾等以下，過此以往，即不得稍越範圍，其所以限制審判官者為何如？乃反謂引律比附，尚有依據，臨時判斷，實無限制，然乎？否乎？」對所謂「類似之例不能援以罰人，而輕重之權衡可操之問官，誠恐任意出入將較比附尤為甚」。沈家本反駁道：「立一法自有此法一定之範圍，有此範圍，司法者即不能任意出入，故於本律酌量輕重，則仍在範圍之內，可以聽司法者操其權衡，若以他律相比附，則軼乎範圍之外，司法者真可任意出入矣，孰得孰失可不煩言而解。」

其二，對於第二點質難，沈家本說：「人之情偽，變幻萬端，謂此數百律文即足以盡人之情偽，誠非立法者敢自信。然謂無比附而人多倖免，似亦不必慮也。嘗考自唐以來至於本朝律文，雖時有出入，而罪狀則大略相同。……家本自甲子歲筮仕西曹，於今四十餘年矣，所見案牘，難以萬計，其案情之千奇百怪，出於情理之外者，往往有之；而罪狀之出於律例之外，情輕者或亦時有，不過科以不應，情重者則未曾一睹。蓋律文經千數百年，此千數百年風俗遞有變遷，而罪狀之可名者，未見出乎律例之外，是皆由千數百年經驗而來，非出於一二之曲見，故歷代雖多損益，亦不過輕重出入，而大段未嘗改也。人之倖免者，殆亦絕無僅有矣。」當然，持有限之科條，想馭無窮之情偽，事實上有其困難，但「法律之用，簡可馭繁，例如謀殺，應處死刑，不必問其因奸因盜，如一事一例，恐非立法家逆臆能盡之也。」沈氏根據實例，指出：「即不用比附之法，亦各有本罪可

科，何至逍遙法外？為有司者亦何至窮於斷獄乎？」又說：「犯法以難執法，必奸民之尤，此等人平時當有以制之，彼自不敢輕於犯法。否則縱有千百正條，在彼方且巧以嚐試，豈區區比附，即能制其死命哉？」

其三，對於第三點質難，沈家本反駁說：「既云無此法而定此例方為立法，乃無此法而即用此例，是司法者自創之矣，不且與立法者相混乎？」

不過，為彌補廢除比附援引後可能出現律條不足的情形，沈家本亦提出下列主張和具體措施：

其一，主張「刑罰相對法定制」。近代刑事法的論罪科刑，有其刑度，法官得依法定刑而為伸縮，致宣告刑有為高度刑者，有為低度刑者；而論罪的範圍，亦得本於時代環境的需要，就法條為擴張或限縮的解釋，故罪刑法定自易嚴格遵守。而舊律條文，每罪所科之刑，除另有加減例，與今為同外，皆係一刑，並無「度」之可言。何況定律均從簡要，科條有限，而天下情偽無窮，刑既為一，罪亦難為伸縮解釋，正律自不足以泛應，欲達罪刑法定要求，戛戛乎其難矣！因此，沈氏主張在法定刑中規定量刑幅度，並規定從輕、減免的條款，俾審判官得以在法定刑範圍內，斟酌犯罪事實、性質、情節的不同，而靈活適度科處刑罰。即「於各刑酌定上下之限，須審判官臨時審定，並別設酌量減輕。宥恕各例，以補其缺，雖無比附之條，至援引之時，亦不至為定律所縛束。」如此，一方面可避免「無此法而即用此例……司法者即不能任意出入。故（雖）於本律酌量輕重，仍在範圍之內，（自）可以聽司法者操其權衡。」從而使司法保有其應有的裁量彈性。

其二，允許「自然解釋」。自然解釋為論理解釋之一種，亦稱當然解釋，係指依規範目的衡量，某事實較之法律所定者，更有適用的理由，而逕行適用該法律的解釋方法而言。沈家本在「新刑律草案」補箋中說：「本律雖不許比附援引，究許自然解釋。自然解釋者，即所犯之罪與法律正條同類，或加甚時，則依正條解釋而用之也。同類者，例如正築馬路，正條只禁馬車經過，則象與駱駝自然在

禁止之列。加甚者，例如正條禁止釣魚，其文未示及禁止投網，則投網較垂釣加甚，自可援釣魚之例定罪也。」可知，自然解釋顯在容許之例，自不必著為明文。

其三，及時立法。為因應社會情事變遷所引發的新事物，沈家本明確指出：「與其就案斟酌，臨時鮮有依據，何如訂立專條，隨時可資引用。」並強調宜根據時代的進化，不斷補充「律之當議增者」。事實上，在沈氏主持變法修律期間，確曾制定出大量的單行法規。而且，在刑律草案中增加關於侵害帝室、內亂、外患、洩漏機務、妨害公務、逮捕監禁者脫逃、藏匿人犯及湮滅證據等多項新的罪名，藉以填補廢除比附援引後所出現的空隙。

經歷無數次的論辯，宣統二年十二月（1911年1月）間頒布的《大清新刑律》（正式名稱為《欽定大清刑律》）第十條中明白揭示：「法律無正條者，不問何種行為不為罪。」法理派獲得了初步的勝利。惟該部法典未及正式施行，清鼎即告傾覆。

民國肇建，一時仍難逸脫政治的紛歧爭議，尤受制於軍閥政客的干擾，致遲遲未能建立合法的立法機關，立法的工作也就無法如期運作，遂於民元三月將前此的《大清新刑律》略予削刪後，公布施行，改名為《暫行新刑律》，為民國第一部刑法典。其第十條仍仿上述《大清新刑律》的規定，「法律無正條者，不問何種行為不為罪。」未加更動。由於民元至十六年間，兵馬倥傯，社會秩序動盪，司法實務上是否認真落實「罪刑法定」的要求，尚待確切評估，不過，從當時的若干判決（例）看來，已見朝此方向邁步的痕跡。

民國十七年三月，由國民政府所公布（九月一日起施行）的《中華民國刑法》（即舊刑法），將上述條文從第十條移至第一條，開宗明義：「行為時之法律無明文以刑罰者，其行為不為罪。」之所以有此異動，主要係認為：（一）罪刑法定為刑法的根本主義，不許比附援引。凡行為受法律科罰者為罪，否則不得為罪。《暫行新刑律》將此條例入「不為罪章」，似未允當。（二）各國刑法典對於

罪刑法定主義的條文，均不列入該章，如日本舊刑法第二條，德國第二條及其委員會刑法草案第一條，瑞士刑法準備草案第一條、法國第四條、俄國第一條、比利時第二條、暹羅第七條、布加利亞第三條、意大利第二條、荷蘭第一條，皆其顯例。(三)《暫行新刑律》第十條「法律無正條者不為罪」云云，其字句係沿用舊律，但意義不甚明晰，如改作「行為時之法律無明文科以刑罰者，其行為不為罪。」似較顯豁，且「行為時」三字尤能顯出刑律不追溯既往之意，故行為時法律不為罪者，以後新法雖以為罪，亦不科罰。由上述三點修法理由看來，當年立法者確曾相當用心。至於本時期的實務運作，也很明顯的有若干落實「罪刑法定」的傾向。

民國二十四年一月，由國民政府所修正公布的現行刑法，亦援前例，於第一條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」文字雖略作更動，內容法理則同前。

綜觀傳統中國「罪刑法定」的立法及司法實務演變歷程，自沈家本的《大清新刑律》以來，其間的遞嬗，乍看神似突變，事實上，是有因果脈絡可尋的。歷代法制的比附援引，其方法與限制，雖然時而寬鬆，時而嚴緊，但整體而言，在司法運作上，是因人而異。撫今追昔，在強調個人主義與自由主義的當前，「罪刑法定」恐怕是不可能再走回頭路了！

## 貳、討論重點

- 一、傳統中國律典中「依律斷罪」的規定，與近代歐陸刑法中的「罪刑法定」原則在形式和實質上分別有何異同？
- 二、「罪刑法定」原則在近代中國刑事立法中發展的軌跡為何？
- 三、何以帝制時期中國的審判實務中盛行「比附援引」，且常見有「不應為」罪的處斷？試以此探討傳統中國法制的精神所在。

## 參、閱讀文獻

### 一、相關重要條文與立法理由

1. 《大清律例》〈名例〉「斷罪無正條」條。
2. 《大清律例》〈斷獄〉「官司出入人罪」條。
3. 《大清律例》〈雜犯〉「不應為」條。
4. 《大清新刑律》(1911年)第10條：「法律無正條者，不問何種行為不為罪。」(《暫行新刑律》第10條同)

#### 立法理由

本條所以示一切犯罪須有正條乃為成立，即刑律不准比附援引之大原則也。凡刑律於正條之行為若許比附援引及類似之解釋者，其弊有三：第一、司法之審判官得以己意於律無正條之行為比附類似之條文致人於罰，是非司法官，直立法官矣。司法立法混而為一，非立憲國之所應有也。第二、法者，與民共信之物，律有明文，乃知應為與不應為，若刑律之外參以官吏之意見，則民將無所適從，以律無明文之事，忽援類似之罰，是何異於以機阱殺人也。第三、人心不同，亦如其面，若許審判官得據類似之例科人以刑，即可恣意出入人罪，刑事裁判難期統一也。因此三弊，故今惟英國視習慣法與成文法為有同等效力，此外歐美及日本各國無不以比附援引為例禁者，本案故採此主義，不復襲用舊例。

5. 《舊刑法》(1928年)第1條：「行為時之法律無明文科以刑罰者，其行為不為罪。」

#### 立法理由

原案第一條係規定關於刑法典之施行，故擬改入刑法施行法中。本案將原案第十條改為第一條者，以本條為刑法之根本主義，不許比附援引，即學者所謂罪刑法定主義。凡行為受法律科罰者為罪，否則不為罪是也，原案將此條列入不為罪章，似未允當（不為罪章名亦未允當，理由詳後）。各國刑法典對於罪刑法定主義之條文均不列入該章，如日本舊

刑法第二條、德國第二條及其委員會刑法草案第一條、瑞士刑法準備草案第一條、法國第四條、俄國第一條、比利士第二條、暹羅第七條、布加利亞第三條、意大利第二條、荷蘭第一條皆其例也。原案第十條法律無正條者，不為罪云云，其字句係沿用舊律，但意義不甚明晰，茲擬改作行為時之法律無明文科以刑罰者，其行為不為罪，似較顯豁，且「行為時」三字尤能顯出刑律不追溯既往之意，故行為時法律不為罪者，以後新法雖以為罪，亦不科罰。

6. 現行刑法（1935年）第1條。

## 二、相關案例

1. 《刑案匯覽·卷三十四》「因媳煮豆不爛致姑氣憤自盡案」。
2. 《各省審判廳判牘·判牘類·戶婚門》「杭州地方審判廳·捏稱無夫自行騙嫁案」。
3. 《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆門》「撫順地方審判廳·跌落手鎗誤傷他人案」。
4. 《各省審判廳判牘·判牘類·戶婚門》「安慶地方審判廳·有妻更娶案」。
5. 《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆門》「貴陽地方審判廳·誣輕為重及不應為案」。
6. 《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆門》「天津高等審判廳·不應得為而為案」。
7. 《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆門》「杭州地方審判廳·吸食洋煙案」。
8. 大理院刑事判例 2 年非字第 9 號。
9. 大理院刑事判例 2 年非字第 29 號。
10. 最高法院刑事判例 21 年上字第 163 號。
11. 最高法院刑事判例 21 年上字第 169 號。
12. 最高法院刑事判例 21 年上字第 627 號

### 三、相關史料與論著

1. 汪慶祺編，李啓成點校，《各省審判廳判牘》（北京：北京大學出版社，2007年）。
2. 陳樸生，〈罪刑法定主義之演進及其運用〉，載《東吳法律學報》，第1卷第2期，民國66年5月。
3. 勞乃宣，《桐鄉勞先生（乃宣）遺稿》，〈新刑律修正案彙錄〉。收錄於沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊》（台北：文海，1960年）。
4. 黃源盛纂輯，《晚清民國刑事立法史料集註與研究》上、下冊，2007年10月，國科會95年度專題研究計畫成果。
5. 黃源盛編纂，《大理院刑事判決匯覽》（未刊稿，台北：國立政治大學基礎法學中心典藏）。
6. 黃源盛，〈傳統中國罪刑法定的歷史發展〉，收錄於《法律繼受與近代中國法》（台北：元照出版社，2007年3月）。
7. 編者不詳，《資政院會議速記錄》，本書影印自日本，東京大學東洋文化研究所圖書館，出版年月及處所不詳。

### 肆、相關案例內容摘選

#### 一、《各省審判廳判牘·判牘類·戶婚門》「杭州地方審判廳·捏稱無夫自行騙嫁案」

##### 【判決內容】

緣金月仙籍隸江蘇常州江陰，原本姓繆，其夫已故，其母繆應氏現在原籍。自幼被人誘出，遂在拱埠托身為娼，於光緒三十一年金月仙在娼寮與郭單氏之子郭德勝認識，嫁與郭德勝為妾，由金月仙之母繆應氏主婚，當得身價洋二百四十

元。三十二年，金月仙生有一子，郭德勝亦於是年前往奉天貿易，日久未歸。金月仙復不安於室，托言往上海拱宸橋等處傭工，其實仍理舊業，並不時至郭單氏家往來，郭單氏亦未禁止，聽其自謀生計。金月仙三十二年冬在拱埠又與陳慶生認識，續嫁與陳慶生為妾，並未告知郭單氏，即由娼家捏名主婚，陳慶生帶同金月仙前回富陽原籍，至宣統二年十二月，金月仙與陳慶生口角，又復潛來拱埠賣娼為生，復與在拱埠向業裁縫之王錦山姘識，金月仙又詭稱不願為娼，情願從良，于本年五月嫁與王錦山為妻，財禮洋一百元，由金月仙自行收受。郭單氏始終迄未過問。至本年五月間，月仙逃至江幹，王錦山尋獲，扭交拱埠初級廳起訴，經該初級廳查訊明確，准予帶回原籍。閏六月二十九日，王錦山將金月仙帶回諸暨。陳慶生適在江乾路遇，爭為己妻，因此兩相爭論，事為郭單氏所聞，以王錦山拐賣民婦呈訴本級檢察廳，起訴前來。當經本廳發交刑庭，遵章片請檢察官蒞庭監審，提問原被告及月仙等鞫訊，據郭單氏供稱自伊子德勝出門以後，月仙在外飄流，時來時去，亦未告知下落，至今年五月始知在王錦山處工作，後經其串騙為妻等語。復據陳慶生、王錦山供稱先後在拱埠將月仙聘為妻妾，皆有媒證、婚書，財禮俱由月仙收受，亦未見有郭單氏出頭等語。質之金月仙供亦相同。據以上各供，陳慶生、王錦山雖均與月仙為婚，然皆由月仙自媒自合，並非依律嫁娶，均難認為正當婚姻。案已訊明，自應據供判決。查例載：凡將妻妾作姊妹及將親女並姊妹賣與人作妻妾使女名色，騙財之後設詞托故，公然領去者，照本律加一等徒一年。贓重仍從重論。又載：局騙人財者，亦計贓准竊盜論。竊盜一百兩流二千里。又律載：二罪俱發從重者論。又：斷罪無正條，援引他律比附定擬各等語。此案金月仙乘夫外出，輒敢兩次私行價賣，得洋花用，殊屬不法。惟遍查律例，無捏稱無夫自行騙嫁作何治罪明文，自應比附從重問擬。金月仙應比照將妻妾作姊妹嫁賣與人，騙財之後公然領去，惟計贓一百元合依竊盜贓一百兩流二千里例，擬流二千里。系屬婦女，照例折罰銀五十兩，無力完納即照銀數折工二百天，限滿釋放。將全案供勘繕呈提法司申部存案，按月彙報。郭單氏雖為其姑，然聽其在外為娼，並未過問，訊明有心縱容，但以年老不能約束，于姑媳名義早已斷絕，亦無仍令月仙再回郭姓之理。至陳慶生、王錦山雖各立有婚書，並無主婚之人，確系受人之騙，應免置議。前後所得洋元均由月仙花用，無從追繳。月仙於

刑期終了後，關傳其母繆應氏領回管束，另行擇配。婚書案結銷毀。(刑)

## 二、《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆鬥》「撫順地方審判廳·跌落手鎗誤傷他人案」

### 【判決內容】

緣王慶升系撫順縣民人，莊農度日。與無服族兄王慶福並無服族侄王讓均素睦無嫌。宣統二年五月間，王慶升因為買米向王讓挪用束錢十吊五百文，約緩歸還。王讓系與王慶升隔屯居住，六月初六日，王慶升聞王讓來到西山放蠶，在伊屯同族王慶珍家存住，前去瞧看，王讓向其索要前欠，王慶升以現未湊齊回答，王讓即稱伊家等著米吃，無錢就要王慶升向所買之米拿給，王慶珍在旁見王讓要錢情急，令王慶升回家，查點現有多少，先給與王讓。王慶升回歸，適至院內，伊母陳氏喊嚷，雞只被野貓銜去，叫王慶升趕快去贖，王慶升連忙進屋，拿著裝就砂藥防夜小手槍贖出屯外，將雞只贖落，見其侄王會跟後趕至，即將雞只令其提回，因其幼小，未便令將手槍一併拿轉。王慶升急欲上街措錢，即攜手槍，就近走至街上，尙未措錢到手，適與王慶福會遇，即將王讓向伊要錢，伊實在一時難措情形向其告知，王慶福遂邀王慶升複到王慶珍家，欲合王讓面說，多緩幾日。因王讓赴山上看蠶，王慶福、王慶升同王慶珍並其鄰人鄒永普，大家在炕坐談。王慶升將手槍置放身旁，因起身出外，不料衣襟將手槍帶跌地上，碰動火機，致砂子放出，誤將王慶福轟傷。王慶珍見王慶福在該屋內受傷，即以傷人原因系由王讓合王慶升為錢起釁。值王讓自外進屋，隨將王慶升暨王讓連小手槍，一併送由警務局轉報地方檢察廳，派員驗明王慶福傷痕，起訴到廳，疊經本廳提訊，均各供晰前情，詰非有心施放，亦沒另有起釁別故，查驗王慶福傷痕平復，到廳環質，供亦相符，案無遁飾，應即判決。

查例載：向有人居止宅舍，施放槍箭，打射禽獸，誤傷人者，減湯火傷人律

一等。又，湯火傷人者，處十等罰。又名例載：斷罪無正條，援引他律比附，加減定擬各等語。此案王慶升因攜槍打射野獸，適與王慶福會遇，因向告知無錢措還王讓，王慶福邀令同到王慶珍家，向王讓代為央緩，王讓放蠶未回，即合王慶珍等同坐閒談，王慶升將手槍置放身旁，因起身時帶跌地上，碰動火機，致砂子放出，誤將王慶福左腿並右眼泡等處轟傷平復。遍查律例，並無作何治罪明文，自應比例問擬，王慶升應比依向有人居止宅舍施放槍箭，打射禽獸，誤傷人者，減湯火傷人律一等，應於處九等罰罪上再量減一等，擬處八等罰，照章收罰金十兩。如無力完納，改作苦工四十日，期滿釋放。王讓訊無不合，應與王慶福均無庸議。至王慶升所欠王讓錢文，飭令如數清還，手槍案結存庫，無干省釋。此判。

### 三、《各省審判廳判牘·判牘類·戶婚門》「安慶地方審判廳·有妻更娶案」

#### 【判決內容】

緣謝光裕即謝蘭亭，年三十三歲。程劉氏年四十二歲。分隸合肥、潛山等縣，均寄居安慶省城。謝光裕夥開裕成東洋車公司。程劉氏故夫程成瑞系屬武職，女冬兒現年十五歲。謝光裕因原配戴氏不育，意欲更娶妻室以延嗣續，央媒張奶奶向程劉氏說親，程劉氏允將伊女冬兒許與謝光裕為妻，彼此互換庚帖，遂於去年四月在小南門外另租房屋迎娶成婚，並將程劉氏接往同居，初尚相安，迨至本年正月間，程劉氏與謝光裕屢次因事爭吵，二月初二日，由警區移送檢察廳調查情節，因冬兒供稱夫婦和好，當由檢察廳飭謝光裕領回息訟。詎謝光裕與程劉氏仍復勃讎，冬兒與謝光裕亦相反目。謝光裕又狀呈檢察廳起訴到廳，茲經刑庭傳集兩造人證，訊悉前情，應即判決。查現行律載：有妻更娶妻者，處九等罰。後娶之妻離異歸宗。又不應為而為，事理重者，處八等罰各等語。此案謝光裕自有正妻，複娶程劉氏之女冬兒為妻，實屬有妻更娶妻，自應按律問擬。謝光裕合依有

妻更娶妻者處九等罰律，擬處九等罰，照例收贖銀十二兩五錢。程劉氏明知謝光裕本有妻室，輒將其女冬兒許給為妻，雖律例無治罪明文，究屬不應。程劉氏應依不應為而為事理重者，處八等罰律，擬處八等罰，照例收贖銀十兩。與謝光裕均限於三月初五日繳案，分別取具的保保釋。如屆限不繳，提案改折工作。冬兒照律離異歸宗，即交其母程劉氏領回另行擇配。梁子醮訊系無幹，釋回安業。媒人張奶奶從寬免予提究。至財禮一層，據謝光裕供稱交過洋四十元。質之程劉氏，則稱未見分文，亦從寬免追入官。再謝光裕原詞內夾有抄單一紙，內列金銀、首飾、綢緞、衣服及借洋並東洋車等名目，當庭複請求追償。詰據程劉氏，則稱不但伊女冬兒並未收過謝光裕前項首飾、衣服，反被謝光裕將伊家內衣物等件哄騙不少，更無借洋之事。東洋車三乘系伊用洋一百二十五元所買，亦非謝光裕贈伊之物。兩造情詞各執，皆無憑據。訊之證人梁子醮亦稱不知。應毋庸議。此判。

（刑）

#### 四、《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆鬥》「貴陽地方審判廳·誣輕為重及不應為案」

##### 【判決內容】

緣龔余氏即竇餘氏，籍隸貴築縣，其女竇二妹早年憑妹字與劉吉芝，書有紅庚為據，嗣許諮議局議員丁注為妾，得受財禮銀二十兩，尚未成婚，致被告發，經第二初級審判廳訊明，分別處罰，並追財禮銀入官。於宣統三年二月初二日判決，移交檢察廳執行。龔余氏隨注保人向培清、左興發具限認繳在案。詎龔余氏屢限不繳，本年三月十六日，檢察官李質飭巡警金元傑往催，並告知午後因事須赴友人張正本家，如龔余氏仍不繳銀，即將其就近喚至張正本處，以憑面追。逾時該巡警即將龔余氏帶至張宅，適李檢察官已先在彼，即向其面追，勒限本月內措繳，當令退出。乃龔余氏延至四月中旬，又抗不呈繳。李檢察官即飭將原保向

培清等傳案押追，龔餘氏不服，遽稱李檢察官將伊付至張宅，有意說娶伊女二妹為妾，該氏不允，遂勒追財禮等情，赴地方檢察廳呈控起訴到廳。並據李檢察官呈遞親供前來，隨集一千，片准檢察廳派員蒞視，訊悉前情，並據巡警金元傑、民人張正本供稱，三月十六日，李檢察官向龔余氏勒繳銀兩是實，並無勒逼要娶伊女為妾情事。質之龔餘氏，亦稱李檢察官並未向該氏說有要娶伊女為妾之言，實系一時情急妄控。反覆究詰，矢口不移，核與李檢察官呈遞親供相符，應即判決。

（援據法律某條及理由）查現行律載：州縣官娶為事人女為妻妾，處十等罰。又，誣輕為重未論決，十等罰以下減一等。又，不應為而為，事理輕者，處四等罰各等語。此案龔余氏因李檢察官勒追財禮銀兩，屢限未繳，提保押追，輒藉以付至張宅，捏砌有意說娶伊女為妾等詞上訴，實屬誣輕為重。惟法官懲戒章程尚未頒佈，該氏如所控得實，李檢察官自應比照州縣官娶為事人女為妻妾，處十等罰，未成婚，量減一等，擬處九等罰。今審明系屬虛誣，自應按律問擬。龔餘氏合依誣輕為重未論決，十等罰以下減一等律，于李檢察官被誣應得九等罰罪上減一等，擬處八等罰。據供無力完繳，照例收所罰工四十日，限滿釋放。原得丁注財禮銀兩，仍照追入官。初級檢察官李質追繳龔餘氏財禮銀兩，本系應辦之事，雖訊無說娶其女賣二妹為妾情事，惟不應將訴訟人付至私宅，應照不應為輕律，擬處四等罰。但現在法官懲戒章程尚未頒佈，應由地方檢察廳呈請（高等檢察廳咨）司核辦。巡警金元傑承檢察官命令辦，應與訊無不合之張正本均免置議。此判。

## 五、《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆鬥》「天津高等審判廳·不應得為而為案」

### 【判決內容】

緣董六虎與李富文籍隸滄州，同莊居住。宣統二年九月初一日，李富文之子李党向董六虎場邊拾糞，旋到窩鋪旁抽取棒稽，董六虎在窩鋪內聞聲向外喊罵。李党年尚幼稚，拋棄棒稽哭回家內，將董六虎辱罵情形告訴伊父。嗣于初五日晚，李黨患驚風病症，李富文因董六虎、董昌順未去探視，遂起怨言，經人調停未諧。于初十日晚間，將李党送到董昌順家內，欲藉詞理論，董昌順首先赴州捏控李富文于初三日訛借麥子一擔未允，挾嫌圖賴等情，而李富文亦誤執伊子被毆抽風等詞具呈辯訴。時該州公出，經孫吏目派件驗覆，系患風症，李党旋於二十九日傍晚身死。十月初九日，該州公回，親詣勘驗，填明屍格，李黨委因患驚風病症身死。該李富文之母李張氏及村正、副地保、鄰佑具有甘結，該氏並將屍具領。嗣該氏不服滄州判斷，由高等檢察分廳提起上訴到廳。

(證明犯罪之緣由)疊次研訊，並查閱滄州填錄屍格，系驗明李党面色黃瘦，口有涎沫流出，十指甲微青，右胳膊有擦傷一點，左腳外踝有擦傷一點，均紅色，腦後墊傷一處，團圓九分，紅色，兩腳心反張等語。該州驗訊系驚風身死，其腦後紅傷驗明有色無暈，系在磚炕硬物上枕墊多日所致，惟右胳膊、左腳外踝擦傷兩點，未經敘明緣由。本廳訊據董六虎供稱，系李党在伊家坑上躺臥風病時，作被席子破處擦傷屬實，質之李富文，始猶狡執，再三詰訊，始稱伊將李党抱送董姓時，並無右胳膊、左腳外踝擦傷，據此則董六虎所供系因病臥被破席擦傷之語自屬可信，且與該件作二十九日驗覆稟稱右胳膊、左腳外踝擦傷均系油皮微破情形相合，若系董六虎初一日所毆，則傷既如此輕微，逾二十九日之久，當早已結痂矣。惟腦後紅傷，李富文供系紫泡卷，查李富文於九月二十六日在州初次呈稱，董六虎將伊子李黨頭顱臉面毆打後兼受病抽風等語，並未確指有腦後傷痕，且此傷果系被毆，豈能初一日受傷至二十六日始行呈告，具呈內並隱忍不將傷處指

明，只以頭顱臉面數位含混措詞，其情偽已可概見。至李党於二十九日病死，三十日李張氏呈內始敘有李黨腦後有傷一層，尤足征腦墊傷系初十日以後在董六虎家磚炕硬物上枕墊所致，決非初一日董六虎相與口角時所毆。查村正、副王澤生、王立元等在州供稱，李富文將伊子送到董六虎家時，伊等未見有傷，核與董六虎供稱李黨腦後紅傷系在伊家磚炕躺臥多日被髮辮隔墊所致之語，亦屬相符。層層追詰，李富文又改稱李黨兩腮發青、口內牙疳有血等語。查屍格內並無此傷，尤難為據。總之李黨死系因病，既經滄州驗明，本廳提案研訊，覆核無異，惟已死李黨年甫八歲，偶向鄰佑場邊拾糞，抽取棒稽，事極微細，該董六虎年長十餘歲，理應善言教導，何得肆口喊罵。及李党患病，李富文抱送伊家，即未能婉言送還，又不將磚炕破席加意遮護，以致李黨因病躺臥被擦、被墊成傷，董六虎究有未合，案經疊訊，自應判決。

援據法律某條及理由查律載：「不應得為而為之，事理重者，處八等罰。」等語。此案董六虎事前既因口角啓釁，事後又未將磚炕破席加意遮護，以致李党擦墊成傷，死系因病，訟由此起。董六虎應照不應得為而為之事理重者處八等罰律，擬處八等罰。董昌順在州首先呈告李富文訛借未遂，挾嫌圖賴及李富文上訴董六虎毆傷伊子各節，經本廳訊無確據，念系情急互控，均從寬免議。此判。

## 六、《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆鬥》「杭州地方審判廳·吸食洋煙案」

### 【判決內容】

緣余阿林、金阿友、李阿榮分隸仁和、肅山等縣，或以種田為業，或以織機營生。宣統三年六月二十一日，余阿林在家吸食鴉片煙，領有禁煙公所牌照，每日計吸八分，適有農人金阿友因事前往余阿林家，並有住所相去五裏遙之李阿

榮，因余阿林已領去織機工錢，尙未來家織機，亦至余阿林家催促作工，均先後入室坐談。適有探訪員進內探查，見余阿林等均在一間草舍內吸煙處同坐，以爲余阿林私售煙燈，遍處搜索未得煙膏，祇搜得存攔無煙汁之破槍二支。該探員等遂連上床所擺煙燈一盞、煙槍一支，並誤指金阿友、李阿榮爲煙客，一併帶局，送由仁和縣初級檢察廳起訴，經仁和初級審判廳提訊，援據《禁煙條例》，判令余阿林罰洋一百二十元，金阿友、李阿榮各罰洋六十元。余阿林之煙具草房一並入官，吸戶牌照登出。李阿榮等以事實錯誤，不服判決，照章呈請原檢察廳上訴到廳，由本級檢察廳起訴前來。當經本廳交刑庭，遵章片請檢察官蒞庭監審，提案鞫訊，據各供述如前。余阿林堅稱祇領照買鴉片煙自吸，每日僅止八分，亦不能再售他人，何況當探員在家搜查之時，亦未起出存膏、存土，求詳情等語。李阿榮堅稱，戒已越八月之久，現煙禁森嚴，並未敢在余阿林家再吸。農人金阿友堅稱，食生以來，並未吸過鴉片煙，各不諱。本廳以案關上訴，不厭詳求，再三究詰，煙矢不移，複經移請檢察廳派員調查，李阿榮等所供均尙相符，案經訊明，自與該初級所訊事實卻有不同，自應破毀原判，再行判決。查律載：「凡不應得爲而爲之者，處四等罰。」等語，此案余阿林既已領照買煙自吸，並未私售，該應宣告無罪。金阿友、李阿榮雖未吸煙，惟當偵探前往調查之時，該金阿友等公然煙鋪坐談，未免不知遠嫌，亦屬不合，自應按律問擬。金阿友、李阿榮自均合依不應得爲而爲之者處四等罰律，擬各處四等罰。惟查金阿友自友月二十三日，經仁和縣初級審判廳判決即行發押遷善所，迄今已十有餘日，亦足蔽辜，應與余阿林即行開釋。李阿榮因患病，在初級廳保外，未經入押，應照律科罪。能否完納罰金，移請檢察廳俟上訴期間經過確定後查，餘照執行，遵章彙報。至余阿林煙具既已分別銷毀，應無庸議。案經訊明並收未私售，燈吃、草房免其入官。此判。

## 七、大理院刑事判例 2 年非字第 9 號

### 【判例要旨】

被和誘之人，律無處罰正條，竟與和誘者科以同一之刑，有違暫行新刑律第十條之規定。

### 【判例內容】

#### 判決

上告人 總檢察廳檢察長

被告人 王高氏

曲炳文

右列被告人等因姦商同逃走之所為，經安東地方審判廳於中華民國元年八月十六日判決，總檢察廳檢察長以引律錯誤，提起非常上告，本院審理，判決如左：

#### 主文

原判撤銷。

本件公訴駁回。

#### 總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

一暫行新刑律第三百五十五條之規定，第三百四十九條之罪須告訴乃論。此案未經王高氏本夫王升田告訴，依律未便論罪，且王高氏為本案被和誘之人，律無處罰被和誘人之條，更不得遽科王高氏以和誘罪。

一依暫行新刑律第二百九十四條第二項之規定，和姦罪須本夫告訴乃論。此案王高氏本夫王升田既未告訴有案，自不得科以和姦罪，原判以王高氏、曲炳文為和姦之俱發罪，並科其刑，實屬違法判決。

#### 諮詢總檢察廳檢察官之意見

一暫行新刑律第三百五十五條內載第三百四十九條之罪須告訴乃論，是和誘於律爲親告罪。本案王高氏因姦商同曲炳文逃走，雖據該氏堂兄高化普查獲投報，惟未經該氏本夫王升田告訴，不得遽科以和誘罪。

一暫行新刑律第二百九十四條第二項內載第二百八十九條之罪須本夫告訴乃論，是和姦於律爲親告罪。王高氏、曲炳文和姦未經該氏本夫王升田告訴，不得遽科以和姦罪。

此案和誘、和姦既均缺訴追條件，依律應即免訴。原判以王高氏、曲炳文爲和誘、和姦之俱發罪，併科其刑，實屬違法判決。應請撤銷原判，另行判決。

### 判決之理由

此案據安東地方審判廳認定事實，王高氏係高星甫之女，早年嫁與王升田爲妻，仍在高星甫開設之藥舖居住。前清宣統三年十二月間，曲炳文因其母抱病常請高星甫醫治，與王高氏習見不避。壬子年四月不記日期，曲炳文又往高星甫藥舖閑坐，適王高氏獨處，調戲成姦後非一次，高星甫並不知情，曲炳文亦沒給過錢財物，嗣王高氏戀姦情熱，向曲炳文商說逃脫外同度，曲炳文應允，約定五月七日五鐘時，曲炳文賃妥駝轎，在蓬來縣城東關等候，屆時王高氏僱不知姓名人肩挑行李、衣服等物至該處會齊，遂乘駝轎隨同曲炳文逃至煙台，換坐輪船於十一日到安上岸賃房居住，先是王高氏堂兄高化普在安東醫院傭工，高星甫於曲炳文、王高氏逃後寄函飭其探尋下落，嗣經高化普查獲，報將曲炳文、王高氏一併送由地方檢察廳起訴。經安東地方審判廳訊明前情，曲炳文、王高氏依暫行新刑律第三百四十九條各處五等有期徒刑一年六個月，及第二百八十九條各處五等有期徒刑兩個月；又依第二十三條第三款於一年六個月與二個月合併之刑期一年八個月以下其中最長之刑期一年六個月以上，定爲各處有期徒刑一年七個月，收入習藝所工作。判決前羈押之日數，准其依律扣抵限滿。曲炳文釋放，王高氏交其父高星甫領回安慶度。

據以上事實，曲炳文犯和誘罪依暫行新律第三百五十五條第一項之規定，須告訴乃論。曲炳文、王高氏犯和姦罪依暫行新刑律第二百九十四條第二項之規定，須本夫告訴乃論。此案和誘、和姦兩層均未經王高氏本夫王升田告訴。安東地方審判廳遽行判決論罪科刑，實屬違法。且王高氏爲被和誘之人，律無處罰正

條，竟與和誘者科以同一之刑，亦有違暫行新刑律第十條之規定。總檢察廳檢察長於判決確定後據此理由提出非常上告，自係合法。總檢察廳檢察官之意見謂本案和誘和姦既均缺訴追條件，依律應予免訴。原判以王高氏、曲炳文為和誘、和姦之俱發罪併科其刑實屬違法等語洵為允當，應即由本院撤銷原判自行判決。查曲炳文和誘、和姦之所為，王高氏被和誘和相姦之所為，按照暫行新刑律第三百五十五條第一項、第二百九十四條第二項及第十條之規定，均應駁回公訴，故特為判決如右。

中華民國二年二月二十五日

大理院刑庭

審判長推事 汪熾芝

推事 沈家彝

推事 潘昌煦

推事 張孝移

推事 林 榮

大理院書記官 王國鈺

## 八、大理院刑事判例 2 年非字第 29 號

### 【判例要旨】

於殺人案件事前並不知情，當時亦未到場，自不應論罪，即不得以事後知殺不報為理由，判處罪刑。

### 【判例內容】

判決

上告人 總檢察廳檢察長

被告人 郭楊氏 江蘇高縣人 年二十五歲 住居場家莊

右被告人郭楊氏經江寧地方審判廳於中華民國元年六月十五日判決處殺人罪一案，總檢察廳檢察長以原判違法，提起非常上告，本院審理，判決如左：

### 主文

原判關於郭楊氏之部分撤銷。

郭楊氏無罪。

### 總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

奉司法部令，原判張得富處死刑。張得懷、郭楊氏均處一等有期徒刑十年。惟查所敘法律理由聲稱，郭楊氏明知丈夫郭三為張得富所害乃隱而不報，亦罪無可逃。按照刑律第三百零五條之規定如主文判決等語。查該犯婦郭楊氏未據該廳證明有同謀或事前及當場幫助犯罪等行為，乃論以同條之罪，未免失之過重，照章應提起因□□（原文缺漏）相應提非常上告。

### 總檢察廳檢察官張祥麟之意見

查新刑律第二十九條第二項載於實施犯罪行為之際，幫助正犯者準正犯論。第三十條載教唆他人使之實施犯罪之行為者為造意犯，依正犯之例處斷等語。本案郭楊氏對於張得富等謀殺伊夫一案，並無幫助、教唆之行為，自不得以共同正犯論。江寧地方審判廳乃據知殺不報理由，以該氏與張得富等同律治罪，殊屬違法。且所引條文數目，亦與法部頒行正本不合，請更正後撤銷原判，郭楊氏之部分另行改判。又查新刑律第十條云，法律無正條者，不問何種行為，不為罪。郭楊氏知伊夫被殺隱而不報本屬不合，然律無正條，不能為罪。請依第十條之規定為無罪之宣告。

### 判決之理由

江甯地方審判廳認定事實，郭楊氏之夫郭三於元年三月二十三日與張得富弟

兄赴湖墅鎮賣柴未回。張得富本與郭楊氏私通，事後得富告知郭楊氏，郭三係伊所殺，經地甲查得屍身，由江甯地方檢察廳起訴。

依以上事實，張得富謀殺郭三之所為，郭楊氏事前並不知情，當時亦未在场，自不應論罪。原判以事後知殺不報為理由，處以一等有期徒刑十年，實屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後，為被告人利益提起非常上告，自屬合法。總檢察廳檢察官之意見洵為允當，應由本院撤銷原判，自行改判，特為判決如右。

中華民國二年三月二十一日

大理院刑庭

審判長推事 汪熾芝

推事 沈家彝

推事 潘昌煦

推事 張孝移

推事 林 榮

大理院書記官 林志章

## 九、最高法院刑事判例 21 年上字第 163 號

### 【判例要旨】

商議擄人勒贖，顯在預備時期，猶未達於著手之程度。依照現行法律尚無處罰。

### 【判例內容】

#### 判決

上訴人	王澤連即王德才	男	年二十五歲	即墨縣人住青島張家下莊	業工
	馬會清	男	年二十六歲	平度縣人住青島天成洋行	業工

范和堂                    男   年二十八歲   膠縣人   住青島泰山路   業工  
李鴻選即李修道   男   年二十五歲   掖縣人   住青島四方路   業工  
被告人 王俊才即王進福   男   年二十八歲                    住李村   業農

右上訴人等因擄人勒贖案件不服山東高等法院民國十九年六月二十六日第二審判決，提起上訴，本院判決如左：

### 主文

原判決及第一審關於沒收部分之判決均撤銷。

王澤連、馬會清、范和堂、李鴻選、王俊才，均無罪。

### 理由

查原判決認定事實略謂：王澤連、馬會清、王俊才、范和堂等同謀擄人勒贖，於民國十八年七月二十四日買得爆竹十個，並託由李鴻選代寫勒贖信一封，擬同往張家下莊擄綁張廷堯以圖勒贖，因無手槍又無藏票地點，尙未著手實行即在該莊酒館內飲酒至被抓獲等情。徵諸上訴人王澤連及被告王俊才在青島特別市公安局之供述，誠不得謂爲無據。惟查上訴人等商議擄人勒贖，顯在預備時期，猶未達於著手之程度。依照現行法律，關於預備擄勒之行爲尙無處罰明文。復查同謀擄人勒贖，指一方參與謀議，一方已著手擄勒既遂或未遂之情形而言；本案上訴人等暨被告共同計議擄人，彼此均未著手即被抓獲，自難律以同謀罪名，乃原審竟根據上開事實，適用刑法第三百七十三條，判處上訴人等及被告罪刑顯有未合，應由本院撤銷原判決及第一審關於沒收部分之判決並將上訴人等及未經上訴之共同被告一併諭知無罪。

據上論結應依刑事訴訟法第四百零九條第一項、第四百十條第一項第一款、第二項、第三百十六條、第四百條判決如主文。

## 十、最高法院刑事判例 21 年上字第 627 號

### 【判例要旨】

代匪購送食品，並未加入實施擄勒行爲，不能論罪。

### 【判例內容】

#### 判決

上訴人 浙江高等法院檢察官

被 告 呂全會 男 二十七歲 峰縣人 住茶草灣 業農

右上訴人因被告綁匪案件，不服浙江高等法院民國二十年九月二十四日第二審判決，提起上訴，本院判決如左：

#### 主文

上訴駁回。

#### 理由

查核卷宗，本件被告呂全會於李紀貴被綁匪王金洪等擄禁時，爲匪送飯固爲不可掩之事實，但查其爲匪送飯係以其兄呂全苗之關係，因呂全苗之無暇，偶代往送，不惟據呂全苗在卷供明，即李紀貴在第一審所述：「呂全苗送好幾次，呂全會送過沒有幾次的。」云云，亦足資印證；況據李紀貴在原審述稱：「綁時沒有呂全會，全會有無通匪不曉得。帶路及造廠均由全苗任之，他（指被告）廠則未造過管（即看票），是沒有管過路，亦沒有帶過。」各等語，既無從證明該被告有與王金洪等共同擄人勒贖之意思暨看管事主、帶路造廠等行爲，僅以此偶代送飯之故，按之本院代匪購送食品而未加入實施擄勒行爲，不能論罪之釋例，要難認其構成幫助綁匪之罪。雖上訴意旨所稱：「李紀貴被綁在被告家中，先後藏匿二次，不特被害人李紀貴在清鄉局言之歷歷，即同案呂全苗（已槍決）所供亦同。」云云，然此業經一、二兩審訊據李紀貴供稱：「他（指被告）家沒有去過，

那日土匪將我由黃泥坪帶到大灣，路過他門口坐一刻，有的未在他家裏關過。」等語，並經原審詰以：「你綁在他門口，爾看見呂全會否？」，亦據答稱：「沒有。」，其詞既極明晰，要無匿票可言，原審採為判決基礎，並認該被告不構成犯罪之行為，遂改依刑事訴訟法第三百十六條諭知無罪，尙無不當，上訴人之上訴難謂為有理由。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百零八條第一項，判決如主文。



## 第三講 刑法與人情

### 審判官之淚

#### —從古代「原情定罪」到現代「刑之酌減、酌科」

#### 壹、導論

1994年2月23日，臺灣板橋地方法院，針對被告鄧如雯長期受先生家暴而殺夫一案，判處被告有期徒刑五年六月（82年度重訴字第43號）。本案經上訴後，臺灣高等法院於1994年8月2日，分別根據刑法第62條關於自首，以及第19條第2項關於精神耗弱等減刑規定，改判鄧如雯有期徒刑三年（83年度上訴字第1907號）。二審時，上訴人雖然提出，應根據刑法第59條關於「犯罪之情狀可憫述者，得酌量減輕其刑」規定，予以再次酌量減刑的請求，但未被法院接受。嗣後，被告再上訴最高法院。最高法院於1995年3月23日，駁回上訴而告確定（84年度台上字第1342號）。

在第三審上訴理由中，儘管上訴人再次請求法院根據刑法第59條，予以減刑，但仍被最高法院拒絕。最高法院在判決中指出：「犯罪之情狀可憫述者，得酌量減輕其刑，刑法第59條固定有明文，惟上訴人之犯罪情狀是否可憫恕而予裁判上減刑，乃屬審判上得依職權自由裁量之事項，非當事人所得任意指摘，其不為適用該法條減輕，即屬違背法令，以為上訴第三審之理由。」

鄧如雯案件中，引發適用上爭議的刑法第59條，在2005年1月7日的修法裡，立法者已將文字修改如下：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低刑度仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」修正理由為：

- 一、現行第五十九條在實務上多從寬適用。為防止酌減其刑之濫用，自應嚴定其適用之條件，以免法定刑形同虛設，破壞罪刑法定之原則。

二、按科刑時，原即應依第五十七條規定審酌一切情狀，尤應注意該條各款所列事項，以為量刑標準。本條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，自係指裁判者審酌第五十七條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言。惟其審認究係出於審判者主觀之判斷，為使其主觀判斷具有客觀妥當性，宜以「可憫恕之情狀較為明顯」為條件，故特加一「顯」字，用期公允。

三、依實務上見解，本條係關於裁判上減輕之規定，必於審酌一切之犯罪情狀，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重者，始有其適用（最高法院三十八年臺上字第十六號、四十五年臺上字第一一六五號、五十一年臺上字第八九九號判例），乃增列文字，將此適用條件予以明文化。

從法制的沿革來看，刑法第 59 條的規定，實可回溯自〈暫行新刑律〉（1912 年）的第 54 條。該規定為：「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。」而當時的立法理由，則稱：「日本刑法以『情狀可原』四字，為酌減之標準，不免失之含糊，故往往有以客觀的事實解釋之誤。本條分別心術與事實，較為明顯。心術者，遠因之謂；事實者，犯罪行為之謂，二者不得混同。例如竊取，有決心於姦淫賭博者，有決心於家貧養親者，此事實同而心術異。又如為貧困而竊取貴重之物，或竊取輕賤之物，為報仇而殺一當道之巨卿，或殺一般市井之無賴，此心術同而事實異。酌減係出於審判官矜憫之忱，故學者有謂之為『審判官之淚』者，但不得逾法定範圍，而以私意減輕之。」

事實上，無論是現行條文所稱的「犯罪之情狀顯可憫恕」，或〈暫行新刑律〉所稱「審按犯人心術及犯罪之事實，其情輕者，[.....]」，乃至於其立法理由中，特別強調「酌減係出於審判官矜憫之忱」等構想，或多或少隱現著傳統中國

刑案審讞上一個相當重要的原則，亦即所謂的「原情定罪」。原情定罪，乃是唐律在制度上所確立下來的刑案審理原則。它要求法官在審理任何刑獄案件的時，不僅要有律令上的根據，更必須要以系爭案件的情狀，以及特別是情節的輕重，作為定罪量刑的基礎。茲引《舊唐書》所載發生於唐穆宗長慶二年（822）一則有關康買得救父殺人的案件為例：

二年四月，刑部員外郎孫革奏：

「京兆府雲陽縣人張蒞，欠羽林官騎康憲錢米。憲徵之，蒞承醉拉憲，氣息將絕。憲男買得，年十四，將救其父。以蒞角觶力人，不敢搗解，遂持木錘擊蒞之首見血，後三日致死者。準律，父為人所毆，子往救，擊其人折傷，減凡鬥三等，至死者，依常律。即買得救父難是性孝，非暴；擊張蒞是心切，非兇。以髫髻之歲，正父子之親，若非聖化所加，童子安能及此？王制稱五刑之理，必原父子之親以權之，慎測淺深之量以別之。春秋之義，原心定罪。周書所訓，諸罰有權。今買得生被皇風，幼符至孝，哀矜之宥，伏在聖慈。臣職當讞刑，合分善惡。」

敕：

「康買得尚在童年，能知子道，雖殺人當死，而為父可哀。若從沉命之科，恐失原情之義，宜付法司，減死罪一等。」

唐穆宗在敕令裡，針對康買得的犯案情節，所做出的上述結論，便是「原情定罪」的具體表現。

## 貳、討論重點

- 一、現行刑法第 59 條的立法沿革、立法理由以及相關判決的討論。
- 二、現行刑法第 59 條，與傳統中國律法上「原情定罪」，二者之間可能具有何種關連性？

## 參、閱讀文獻

### 一、相關重要條文與立法理由

1. 《暫行新刑律》(1912 年) 第 54 條。
2. 《舊刑法》(1928 年) 第 77 條。
3. 現行刑法 (1935 年、2007 年) 第 59 條。

### 二、相關案例

1. 《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆鬥》「南昌地方審判廳案·兄弟逞忿毆擊案」。
2. 《各省審判廳判牘·判牘類·人命鬥》「南昌地方審判廳案·毆傷使女斃命案」。
3. 大理院刑事判例 6 年上字第 109 號。
4. 江蘇吳縣地方法院刑事判決 18 年初字第 797 號。
5. 江蘇高等法院刑事判決 19 年訴字第 234 號。
6. 最高法院刑事判決 20 年非字第 54 號。
7. 最高法院刑事判決 44 年台上字第 413 號。
8. 最高法院刑事判決 45 年台上第 1165 號。
9. 最高法院刑事判決 45 年上字第 1361 號。
10. 最高法院刑事判決 46 年上字第 935 號。
11. 最高法院刑事判決 51 年台上字第 899 號。

12. 最高法院刑事判決 61 年台上字第 1781 號。
13. 鄧如文案件：臺灣板橋地方法院（82 年度重訴字第 43 號）、臺灣高等法院（83 年度上訴字第 1907 號）、最高法院（84 年度台上字第 1342 號）。

### 三、相關史料與論著

1. 《明史》94 卷〈刑法二〉。
2. 《宋史》卷 337，〈列傳〉第 96。
3. 《緒資治通鑑》卷第 37。
4. 《舊唐書》卷 50，〈刑法志〉。
5. 江玉林，〈經義折獄、刑獄治理與傳統法律的文化格局—從朱熹「戊申延和奏劄」談起〉，載於《政大法學評論》，87 期，2005 年，頁 1-66。
6. 汪慶祺編，李啓成點校，《各省審判廳判牘》（北京：北京大學出版社，2007 年）。
7. 黃源盛纂輯，《晚清民國刑事立法史料集註與研究》上、下冊，2007 年 10 月，國科會 95 年度專題研究計畫成果。
8. 黃源盛編纂，《大理院刑事判決匯覽》（未刊稿，台北：國立政治大學基礎法學中心典藏）。
9. 黃源盛編纂，《民國十七年至二十三年舊刑法時期最高法院刑事判例全文輯存》（未刊稿，2004 年 2 月）。
10. 劉馨珺，〈論宋代獄訟中「情理法」的運用〉，載於《法制史研究》，第 3 期，2002 年，頁 95-137。
11. 謝森，陳士杰，殷吉墀編，《民刑事裁判大全》（北京：北京大學出版社，2007 年）。
12. 法源法律網：<http://www.lawbank.com.tw/>。

## 肆、相關案例內容摘選

### 一、《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆鬥》「南昌地方審判廳案·兄弟逞忿毆擊案」

#### 【判決內容】

緣朱開祥系臨川人，年四十四歲，父母俱故，兄弟四人，長三皆亡，剩有四弟，名春生，業農，經已分爨。開祥向業木匠手藝，現在上諭亭開設木匠鋪。本年，朱開祥將朱春生帶至店中習藝，兼做小貿易。朱開祥兄弟向有公共店房一所，每年租錢八千文，兄弟四人各管一年，去年輪值春生收管，店客欠租未清。本年五月始將舊租補給清楚。迨開祥往收今年新租，店客以交春生為詞，藉以延宕。其實春生所收，乃系舊欠，非新租也。開祥為店客所蒙，回店向春生理論，春生告以收系舊租。開祥以為欺己，互相齟齬，遂向廚前取得鍋鏟，猛擊春生，春生以手力擋鍋鏟，倒跌撞傷朱開祥頭顱及手指。旋被巡警扭赴警區，轉告檢察廳驗明傷痕，起訴前來。經本廳傳提朱開祥、朱春生二面質訊，據各供認前情不諱。查朱開祥、朱春生系同胞兄弟，平日友恭甚篤，平無毫末微嫌，苦樂相偕，頗識愛群大義。茲因細故，竟起爭端，舌戰不休，繼之用武。夫使春生所收之租，實系本年新租，則春生本非值管任，竟亂收加以撲責，分所宜然。乃春生收系舊租，開祥並不詳察，聽信店客一面之詞，逞忿毆擊，萬一阻擋不及，致受重傷，爾開祥自問能當此重處否耶？和氣致祥，古有明訓，乃弟即有不是，不妨反覆開道，俾其自新。何況事屬子虛，竟施此野蠻手段，此種行徑，實為爾開祥不取。至爾春生亦不能諉為無過，兄長呵斥，理宜忍受，即有抱屈，可俟其氣平之後，曲折陳明，不然可覓此店客而質明之，何必于爾兄盛怒之時，相持不下，爾之愚昧，誠無比倫，幸而庭訊之時，各知愧悔，相對哭泣，求恩曲予，矜全委婉稟陳，隱若各相庇護，本推事鑒爾愚忱，知為之兄者，實緣旁言之誤聽，為之弟者，不過肆應之無方，兩非有意交攻，律可原情有恕。茲由朱開祥請將朱春生開釋，即著當庭領回，兄兄弟弟，各安生業，如再因財失義，逞忿召凶，則王法森嚴，決不能為爾等寬也。懍懍切切。此諭。

## 二、《各省審判廳判牘·判牘類·人命門》「南昌地方審判廳案·毆傷使女斃命案」

### 【判決內容】

緣鮑李氏系候選知州鮑恩波之妾，未有子女。於宣統二年與嫡子大吉、小二、家丁劉華江及隸身服役使女金鳳隨鮑恩波來江西，寓居棕帽巷，劉華江與金鳳素無嫌隙，金鳳年十一歲，性質愚拙，好吃懶惰。鮑李氏屢次責打。本年正月初三日，鮑恩波曾因金鳳過犯，薄施訓責，均未成傷。初四日，金鳳腹瀉，遺糞於褲，被鮑李氏看見，拾起木柴一根，毆傷金鳳右腿右額角，金鳳跳腳咆哮，鮑李氏氣恨，喝令劉華江責打，劉華江接過木柴，連毆傷金鳳右手腕、右乳，金鳳站立不穩，側跌倒地，在石礪上磕傷偏左連太陽左耳根，即經劉華江將金鳳扶起，詎金鳳傷重，延至初七日下午身死，鮑李氏害怕，即雇粗工胡壽貴買棺裝殮，送往德勝門外沙窩地方掩埋。後被巡警查悉，報由巡警道憲拘提劉華江到案訊問，狡供不認。旋備文將劉華江解送南昌地方檢察廳提起公訴到廳，復由檢察廳督同伴作周耀彩，傳同地保熊耀發、土工胡仁發、陳素青等帶往沙窩地方，起出屍身，如法相驗，驗得金鳳屍身右額角、右乳及偏左連左太陽、左耳根有致命傷三處，右腿、右手腕有不致命傷兩處，委系生前受傷身死。填具屍格，移送前來。經本廳疊提劉華江研訊，始猶狡供，迨傳到鮑恩波、鮑李氏三面環質，始各供認前情不諱，核與屍格內所填傷痕相符，應即判決。

（援據法律某條及理由）查律載：以威力制縛人及於私家拷打監禁因而致死者絞監候。以威力主使人毆打而致死傷者，並以主使之人為首，下手之人為從，論減一等。又例載：家長未生子女之妾毆死隸身服役之使女者，流三千里。又名例載：共犯罪而首從各別者，各依本律首從論。又載：凡婦女犯該徒流以上，除犯並及例內載明應收所習藝者，一律按限工作，不准論贖外，其尋常各案准其贖罪。又載：凡三流及極邊或煙瘴地方安置者，核其所犯罪名，如系常赦所得原，

無論流置，均毋庸發配，即在本籍或犯事地方收所習藝工作。又律載：家長毆雇工人，非折傷勿論各等語。此案鮑李氏因使女金鳳腹瀉遺糞於褲，輒用木柴毆傷致命之處。猶復主使家丁劉華江重毆多傷，並致磕傷受傷身死，其平日之虐待金鳳，威遣僕役已可概見，合應按律問擬。查鮑李氏系威力主使之入，本應照主使為首擬絞律，擬以絞監候。惟金鳳系鮑李氏隸身服役之使女，究與凡人不同，按名例載共犯罪而首從各別者，各依本律首從論，則鮑李氏須為主使之首犯，自有問罪之本條，鮑李氏合依家長未生子女之妾毆死隸身服役之使女者流三千里律，流三千里。照例准贖。劉華江系鮑恩波之家丁，輒敢下手毆傷金鳳致命，應同凡鬥論抵。惟劉華江分系家丁，對於主母之使女何敢逞兇妄毆，是則劉華江之毆打金鳳實系鮑李氏之威力主使，不敢不從，雖行毆人之事，原無毆人之心，若照凡鬥論抵，未免情輕法重。劉華江合依威力主使下手之人為從論減一等律，於絞罪且減一等流三千里。核其所犯罪名，系常赦所得原，毋庸發配，即在犯事地方收所習藝工作十年，限滿釋放。鮑恩波于初三日訓責金鳳未曾成傷，按律勿論。鮑恩波之子大吉、小二訊不知情，亦未到場幫毆，應免置議。凶柴供棄免起。屍棺飭埋。此判。

### 三、最高法院刑事判例 20 年非字第 54 號

#### 【判例要旨】

禁煙法第六條規定主刑為一年以上五年以下有期徒刑，而刑法第七十七條之酌減，至多僅能減輕本刑二分之一，不適用同法第八十四條所定減輕之限度。故縱因被告犯罪情狀有可憫恕，援引刑法第七十七條予以酌減，亦但能於六月以上二年六月以下之範圍內定其刑期。

## 【判例內容】

### 判決

上訴人 本院檢察署檢察長

被告 陳巧生 男 年二十七歲 吳興縣人（住南潯長和樹 業農）

右上訴人因被告意圖販賣而持有鴉片案，對於吳興地方分院民國十九年一月二十四日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

### 主文

原判決關於處刑適用法則違法之部分，撤銷。

### 理由

上訴人提起非常上訴意旨謂：刑法第七十條所謂酌減本刑乃屬於裁判上之減輕，與法律上之減輕原因不同，自不適用同法第八十四條所定之限度；本院解字第二零四號解釋認為至多僅能減本刑二分之一，誠屬至當。本件被告陳巧生由上海購得鴉片一包，攜帶來浙意圖販賣，為原判認定之事實；依此事實，適與禁煙法第六條之規定相當，原判援引該條論罪本無不合，惟查該條法定自由刑為一年以上五年以下有期徒刑，縱認其犯罪情狀有可憫恕，亦祇能就其本刑酌減二分之一，於六月以上二年六月以下範圍內科刑始為適當，原判乃處以有期徒刑四月，又贅引刑法第八十四條，顯係違法；惟原判尚非不利於被告，合依刑事訴訟法第四百三十三條、第四百三十五條提起非常上訴，應請援用同法第四百三十九條第一款，將原判適用法則違法之部分撤銷，以資糾正。

原判決認定事實略謂：陳巧生在上海購得鴉片二十六兩，於民國十九年一月六日乘申湖班輪船至湖州意圖販賣，當經該處水警將其查獲等語。

據右事實，被告陳巧生購得鴉片二十六兩，帶至湖州意圖販賣，自應成立禁煙法第六條之罪，原審依據該條論斷尚無不當。推查本條規定主刑為一年以上五年以下有期徒刑，而刑法第七十七條之酌減至多僅能減輕本刑二分之一（參照本院解字第二零四號解釋令），不適用同法第八十四條所定減輕之限度，故縱因被

告犯罪情狀有可憫恕，援引刑法第七十七條予以酌減，亦但能於六月以上二年六月以下之範圍內定其刑期，乃原判決竟處以有期徒刑四月，顯係違法，上訴人提起非常上訴，應認為有理由；惟原判決所處之刑尚非不利於被告，故祇應將其適用法律違法之部分撤銷。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百三十九條第一款，判決如主文。

#### 四、最高法院 44 年台上字第 413 號判決（資料來源：法源資料庫）

##### 【判決內容】

上訴人 甲 OO

右上訴人因傷害致人於死案件，不服台灣高等法院中華民國四十四年三月五日第二審判決，提起上訴，本院判決如左：

##### 主文

原判決及第一審判決均撤銷。

甲 OO 連續傷害人之身體因而致人於死，處有期徒刑十年。

竹桿一支、竹枝三支均沒收。

##### 理由

本件原判決引用第一審判決書記載之事實，認定上訴人甲 OO 於民國四十三年十一月二十九日及十二月一日先後用竹棍、竹枝毆打其養女乙 OO 三十餘下，以致遍體成傷，至十二月二日因傷身死，經警察局移案偵辦等情，係以上訴人對於其養女乙 OO 年方九歲（驗斷書載為八歲），十一月二十九日憤其外玩不看家顧妹，拿長約三尺二寸竹桿連打三十下，十二月一日回家，又看不見她在家，拿

三支小竹枝打三下，至翌晨即說身體不舒服可能會死，十五分鐘後即吐，旋即昏迷，面變手足厥冷，請醫回來，經已死亡之事實，自警察局乃至第一審偵審中均經自承不諱，而已死乙 OO 前額部下口唇部、頰部、下顎部、側頸部、下腹部、右下方恥骨部、左方側腹部、下方三角筋部、左方後肘部、尺骨側、前膊背面、撓骨側、前膊掌面、手背部、外側大腿部、外側下腿部、前下腿部、內側下腿部、乳樣部、後上膊部、後大腿部、後下腿部、外踝部均有挫傷，解剖結果，確因下腹腔內瀦留血液多量，腸間膜並大、小腸下方部位，均帶赤褐黃色腫脹等等，腸壁出血多量，係以鈍器擊傷，以致殞命等情。業經檢察官於其死後一日，即督同法醫驗明，有填具之驗斷書附卷可稽，以乙 OO 年僅九歲，發育未全，上訴人竟於三日之內一再毆打，遍體鱗傷，幾無完膚，稚齡幼女，不堪受此摧殘可以預見，而翌日即行斃命，核與驗斷書所載死因為外傷性內出血，下腹腔內瀦留血液多量，及驗明下腹部、側腹部外面確有毆傷之情狀，足見死因之內出血，係由外部毆傷所致，其為因傷致死，堪以認定，為其所憑之證據。並以上訴人事後否認十二月一日再打，及係跌倒碰傷致死之說，衡以驗明係屬遍體鱗傷，其辯解顯屬空言為不足採，因認第一審判決以其先後毆打係基於概括之犯意，處以連續傷害致人於死罪刑，為無不洽，而將上訴人第二審之上訴予以駁回，原非無見。上訴論旨，仍以前開辯解，斤斤置辯，雖以非可採。惟查刑法第五十九條之酌量減輕，必於犯罪之情狀有可憫恕時，始有其適用，查核上訴人所為對幼齡養女因細故重毆已有未合，何況竟持三尺餘長之竹棍連毆三十餘下，人非木石，奚克以當，而弱女尤難抵受，是其情狀之無可憫恕，實至顯明，且係於三日之內，一毆而再漫不介意，竟至翌早告亡，而不及治，揆之人道天理均所不容，殊無有認為可予憫恕之餘地，第一審判決徒以其事後知悔，認為情節足矜，依刑法第五十九條減處有期徒刑三年六月，顯屬用法不當，原判決未加糾正，予以維持，以難謂洽，惟不影響於事實之確定，自應由本院予以撤銷改判，處以適當之刑，並依法將供犯罪所用之竹桿、竹枝予以沒收，用昭懲儆。據上論結，應依刑事訴訟法第三百八十九條，第三百九十條第一款，刑法第五十六條，第二百七十七條第二項，第三十八條第一項第二款，判決如主文。

中華民國四十四年五月五日

## 五、最高法院 45 年台上第 1165 號判決（資料來源：法源資料庫）

### 【判決內容】

上訴人 台灣高等法院檢察官

被告 甲 OO，乙 OO，丙 OO，丁 OO

右二人共同選任辯護人 方 OO 律師

右上訴人因被告殺人案件，不服台灣高等法院中華民國四十四年十一月十一日第二審判決，提起上訴，本院判決如左：

### 主文

原判決關於甲 OO、乙 OO 罪刑暨丙 OO、丁 OO 無罪部分均撤銷。

甲 OO、乙 OO 共同殺人，各處有期徒刑十年，各褫奪公權六年。

丙 OO、丁 OO 部分發回台灣高等法院。

### 理由

原判決以被告甲 OO、乙 OO 與戊 OO 均係台北縣三重鎮流氓，相互積有嫌怨，乃於民國三十九年二月八日下午十一時許夥同案經判處罪刑確定之己 OO、庚 OO 等，在台北縣三重鎮戲院後面空地，用刀將辛 OO 殺死各情，已據各該被告分別在台北縣警察局新莊分局暨同分局刑警隊自白不諱，並由被告甲 OO 親繪當日殺害辛 OO 現場圖存案，嗣經移送檢察官偵查，仍復一致供述無異，且核與卷附辛 OO 屍身鑑定書而所載受傷情況相符，此外就被告等之在歷審攻擊刑警隊強迫求供以冀卸責之無可採，更為引證說明，因而論以共同殺人犯罪，固屬有見。

惟按刑法第五十九條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期尤嫌過重者，始有適用，本件被告甲 OO、乙 OO 混跡流氓派系，動輒結夥尋釁，為求遏止社會近來囂張殘暴之風，殊無堪資憫恕可道。原判決於其共同殺人，竟予援引刑法第五十九條，於酌減刑二分之一後再處最低度之刑。上訴意旨指為適用法則不當，自應認為有理由，合將此部原判決撤銷，另為判決。其次被告丙 OO、丁 OO 部分，原判決諭知無罪，理由無非以訊據各該被告，既係始終否認曾有教唆或參與殺害辛 OO 情事，而被告丙 OO 在警局稱其於壬 OO 被毆，因有人出首道歉，即曾阻止己 OO、甲 OO 等再生事端，復有癸 OO 結供吻合可證。雖同案先經判處罪刑確定之己 OO 於四十三年疏散出獄，在台北縣警察局新莊分局審訊中，曾經指攻被告丙 OO 如何為其子壬 OO 被子 OO 辱毆，兼受辛 OO 言語刺激，因有召集同黨開會圖謀報復，如何其於丁 OO、甲 OO、乙 OO、庚 OO、丑 OO、寅 OO 及該己 OO 本人到淡水河邊開會時，有繼寅 OO 發言向之說及「老兄弟的兒子給人家毆打，你應該替我出力一下，如果碰到菜寮派流氓就殺他」云云，以及其如何於事發當夜，係與丁 OO 坐在三重戲院左斜對面卯 OO 家中客廳，對於多人行動可能知道。然而無論關於所稱當日發言之人與開會到場人數，均與共同被告辰 OO、甲 OO 供述各自不同，即參諸該己 OO 本人先於三十九年間，在台灣警備司令部軍法處，後於四十四年二月七日在第一審作供所稱，殺人者祇有其與庚 OO 二人之情形亦覺矛盾，又已故戊 OO 之兄巳 OO 於三十九年二月二十二日在檢察官前，固復述稱辛 OO 臨終，曾指認丁 OO 為參與加害者十二人之一，嗣經原審傳質，更突謂其弟生前說過阿燦即丙 OO 共同行兇，但證以台北縣警察局刑警黃 OO 結供，林 OO 當日祇說有四、五人殺他各詞，仍屬互有出入，應係同樣不足採為被告丙 OO、丁 OO 教唆或參加殺人之證明而已。第查辛 OO 被殺之前橋頭派所屬流氓，之有應被告丙 OO 邀集在淡水河邊開會，不但已為己 OO、辰 OO、甲 OO 等分別供認詳明，即就被告丙 OO 於四十三年十月十七日在台北縣警察局新莊分局刑事組所稱，「是那天我正好從淡水河邊經過，看見他們幾個人在那裡，就叫他們散開」，「我有在三重鎮三重戲台裡有個代書館，我碰到己 OO 有對他說，現在菜寮派有人來講，你們不要再發生什麼事情」，加以玩索，亦於造詞閃

爍之中隱約可見，兼之己 OO、辰 OO、甲 OO 等在多眾聚合，往來無定之中，到會之遲早不同，接觸之個體有別，曾據其各於台北縣警察局新莊分局受訊當時另供在卷，而已 OO 於獲案之初，何為祇認與庚 OO 二人行兇，更有其於四十四年十月十八日所供「因我聽說辛 OO 要死時，僅說我和庚 OO 的名字，所以我是大丈夫敢作敢當，不願拖累別人拆散妻子，所以擔起來，可是這次甲 OO 自白了後，我不敢再不講了」，堪資說明，則該己 OO 嗣於甲 OO 翻供之後，復再緘口不言，自在意中，同時其關於開會到場人數，暨何人發言，之與辰 OO、甲 OO 所述未盡相同，亦無足異，原審不就供證內容能否證明待證事實存在加以調查，而遂予棄置勿理，已有背於一般經驗法則，況共同被告甲 OO 自獲案以至檢察官偵查中，其數度作供，對於被告丙 OO 當日行動經過述之歷歷，原審既以該甲 OO 自白，持為其本已與共同被告乙 OO 論罪依據，乃於被告丙 OO 之一同被起訴部分，復又不以共同被告不利於己之供述而引以相繩，亦未說明無可以引證原因，其為違法益覺顯然，至被告丙 OO 主張其於壬 OO 被毆，因有人出首道歉，即曾阻止己 OO、甲 OO 再生事端一節，除經癸 OO 在三重埔分駐所證稱，有聞其父說及講和外，該癸 OO 之父午 OO 既不直接供承確有代表未 OO 道歉息爭之事，徵諸己 OO 述稱『開會的第二天即行兇，三天前申 OO 是說「他們有人來講暫候等看看」可是等三天沒有消息，恐怕先被對方下手所以纔幹的』，以及甲 OO 述稱「開會第二天據聞丙 OO 曾通知說菜寮派已經有人來講和，不要動手，但是我們沒有接到通知，所以不知道才會殺死辛 OO」各等語，亦尚難即以之為被告丙 OO、丁 OO 應受無罪判決之論據，本部分上訴亦屬有理。據上論結，應依刑事訴訟法第三百八十九條，第三百九十三條，第三百九十條第一款，刑法第二十八條，第二百七十一條第一項，第三十七條第二項，判決如主文。

中華民國四十五年九月十二日

## 六、最高法院 45 年上字第 1361 號判決（資料來源：法源資料庫）

### 【判決內容】

上訴人 甲 OO

右上訴人因妨害家庭案件，不服台灣高等法院中華民國四十五年七月七日第二審判決，提起上訴，本院判決如左：

### 主文

原判決關於罪刑部分撤銷。

甲 OO 共同意圖營利略誘未滿二十歲之女子脫離家庭，處有期徒刑三年，褫奪公權三年。

### 理由

本件原判決據被害人乙 OO 與其母丙 OO 之指訴，上訴人在警察局之供認，共犯丁 OO、戊 OO 之陳承，認定上訴人原在台北市開設私娼館，於上年農曆二月間與丁 OO、戊 OO 以介紹來台北傭工為詞，將在宜蘭縣新店鎮己 OO 宅傭工十九歲之女子乙 OO 騙來台北，由上訴人令之在其私娼館賣淫圖利，經陳母丙 OO 查悉訴由第一審檢察官偵查起訴等情，并依刑法第二十八條，第二百四十一條第二項論科，固非無見。惟查上訴人意圖營利，略誘未滿二十歲之少女脫離家庭，迫令為娼，衡情殊難認為有可憫恕之處，原判決猶復引用刑法第五十九條予以減刑，自有未合，應由本院撤銷改判，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第三百八十九條，第三百九十條第一款，刑法第二十八條，第二百四十一條第二項，第三十七條第二項，判決如主文。

中華民國四十五年十一月一日

## 七、最高法院 46 年上字第 935 號判決（資料來源：法源資料庫）

### 【判決內容】

上訴人 台灣高等法院台南分院檢察官

上訴人即被告 甲 OO

上訴人即被告 乙 OO

右上訴人等因被告等妨害國幣案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國四十五年十二月四日第二審判決，提起上訴，本院判決如左：

### 主文

原判決關於甲 OO、丙 OO、丁 OO、乙 OO 罪刑部分撤銷。

甲 OO、丙 OO、丁 OO 共同意圖營利，私運銀類出口，各處有期徒刑五年，褫奪公權三年。

乙 OO 累犯共同意圖營利，私運銀類出口，處有期徒刑七年六月，褫奪公權五年。私運出口白銀三千六百七十台兩沒收。

私運應稅物品進口部分免訴。

### 理由

本件原判決認定上訴人即被告乙 OO 曾於民國三十九年犯走私罪，經澎湖地方法院判處有期徒刑六月，於民國四十一年一月六日執行期滿。出獄後，復於同年二月間與上訴人即被告甲 OO、丙 OO、丁 OO 及已定讞之共同被告戊 OO、己 OO 等，共謀私運白銀前往香港出售牟利，集資共計新台幣六萬元，交由已定讞之共同被告庚 OO、辛 OO 同至台南購得白銀三千六百七十台兩。由庚 OO 運返馬公雇用平福進號漁船，以出海捕魚為由，將白銀藏運出口至香港出售。庚 OO

及船長翁昨等，於返航後被查獲送由法院判決罪刑確定，執行完異後，庚 OO 即向法院告發當時共犯甲 OO、丙 OO、丁 OO、乙 OO 等前開犯行等情。係以庚 OO 因本案入獄後，乙 OO 曾致函七通轉達甲 OO、丙 OO、丁 OO 等關切之意，並出具借據一萬元以供庚 OO 出獄後生活之保障，藉使庚 OO 對於渠等共同犯罪之事實，隱不透露，以及對於甲 OO、丙 OO、丁 OO、乙 OO 如何集資交其購買白銀私運出口之情形供述甚詳，並有乙 OO 親書之原函七封及借據一紙附卷可稽為其所憑之證據及認定之理由。並以被告等所為庚 OO 私運出口之白銀共為三千六百七十兩，其中一千八百兩為己 OO 所有，業經司法行政部調查局鑑定其賬單屬實，並經最高法院判決確定在案。茲復謂被告等集資六萬元，購買白銀三千六百七十兩，顯與確定判決認定之事實矛盾，被告等偵查中之自白，係出脅迫等辯解為飾詞諉卸，均無足採，於理由內詳加指駁。又以修正之懲治走私條例對於私運未稅物品進口之行爲，已無處罰明文，僅應就其私運銀類出口之行爲，論處乙 OO 曾受有期徒刑之執行完畢，未逾五年，復犯有期徒刑以上之罪，應依累犯規定加重其刑二分之一。又按其犯罪性質有褫奪公權必要，遂即撤銷第一審因法律之變更而無足維持之判決，改依妨害國幣懲治條例第一條第一項及刑法有關法條論處罪刑，固非無據。第依原判決理由所述被告等購買糖精等私貨進口行爲，既在私運白銀出口在香港出售之犯罪行爲完成以後，其犯意各別，無牽連關係。該項走私行爲，修正之懲治走私條例既無處罰規定，是其犯罪後之法律，已廢止其刑罰，依刑事訴訟法第二百九十四條第四款之規定，自應另為免訴之諭知，方為合法。原審不另諭知免訴，其適用法則顯有違誤。次查刑法上之酌量減輕，必其犯罪情狀確有可憫恕時，始得為之。至被告素行正當，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由。本件被告甲 OO 身為澎湖縣參議會副議長，丙 OO 為參議員，丁 OO 為富有貲財之商人，且甲 OO 為發起走私之主謀人。以議會之汽車搬運私貨使警察人員不敢檢查，有乙 OO 及其司機癸 OO 之供證可稽。其竟憑藉議長議員及富有之身份，大量走私，干犯法紀，原判不能證明其有何可憫恕之處，徒以其素行尚稱正當，遽依刑法第五十九條酌減其刑，亦嫌失當。再查意圖營利，私運銀類出口，其私運之銀類不問屬於犯人與否沒收之，妨害國幣懲治條例第六條有明文規定。原審未能注意此項強行規定，竟未予諭知沒收，

亦嫌疏漏。上訴意旨，被告等飾詞狡展，固無可採。但檢察官就此指摘原判決為不當，非無理由。惟查此種違背法令，尚不影響於事實之確定，應由本院將原判決關於甲 OO、丙 OO、丁 OO、乙 OO 罪刑部分撤銷，另為判決以期適法。據上論結，應依刑事訴訟法第三百八十九條，第三百九十條第一款，第二百九十四條第四款，妨害國幣懲治條例第一條第一項，第六條，刑法第十一條，第二條第一項前段，第二十八條，第四十七條，第三十七條第二項，判決如主文。

中華民國四十六年七月三十一日

#### 八、最高法院 51 年台上字第 899 號判決（資料來源：法源資料庫）

##### 【判決內容】

上訴人 台灣高等法院台南分院檢察官

上訴人即被告 黃 OO

右上訴人等因被告殺人案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國五十一年二月二十一日第二審判決，提起上訴，本院判決如左：

##### 主文

原判決撤銷，發回台灣高等法院台南分院。

##### 理由

按刑法第五十九條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期，尤嫌過重者，始有其適用，至於被告並無前科，素行端正，子女眾多等情狀，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為

酌量減輕之理由。本件原判決對被告黃 OO 用鐵鑿刺殺黃林 OO 未至於死之犯行，所以適用刑法第五十九條酌減其刑，低至有期徒刑二年六月者，係以被告並無前科，素行端正，子女眾多，顯堪憫恕，為其論據，然查被告之無前科，素行端正，子女眾多等情狀，既非其刺殺黃林 OO 之原因，自與其犯罪情況無關，縱可據為法定刑內從輕科刑之標準，要不得引為酌減其刑之理由，至於所謂顯堪憫恕，未據將被告犯罪可予憫恕之具體情況敘明，率引刑法第五十九條酌減其刑，殊難謂無理由不備之違法，檢察官上訴意旨執此以指摘原判決不當，洵有理由，被告上訴意旨雖未指摘及此，但原判決既有未當，而無可維持，自應予以撤銷，發回更審，期毋枉縱。據上論結，應依刑事訴訟法第三百八十九條，第三百九十三條，判決如主文。

中華民國 五十一年 五月 十六 日

## 九、最高法院 61 年台上字第 1781 號判決（資料來源：法源資料庫）

### 【判決內容】

.....

右上訴人因被告殺人案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國六十年十一月廿四日（六十年度上訴字第一八五〇號）第二審判決，提起上訴，本院判決如左：

### 主文

原判決關於罪刑部分撤銷。

甲 OO 當場激於義憤而殺人處有期徒刑三年。

兇刀一把沒收。

### 理由

本件原判決認定被告甲 OO 以撿破爛為生，其子乙 OO 忤逆不孝，不務正業，常與不良少年為伍，非但不扶養老父甲 OO，且屢向之索款花用，民國六十年八月廿五日晚十一時許，至台南市灣裡八八二號向甲 OO 索取新台幣三千元，甲 OO 因困窘無法籌措拒卻，乙 OO 竟辱罵乃父，經甲 OO 擱以一掌，乙 OO 藉酒逞兇，將甲 OO 毆擊倒地，甲 OO 遭逆子毆打，氣憤填膺，當場激於義憤，而萌殺機，乃至廚房取來菜刀一把，尾隨乙 OO 出門，父子邊走邊吵，行至台南市灣裡八八四號門前，乙 OO 復又毆甲 OO 頭部、眼部，並譏諷其父持十把刀亦不怕，不敢下手是畜生等語，甲 OO 忍無可忍，即執刀向乙 OO 胸部、腹部、外肘部、前膊部等處猛刺，深達胸腔、乙 OO 因失血過多死亡，案由台南市第一警察分局移送偵辦等情，係以上訴人對右揭事實，供承不諱，而被害人乙 OO 胸腹部多處受創流血過多死亡，亦已經檢察官督同法醫師驗明，出具驗斷書足稽，復有兇刀一把獲案可考，犯行洵屬明確，查被害人游手好閑，與不良份子為伍，且前犯恐嚇罪二次，被法院判處有期徒刑七月，一年在案（見警局素行調查表）既不扶養窮困之老父，反向之索款揮霍，稍有不遂，即毆擊乃父倒地，並以畜生等語辱罵，實屬忤逆不孝，被告對此不義行為，有所憤激，忍無可忍，乃將其刺殺，自應成立當場激於義憤而殺人罪名，為其所憑之證據及認定之理由，並以被告所辯因吃酒沒有殺害乙 OO 意思云云，為無足採，詳予駁斥，顧念被告年老體弱，因子忤逆不孝，而致殺之，犯後深表悔悟，情實可憫，酌減其刑二分之一，因將第一審引律失當之判決撤銷，另行論處被告罪刑，扣案兇刀一把係被告所有，用供犯罪，併予沒收，原非無見，惟查刑法第五十九條所定減輕其刑，以宣告法定最低度之刑，猶嫌過重者，始有其適用，刑法第二百七十三條義憤殺人罪之法定刑為有期徒刑七年以下二月以上，原審諭知被告有期徒刑四年，既未軼出法定刑之範圍，且與其最低刑相去甚遙，殊無酌減之實益，乃原判決遽引刑法第五十九條減輕處斷，顯有違誤，上訴意旨，執是指摘，非無理由，但此種違誤尚不影響於事實之確定，可據以為裁判，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，審酌情狀，處以適當之刑，用示懲儆。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條，第三百九十八

條第一款，刑法第二百七十三條第一項，第三十八條第一項第二款，第三項上段，判決如主文。

中華民國六十一年三月二十八日

## 十、最高法院刑事判決 84 年度台上字第 1342 號

### 【判決內容】

.....

右上訴人因殺人案件，不服台灣高等法院中華民國八十三年八月二日第二審判決（八十三年度上訴字第一九七〇號，起訴案號台灣板橋地方法院檢察署八十二年度偵字第一八六四〇號），提起上訴，本院判決如左：

### 主文

上訴駁回。

### 理由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違反法律之程式，予以駁回。本件上訴意旨略稱：

（一）原審雖將第一審量處有期徒刑五年六月之判決撤銷，改判有期徒刑三年，表面上是改判較輕刑度之判決，然細研判決內容，原審之量刑反較第一審為

重，蓋第一審僅以一次自首法定減刑原因而量刑，而原審係以自首及精神耗弱之兩次法定減刑原因而量刑，如以第一審所處之有期徒刑五年六月判決為基礎，再以精神耗弱之理由減刑，原審應處有期徒刑二年九月，方能適法，然原審竟處有期徒刑三年，顯係違背刑事訴訟法第三百七十條之規定。

（二）上訴人於就讀國中三年級時，先遭死者林○○強姦成孕，其後，屢遭林某威脅逼迫，始勉強與之同居、結婚，婚後林某變本加厲毆妻、虐子，時常威脅上訴人娘家，甚而強暴妹妹，恫嚇殺害上訴人，上訴人及娘家長期受死者非人性之虐待及凌辱，在失去理智下始殺害死者，客觀上是否已達情堪憫恕之程度，原審未就此詳為審酌說明，顯有判決不載理由及適用法則不當之違法。

（三）原判決未於理由內交待上訴人是否構成無期待可能性之阻卻責任事由，亦有判決不適用法則及不載理由之違背法令等語。然查原判決依刑法第六十二條前段自首減刑規定，減輕上訴人之刑後，復再依同法第十九條第二項精神耗弱人之行為之規定遞減其刑，而撤銷第一審不當之判決，改判量處有期徒刑三年，並未較第一審所處有期徒刑五年六月為重，即並未違反刑事訴訟法第三百七十條不利益變更禁止原則之規定。又犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，刑法第五十九條固定有明文，惟上訴人之犯罪情狀是否可憫恕而予裁判上減刑，乃屬審判上得依職權自由裁量之事項，非當事人所得任意指摘，其不為適用該法條減輕，即屬違背法令，以為上訴第三審之理由。至行為人無期待可能性，在我國刑法並未規定為阻即違法或阻卻責任之事由，故原判決雖未說明上訴人是否構成無期待可能性，要難指為有判決不載理由或不適用法則之違法。上訴意旨所指摘原判決違法情事，均與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中華民國八十四年三月二十三日

## 第四講 刑法與人倫

### 刑法上身分倫理條款的生與死 —殺、傷直系血親尊親屬罪的過去、現在和將來

#### 壹、導論

2008年9月中旬的一個颱風夜裡，苗栗縣發生了一樁震驚社會的逆倫血案。一名單親家庭的十五歲少女趁著母親外出，與同齡男友在母親房間裸裎相見。提前返家的母親發現後，當場予以嚴厲斥責。不料少女受到責罵惱羞成怒，竟持酒瓶砸破母親腦袋，又先後至廚房拿了兩把刀與男友輪流亂刀砍殺母親。少女的母親身負重傷，奮力起身跑出門口呼救，最後在鄰居家前倒臥血泊之中。經鄰居召喚救護車並且報警，少女與男友遭到警方逮捕。

少女的母親經過治療檢查，頭、胸、臉、頸與背部共受三十多處嚴重刀傷，導致雙手骨折、肌鍵斷裂、背部皮肉幾遭砍爛，所幸尚得保住生命。與此同時，少女與男友在移送檢方前，在苗栗警分局偵查隊留置室中，竟仍有說有笑、談情說愛，此情此景令在場的警員亦深感憤慨，當場訓斥兩人不知羞恥。

分析少女後續將面臨的法律責任，其行為觸犯現行刑法第272條：「殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。前項之未遂犯罰之。」此條規定與刑法271條的一般殺人罪處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑相比，刑度加重不少。惟本案中的少女因未滿十八歲，依照2005年修正後的刑法第63條，必須減輕其刑。

從媒體報導和受訪民眾紛紛嚴厲責難少女犯行及犯後態度的輿論反應來看，相信一般大眾處於本案的情境之下，對於刑法上殺害父母的法定刑重於殺害一般人的情形，多能予以認同及肯定。然則，同樣是面對殺人的行為，立法者究竟是基於何種理由，要將殺害父母等直系血親尊親屬的行為另外訂定專條，科與

重刑？尤其依照舊刑法以前的規定，殺直系血親尊親屬罪更屬唯一死刑。

或許有人認為，殺直系血親尊親屬的行為之所以必須加重法定刑罰，係因為父母、祖父母等直系血親尊親屬與子孫之間關係緊密，情感深切，子孫殺害直系血親尊親屬的行為，彰顯了行為人的泯滅人性，故有必要嚴厲制裁。可是，倘若基於這個理由，則要如何解釋立法者對於父母、祖父母殘虐殺害子孫的情形，卻未同樣地制定專條加重懲戒，而僅僅視為一般的殺人罪？

也許另外有人認為，立法者加重處罰殺直系血親尊親屬罪的理由，是因為子孫自幼即受到父母、祖父母等人的呵護撫育，受恩深重。若子孫非但不知圖報，反將父祖殺害，此係背親忘恩的重大惡行，若不嚴加治罪，難以滿足大眾對於法律的期待。不過，在現實社會中，從來不乏不事撫育，動輒凌虐強暴子孫的父祖。可是，即使子孫係因遭受父祖慘無人道的苛虐而將之殺害，仍將構成殺直系血親尊親屬罪的要件，並不因此改依一般殺人罪論處，可見父母等直系血親尊親屬對於子女等直系血親卑親屬的恩情，並非立法者制定殺直系血親尊親屬罪時考量的主要理由。

既然上述的論點皆難以自圓其說，那麼，殺直系血親尊親屬罪的立法理由究竟為何？事實上，針對這個問題，必須追溯至傳統中國的法制，才能徹底地獲得釐清。

在傳統中國時期，由於整個社會的觀念極重視人倫秩序的價值，故法律對於尊卑親屬之間的侵害行為，論罪與一般人之間的犯罪不同。整體而言，尊長侵害卑幼時，其刑度減於侵害一般人的情形，且雙方的親屬關係在服制圖上愈近時處罰愈輕；反之，卑幼侵害尊長時，刑度較侵害一般人為增，服制愈近則處罰愈重。例如《大清律例》規定：謀殺人已成，造意為首者斬監候，從而加工者絞監候；殺而不死，造意為首者絞監候，從而加工者杖一百、流三千里；謀而已行，但未曾傷人，則造意為首者杖一百、徒三年，從而加工者杖一百。若謀殺的對象是祖

父母、父母、期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母、外祖父母時，則不分首從，已殺者，皆凌遲處死；殺而未死，則不論是否成傷皆斬立決。與此相較，祖父母、父母等直系血親尊親屬謀殺子孫卑幼，已成者處杖六十、徒一年，已行而未死，不論其罪。倘若因子孫有毆罵父祖的情形，父祖將其殺死，亦不論罪。由此可知，在當時的社會中，行為人與被害人之間的身分關係，對於行為人所受刑罰的輕重程度影響極大，此在直系尊卑親屬之間尤其明顯。《大清律例·刑律》「罵祖父母、父母」條甚至規定，子孫即使只是詈罵祖父母、父母，也要判處絞立決的死刑。

細細推究，《大清律例》等傳統律典對於子孫卑幼殺、傷父祖尊長的行為特別加重處罰，其主要的目的，乃是為了維繫傳統中國社會「父為子綱」的孝道思想，維繫家內的尊卑人倫秩序。至於背後更深一層的原因，一方面是基於父尊子卑為傳統中國長久以來的歷史傳統與社會現實，法律對此情形必須有所反映；另一方面，則是因為統治者希望透過「父為子綱」的深化，進而在社會中普遍而有效地建立起井然有序的尊卑秩序觀念，並將此種觀念回饋至「三綱」人倫中的「君為臣綱」，藉以鞏固君王的至尊地位，俾於其治理天下。

在實際的審判案例中，我們甚至屢屢可以看到，侵犯父祖的子孫即使未經審判就已因為它故死亡，國法仍會對其屍體進行嚴厲的處置，以彰明國家對於此種破壞父子綱紀犯罪不稍寬貸的決心。例如《刑案匯覽》記載，道光二年，浙江省人士江聚添因瘋病發作，砍死其父江志潔，旋即被其母周氏砍死，刑部認為，江聚添雖然已被其母砍斃，但是此一結果尚不足以明正典刑，因此擬將江聚添劉屍示眾。又道光三年間，同省人士徐添生誤傷母親身死，畏罪自盡，結果亦遭到劉屍的刑罰。

律典中父尊子卑的絕對原則，直到晚清展開繼受外國法制，修訂新式刑法典之際，才受到全面的挑戰。在當時的立法專門機構「修訂法律館」所編訂的《大清新刑律》初次草案《刑律草案》中，《大清律例》等傳統律典上依行為人和被

害人間尊卑身分訂定罪刑的原則並未獲得完整的延續。一方面，草案內容雖仍就卑親屬殺、傷尊親屬的情形，做出重於侵害一般人的處罰，但其間刑度的差距，已較《大清律例》等傳統律法縮減不少，而且在過失犯罪的情形下，還可以科處罰金；另一方面，草案對於尊親屬殺、傷卑親屬的情形，也未比照傳統律法般做有特別減輕、寬免的處理，而是與一般人間發生的殺、傷行為等同看待。例如：草案第 299 條、第 301 條分別規定：殺害一般人者處死刑、無期徒刑、或一等有期徒刑；傷害一般人致死者處無期徒刑或二等以上有期徒刑。相較於此，第 300 條規定：殺尊親屬者處死刑；第 302 條規定：傷害尊親屬致死或篤疾者，處死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。條文中所謂的「尊親屬」，包括父母、祖父母（高、曾同）及夫之父母、祖父母，而對於尊親屬犯殺人、傷害罪，僅僅較對一般人的犯罪加重刑度一等。另外，對於尊親屬傷害卑親屬致死的行為，草案並未另訂有減輕尊親屬刑度的條文，而將之視為第 301 條之一般人間的犯罪。除故意殺人罪及傷害罪的加重結果犯外，草案內之過失殺人、故意傷害、過失傷害及加工自殺、加工自傷等罪的科刑，亦是採取同樣的立法原則，僅將對於尊親屬的犯罪稍微加重一等。

《刑律草案》奏進後，引發法理派和禮教派之間的激烈論戰。時升任軍機大臣兼學部尚書的張之洞再度首先發難，覆奏《刑律草案》有妨禮教，牴觸君臣、父子、夫婦、男女、尊卑的人倫分際。關於父子一倫，他指出，「中國以立綱為教，故無禮於君、父者，罪罰至重，西國以平等為教，故父子可以同罪。……中國制刑以名明父子之倫，舊律凡毆祖父母、父母者，死；毆、殺子孫者，杖。」但是，新律草案對於傷害尊親屬致死或篤疾者，竟然可以只科徒刑而不科死刑，這是「視父母與路人無異，與父為子綱之義大相刺謬。」要之，對於子孫卑幼殺害或重傷父祖尊長此等逆倫重案，張氏主張應處唯一死刑，且應當用斬而不用絞。此外，對於草案第 311 條規定：「因過失致尊親屬於死或篤疾者，處三等以下有期徒刑，或千圓以下，一百圓以上罰金。」張之洞也認為，子孫卑幼因過失致尊親屬死亡或篤疾，竟可僅科罰金！如此一來，不但處分過輕，而且資財富饒者，必將輕忽而犯法，故亦應一併進行修正。

繼張之洞之後，中央部院大臣和地方都撫皆紛紛透過奏摺和簽註，對《刑律草案》內有關殺、傷尊親屬的規定，明確表達了反對的立場，朝廷內外一時煙硝四起。值得注意的是，其中山東巡撫與熱河都統雖然被劃歸為《刑律草案》的贊成派，但是對於草案內尊卑親屬相殺、傷的規定，仍然力予駁斥。

由於大臣們的批判意見眾多，朝廷也做出「凡我舊律義關倫常諸條，不可率行變革」的指示，法理派於後來出台的《修正刑律草案》中，遂做出部分的讓步，將殺、傷尊親屬的行為全部加重刑度，判死刑者且用斬刑。在這一點上，禮、法兩派達成了共識。對於殺、傷尊親屬能否科處罰金這個問題，雖然禮教派一再強調，依中國禮教，子孫之財即父祖之財，故子孫殺、傷父祖而以財贖，即是令被害的父祖以自己財產代行凶子孫贖罪。不過，法理派對於這個問題似乎未予回應，甚至在《修正刑律草案》和《新刑律草案》中，還二度將罰金刑擴張至卑親屬對尊親屬施暴行未成傷的情形。

至於在尊親屬殺、傷卑親屬是否應減輕刑罰這個問題上，當《修正刑律草案》咨送憲政編查館覆核後，時以江寧提學使充任館中參議的勞乃宣隨即撰寫說帖，質疑草案內容的妥適性。他指出，舊律卑幼毆尊長加等，尊長毆卑幼減等，這是要「重倫常、正名分」，而這樣的制度也確實長久地維繫著世道人心。怎料新律草案卻將尊親屬毆卑親屬與凡人同論，「揆諸中國禮教，殊為未協」。接著，他並且建議憲政編查館，就此應在草案分則內另擬專條謂：「凡故殺子孫，處五等有期徒刑。若違犯教令，依法決罰邂逅致死者，不為罪。」亦即要使《大清律例》的內容，在新律草案中還魂再造。

對於勞乃宣的論點，沈家本回覆道：尊親屬毆卑親屬的情況，確實得科處較輕的刑等，但只要將來在判決例中就此詳定差等即可，無須訂定專條。另就父祖故殺子孫，是否果真為禮教所輕宥此一問題，沈家本則引《公羊傳·僖公五年》：「晉侯殺其世子申生，曷為直稱晉侯以『殺』？殺世子母弟，直稱君者，甚之也。」

認為《春秋》筆法責難晉侯，是因其未能慈愛世子申生，造成申生自殺，喪失為父的親親之道。由此可見，故殺子孫當然也有悖於春秋之義。又依《尚書·康誥》所稱：「父不能字厥子，乃疾厥子，在刑茲無赦之列。」亦可知古昔聖人對於故殺子孫者，未嘗稍恕。而且，新律草案中對於故殺子孫實際上已保留了輕緩處置的彈性，例如《修正刑律草案》第310條規定：「凡殺人者，處死刑、無期徒刑、或一等有期徒刑。」但遇父祖故殺子孫時，審判官可處父祖最輕之一等有期徒刑，再依總則酌量減輕條，以其犯罪事實情節較輕，減二等至三等有期徒刑，在三等有期徒刑中，又可處以最輕之三年未滿刑期，其結果雖重於《大清律例》的徒一年，但與同屬於傳統法的《唐律》徒二年或二年半大致相等。不過，此等處理方式明定於判決例中即可，無庸於草案本文內另立專條。

由於沈家本的陳論以儒家的經義作為根據，勞乃宣也深感「論俱平允」，因此在憲政編查館咨送到資政院的草案版本中，仍維持了原先的相關內容。惟當資政院初讀新律草案時，勞乃宣復招募議員連署提出《新刑律修正案》，其中增纂：「凡故殺子孫者，處四等以下有期徒刑，若違犯教令依法決罰邂逅致死者，不為罪。」的規定，「以明父子之倫，尊親之義」。並轉而改指此前沈家本所提酌減量刑的方法，是「輾轉迂迴，故為曲折，且出於法官之宥恕，非出於律令之本然，不足以示名分綱常之重。」眼看另一波的禮法爭議又要再起，然本條修正案未及討論，資政院第一次常年會即已閉會。隨後，清廷即將新律草案先行頒布，以備實行，是為《大清新刑律》（正式名稱為《欽定大清律例》），原本打算俟明年資政院開會仍可再議，卻又遭逢辛亥革命，無以為繼。

民國成立之後，政府將《大清新刑律》中與國體抵觸各條刪除，改訂為《暫行新刑律》正式頒行，於是晚清時期修訂法律館針對尊卑親屬之間犯殺、傷罪的變法內容獲得實現。與傳統中國時期的律法相較，尊卑親屬在刑法上的地位漸趨平等一致，「父為子綱」的尊卑人倫原則在法律上的影響力急遽下降。此後，刑法對於父祖等尊親屬殺、傷子孫等卑親屬的行為不再特別減免刑責，卑親屬殺、傷尊親屬雖仍定有專條加重處罰，但是無論在加重處罰的親屬範圍或刑度上都受

到大幅度的限縮。

1928年，南京國民政府頒行《舊刑法》，復將殺、傷尊親屬加重處罰的規定侷限於故意犯罪的情形，至於過失犯罪則以殺、傷一般人論處。不過，在尊親屬的範圍方面，《舊刑法》分別規定了對直系尊親屬犯罪和對旁系尊親屬的犯罪，前者原則上加重一般犯罪刑度的二分之一，後者則加重三分之一。但殺直系尊親屬者，處死刑；殺旁系尊親屬者，處死刑或無期徒刑；傷害直系尊親屬致死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。而依照總則編的規定，直系尊親屬包括父母、祖父母（高、曾同）及外祖父母；旁系尊親屬包括伯叔父母、伯叔祖父母、在室姑母、母之兄弟姊妹、兄及在室姊等。

1935年，現行刑法公布施行，又將加重處罰殺、傷尊親屬的犯罪限縮在直系血親尊親屬。此外，為減少唯一死刑的適用，乃將殺直系血親尊親屬的刑度修訂為死刑或無期徒刑。

從立法上的變遷看來，尊卑親屬在刑法上的平等地位日益受到重視，憲法上關於平等權的規範逐漸得以落實。目前，在一般國民的法感情上，或許仍覺得現行刑法關於殺、傷直系血親尊親屬的特別規定並無不妥。但是，如果釐清這些規定是本於傳統法制中「父為子綱」的禮教精神而來，同時，對於現代社會所追求的核心價值與理念確實深入思考，也許在不久的將來，上述的刑法規範又將出現嶄新的轉變。

## 貳、討論重點

- 一、現行刑法第 272 條、274 條的立法沿革及立法理由為何？
- 二、外國立法例中是否亦有殺、傷直系血親尊親屬罪的規定？其和我國刑法上的規定及立法理由是否相同？
- 三、殺、傷直系血親尊親屬罪所欲保護的法益或價值為何？其與當前民主社會所

追求的理念是否牴觸？

四、殺、傷直系血親尊親屬罪的立法在未來是否應該加以檢討？宜如何規劃？

## 參、閱讀文獻

### 一、相關條文與立法理由

1. 《大清律例·刑律·鬥毆》「謀殺祖父母、父母」條。
2. 《大清律例·刑律·鬥毆》「毆期親尊長」條：「其期親兄姊毆殺弟妹，及伯叔、姑毆殺姪并姪孫，若外祖父母毆殺外孫者，杖一百，徒三年；故殺者，杖一百，流二千里。篤疾至折傷以下，俱勿論。」
3. 「毆祖父母父母」條：「其子孫違犯教令，而祖父母、父母不依法決罰而橫加毆打非理毆殺者，杖一百；故殺者無違犯教令之罪為故殺，杖六十、徒一年。……其子孫毆罵祖父母、父母，及妻妾毆罵夫之祖父母、父母者而祖父母、父母，夫之祖父母、父母，因其有罪毆殺之，若違犯教令而依法決罰，邂逅致死，及過失殺者，各勿論。」
4. 《大清新刑律》（1911年）第312條：「殺尊親屬者，處死刑。」（《暫行新刑律》同）

#### 立法理由

五倫君親並重，故殺直系尊屬援第八十八條，處惟一之死刑。

5. 《大清新刑律》第82條：「稱尊親屬者為下列各人：一、祖父母（高曾同）。二、父母。妻於夫之尊親屬與夫同。」（《暫行新刑律》同）
6. 《大清新刑律》第314條：「傷害尊親屬者，依下例處斷：一、致死或篤疾者，死刑或無期徒刑。二、致廢疾者，死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。三、致輕微傷者，一等至三等有期徒刑。」（《暫行新刑律》同）
7. 《舊刑法》（1928年）第14條：「稱直系尊親屬者，謂左列各親：一、父母。二、祖父母、曾祖父母、高祖父母及高祖以上祖父母。三、外祖父母。為人後者，於本生直系尊親屬仍以直系尊親屬論。」

8. 《舊刑法》第 291 條：「殺直系尊親屬者，處死刑。殺旁系尊親屬者，處死刑或無期徒刑。本條之未遂罪，罰之。預備犯本條之罪者，處三年以下有期徒刑。」
9. 《舊刑法》第 305 條：「對於直系尊親屬犯第三百零一條第一項、第三百零二條及第三百零三條之罪者，加重本刑二分之一。犯第三百零四條之罪者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。對於旁系尊親屬犯第三百零一條第一項、第三百零二條至第三百零四條之罪者，加重本刑三分之一。」
10. 現行刑法第 272 條（1935 年）：「殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。前項之未遂犯罰之。預備犯第一項之罪者，處三年以下有期徒刑。」
11. 現行刑法第 280 條：「對於直系血親尊親屬，犯第二百七十七條或第二百七十八條之罪者，加重其刑至二分之一。」

## 二、相關案例

1. 《各省審判廳判牘·判牘類·人命門》「新民地方審判廳案·兇惡蔑倫案」。
2. 《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆門》「貴陽地方審判廳案·子誤傷繼母案」。
3. 大理院刑事判例 6 年上字第 962 號。
4. 大理院刑事判例 8 年非字第 1 號。
5. 大理院刑事判例 10 年上字第 63 號。
6. 大理院刑事判例 10 年上字第 368 號。
7. 最高法院刑事判例 25 年上字第 1448 號。
8. 最高法院刑事判決 40 年上字第 349 號。

## 三、相關史料與論著

1. 田濤、鄭秦點校，《大清律例》（北京：法律出版社，1999 年 9 月）。
2. 李玉璽，〈從孝道思想論殺尊親屬罪概念的衍變〉（台北：國立政治大學

- 法律學研究所碩士論文，2001年7月)。
3. 汪慶祺編，李啓成點校，《各省審判廳判牘》(北京：北京大學出版社，2007年)。
  4. 祝慶祺，鮑書芸、潘文舫、何維楷編，《刑案匯覽三編》(北京：北京古籍出版社，2004年4月)。
  5. 許志雄，〈殺直系血親尊親屬罪與平等原則〉，載於《月旦法學雜誌》，1998年第37期。
  6. 黃源盛纂輯，《晚清民國刑事立法史料集註與研究》上、下冊，2007年10月，國科會95年度專題研究計畫成果。
  7. 黃源盛編纂，《大理院刑事判決匯覽》(未刊稿，台北：國立政治大學基礎法學中心典藏)。
  8. 黃琴唐，〈民國初年親權法制的開展—以大理院的司法實踐為中心〉(台北：國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008年7月)。
  9. 瞿同祖，《中國法律與中國社會》(台北：里仁書局，1994年10月)。
  10. 福田平，〈尊屬殺人事件—刑法200條は合憲か?〉，載於《法律時報》(東京：日本評論社)，昭和47年44卷10號。

## 肆、相關案例內容摘選

### 一、《各省審判廳判牘·判牘類·人命門》「新民地方審判廳案·兇惡蔑倫案」

#### 【判決內容】

緣已死徐晟系漢軍正白旗不記佐領人，在新民府蕭家街居住，系已死徐長印親子，平日並無忤逆情事，在其姐丈蕭春家傭工度日。宣統二年二月間，徐長印因腿被自行車軋傷，亦在蕭春家調養。五月二十九日晚間，徐長印腿仍未愈，需洋醫治，即向徐晟索要錢文，徐晟回稱無錢，並稱尚須留錢娶親。徐長印聞言忿恨，將徐晟斥罵，徐晟被罵走出，隨各睡歇。三十日黎明時，蕭春查看門外地畝，

令徐晟起身關門，適徐長印亦出院小便，與徐晟撞遇，觸起前恨，複向斥罵，並上前撲毆。徐晟順拾砍柴鐵斧，連向徐長印回砍，致傷徐長印額角右太陽、右耳近上等處，徐長印聲喊倒地，徐晟畏懼住手逃跑，經蕭春回家看見，向徐長印問明情由，扶炕調治，當即信知徐長印之胞兄徐長勤、堂弟徐長庫、內弟黃鳳、表兄熊保昌等待看，徐長印亦將被徐晟砍傷情由向徐長勤等告知，並言傷重難愈，囑徐長勤不必報案，作主將徐晟處死。延至晌午時分，徐長印因傷殞命。徐長勤當日購棺將徐長印殮埋，蕭春適因患病未能報案，徐長勤意將徐晟活埋致死，六月初五日，邀允徐長庫、黃鳳、熊保昌各帶鐵鋸，徐長勤手攜麻繩將徐晟找獲，捏稱前往培墳，令其同至墳前磕頭。徐晟信以為真，同至墳所，徐長勤喝令徐長庫、黃鳳、熊保昌幫同用繩將其捆縛，並各用鐵鋸挖成土坑，將徐晟擡入坑內，用土掩埋身死。經百家長高德春查知，報由巡警第四區，轉報地方檢察廳，派傳委員光祖前詣勘驗，起訴前來，疊次提訊，各供前情不諱。研詰至再，供仍如前，案無遁飾，應即判決。

查律載：子毆父殺者斬立決。又例載：期親以下，有服尊長殺死有罪卑幼之案，如卑幼罪犯應死，為首之尊長照擅殺應死罪人律治罪。聽從下手之犯，無論尊長、凡人，各減一等。又律載：罪人本犯應死而擅殺處十等罰各等語。此案徐晟因被伊父徐長印罵毆，輒敢用鐵斧回向疊砍，致傷徐長印太陽等處，移時身死，實屬兇惡蔑倫，自應按律問擬。徐晟合依子毆父殺者斬立決律，擬斬立決。業已被埋身死，應毋庸議。徐長勤系徐晟期親胞叔，起意邀允徐長庫等將逆犯徐晟活埋身死，實屬擅殺，亦應按律科斷。徐長勤合依期親以下有服尊長殺死有罪卑幼之案，如卑幼罪犯應死，為首之尊長照擅殺應死罪人律治罪例，照罪人本犯應死而擅殺者處十等罰律，擬處十等罰，罰銀十五兩。徐長庫、黃鳳、熊保昌聽從徐長勤糾邀，幫同捆縛挖坑活埋，系屬為從，均合依聽從下手之犯，無論尊長、凡人，各減一等例，于徐長勤處十等罰律上減一等，擬處九等處罰，各罰銀拾二兩五錢。如無力完繳，徐長勤折工作六十日，徐長庫、黃鳳、熊保昌各折工作五十日，限滿釋放。蕭春訊因患病未能報案，應免置議。兇器鐵斧案結存庫備照。麻繩銷毀。各屍棺已由檢察廳飭埋。無幹省釋。此判。

## 二、《各省審判廳判牘·判牘類·鬥毆鬥》「貴陽地方審判廳案·子誤傷繼母案」

### 【判決內容】

緣鍾鼎臣籍隸貴築縣，鍾王氏系鍾鼎臣繼母。鍾鼎臣向居鄉務農，其父鍾子清在城貿易，早年鍾子清因前妻身故，媒娶王氏為繼室。鍾鼎臣先未同居。宣統二年六月間，鍾子清病故，鍾鼎臣葬畢，即將王氏接回鄉間奉養，因其家貧，甘旨缺乏，時相詬誶。本年三月二十四日，鍾鼎臣因遺失煙袋一支，向家中人斥罵，鍾王氏疑其藉故罵己，向鍾鼎臣聲斥，鍾鼎臣分辯，鍾王氏氣忿，將鍾鼎臣抓住毆打，鍾鼎臣情急力掙圖脫，鍾王氏力怯鬆手，失跌倒地，致被墊傷右臂膊同脊背，鍾鼎臣即將鍾王氏扶起，經鄰人陳治清、郝秀山聞聲攏看，詢明情由，令鍾鼎臣妥為孝養。鍾王氏不依，報經檢察廳，驗明傷痕，獲犯、傳證、起訴到廳，當經片准檢察官曹瀚蒞視，分庭豫審，送交公判。據供前情不諱。詰非有心干犯，亦無起釁別故，再三究詰，矢口不移，案無遁飾。查鍾王氏傷已平復，應即判決。

（援據法律某條及理由：）查現行例載：子誤傷母，律應絞決者，量減為絞監候等語。此案鍾鼎臣因遺失煙袋斥罵，其繼母鍾王氏生疑抓毆，該犯情急力掙圖脫，致鍾王氏失跌，勢傷右臂膊、脊背，傷甚輕微，現已平復，雖系繼母告子，驗有顯迹傷痕，且已輸情服罪，自應按例問擬，鍾鼎臣合依子誤傷母律應絞決者量減為絞監候例，擬絞監候，秋後處決。陳治清等攏勸不及，應毋庸議，無干省釋。此判。

## 三、大理院刑事判例 6 年上字第 962 號

### 【判例要旨】

庶子殺死嫡母者，為殺害尊親屬。

### 【判例內容】

判決

上告人 王恩 吉林伊通縣人 年二十二歲

選任辦護人 孫潤宇 律師

右列上告人對於中華民國六年七月十二日，吉林高等審判廳就該上告人殺死尊親屬案所為第二審判決聲明上告，本院審理，判決如左：

### 主文

上告駁回。

### 事實

緣王恩係已死張氏之庶子，張氏生子早卒，遺有孫女桂蘭隨侍，與王恩同居過度，每年地租各半分收。民國二年八月間，桂蘭嫁期伊邇，張氏擬給地三十垧作為奩產，王恩聞悉心懷忿恨，起意殺死張氏，以免將地給與桂蘭。是月六日，即舊曆七月初五日夜間，張氏與桂蘭均在屋內南坑住宿，王恩即臥在北坑，乘桂蘭睡熟之際，向張氏連放數槍，致張氏右胳膊、左肋等處連中兩槍，桂蘭聞槍驚喊，同院居住之李氏及廚子郝玉元同來救護，並延韓金書醫治，韓金書見傷重不治，當即謝絕。維時警察聞聲查問，王恩捏稱伊嫡母被匪槍傷，又以夜間兵匪難辨為辭，不肯開門，指告匪在房後，求往搜捕，警察如言追尋，毫無蹤影，遂即回區。張氏旋即身死，王恩將張氏殯葬後，經桂蘭向張氏內姪張學喜等告悉前情，訴由伊通縣審訊後，經吉林高等檢察廳聲請同級審判廳，決定將本案移轉吉林地方檢察廳起訴。

### 理由

查閱訴訟記錄，上告人用槍放傷張氏身死，既據王桂蘭在伊通縣供稱：民國二年七月初五日夜間，我同祖母在南坑住宿，正在熟睡之際，忽聽祖母喊嚷驚醒，連忙起身，祖母告稱係叔父王恩用槍把他放傷，我在坑上站起，見王恩拿槍在北坑坐著，我喊叫，同院房戶王氏到去查看，王氏就幫我給祖母穿衣服，又令郝玉元去請醫生，韓金書因傷重未給醫治，即行走去，祖母因傷身死（中略），次日

有分居祖父王則邦到去瞧看，我告說是被叔父王恩用槍放傷身死，王則邦稱不要聲張作為罷論，以後我向張學喜告明前情，纔來告訴的等語。是上告人犯罪情形供証已甚明確，縱據該上告人堅稱係被外來賊匪從北窗向內放槍，將張氏打死，然據原審派受命推事測勘窗框槍孔，其槍子路線比較北窗尚低一寸有餘，又伊通縣傳訊上告人鄰右胥振廣、于芳琴、張景明、郭連城等，均祇供稱是夜聞王恩家槍聲亂響，亦不能指証確係匪徒所放，且王氏係同院居住，廚子郝玉元即在外間住宿，何以郝玉元、王氏聞聲趕集，即不見有匪徒蹤影？所稱「賊匪入院，從北窗放槍」等語，其為事後飾詞亦甚明顯。況上告人在原審衙門已將用槍拒賊誤傷張氏等情自白不諱，雖此項自白係在宣判之後，未經原判採為証據，而其自認誤傷又多避就，然參觀互証張氏所受槍傷確係上告人所施放，更無可疑，則王桂蘭在伊通縣所供上告人殺人各節，洵屬實情，自足據為認定事實之根據。第一審依刑律第三百十二條判處上告人死刑，並依律褫奪公權全部終身，原判駁回控告，均無不合，上告意旨仍以誤傷等詞一再狡執，殊無理由。

依以上論斷，本件上告為無理由，應即駁回。

又本件上告合於本院現行書面審理之事例，故諮詢總檢察廳檢察官馬彝德之意見，用書面審理，特為判決如右。

中華民國六年十一月三十日

大理院刑事第二庭

代理審判長推事 李景圻

推事 郁 華

推事 潘恩培

代理推事 徐維震

代理推事 錢承鈇

大理院書記官 鄔繩準

#### 四、大理院刑事判例 8 年非字第 1 號

##### 【判例要旨】

甲乙均與丙妻丁通姦，丙之養父戊知覺，隱語怒罵並向索舊欠甚急，甲乙因起意殺害，邀丙商議，丙以戊時常毒打，遂共同將戊殺死，丙應依刑律第三百十二條處斷。

##### 【判例內容】

##### 判決

上告人 總檢察廳檢察長

被告人 郭級三

龔雲山

石永興

漆 氏

右列被告人因和姦及殺人一案，經四川高等審判廳於民國七年七月二十九日覆判判決，總檢察廳檢察長以原判違法提起非常上告，本院審理，判決如左：

##### 主文

原判撤銷。

郭級三、龔雲山殺人及損壞屍體之所為，各處死刑，並各褫奪公權全部十五年。

石永興殺死尊親屬及損壞尊親屬屍體之所為，處死刑，並褫奪公權全部終身。

郭級三、龔雲山和姦及漆氏相姦之所為，駁回公訴。

兇刀一柄、布帕一件沒收之。

##### 總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案郭級三、龔雲山均與石漆氏通姦，本夫石永興既知而不禁，則關於該

被告人等之和姦罪及相姦罪，依刑律第二百九十四條第二項後半段之規定，即使依法親告亦為無效，自與刑律補充條例第七條所稱有告訴權而未經告訴者不同，原審仍依該條例，各處以和姦罪及相姦罪之刑，自屬錯誤；且郭級三、龔雲山、石永興共同殺害石良榮後，將屍體砍斷煮食，並將骨頭燒毀，希圖滅跡，是郭級三、龔雲山又犯刑律第二百五十八條第一項之罪，石永興又犯刑律第二百五十九條第一項之罪，原審亦未援用各該條論罪，亦屬違法。案經確定，應即提起非常上告以資糾正。

### 總檢察廳檢察官張孝移之意見

查刑律第二百八十九條之姦非罪，雖以告訴為訴追條件，然本夫如係事前縱容，依第二百九十四條第二項規定其告訴為無效，則未經告訴者，即使因姦釀成他罪，當然不得適用刑律補充條例第七條之規定。此案被告人郭級三、龔雲山、石漆氏之姦非罪，本夫石永興既係知而不禁，則對於該被告人等姦非部分，不得再行訴追，乃原判竟依補充條例分別論罪科刑，實屬違法；又對於郭級三、龔雲山之損壞屍體罪及石永興損壞尊親屬屍體罪之部分，均未依法科斷，亦屬不合。

### 判決之理由

本案據原判認定事實，謂郭級三、龔雲山與石永興之妻漆氏通姦，石永興知而不禁，其養父石良榮知覺，隱語怒罵，並向龔雲山、郭級三索還舊欠甚急，郭級三、龔雲山因起意殺害石良榮，恐漆氏礙眼，令往娘家看其母弟之病，並邀同石永興商議，石永興以石良榮時常毒打，遂亦應允。七年一月二十七夜，龔雲山、郭級三同到石永興家，乘石良榮睡熟，龔雲山先用帕勒住石良榮之口，郭級三捉腳，石永興用夾靶菜刀，將石良榮頸骨砍斷，登時殞命，又為滅跡計，共同將屍運入灶屋，將屍砍濫，丟在鍋內煮食，將骨燒燬，所餘肉油及衣服關鎖倉內，事畢各散等語。遂依刑律第二十九條、第三百十一條，刑律補充條例第七條、刑律第二百八十九條、第三百三十一條、第二百九十五條、第四十六條、第四十七條、第二十三條判處郭級三、龔雲山均執行死刑，褫奪公權全部十五年；依刑律第二十九條、第三百十二條、第三百三十一條、第四十六條判處石永興死刑，褫奪公

權全部終身；並適用刑律補充條例第七條之規定，依刑律第二百八十九條、第二百九十五條、第四十六條、第四十七條、第二十三條判處漆氏執行徒刑一年四月，褫奪公權全部十年，未決期內羈押日數准予折抵。總檢察廳檢察長以原判違法，提起非常上告到院。

查刑律第二百九十四條第二項之規定，第二百八十九條之罪，須本夫告訴乃論，但本夫事前縱容或事後得利而和解者，其告訴為無效。本案被告人郭級三、龔雲山與漆氏通姦，既據原判認定其本夫石永興知而不禁，則對於該被告人等之和姦及相姦罪即經石永興告訴亦為無效，自與刑律補充條例第七條所稱有告訴權而未經告訴者不同，乃原判仍依該條例分別論罪，殊屬錯誤；且查郭級三、龔雲山、石永興於殺害石良榮後，並將其屍體砍斷燒毀，是被告人郭級三、龔雲山於殺人之外又觸犯損壞屍體之罪，石永興又觸犯損壞尊親屬屍體之罪，雖其毀屍滅跡為殺人之結果，然按照刑律第二十六條之規定係從一重科斷，原判未援用刑律損壞屍體各條，依第二十六條之例處斷，亦屬違法。總檢察廳檢察長於判決確定後提起非常上告，自係適法，總檢察廳檢察官之意見亦尚允洽，應由本院依刑事訴訟律草案再理編第四百六十二條第一款之規定，將原判關於罪刑之部分撤銷予以改判。被告人郭級三、龔雲山殺人及損壞屍體之所為，係觸犯刑律第三十三條第二項、第三百十一條及第二百五十八條第一項之罪，石永興係觸犯刑律第三百十二條及第二百五十九條第一項之罪，均應依刑律第二十六條從一重科斷，並應依刑律第四十八條、第三百三十一條、第四十七條、第四十六條分別宣告從刑，郭級三、龔雲山和姦及漆氏相姦之所為，均應依訴訟通例予以駁回公訴，特為判決如右。

中華民國八年一月二十日

大理院刑事第一庭

審判長推事 李景圻

推事 錢承鈺

推事 潘恩培

推事 許澤新

代理推事 祁耀川

大理院書記官 張逢源

## 五、大理院刑事判例 10 年上字第 63 號

### 【判例要旨】

上告人懷刃入室，猛戳被害人致命肚腹部位，傷深透內，其實施之當時不能謂無死亡之認識，即不得謂無故殺之決心，原審認為殺人自無不合。唯被害人應否認為上告人之繼母，於上告人應負加重責任與否關係綦重，自應詳為審究。據現行律載：「男女定婚，寫立婚書，依禮聘娶。」又載：「雖無婚書但受聘財者亦是。」等語，是男女僅為事實上之同居，而於上述要件苟無一具備，在法律上既不發生婚姻之效力，而其夫婦之關係亦屬無可成立。上告人雖曾供稱被害人是其後母，其父並稱是其續絃的女人，是其繼配，然實際上被害人對於上告人之父已否取得妻之身份，仍應就其訂婚之時具備法定要件與否為斷。

### 【判例內容】

#### 判決

上告人 盧聲才 安徽懷寧縣人 年二十八歲

選定辯護人 周 衡 律師

右列上告人對於中華民國九年十月三十日，安徽高等審判廳就上告人殺尊親屬一案所為第二審判決聲明上告，本院審理，判決如左：

#### 主文

原判撤銷。

本案發還安徽高等審判廳更為審判。

### 理由

查閱訴訟記錄，已死何氏致命肚腹近右，被小刀戳一處，橫長八分，寬三分，深透內，因而斃命，已據懷寧地方檢察廳驗明填格附卷，上告人亦迭經供認加害不諱。所斷斷置辯者，謂何氏先用剪扎上告人，接剪還扎等語，但與上告人在偵查中供結：「我向他討錢零用，他不把我，彼此言語不合，一時氣憤，就順手用剪刀扎他肚腹一下。」云云不符，接剪之說已不足信。且據上告人供述，該剪既未攜帶藏匿，何以同居李氏暨北區警察當時聞信馳至並未見有剪子？再證以原驗屍結果，顯被小刀所戳，同仁醫院復函亦稱類似刺刀所戳，是盧家成在偵查中所稱：「今天我兒子戳過後，將刀帶走了。」等語，自屬信而有徵，原審并用剪及布實地試驗，與血衣大襟及裏面右襟所戳破之口比對，形像絕不相符，則上告人使用之器械為小刀而非剪子，尤可斷定。上告人懷刀入室猛戳何氏致命肚腹部位，傷深透內，其實施之當時不能謂無死亡之認識，即不得謂無故殺之決心，原審認為殺人自無不合。唯何氏應否認為上告人之繼母，於上告人應負加重責任與否關係綦重，自應詳為審究。據現行律載：「男女定婚寫立婚書，依禮聘娶。」又載：「雖無婚書，但受聘財者亦是。」等語，是男女僅為事實上之同居，而於上述要件苟無一具備，在法律上既不發生婚姻之效力，而其夫婦之關係亦屬無可成立。上告人雖曾供稱何氏是我後母，盧家成供稱何氏是我續弦的女人，是我的繼配，然實際上，何氏對於盧家成已否取得妻之身分，仍應就其定婚之時具備法定要件與否為斷。盧家成在第一審所稱：「他（指何氏）先在王家，丈夫死了，我在胞母舅那裡認識，彼此願意也無婚姻關係，他算是跟我的，無婚書。」在原審所稱：「他跟我的，並沒有婚書，也沒有媒人，不過是兩下願意的。」云云，固難免有意避就迴護其子，但據被害人之妹何氏供：「我姐姐是王錫九、盧家旺作媒的，說定四十塊錢聘禮，也是用轎子送上門的，盧家也請過客。」則當日既有媒妁、受有聘財，且經依禮聘娶，雖王錫九等業已物故，而其戚族鄰佑中年事稍長習知其事者應自有人，倘予傳訊，未始不可證明，原審僅以盧家成等有繼配後母之稱謂為認定之唯一根據，其審理事實究欠完密，上告意旨就此有所攻擊，自非全無理由。

依以上論結，原判應即撤銷，發還安徽高等審判廳更為審判。

又本件上告合於本院現行書面審理之事例，故諮詢總檢察廳檢察官汪祖澤之意見，用書面審理，特為判決如右。

中華民國十年一月三十一日

大理院刑事第一庭

審判長推事 李景圻

推事 錢承鈺

推事 潘恩培

推事 許澤新

推事 葉在均

大理院書記官 呂世渙

## 六、大理院刑事判例 10 年上字第 368 號

### 【判例要旨】

查某甲被害人既以開設妓戶為業，所蓄者又不只上告人一人，則上告人是否果由抱養得來？如係抱養，是否果以養女待遇？自非就其歷來情形如何切予調查不能明瞭。則其對於上告人根本上是否取得養母之身分，尚難遽斷。

### 【判例內容】

#### 判決

上告人 山東高等檢察廳檢察官

李九紅 山東歷城縣人 年十九歲

選定辯護人 孫潤宇 律師

右列上告人等對於中華民國十年一月二十八日，山東高等審判廳就上告人李九紅殺尊親屬等罪俱發一案所為第二審判決聲明上告，本院審理，判決如左：

### 主文

原判撤銷。

本案發還山東高等審判廳更為審判。

### 理由

查閱訴訟記錄，李小銀仔委係服砒毒身死，既經原檢察廳驗明填具驗斷書在卷，上告人李九紅在偵查中供已將岳氏如何不願張西月住在伊家，屢與伊抬槓打仗，張西月如何交給信石商量將岳氏毒斃，當日自己如何將信石攪入粥內，岳氏及李小銀仔吃後，均即嘔吐不止，言之歷歷如繪，其在兩審雖辯稱攪入粥內者，係屬嗎啡，並用以抵岳氏之癮，然經周氏在其床下搜出信石一包，既據周氏迭供無異，並將信石一包呈案，原審以「周氏上你屋搜出信石麼？這交案東西即是當時搜的東西麼？」向李九紅詰問又均是認，參以岳氏、周氏偵查中供詞並李連升供詞，覺李九紅犯罪嫌疑實屬重大。惟查呈准科刑標準條例各款之規定，係為犯刑律第三百十一條之罪者而設，條文甚為明顯，同條第四款揭有本條二字則知所稱俱發云云，均指刑律第三百十一條之罪言之，更無疑義。本案李九紅殺害岳氏未遂之所為，原審既認為觸犯同律第三百十二條之罪，乃引同條例第二條第一、第四兩款，又於第一審判處李九紅殺害李小銀仔罪刑誤引同條例第二條第四款未予糾正，並於論李九紅所犯第三百十二條之罪時，僅予宣告褫奪為學堂監督職員教習之資格三十年，按之第三百三十一條前段規定，殊屬不合，是其適用法律已有錯誤。復查刑事訴訟成例，審判長每調查一證據畢，應訊問被告人有無意見，並告以得提出有益之證據，證據物更須舉示，原審以呈案信石一包函請濟南地方檢察廳看守所醫官鑑定，既在宣告辯論終結以後，則其未經向被告人有所訊示至為明白，仍遽採該鑑定書為判決根據之一，亦屬違法。況查岳氏是否果為李九紅養母亦有可疑，據岳氏、周氏、李九紅、李連升各供，似李九紅自幼即為岳氏抱養，然細察岳氏、周氏、李九紅之供或稱生下三個月抱養，或稱五個月抱養，或

稱兩個月抱養，既不一致，李氏之夫究於何時死亡，李九紅與岳氏供各不符，雖李九紅在審並供混事由於自己願意，岳氏且供為窮所累，然查岳氏既以開設妓戶為業，所蓄者又不止李九紅一人，則李九紅是否果由抱養得來。如係抱養，是否果以養女待遇？自非就其歷來情形如何切予調查不能明瞭，則其對於李九紅根本上是否取得養母之身分，尚難遽斷。至李小銀仔之被毒斃，據李九紅在原審之供，既知其與岳氏在一處吃飯，又知岳氏常給剩飯與吃，似於李小銀仔之中毒身死不能謂其毫無預見，然又據供稱：「岳氏吃飯時，小銀仔並沒在屋，且未見其喝了多少。」而其在偵查中供且稱：「並無謀害我妹意思，不料我媽會將粥給他吃的。」經詰以：「你與張西月均無謀害你妹意思？」復據答：「沒有這種意思的。」據是，則李小銀仔中毒身死之事實，李九紅是否預見其發生，又其發生是否果違及李九紅本人之意思，此於李九紅果否具有殺人之間接故意（參照本院第一千四百三十四號解釋）殊難斷定，如其並無此種故意，則其是否應負能注意而不注意之責任（參照本院統字第一千一百七十六號解釋），又應切予訊究，似此毒殺重案，原審於審理事實之責尚有未盡，自非發還更審不足以求明慎。

依以上論結，原判應即撤銷，本案發還山東高等審判廳更為審判，案經發還，所有上告意旨及追加意旨均毋庸議。

又本件上告合於本院現行書面審理之事例，故諮詢總檢察廳檢察官麥鼎華之意見，用書面審理，特為判決如右。

中華民國十年四月十八日

大理院刑事第一庭

審判長推長 李景圻

推事 錢承鈇

推事 潘恩培

推事 許澤新

推事 葉在均

大理院書記官 袁勵賢

## 第五講 刑法與性別

### 刑法「男尊女卑」的消失 —從「殺死姦夫條」看起

#### 壹、導論

在中國的傳統禮教下，「男尊女卑」的觀念一直存在，男性的社會地位相對地高於女性。社會對於女性地位的壓抑，尤其是已婚的女性來說，不可諱言地遠多於男性，不管是「三綱五常」這種普遍性「社會規範」中的「夫為妻綱」，或是「三從四德」的精神，都是針對女性所做的限制。

不只是社會觀念上的「男尊女卑」，唐律之後「禮法合一」的立法模式成為慣例，禮教思想融入法典規範之中也是「理所當然」。但是這樣的立法發展至最後，似乎也漸漸變質，從維護禮教變成不斷加強原本法律地位較高者的「既得利益」。例如唐律「妻毆詈夫條」與之後大清律例的「妻妾毆夫條」相比，對於女性的處罰明顯提高到失衡的程度。而保障「婚姻關係」的律文規定，則以大清律例中「殺死姦夫條」更是「男尊女卑」的最典型範例，本夫有決定妻子與姦夫生死的「權利」，但是相對地妻子在法律上卻沒有對等的「權利」。

晚清的政治衝擊引起法律繼受的開端，近代西方法制慢慢被引入中國，也帶來相當程度的衝擊：西方的自由平等思想在中國該如何運作？除了保護尊卑秩序的「殺尊親屬」、「傷害尊親屬」與「加暴行於尊親屬」等罪被保留下來以外，大部分與傳統禮教思想有關的條文從新法典中消失。其中（就現在的觀點來說）違背「兩性平等」的條文，像是表彰「夫權」的「殺死姦夫條」，同樣也消失在新法之中。

這樣的改變，雖然從法典來看，似乎繼受時有計畫與西方社會一樣，建立自

由平等的法秩序，然而立法機關所制訂的法典只賦予法律的「有效性」，但是新法是否發揮更重要的「實效性」，卻是另一個問題。「妻妾毆夫條」與「殺死姦夫條」便是很好的例子，舊律由唐代至滿清皆有規定，大清律例還將本夫的法律地位提高，勝過唐律的保護。繼受後的新法卻完全摒除在外，社會觀念不可能在一時間改變，司法機關如何落實新法，打破「夫為妻綱」、「男尊女卑」的觀念，使婚姻關係中的雙方在法律地位上變為平等？

據沈家本先生於〈論殺死姦夫〉一文中所提到之考證，「殺死姦夫」一條自明律後出現，大清律例的「殺死姦夫」一條，條文規定如下：

凡妻妾與人姦通，而本夫於姦所親獲姦夫姦婦，**登時**殺死者，勿論。若止殺死姦夫者，姦婦依和姦律斷罪。當官嫁賣身價入官或調戲未成姦，或雖成姦，已就拘執或非姦所捕獲者，不得拘此律。

其妻妾因姦，同謀殺死親夫者，凌遲處死。姦夫處斬監候。若姦夫自殺其夫者，姦婦雖不知情，絞監候。

條文本身對於得適用「殺死姦夫」而勿論之情形有嚴格限制，主要的要件為「登時」、「於姦所」與「本夫殺死姦夫姦婦」，如果不同時具備三項條件者，仍舊要依殺人時的狀況論罪；但是相反地，如果丈夫與人通姦，妻（或者妾）卻沒有相同的「殺姦」的權利。

整體來說，「殺死姦夫條」賦予男性（相對於其妻妾而言）相當高的法律地位。夫如果有相當經濟能力或特殊原因，法律允許其納妾，與妻或妾間的交往（尤其性關係的部分），對其他妻妾並不會產生通姦問題；相反地，妻妾必須忠於夫一人，如果有紅杏出牆的事實，除違反法律之外，甚至有立即的生命危險。其次，原本應該專屬於國家的權力—執行死刑，因為本條的緣故，即使是平民，只要處在本夫的地位，都擁有對妻或妾「執行死刑」的正當權限。已婚男性在法律上所擁有的地位，的的確確高於已婚女性，合法的「活動空間」也比女性來得大。

像這樣可以「合法殺人」但「罪不至死」的不合理規定，「殺死姦夫條」只是冰山一角，爲了與當時西方社會和平共處，繼受近代西方法制，對清末民初的社會來說是必然的結果。然而能否順利的繼受，關鍵必定在於是否能和諧融合東西雙方的思想。沈家本等變法派人士在這樣的時空背景下，推行修律繼受的工作，其所對抗的不只是「禮教派」的勢力，實際上還有背後的「傳統倫常」。

新刑法公布後，變法派雖然取得部分的「勝利」，像是「殺死姦夫」與「妻妾毆夫」等條的消失，但是也有不得不爲的折衷手段，像是「尊親屬」範圍與傳統法制幾乎無區別（僅排除了同輩年長者）。可至少以落實自由、平等的工作來說，變法派跨出了第一步，也是極爲重要的一步。

民國以後，形式上來說，繼受之後的新刑法對落實西方法律思想的推行，已經邁進一大步，而本文不斷提到的「殺死姦夫」條被排除於條文之外，更使得兩性的法律地位可以漸漸達到平等。但是，立法是一回事，司法的實務運作是另外一回事，在社會上通姦案件不可能消失，但是法律上已經無「殺死姦夫條」，發生本夫殺死姦夫的情形，司法實務究竟應該如何處理？

對殺死姦夫的部分，司法實務見解大概分爲兩派，一者認爲「殺死姦夫」的精神仍然可以透過刑總的「正當防衛」概念實現，故如果發生殺死姦夫之情形，一樣檢視是否有「登時於姦所殺死」姦夫的情況定罪。此一見解雖然言之有理，但是背後卻存在與繼受刑法精神相違背的思想—承認「夫權」，並且將女性視爲從屬於男性的思想，這部分是較爲可議的。另一種見解則是認爲應該適用義憤殺人的規定，是本夫與本婦之間的婚姻關係被破壞，本夫激於義憤而當場殺人，與「正當防衛」無關。換言之，第二種見解間接表示「夫權」在法律上不存在，或者籠統的說，妻子與人通姦就算被視爲侵害「夫權」，也沒有合理的依據可以認定殺死姦夫是一種「正當防衛」的行爲，此一見解較貼近新刑法保護人民權益的想法，也促進夫妻在刑法地位上的實質平等，而兩派見解在最高法院 27 年度決

議（一）被統一，以第二種見解作為處理殺死姦夫案件的方式。此後，實務才真正落實刑法保障人民的精神，「登時殺死姦夫勿論」的情形，才算是真正消失。

## 貳、討論重點

- 一、「殺死姦夫條」的在清代法律上意義為何？
- 二、「殺死姦夫條」於繼受近代西方刑法時消失，其意義又是如何？
- 三、新式刑法廢除「殺死姦夫條」，原本可由該條審判之情形，法院將如何處理？
- 四、法律規定與一般大眾或者司法人員的法律意識衝突時，如何達到公平又令人信服的審判結果？

## 參、閱讀文獻

### 一、相關重要條文與立法理由

1. 《暫行新刑律》第 15 條：「對於現在不正之侵害而出於防衛自己或他人權利之行爲，不爲罪。但逾防衛行爲過當者，得減本刑一等至二等。」

#### 原案理由

對於不正之加害，防衛自己或他人之權利所必要之行爲，刑律不得而罰之，本條之規定以此，學術上此種行爲，謂之正當防衛。

#### 原案注意

正當防衛一層，在中華舊制，亦往往散見於各種規則之中，法國刑法及日本現行法等，惟遇有殺傷情事，乃照特別不論罪之例辦理。然苟使防衛行爲，出於正當，則一切皆應不問其罪，故本案纂入總則之中，且不以何等行爲爲限，凡係防衛所必要之行爲，於審判上一切皆不論罪。

若他人遇有不正之加害，將致損失權利者，發見之人，不問其人之親族知交與否，即得代爲執行防衛之勞，是爲公許之義，蓋將以獎勵義

俠也。

雖然，其防衛不論爲己爲人，若所用方法，逾越防衛所必要之程度者，是以暴易暴，仍屬不正之行爲，其刑雖得減輕，而不必一定減輕。例如他人之兒童，將竊採瓜果，是即加以嚴斥，已足逐去，乃竟濫加殺傷，仍應照尋常之例，受殺傷之刑，倘其情節實係可恕，乃得從本條但書減輕之例。

### 補箋

日本舊刑法，得爲正當防衛之範圍較狹，須出於防衛自己或親屬之身體，則親屬以外，受急迫不法之侵害，不得干預矣，即自己或親屬之名譽自由財產，被人不法侵害，亦無正當防衛權，豈情理之平乎。

2. 《暫行新刑律》第 312 條：「殺尊親屬者，處死刑。」

### 理由

五倫君親並重，故殺直系尊屬，援第八十八條處唯一之死刑。

3. 《修正刑法草案》（1919 年）第 15 條：「對於現在不正之侵害而出於防衛權利之行爲不爲罪。但防衛過當者，減本刑一等或二等。前項之規定，除左列各款外，對於直系尊親屬之防衛行爲不適用之：一、嫡母、繼母出於虐待之行爲者。二、夫之直系尊親屬出於義絕或虐待之行爲者。」

### 理由

泛言防衛權利，不問爲自己或他人之意，已屬瞭然，第一項原有「自己或他人」五字，贅文今刪。又防衛過當就非釁由己肇，原案係得減，並非必減，仍可照各本條之刑問擬，未免過嚴，應節刪「得」字。（次條之刪「得」字，亦准此）第二項依《刑律補充條例》第一條增。

4. 《修正刑法草案》第 50 條：「對於直系尊親屬犯罪者，依分則所定加重本刑二等。對於旁系尊親屬犯罪者，依分則加重本刑一等。依本條加重者，不依第五十六條第二項及第四項之限制。」

### 理由

吾國素重倫紀，卑幼對尊屬除祖父母、父母外，即期、功亦較常人

加嚴。原案（按：暫行新刑律）分則中關於尊親屬俱設特別規定，所以未著旁系尊屬者，以科刑採裁量主義，本可臨時擇定，出非故予輕科。今既縮小範圍，自應增纂以免疏漏而釋疑義，第散見各門稍涉繁複，故於總則特設一章，仍別親疏為加二等、一等之法，復設第三項，不受第五十六條第二項及第四項加重之限制，則重可加至死刑或徒刑，舊律之精神包舉靡遺矣。

然舊律期、功尊屬雖從重比，仍係衡情核定，是以鬥殺之案並非有心干犯、謀故殺之案並非無故逞兇，干犯例得聲敘改為監候，此類人犯秋審向係邀恩免勾。即如火器誤殺期、功尊長，在常人仍以故殺入實，在卑幼反因服制而免與實抵，是名為死刑時與無期徒刑無殊。本案試以旁系尊屬加重論之，犯第三百二十六條之殺人罪本有死刑，及犯第三百二十七條之傷害罪第一款，依第五十五條之規定，亦得加入死刑（分則第二十二章同），仍須參較新舊，亭比得宜，否則反召變本加厲之弊，故附誌於此，藉供參考。

5. 《修正刑法草案》第 326 條：「殺人者，處死刑或無期徒刑；其情輕者，處一等有期徒刑」。

#### 理由

故意殺人，情節至為複雜，即在舊律科刑輕重咸備，惟生命至重，以原則而論，本刑不應在無期徒刑下，故以死刑或無期徒刑為本刑，而以酌減為例外；至尊親屬殺卑幼，斟酌情形，仍有第五十五條減一、二等之規定，與從前辦法並無出入也。

6. 《刑法第二次修正案》（1920 年）第 29 條：「對於現在不法之侵害而出於防衛自己或他人權利之行爲，不罰。但防衛行爲過當者，得減輕或免除本刑。」

#### 理由

本條之規定即學說上所謂正當防衛，各國刑法皆以不法之侵害為限，其侵害既屬不法，即未至不得已時亦得防衛，與次條緊急狀態之行爲微有不同。日本刑法擴充防衛之範圍以不正之侵害為準，又恐防衛誤

用，遂加以不得已之條件，原案亦以不正之侵害為限，但遺漏不得已等字樣，其範圍較日本更廣矣。就日本刑法而論，對於不法之侵害亦須待至不得已時方予以防衛，事實上既有所不能而於立法者保護法益之意亦有所未盡，故本案擬從多數國立法例，凡不法之侵害即得正當防衛，於不得已之條件概無所取。又原案防衛行為過當者，得減本刑若干等，修正案刪去得字，改從必減主義，本案擬仍用得字，以免藉口防衛而加以過當之危害。但防衛行為法官於事後從容論斷，以為過當者，在犯人當時急不暇待或以為非過當，往往有之，且過當之程度仍有輕重之分，若少有過當即科以刑罰，未免近苛，故本案於減輕後增入「或免除」字樣，以便法官裁奪。

又修正案第十五條第二項正當防衛之規定，對於直系尊親屬不適用之，此項為原案所無，係依刑律補充條例增入者，本案擬刪。蓋尊屬之於卑屬當然有相當之懲責權，此為東西各國之所同，當執行懲責權時斷不得視為不法之侵害。

7. 《刑法第二次修正案》第 281 條。
8. 《舊刑法》（1928 年）第 36 條：「對於現在不法之侵害而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除本刑。」

#### 理由

本條之規定，即學說上所謂正當防衛，各國刑法皆以不法之侵害為限，其侵害既屬不法，即未至不得已時，亦得防衛，與次條緊急狀態之行為微有不同，日本刑法擴充防衛之範圍，以不正之侵害為準，又恐防衛誤用，遂加以不得已之條件，原案亦以不正之侵害為限，但遺漏不得已等字樣，其範圍較日本更廣矣，就日本刑法而論，對於不法之侵害，亦須待至不得已時，方予以防衛，事實上既有所不能，而於立法者，保護法益之意，亦有所未盡，故本案擬從多數國立法例，凡不法之侵害，即得正當防衛，於不得已之條件，概無所取，又原案防衛行為過當者，得減本刑若干等，修正案刪去得字，改從必減主義，本案擬仍用得字，以免藉口防衛而加以過當之危害，但防衛行為，法官於事後從容論斷，

以為過當者，在犯人當時，急不暇待，或以為非過當，往往有之，且過當之程度，仍有輕重之分，若少有過，即科以刑罰，未免近苛，故本案於減輕後增入或免除字樣，以便法官裁奪。

又修正案第十五條第二項正當防衛之規定，對於直系尊親屬不適用之，此項為原案所無，係依刑律補充條例增入者，本案擬刪，蓋尊屬之於卑屬，當然有相當之懲責權，此為東西各國之所同，當執行懲責權時，斷不得視為不法之侵害。

9. 《舊刑法》第 283 條：「殺直系尊親屬者，處死刑。殺旁系尊親屬者，處死刑或無期徒刑。本條之未遂罪罰之。預備犯本條之罪者，處三年以下有期徒刑。」
10. 現行刑法（1935 年）第 23 條、第 272 條。

## 二、相關案例

1. 大理院統字第 433 號解釋。
2. 大理院統字第 816 號解釋。
3. 大理院刑事判例 4 年非字第 41 號。
4. 大理院刑事判例 5 年上字第 51 號。
5. 大理院刑事判例 6 年上字 1013 號。
6. 最高法院院解字第 3406 號解釋。

## 三、相關史料與論著

1. 沈家本，〈論殺死姦夫〉，收於《寄簃文存》（台北：台灣商務印書館印行，1976 年 9 月），上冊。
2. 長孫無忌著，《唐律疏議》（台北：台灣商務印書館，2005 年 4 月）。
3. 桂齊遜，〈《唐律》關於「律文解釋」方式之分析〉，收於《通識研究集刊》（桃園：開南管理學院通識教育中心，2005 年 12 月），第八期，頁 57-88。
4. 姚雨籟纂，胡仰山增輯，《大清律例會通新纂》（台北：文海，1987 年）。
5. 黃源盛纂輯，《晚清民國刑事立法史料集註與研究》上、下冊，2007 年

- 10 月，國科會 95 年度專題研究計畫成果。
6. 黃源盛編纂，《大理院刑事判決匯覽》（未刊稿，台北：國立政治大學基礎法學中心典藏）。
  7. 蔡墩銘，《唐律與近世刑事立法之比較研究》（台北：台灣商務印書館，1968 年 3 月）。
  8. 戴炎輝，《唐律各論》（台北：成文出版社，1988 年）。

## 肆、相關案例內容摘選

### 一、大理院刑事判例 4 年非字第 41 號

#### 【判例要旨】

被告人為殺死其夫之共犯，應依刑律第二十九條第一項、第三百十一條科斷，原判誤認夫為妻之尊親屬，依刑律第三百十二條科斷，與刑律第八十二條第一項各款所規定者不合。

#### 【判例內容】

##### 判決

非常上告人 總檢察廳檢察長

被告人 王李氏 察哈爾獨石縣人 年三十九歲

右被告人殺人之所為，經察哈爾都統署審判廳於中華民國四年八月十日覆判，總檢察廳檢察長以原判違法提起非常上告，經本院審理，判決如左：

##### 主文

原判撤銷。

王李氏殺人之所為處無期徒刑。

### 總檢察廳檢察長提起非常上告之理由

查此案王李氏與田興江共同謀殺其夫王滿庫身死，係犯刑律第三百十一條之罪，初判認為傷害尊親屬固屬不合，覆判改依第三百十二條處斷，是仍誤認夫為妻之尊親屬。且其相姦一罪，事在民國元年三月初十日大赦以前，又不在不准免除之列，原判不為援赦免除，仍查照暫行刑律補充條例第七條論罪科刑，均屬錯誤。案經判決確定，依刑事訴訟律草案第四百五十九條、第四百六十條、第四百六十一條之規定應即提起非常上告，請將原判違法之部分撤銷，另為適當之判決。

### 總檢察廳檢察官汪祖澤之意見

查刑律所稱尊親屬，以同律第八十二條所列舉者為限。本案王李氏謀殺其夫王滿庫身死，顯係觸犯第三百十一條之罪，原判誤認夫為妻之尊親屬，援照第三百十二條處斷，殊屬引律錯誤；又王李氏與田興江相姦一罪，事在前清光緒三十二年九月以前，依赦令條款應予免除，原判仍適用新刑律補充條例第七條各科其刑，亦屬違法，應請將原判違法之部分撤銷，改照刑律第三百十一條處以無期徒刑。

### 判決之理由

察哈爾都統署審判處認定事實稱：王李氏與田興江素相姦好，因本夫王滿庫時加斥罵，王李氏、田興江起意將王滿庫殺死，於前清光緒三十二年九月初一日夜間，王李氏、田興江共同將王滿庫殺死，藏屍山藥窖內，用土掩蓋滅跡，均各逃逸，經汎獲案送審，由獨石縣判依刑律三百十四條處王李氏無期徒刑，並依刑律補充條例併科姦罪，定執行無期徒刑。案經覆判，於王李氏殺人之所為改用刑律第三百十二條，仍定執行無期徒刑，總檢察廳檢察長提起非常上告。

據以上事實，王李氏實為殺死王滿庫之共犯，依刑律第二十九條第一項，王李氏應依同律第三百十一條科斷；其和姦之所為，事犯在民國元年三月初十日赦令以前，依照赦令條款，應在免除之列。乃原判誤認夫為妻之尊親屬，依刑律第三百十二條科斷，固與同律第八十二條第一項各款所規定者不合；將已經赦免之

和姦罪仍予科處，亦與赦令條款不符，均屬違法。總檢察廳檢察長依法提起非常上告，自係合法，總檢察廳檢察官汪祖澤之意見亦屬允當，應即由本院將原判撤銷。王李氏殺人之所為應依刑律第二十九條第一項、第三百十一條處斷，特為判決如右。

中華民國四年十二月六日

大理院刑事第二庭

代理審判長推事 潘昌煦

推事 祁耀川

推事 郁 華

推事 潘恩培

代理推事 錢承鈇

大理院書記官 鄔繩準

## 二、大理院刑事判例 5 年上字第 51 號

### 【判例要旨】

查刑律第十五條之規定有二要件：第一係對於現在不正之侵害；第二系出於防衛自己或他人權利之行爲，至但書所謂防衛過當，不以侵害之大小與行爲之輕重相權衡，而以行爲是否超過必要程度爲標準。本夫往坡上看見姦夫正與女人行姦，一時氣忿順拾石頭打中姦夫後腦，即時斃命，當時既爲防衛其夫權起見，縱有傷害之認識，而具備正當防衛之要件，亦不能認爲超過必要程度。

### 【判例內容】

本案判例全文缺。

### 三、大理院刑事判例 6 年上字 1013 號

#### 【判例要旨】

姦夫找同姦婦在船內續姦，適本夫回歸，姦夫驚覺即向水中圖逃，本夫用鐵嘴撐篙戳去，致姦夫受傷身死者，本夫之殺人不成為防衛。

#### 【判例內容】

##### 判決

上告人 張昌才即張斌才 湖南沅江縣人 年三十二歲

右上告人對於中華民國六年九月二十九日，湖南高等審判廳就該上告人殺人一案所為第二審判決聲明上告，經本院審理，判決如左：

##### 主文

上告駁回。

##### 事實

緣張昌才前在湖南陸軍第四師第二旅第三團充當兵役，其妻姜氏在吉水港以駕划為生。民國四年舊曆六月間與同業之王徽洪私通五年。舊曆六月二十六日，王徽洪又在姜氏船內續姦，適張昌才歸家省親，回經吉水港因夜深無渡，遂將港邊空划撐至其妻船側渡上妻船。王徽洪警覺後即向水中圖逃，張昌才當用鐵嘴撐篙戳去致王徽洪受傷身死。翌日張昌才自將前情告訴團甲文永福，隨即逃走。經文永福通知王徽洪之母臧氏，訴由沅江縣詳請督軍令將張昌才削除軍籍歸案訊辦。

##### 理由

核閱原卷，王徽洪屍身仰面耳輪致命一傷，圓形，寬五分，深入內，係鐵器傷；小腹一傷，圓形，寬五分，深入內，係鐵器傷。業經第一審檢驗明確。上告人在第一審又曾自認，民今年舊曆六月二十六日赴三仙湖便道歸家省親，四更回至吉水港，夜深無渡，因將河邊空划撐至民妻划船，要他送民往城。及上妻船見艙內睡一男人，民比問妻，告是王徽洪。王徽洪見民，急從船艙跳入水中。民隨手持撐船的鐵嘴篙子刺殺王徽洪屬實，未知王徽洪受傷身死究在何時等語。其妻姜氏供亦無異。在原審並稱，撐船篙釘有鐵釘是不錯的云云。團甲文永福報案呈詞且有上告人自到伊家報告王徽洪被其打入水中語。是上告人殺人行爲供證確鑿，兩審據以認定事實自無不合。原審以上告人因撞破姦情，一時氣忿致將王徽洪殺死，情節不無可原。按照刑律第三百十一條、第五十四條判處三等有期徒刑三年，並依第三百三十一條宣告從刑，引律亦無錯誤。上告意旨尙以伊未殺傷王徽洪等詞狡辯殊無理由。

依以上論斷，本院認本案上告爲無理由，應行駁回。

又本件上告合於本院現行書面審理之事例，故諮詢總檢察廳檢察官麥鼎華之意見，用書面審理，特爲判決如右。

中華民國六年十二月十四日

大理院刑事第二庭

代理審判長推事 李景圻

推事 郁 華

推事 潘恩培

代理推事 徐維震

代理推事 錢承鈇

大理院書記官 鄔繩準

#### 四、最高法院院解字第 3406 號解釋

##### 【解釋文】

本夫或第三人於姦夫姦婦行姦之際殺死姦夫，是否可應認為當場激於義憤而殺人，應依實際情形定之，但不得認為正當防衛。

## 第六講 刑法與性道德

### 從「無夫姦」到「通姦罪」 —法律與倫理道德的分合界線問題

#### 壹、導論

《禮記·禮運》上說：「飲食男女，人之大欲存焉。」一語道盡世間社會百態。西方也有社會學家把人稱為「多元性感動物」者，認為人的性感水平在靈長目中首屈一指，而其一生頗有可能與多個異性發生「戀情」。看來，人類社會永遠面臨著「活躍的性本能」與「必須的性規範」如何調整的深刻矛盾。對於男女間無夫妻關係而相交合的行為，究竟該齊之以刑？還是要導之以禮？無中外、無古今，情慾與禮法不時在抗衡之中。一般說來，為數不少的刑法規範均源自於道德準則，因此，刑法比起其它法律領域，總是多些涉及基本價值理念與身分倫理觀念衝突的問題；而從法律的發展過程看，道德與法律規範內涵之間，確實有很多相同的因子。刑事法的指導思想，禮刑合一乎？禮刑分離乎？很容易引起爭議，特別處在急速轉型的過渡時代與社會中，尤見其然。

不具夫妻關係的男女進行私通的行為，在清代中國的司法案件中一般稱為「和姦」或「通姦」。《大清律例》〈刑律·犯姦門〉規定：

凡和姦，杖八十；有夫者，各杖九十。刁姦者，杖一百。強姦者，絞；未成者，杖一百，流三千里。姦幼女十二歲以下者，雖和，同強論。其和姦、刁姦者，男女同罪。姦生男女，責付姦夫收養。姦婦從夫嫁賣。其夫願留者，聽。若嫁賣與姦夫者，姦夫、本夫各杖八十，婦人離異歸宗，財物入官。強姦者，婦女不坐。若媒合容止通姦者，各減犯人罪一等。私和姦事者，各減二等。其非姦所捕獲及指姦者，勿論。若姦婦有孕，罪坐本婦。

和姦，謂男女情願，和同私姦。「刁姦」，係指姦夫甘言以誘姦婦，至他所而通姦，屬和姦的特別類型。刁姦大體上與和姦相同，相異者，在和姦尙憚人耳目而私通，刁姦則並不忌諱，相偕往他所以通姦，故其制裁較和姦為重。從上述條文看來，凡犯和姦、刁姦罪者，男女同情，故同坐罪。婦人無夫者，杖八十；若有夫而與人和姦，則姦婦、姦夫各杖九十；刁姦者，加重至杖一百。可見，男女在夫妻關係以外的場合發生性行為，是禮法絕對不允許的。

理論上，和姦行為本身並未對社會及他人的利益造成危害，律條之所以禁止，主要是從維護「道德風化」出發的；在女方是「失貞」，在男方是「淫亂」，而社會輿論及禮法對女子的失貞比對男子犯淫的苛責明顯要嚴格得多。為了防止婦女犯姦失貞，《大清律例》〈刑律·人命〉「殺死姦夫條」另規定：

凡妻、妾與人姦通，而（本夫）於姦所，親獲姦夫、姦婦，登時殺死者，勿論。若止殺死姦夫者，姦婦依（和姦）律斷罪，入官為奴。其妻、妾因姦同謀，殺死親夫者，凌遲處死；姦夫處斬（監候）。若姦夫自殺其夫者，姦婦雖不知情，絞（監候）。

凡妻妾與人姦通，而本夫知覺，只要在姦所親身抓獲姦夫、姦婦，則姦有憑據，發於義憤，事出倉促，登時殺死者，特原其擅殺之罪，可以不受律法制裁。至於姦夫殺死本夫，姦婦雖不知情，也要處以絞（監候），這是與上述〈犯姦門〉律條中和姦律相配套的措施。法律禁止和姦，犯者依律懲處。另又賦予本夫對姦夫、姦婦的生殺大權，和姦者身上顯然又多了一道法律枷鎖。

清末變法修律，透過日本修律顧問岡田朝太郎（1868-1936）的指導，繼受歐陸近代法制，數易其稿，編纂成《大清新刑律》（1910）。該部刑律因採擷西方立法體例，與傳統中國舊律相較，不論在編纂體例或實質內涵上均有明顯的不同。其中，關於姦非罪，由修訂法律館第一次編訂的《大清刑律分則草案》，刪去舊律姦罪各條，包括縱容妻妾犯姦、親屬相姦、誣執翁姦、奴及雇工人姦家長妻、姦部民之女、居喪及僧道犯姦、良賤相姦等條，只保留強姦、誘姦未成年女子及和姦有夫之婦等罪。對於如此重大的轉變，沈家本在光緒三十三年（1907）

十一月進奏該草案中，說明姦非罪的沿革、理由時，說道：

姦非之罪，自元以後，漸次加重，竊思姦非雖能引起社會國家之害，然徑以社會國家之故，科以重刑，於刑法之理論未協。例如現時並無制限泥飲及惰眠之法，原以是等之行為，非刑罰所能為力也。姦非之性質亦然，惟禮教與輿論足以防閑之，即無刑罰之制裁，此種非行，亦未必因是增加，此本案刪舊律姦罪各條，而僅留單純之姦非罪也。

事實上，沈氏第一次進奏的新刑律並未獲准，下旨發回再議。嗣後，於宣統元年（1909）十二月會同法部進奏《修正刑律草案》，始經發交憲政編查館審議。此修正草案與原《大清新刑律草案》的最大區別，就是將義關倫紀各條加重一等，並在全律中稍加突顯，即在正文後添上〈附則〉五條。其中，第一條云：擬予實行之前，酌照舊律略分詳細等差，另輯判決例，以資援引而免歧誤。第二條曰：「中國宗教尊孔，向以綱常禮教為重，況奉上諭再三告誡，自應恪為遵守。如大清律中十惡、親屬容隱、干名犯義、存留養親以及親屬相姦、相盜、相毆、并發冢、犯姦各條均有關於倫紀禮教，未便蔑棄，如中國人有犯以上各罪，應仍照舊律辦法，另輯單行法，以昭懲創。」

不過，沈家本等基於法律與倫常禮教應有所界分的理念，認為「國家立法期於令行禁止，有法而不能行，轉使民玩法而肆無忌憚。和姦之事，幾於禁之無可禁，誅之不勝誅，即刑章具在，亦祇空文。必教育普及、家庭嚴正、輿論之力盛、廉恥之力生，然後淫靡之風可少衰。」仍主張「防遏此等醜行，不在法律而在教化，即列為專條，亦無實際。」《修正刑律草案》於義關倫常諸條，並未按照舊律修入正文。該修正草案最終仍維持原草案第二百七十八條，擬為：

凡和姦有夫之婦，處四等以下有期徒刑。其相姦者，亦同。

又第二百八十二條第二項規定：

第二百七十八條之罪，待其本夫之告訴始論其罪。若本夫事前縱容或

事後得利而私行和解者，雖告訴不為審理。

禮教派人士對於上開祇列有夫和姦罪，獨缺無夫和姦之條，聞之震怒，認為此舉「失之過矣」。大起反對，以為漠視禮教，當時軍機大臣兼學部尚書張之洞首先發難，隨即引發在京各部院，以及在外各督撫的猛烈非議。

其中言之最激烈者，要推時任京師大學堂監督的勞乃宣，他撰寫〈修正刑律草案說帖〉、〈聲明管見說帖〉等專論，逐一加予批駁，並遍示京內外，一時附和之者，如**蠭**而起。勞氏質難道：

推其意……蓋謂法律俱在，而犯者依然，是乃道德之教化未至，非法律所能禁，法律既為無用之文，不如去之。然則有殺人之律，而仍有犯之者，乃仁之教化未至也，將並殺人之律而去之乎？有盜賊之律而仍有犯盜者，乃義之教化未至也，將並盜賊之律而去之乎？鴉片煙之罪、賭博之罪，亦與姦罪同一教化未至，何以不去乎？無夫和姦之罪，因禁之無可禁，誅之不勝誅，遂以專待於教化為詞而去之矣；有夫和姦之罪，同一禁之無可禁，誅之不勝誅也，何以不純任教化而仍科以罪乎？以子之矛陷子之盾，法律與道德教化無關之說，不攻自破矣。

對於勞乃宣的質難，沈家本仍護守倫常禮教與法律兩分的原則，據理力辯：

無夫之婦女犯姦，歐洲法律並無治罪之文，俄律污人名節門……，近日學說多主張不編入律內。此最為外人著眼之處，如必欲增入此層，恐此律必多指摘也。此事有關風化，當於教育上別籌辦法，不必編入刑律之中。孔子曰：『齊之以刑』，又曰『齊之以禮』，自是兩事。齊禮中有許多設施，非空頒文告，遂能收效也。後世教育之不講，而惟刑是務，豈聖人之意哉！

修訂法律館堅持不更動原文，《修正刑律草案》仍無「無夫姦」條。

勞乃宣對於沈氏的論調，深不以為然，分從法律與禮教相為表裡，社會治安等觀點，再批駁沈氏，認為：「天下刑律無不本於禮教，事之合乎禮教者，彼此自相安無事。其不合禮教者，必生爭端；一生爭端，必妨治安，故以刑治之，以泯爭端，即以保治安。謂法律與禮義兩不相涉，教育與用刑全不相關，皆謬言也。」中國風俗和家庭關係與西方國家不同，中國傳統社會賴以生存的根基是女德，而「無夫姦」的行為，會引起家長的羞憤、家族的悲劇與社會的不安。勞氏說：

在室之女犯姦，為家門之辱，貽笑於人，其父母視為大恥，其忿怒尤甚於夫之於妻。寡婦犯姦，其舅姑親屬之恥與怒，亦等於父母之於女，斷無不生爭端，不妨治安之理。若不明定罪名，民心必不能服，地方必不能安。今使有處女、寡婦與人通姦，為其父母、舅姑所捉獲，事發到官，官判以無罪而兩釋之。吾恐其父母、舅姑之羞忿無以自容，強者將割刃，弱者將自裁；合境之民亦將譁然不服矣。果能無害於治安乎？凡有害於治安之事，即應治以刑法之事，故中國法律無夫婦女犯姦一端，萬不可不編入也。

勞氏又憤憤然說：

舊律本夫殺死姦婦，本夫無罪，姦夫應擬絞抵。向來姦案，父捉女姦，殺死姦婦，亦可援照辦理。今設有父捉女姦之事，致殺其女，是在舊律可以勿論，而在新律上，應科以殺人者處死刑或無期徒刑，或一等有期徒刑之罪；新舊相差，大相懸絕，不知理之所在？情之所安？

針對沈家本提出有關增入「無夫姦」治罪條文，必受外人指摘，從而影響撤廢領事裁判權之說。勞乃宣也加駁斥說：

出禮入刑，中外一理。無夫婦女犯姦，在外國禮教不以為非，故不必治罪；而在中國禮教則為大犯不韙之事，故不能不治罪，此理至明，

無待巧辯。今謂「此最為外人著眼之處，如必欲增入此層，恐此律必多指摘」。不知此亦最為中國人著眼之處，如不增入此層，此律必為中國人所指摘。畏外國人指摘，獨不畏中國人指摘乎？況外國無此律無害治安，中國無此律有害治安乎？因避外人指摘致損本國治安，竊恐得不償失也。且中國自定法律，何以畏外國人指摘乎？所以畏其指摘者，恐不能收回裁判權耳。要知裁判權之能收回與否，尚有種種方面，非止刑律一端，更非止刑律中無夫姦罪一端也。如種種方面皆足收回，斷不能因此一端而生阻；種種方面皆不足收回，亦不能因此一端而收效。何必先自棄其禮教以媚之，而反先自擾其治安哉！夫收回裁判權之機括，其首要莫重乎審判之文明，而律文之同否，實在其次。

爲此，勞乃宣堅持，「無夫姦」即使不專列條款列入新刑律正文，也必須更動原草案第二百七十八條中有夫姦條款之字句。刪去「有夫之婦」字樣，改爲：「凡和姦，處三等至五等有期徒刑。」第二百八十二第二項條中之「待其本夫告訴始論其罪」，改爲「待其尊親屬及本夫之告訴始論其罪」。申言之，勞乃宣所擬爲：「凡和姦，處五等有期徒刑。有夫者，處四等以下有期徒刑。待其尊親屬及本夫之告訴，始論其罪」，勞氏認爲此或是「變通而不失其正之道」。

沈家本與勞乃宣關於無夫姦之宜否定爲明文，爭辯方酣之際。當時，憲政編查館一等諮議官陳寶琛（1848-1933）爲文平議，大力支持禮教派一方，論道：

歐洲所以不能罪無夫姦者，彼別自有故。一則歐洲社會本係個人制度，事事以自由獨立為重，與吾國之採家族制度者不同。一則歐洲男女婚姻年齡較中國為遲，所以不設此條者，彼固有所不得已。何者立一法而勢不能行，不如不立之為愈。若吾國，則自昔婦女以貞節為主，有犯者，世以為詬病，是慣習本與歐洲不同。夫法律不能與慣習相反者，立法上之原則也，此所以歐洲不能行而行於吾國也。……中國之刑法，在世界上本為獨立一種法系，其所長即在注重倫常禮教，與他國法律

異趣，改良刑律止可擇吾國舊法之不合於理者去之而已，不當一一求合於外國法律，而沒吾國固有之文明。……法之合乎理者，雖外國無可援之例，不妨自吾國創之，如無夫姦之類是也。況貞節之俗，良俗也，既為良俗，當保守之不瑕而忍棄之耶？此自歐化輸入，女學遍設，放誕者往往藉口文明，隱挾藩籬，醇樸之風，蓋略盡矣。今縱不能挽回，奈何復從而獎勵之也，法律即不能代教育，亦當輔教育之力所不及。此法一除，恐不十年，而女德之墮落如水就下，是女界藩籬之潰，自此次之草案始。

該文結尾說：「後世讀史，追論當時之立法，必有任其咎者，春秋書作邱甲用田賦，惡乎其始也，竊願立法者之無為禍始也。」之後，禮法雙方或主禮教，或張法理，互相辯難，久久不已。總的來說，法理派的論點著眼於：(一)此事非法律所能為力，應歸屬禮教、輿論的範疇。(二)慣習為任意法所採，刑法為強制法，不應有慣習者從習慣之文。(三)法律非道德，無夫姦之規定，道德家之言也，道德事項不宜規定於法律之中。(四)情慾自由，非可強抑。

對於上述法理派諸種論調，陳寶琛指出：「法律之範圍，固不能與禮教同論；而法律之適用，不能不以事實為衡。斟酌夫國情民俗而因革損益於其間，有時捨理論而就事實，亦立法之公例也。」陳氏特就無夫姦罪規定之有無，再洋洋灑灑而論其事實上之利害如後：

其一，對於法理派謂無夫姦非法律所能為力，不關規定有無之說。陳氏道：「中國於無夫姦之為罪，深入人心；雖非純藉法律之力，而究因律有明文，鄉曲細民益知此事之不可犯，是於道德之外，多一法律以為後盾，未始非無形之補助也。夫使中國舊律所本無，則人情相與淡忘，誠亦無所關係。以數千年固有之律法，一旦革除之，謹飭之士不知律意所在，或且疑為誨淫；無知之氓莫明法理之原，遂直視為弛禁。甚謂國家崇尚新法，貞節不重，佻達無傷，一歧百誤，隄決流倒，有非首議之人所能預料者。蓋社會之情形，率原於歷史之沿襲，不藉其歷史以為引導，遽以新理想行之，必與其社會不相副，與社會不相副之法律，無益

有害。故無夫姦之規定，在中國有之，無赫赫之功；無之，則滋烈烈之害者，從來之國情民俗使之然也。」

至於，有關法理派無夫姦之防範，在於教育與輿論之說。陳氏指出：「去刑律之規定，而責實禮教養成，輿論使人懷恥而不懷刑，其收效有在於刑律外者，觀於法律無罰浮浪之科條，而在乎強制勞動；亦無禁高利貸之效果，而在乎經營經濟，其理均也。獨是禮教輿論與刑律相為更迭之際，不能不視其速率之遲速以為權衡。夫以中國數千年聖經賢傳之漸漬，猶有踰禮越畔陽奉而陰違者，禮教輿論之為功緩而難見如此，當此禮教輿論之力未有加於前時，而先自抉其藩籬，蕩踰僣越之風，豈可復遏？竊恐當法律甫革之時，遂無餘地以事禮教之修明、輿論之成立。而一瞬之間一落千丈，於法律則明縱之，而欲以禮教輿論逆挽之，不亦難乎！」

其二，對於法理派所謂強制法無慣習之說。陳氏議曰：「民法揭從習慣為法文，刑法則採取慣習為法意。民法以一地方之慣習為慣習，故以明文揭之以杜爭；而刑法則以一國之慣習為慣習，定為律文之後，凡受治此法律者，無不悉受制裁，固不必以明文著矣。且強制法之或原於慣習，固信而有徵也。英蘭有娶妻之姊妹為亂倫之律（此律於一九〇七年始經議會決議刪除），而法國則凡本夫於家內蓄妾者，其妻犯姦，不許告訴。此非二國之特別慣習乎？而何以皆規定之刑法中也？果謂強制法祇有法理而無慣習，則宜各國刑法之規定必屬同一，何以又自為差互乎？若謂此非關於慣習之不同，而由於法理根據之差異，則吾國無夫姦之律，刑法史上固有確不可易之根據在，豈能摧陷而掃除之也？」

其三，對於法理派所謂法律非道德之說。陳氏認為「道德事項不規定於法律之中，誠以道德領域與法律範圍有若鴻溝之不相踰越，特是道德領域之大小與法律範圍之大小，果以何者為衡？夫制定法律必斟酌國民程度以為損益，以西國之民，教育之普及，職業之發達，又有公園及種種娛樂場之疏盪其心志，而踰越道德，非禮苟合之事，猶有所聞。若以教育未普及、職業未發達、種種娛悅心志之

藝術營造之未設備，而遽以此事讓之道德之領域，則以不侵道德範圍之法律，適以破道德之範圍法律。即不任過立法者之膠柱，獨不職其咎乎？故法律與道德區域之大小，實不可不準諸時地事物之蕃變，國民程度未至也，不得不縮小道德之領域，以擴充法律之範圍。或者日後吾國文明發達，德育日進，有無事此條規定之希望，而今尚非其時也。」

其四，對於法理派所謂情慾自由，非可強抑之說。陳氏道：「果充其說，則似有夫姦之規定亦可無庸，而各國初未敢盡弛其閒者，可知情慾自由不可無制限矣。他若刑法有幼年姦之規定，民法有婚姻年齡之制限，何嘗不以法律干涉情慾乎？固知外國所以無無夫姦之規定者，蓋出於彼族之習慣，而非確有不可易之情理存也。」

其他禮教派人士，也分別從保護家族名譽、維護父祖的婚姻決定權及防民淫佚等方面提出辯解，其最終目的無非想鞏固傳統的家族制度。例如楊鍾鈺就將「無夫姦」侵害家族名譽與新刑律之公然侮辱罪相提並論，責問何以新刑律對於侵害個人名譽有處罰之規定，而侵害家族的名譽反可不受處罰？

《修正刑律草案》交憲政編查館後，先由編制局校訂審核。該局局長吳廷燮（1865-1947）支持法理派，在編制局的校訂新刑律意見書中，對禮教派痛予駁斥：

古今聖人立論，均為禮先刑後，舊律本聖人之意，無夫和姦僅處五刑中最輕之刑，目的係保全犯者之名譽。刑法之用，譬諸藥石，藥石之投，純視乎疾之輕重。若其疾並非藥石所能為功，自不能不別籌療濟之方。犯姦之行為，全恃平居之教育，固非刑罰可獲效也。各國均有其獨自之風俗而形成之禮教，且範圍一切，他國禮教不賴刑律維持，何以中國定要執刑罰之轡策，迫禮教之進行？如是，素稱夙秉禮教之中國，又自處何地？因之，無夫姦不應列入刑律正文。

結果，憲政編查館雖未於「正文」中增列「無夫姦條」，但仍於附加的《暫行章程》中增此一條，以為折衷調停。其按語謂：「各國新定刑律均無無夫姦處罰之明文，誠以防閑此種行為，在教育不在刑罰也。但中國現在教育尚未普及，擬暫照舊律酌定罰例。」

禮法雙方互不讓步，對於憲政編查館的折衷調和也都不滿意，乃進入資政院議場繼續辯論。

宣統二年（1910）十一月初一日，資政院第一次常年會第二十三次議場開議《大清新刑律》，政府特派員楊度（1874-1931）到場說明新刑律的主旨，論無夫姦定罪入律有四不便：

第一，於立法上不便。國家對於國內女子犯姦之事，採取三種辦法：為維持社會風化起見，有夫之婦無論和姦、強姦都在禁止之列，此為第一種辦法。然欲全國婦女都堅貞節操，即國家亦有所不能；例如娼妓，各國都無禁止之法。非不知與風化有關，因事實上不能斷絕，故不僅不禁止，且為法律所允許，此為第二種辦法。至於無夫婦女與人和姦，國家對此既不禁止，亦不允許，全採放任，是為第三種辦法。國家對姦罪若不採此三種，必不公平。而國家立法又必得其平，故不能不做如此區別。

第二，於司法上不便。和姦必須搜求證據，而搜求證據非常費力，於審判上實有不便。

第三，於外交上不便。刑律改良，原為撤去領事裁判權之預備，新律若與各國法律原理原則不同，不能得各國之贊成，則生交涉，必多阻力。因為各國刑法沒有此條，如將此條加入正文，將來如中國男子女子與外國人和姦，中國要按法律辦理，外國人勢必不受裁判，則於撤去領事裁判權有所藉口。

第四，於禮教上不便。無夫姦不列正條入罪，正所以養社會之廉恥，欲以維持禮教也。對於家庭父慈子孝之間，也是一種維持的方法。父母對於子女絕不欲蒙以恥辱之名，使其終身無婚嫁之望，刑律即有此條，亦形同虛設。所以國家對這種事並不是不理，因為在教育之範圍，而非在法律之範圍。即不與父母以制裁之權，亦不過恐其傷父子之恩，而所以養社會之恥，因其於宗族的名譽、本身之名譽、子女之名譽均有關係。父母若有此制裁之權，恐其恥憤之時，不及計較，事後悔之不及，反以傷父子之恩，不如不與以此權，使其秘密不宣，反於禮教不悖，所以不加入正條。

宣統二年（1910）十二月初八日，資政院第三十七次院會，討論新刑律第二百八十九條關於「無夫姦」之條文（即原草案第二百七十八條），該條規定：「凡和姦有夫之婦，處四等以下有期徒刑。其相姦者，亦同。」

當日，沈家本代理溥倫（1896-1927）主持議事，岡田朝太郎亦蒞臨旁聽，爭論空前激烈，秩序紛亂火爆，據報載：

羅其光請提出勞乃宣修正案，陳寶琛贊同之，郡義請勞說明主旨。勞乃宣謂並無精奧之理，只因社會心理以無夫姦為有罪，眾以為可即可之，否則否之，本員無成見。文和謂，照立憲國應用一夫一妻制度，中國習慣有納妾者，法律既不許有妾，則妾亦無夫婦女，應先解決納妾有罪否。高凌霄謂，請將無夫姦有罰付表決。汪榮寶謂，此係道德上罪過，不應以刑律制裁。康詠反對之，萬慎亂呼亂叫不已，全院譁然，秩序又大亂。蔣鴻賓又反對汪榮寶之說，文和痛駁之。高凌霄又喧鬧，陳敬第謂當平心靜氣討論，並說明無夫姦萬萬不能有罪理由。康詠謂當列為報告罪。陳樹楷謂此條立意甚佳，但中國人民程度不足，不適用。汪榮寶謂，程度既不足，何必需資政院？陳懋鼎謂，國會亦可不要。雷奮謂，刑法是一種公法，一方維持國家治安，一方保護個人自由，因其為公法，必需公訴後有罪，試問無夫婦女和姦，以何人為原告，其言極中肯。陳樹楷、陳善同、李經畬、高凌霄、萬慎皆反

對之。汪榮寶繼登臺演說，約數十分鐘之久。陳樹楷、陶毓瑞、王紹勳等紛紛阻其發言。胡初泰欲登臺發言、反對者又紛紛止之，胡謂本員今日尚未說話，隨至臺前謂，本員贊成禮教，然不可與法律混合，後面高凌霄、萬慎等大譁，雜以笑聲、呼號聲、罵詈聲，於是秩序愈亂，全場騷然，良久，秩序始定。

爭辯持續達五個多小時，雙方仍無法取得共識，議長乃宣布分兩次表決，結果：

(一)無夫姦，主有罪者用白票，主無罪者用藍票，以白票七十七對藍票四十二可決，其中藍票有一議員在投票單上書有文句，照章應作廢票，主有罪者獲勝。值得關注的是，在民選議員中，主張有罪與無罪的人數是三十六比三二；而在欽選議員中，其比數為四一對一〇；何以有此懸殊對比？耐人尋味。

(二)無夫姦是否納入《暫行章程》，用起立法，經二次正反表決，贊成者佔多數，禮教派全勝。列表如下：

	民選議員	欽選議員	合計
白票（有罪）	三十六	四一	七七
藍票（無罪）	三二	一〇	四二
	六八	五一	一一九

最後，在《大清新刑律》正文第二百八十九條定曰：「和姦有夫之婦者，處四等有期徒刑或拘役。其相姦者，亦同。」而於《暫行章程》第四條規定：「犯第二八九條之罪為無夫婦女者，處五等有期徒刑、拘役或一百圓以下罰金。其相

姦者，亦同。前項犯罪須婦女尊親屬告訴乃論，但尊親告訴，事前縱容或事後得利而和解，其告訴為無效。」此舉否定了法理派「無夫姦」不定罪的主張。該《大清新刑律》正文連同附加《暫行章程》五條於宣統二年（1910）十二月由資政院議決通過，同月二十五日內閣奉諭頒布，未定施行日期，尙無實施效力，而清廷已覆。

民國成立，急需應用，乃將《大清新刑律》關於國體各條，略行芟除，於元年（1912）三月，頒布施行，稱為《暫行新刑律》，而通姦罪係沿自《大清新刑律》正文的規定，內容相同。關於通姦行為，僅處罰有夫姦，亦即有夫之婦與人通姦者，該婦人與相姦之人，均須受刑事制裁。不過，對於有婦之夫與寡婦或成年女子和姦者，並未設處罰規定，是夫對妻可不守所謂「貞操」義務，而妻則必守其「婦貞」。不過，在附加的《暫行章程》中則維持處罰無夫姦之規定。

民國三年（1914），袁世凱思以禮教號召天下，用重典脅服人心，於十二月二十四日擅行頒布《暫行新刑律補充條例》十五條，即日施行。其內容係以前清法部尙書廷杰所附加的《暫行章程》五條為主，進而加以擴充。其中，對於《大清新刑律》及《暫行新刑律》內向無規定的無夫姦，加以罪刑；無親屬關係之妾亦準用關於妻之規定。亦即無夫婦女與人通姦時，即論以刑罰；而此所謂「無夫婦女」，包括未出嫁的女子、寡婦，以及妾三者。本罪與有夫姦同設有限制告訴的規定，亦屬告訴乃論之罪，惟告訴權人為無夫婦女的尊親屬。妾與他人通姦，家長非妾的尊親屬，不得提出告訴。又本罪在律文規範上，與有夫姦不同，係以和姦無夫婦女的男性為行為主體，而該無夫婦女僅係相姦人的身分。

民國十七年（1928）二月十日，國民政府所頒布的《中華民國刑法》（即今稱之舊刑法），仍使妻守片面的貞操義務，第二百五十六條於通姦行為中，僅罰

及有夫和姦，而無處罰其餘純然私通野合的規定。認為已嫁婦女對於其夫，以守貞潔為唯一要義。如有侵犯此種條件者，則是妨害夫權，破壞家庭，故刑法視為刑罰之根據，而通姦與相姦者同受制裁。

迄至民國二十四年（1935），關於「通姦」是否應專列條文處罰，立法院於審議刑法修正案時，仍引起極大爭議，大體可歸納為三種：一、主張根本不規定通姦處罰條文，二、主張「有夫之婦」通姦處罰之字樣，三、主張處罰「有配偶者與人通姦」。觀其起草章程，先由「有夫之婦與人通姦」改為「有配偶而與人通姦」，再由「有配偶而與人通姦」改回「有夫之婦與人通姦」，最後又由「有夫之婦與人通姦」改為「有配偶而與人通姦」，三改而後定。最後決議，照第三種意見通過。此即「現行刑法」的法源依據，於民國二十四年，一月一日公佈，七月一日施行。至是，夫妻間的貞操義務，刑法上通姦罪與民法上男女互負貞操義務遙相呼應，無復重輕，在法律上男女地位可謂趨於平等。想問的是，如此周折反覆，慎重其事歟？立法委員的法律思想進步，致有此現象歟？還是環境壓迫所使然歟？更弔詭的是，當時宿娼、納妾在民法上尚不禁止，而刑法上竟視之為犯罪行為，揆之刑法維持社會安寧秩序及教育刑之目的，似仍有商榷者。而此平等立法精神，事實上究能貫徹至何程度？就當時而論，問題仍多。

## 貳、討論重點

- 一、現行刑法第 239 條「通姦罪」的立法沿革為何？
- 二、從法制史的角度來觀察，中華民國歷次刑法對於夫妻關係以外合意性行為的處罰，其立法目的分別為何？
- 三、對於夫妻關係以外的性行為加以非難，涉及社會的「性道德」觀念。傳統中國社會的性道德觀念與當前社會的性道德關是否相同？此外，以刑法保護性道德，是否能夠產生實效性？

## 參、閱讀文獻

### 一、相關條文與立法理由

1. 《大清律例》〈刑律·犯姦門〉「犯姦」條。
2. 《大清新刑律》(1911年)第289條：「和姦有夫之婦者，處四等以下有期徒刑或拘役。其相姦者亦同。」

#### 補箋

本律於姦淫行爲中，僅罰強姦及有夫和姦，而無處罰其餘純然私通野合之條文。論者謂與中國禮教相反，宜將和誘處女寡婦等罪名加入，然據編訂者之意，謂此種行爲，當依家庭教育、學堂教育及輿論制裁以防止之，非刑罰所能矯正也。

3. 《舊刑法》(1928年)第256條。
4. 現行刑法第239條。

### 二、相關案例

1. 《各省審判廳判牘·判牘類·姦拐門》雲南高等審判廳·因姦謀殺本夫燒屍滅跡案」。
2. 大理院刑事判例4年上字第759號。
3. 大理院刑事判例5年上字第51號。
4. 大理院刑事判例5年上字第417號。
5. 大理院刑事判例9年上字第127號。
6. 大理院刑事判例9年上字第1117號。

### 三、相關史料與論著

1. 上村貞美，《性的自由と法》(東京：成文堂，2004年)。
2. 汪慶祺編，李啓成點校，《各省審判廳判牘》(北京：北京大學出版社，2007年)。
3. 郭松義，《倫理與生活—清代的婚姻關係》(北京：商務印書館，2000年)。

4. 勞乃宣，《桐鄉勞先生（乃宣）遺稿》〈新刑律修正案彙錄〉。收錄於沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊》（台北：文海，1960年）。
5. 黃源盛纂輯，《晚清民國刑事立法史料集註與研究》上、下冊，2007年10月，國科會95年度專題研究計畫成果。
6. 黃源盛編纂，《大理院刑事判決匯覽》（未刊稿，台北：國立政治大學基礎法學中心典藏）。
7. 黃源盛，〈西法東漸中無夫姦存廢之爭〉，收錄於《政大法學評論》，第91期，2006年6月。
8. 黃榮堅，〈論通姦罪的除罪化〉，收於氏著，《刑罰的極限》（台北：元照出版社，1999年），頁1-17。
9. 蔡樞衡，〈修正新刑法通姦規定反覆修改之社會意義〉，載於《法學評論》（北京），第12卷，第19期及第23期，1935年3月及4月。
10. 編者不詳，《資政院會議速記錄》，本書影印自日本，東京大學東洋文化研究所圖書館，出版年月及處所不詳。

## 肆、相關案例內容摘選

### 一、大理院刑事判例4年上字第759號

#### 【判例要旨】

查被告人和誘被害人，本出於姦淫之目的，則其同居姦宿即屬犯罪所生之結果，故雖觸犯和誘、和姦兩個罪條，依刑律第二十六條應從一重處斷。

#### 【判例內容】

##### 判決

上告人 朱英煥 桐城縣人 年三十二歲  
盛戴氏 懷甯縣人 年二十二歲

右上告人對於中華民國四年六月十九日，安徽高等審判廳就該上告人和誘和姦及妨害公務一案所為第二審判決聲明上告，經本院審理，判決如左：

### 主文

原判及第一審判決關於朱英煥處刑之部分撤銷。

朱英煥和誘一罪，處三等有期徒刑三年；妨害公務一罪，處五等有期徒刑八個月。

應執行有期徒刑三年四個月，未決期內羈押日數，准以二日抵徒刑一日。

盛戴氏之上告駁回。

### 事實

盛戴氏先與朱英煥有姦，嗣嫁姚老三為妻，民國元年五月即行離異，又從盛鑄泉為妾。朱英煥戀姦情熱，於四年陰曆正月間夤緣，與盛鑄泉認識，時相來往，並獲與盛戴氏晤面。以後暇盛鑄泉外出，即往談笑，遂起意商允盛戴氏同逃。陰曆三月初十日，朱英煥改名黎心一，偕李聰伯往百花亭梁育泉家租房，李聰伯代寫租約，朱英煥親寫戶口單，僱同族朱李氏為傭，並託其借用器具。安置已畢，即於是晚五鐘往告盛戴氏，次日上午十一鐘，盛戴氏果攜自有物件找同伊弟戴言發，潛至梁姓房內，旋朱英煥亦至，向梁育泉詭稱夫婦，是夜，即在該屋住宿。先是戴氏由盛家逃出後，即被盛鑄泉查知報警，將盛戴氏之母戴楊氏及戴言發正傳訊問，旋於十二日，據梁育泉報告，十一日有自稱黎心一夫婦租房等情，署員即率警往查，詎朱英煥已經李聰伯送信，於是日清晨將戴氏潛送徐余氏家藏匿，該警等即將朱英煥所租之房屋、器具查封。是夜，朱英煥又返至梁宅，見房門被封，隨將封條揭下，擬即搬取物件。由梁姓報經警察，將其拿獲，復緝到盛戴氏等，一併拘送懷寧地方檢察廳。據盛鑄泉之告訴提起公訴，同級審判廳將朱英煥依刑律補充條例第十二條、並刑律第三百四十九條第二項、第二百八十九條、第一百五十四條，用第二十三條第三款之例，定其執行刑期為四年，又將盛戴氏審依刑律補充條例第十二條、並刑律第二百八十九條，處以四等有期徒刑一年零二個月。朱英煥、盛戴氏不服上訴，經控告駁回，准將未決羈押日數均依刑律第八十條折抵。朱英煥、盛戴氏復行上告到院。

### 理由

查閱訴訟記錄，朱英煥、盛戴氏雖不認有犯罪情事，然據盛本安供稱，今年正月裡，有個孫先生請酒，朱英煥同我主人同席，由此認識。隨後有兩天到盛公館去一次，有三四天去一次。那天，主人不在家，朱英煥去，姨太太即請他書房裡坐，兩個人唧唧咕咕的談心，姨太太是陰曆三月十一日由後門跑走的。又彭魁松供稱：今年朱英煥常到盛家去，先生（即盛鑄泉）不在家，即會姨太太。盛戴氏是十一日十一點鐘時跑的，跑的先一天，朱英煥五點多鐘去的，過了個把鐘頭即走了。又梁育泉供稱：我房子租把黎心一的，黎心一有鬍子，即是現在這個朱英煥。初十，朱英煥同李聰伯去看房子。十一，朱英煥、李聰伯同去寫房約，房約上是黎心一，名字是朱英煥押的，戶口條子是朱英煥寫的。飯後戴言發同盛戴氏搬東西去的，朱英煥是三四點鐘去的，朱英煥說盛戴氏是他女人。那天晚上，朱英煥同那女人同宿在房裡床上。第二天早，戴氏同朱英煥說出去到盛戴氏娘家去，說他娘家死了人，去看看。那時不過六七點鐘。下午四點鐘警察到我家說昨天搬來女人是盛家的妾，被人拐來的，當時，把房門封了封條。那天夜十一點鐘時，朱英煥到我家去，李聰伯剛剛也去了。朱英煥見房門封起來，嘴說豈有此理，即把封條揭下。我家傭人當時告知門口崗位，崗位即把朱英煥、李聰伯抓去。又朱李氏供稱今年三月十一日，朱英煥請我幫他照應門口，他說女人由六合來了，並請我代他借的桌橙。那天晚上，朱英煥同盛戴氏同歇在房裡床上的，我並且聽李聰伯向盛戴氏說戴言發被警察抓去。第二天大早，朱英煥同盛戴氏說娘家死了人，要去看看，教我看門。我因為他們鬼鬼祟祟，隨後就走了。又徐余氏供稱李聰伯的女人是乾女兒，李聰伯十一到我家，說他三姨子在家同婆吵嘴，要到我家來過兩天消消氣。第二天早上，三姑就到我家內，有一個長鬍子的人送他，沒到我屋裡。今天來的這個長鬍子的即是他。又李聰伯供稱：盛戴氏是我妻子的姐姐，朱英煥向我說他有一個朋友的家眷不久即來，請我幫他找一處房子，我就引他到梁育泉家去看房子，看好以後，朱英煥請我代寫房約，說房子是代黎心一租的，我即寫黎心一，名字是朱英煥押的。十一，我到梁育泉宅裡去，見三姨子在這房子裡。我很詫異問三姨子何以到此地，三姨子說為在家同盛鑄泉出來的，又

問我可由徐余氏家經過，如其經過他家，請我帶信。我就向徐余氏說三姨子爲吵嘴要到乾媽媽家住天把。十二日，我到梁家去，朱英煥手上拿的封條，教我一陣同他到警察廳時，警察即帶去的。又戴言發供稱：我在外面，姐姐教我代他把棉花絮送到梁宅，隨後又在朱李氏處搬的桌椅。又朱英煥供稱：盛戴氏十六歲時，未出嫁以前，我與他有交情，以後沒有來往。又盛戴氏供稱：五六歲時許姚老三，十六歲成親，先同朱英煥有交情，以後沒有來往，光復第二年，跟盛鑄泉到宿州，我把錢與姚老三，另娶了一個妾留他續後，他並沒有說閒話各等語。是朱英煥將盛戴氏誘令潛逃，租房姦宿，及撕揭封條各情形，證據甚確。第一審及原審據以認定事實，已屬無可翻異。復查戴楊氏於民國三年二月在警察廳稟控楊三妹案，內呈稱：女嫁前宿州知事盛摯人（盛鑄泉）等語。是盛戴氏於盛鑄泉已有妾之身分，而第一審及原審認盛鑄泉之有告訴權，亦非無據。乃朱英煥上告第一論旨，純從事實上空言否認，不能提出反證。盛戴氏上告論旨，併欲將盛鑄泉之告訴權從根本上推翻，謂伊母在警察廳所具之呈詞爲不足信，其理由均難認爲成立。惟查朱英煥和誘盛戴氏，本出於姦淫之目的，則其同居姦宿即屬犯罪所生之結果。故雖觸犯和誘、和姦兩個罪條，依刑律第二十六條應從一重處斷。第一審分別論罪科刑，原審亦未糾正，均嫌失當。

據以上論斷，原判及第一審判決關於朱英煥處刑之部分撤銷，由本院改判：朱英煥和誘及和姦盛戴氏之所爲，合於刑律補充條例第十二條，應依刑律第二十六條之例，適用第三百四十九條第二項處斷；妨害公務之所爲，應依刑律第一百五十四條處斷。並依刑律第二十三條第三款定爲執行刑期，仍依同律第八十條，未決期內羈押日數，准予折抵。盛戴氏之上告爲無理由，即予駁回。又本件上告，合於本院現行書面審理之事例，故諮詢總檢察廳檢察官汪祖澤之意見，用書面審理，特爲判決如右。

中華民國四年八月三十日

大理院刑事第二庭

代理審判長推事 潘昌煦

推事 祁耀川

推事 郁 華  
代理推事 潘恩培  
代理推事 胡詒穀  
大理院書記官 袁勵賢

## 二、大理院刑事判例 5 年上字第 51 號

### 【判例要旨】

查刑律第十五條之規定有二要件：第一係對於現在不正之侵害；第二係出於防衛自己或他人權利之行爲，至但書所謂防衛過當，不以侵害之大小與行爲之輕重相權衡，而以行爲是否超過必要程度爲標準。本夫往坡上看見姦夫正與女人行姦，一時氣忿順拾石頭打中姦夫後腦，即時斃命，當時既爲防衛其夫權起見，縱有傷害之認識，而具備正當防衛之要件，亦不能認爲超過必要程度。

### 【判例內容】

本案判例全文缺。

## 三、大理院刑事判例 5 年上字第 417 號

### 【判例要旨】

刑律第二百八十九條之和姦罪，依第二百九十四條第二項後半之規定，本夫事前縱容或事後得利而和解者，其告訴爲無效。按告訴無效係喪失親告權，與本有此權而未經行使告訴者有別，親告權既經喪失，公訴亦即消滅不能存在。況刑律補充條例第七條，乃刑律第二百九十四條第二項前半須本夫告訴乃論之例外規

定，不能解為因有刑律補充條例第七條情形，而刑律告訴無效之規定遂無適用之餘地。

### 【判例內容】

#### 判決

上告人 吳良江 湖南衡山縣人 年三十七歲

選定辯護人 唐 演 律師

右告人對於中華民國五年三月十一日，湖南高等審判廳就該上告人殺人及和姦俱發一案所為第二審判決聲明上告。經本院審理，判決如左：

#### 主文

原判撤銷。

本案發還湖南高等審判廳更為審判。

#### 理由

查閱本案訴訟記錄，上告人於民國四年五月十七日在第一審供稱：民與伍文學之媳陳氏通姦有七、八年，伍文學父子均知道。民平日常給錢用，去年猶做有羽綾衣褲一套與陳氏，他姑去世又助錢八串把他辦喪事。今年二月，他族內修譜，要按丁抽捐，又給他銀角三十枚，自問待他不薄。今年忽聞陳氏有出嫁之說，民頗不悅，曾勸陳氏莫嫁。當時陳氏亦接應不嫁，隨後聽聞伍文學父子仍要他嫁，陳氏亦反前言，覺得甚恨。陰曆三月十六日，民趕墟歸來，在距離民家半里許之荷葉塘邊與陳氏相遇，提及出嫁之事，陳氏不僅要嫁，反出言不遜，民即要將歷年所贈與之錢及去年所做與羽綾衣褲退還，彼此口角。民手持有木棍，比即打傷他的耳後等處，跌下塘後並未見他動，亦未見他喊，民亦未扯他云云。則上告人先與伍陳氏通姦，因其將嫁，懷怒口角，在荷葉塘邊將陳氏耳後致命等處打傷之事實，自屬明確無疑，斷難藉詞翻異。茲上告人上告意旨輒謂第一審供詞出於刑訊云云。然上告人在原審所具上訴狀內容略謂：王知事蒞庭，不由分辯，擅私酷刑，拷民招認，嗣後該案未經判決，羅知事蒞任視事，提民訊問，民恐蹈前轍，

仍照前任王知事勒招之供，直認不諱云云。則上告人是年五月十七日之供詞並非出於刑訊，乃上告人自己之陳述，此種翻供狡賴之理由自難認為成立。惟伍陳氏之屍身係在塘內發現，而驗屍時棺內有水，屍格內又填載肚腹漲等情形，則伍陳氏受傷後如何落水，是否因傷身死，抑係受傷後落水身死，並非絕無問題。第一審認為因傷身死，固與檢驗情形不盡吻合，原審認定事實謂伍陳氏受傷甚重，命將危絕，遂以倒斃塘內，而身莫能動、聲莫能張云云。是認伍陳氏身死係在自行落塘之後，而理由書內又謂係死於傷，而非死於水，依殺人罪處斷。事實理由自相衝突，殊難認為合法。況受傷甚重，必先撲倒，斷無尙能立在塘邊，迨至命將危絕，始行倒斃之理，此種事實極不明確，應認為有發還再審之原因。又刑律第二百八十九條之和姦罪，依第二百九十四條第二項後半段之規定，本夫事前縱容或事後得利而和解者，其告訴為無效。第一審認為伍開徠事前縱容，不予論罪，本無不合。原審誤引刑律補充條例第七條，謂雖未經有告訴權者之告訴，而因姦釀成他罪時，仍應論之，豈僅告訴無效尙可不論云云，對於該律文不免誤解。蓋告訴無效，係喪失親告權，與本有此權而未經行使告訴者有別。親告權既經喪失，公訴亦即消滅，不能存在。況刑律補充條例第九條乃刑律第二百九十四條第二項前半須本夫告訴乃論之例外規定，不能解為因有刑律補充條例第九條情形，而刑律告訴無效之規定遂無適用之餘地。原判關於和姦罪之部分亦屬違法，應予糾正。依以上論斷，本院認原審認定事實、適用法律均有違法，應即撤銷原判，發還原審衙門更為審判。

又本件上告，合於本院現行書面審理之事例，故諮詢總檢察廳檢察官梁宓之意見，用書面審理，特為判決如右。

中華民國五年五月十日

大理院刑事第一庭

審判長推事 汪熾芝

推事 徐維震

推事 錢承鈺

推事 李景圻

代理推事 徐 煥

大理院書記官 張逢源

#### 四、大理院刑事判例 9 年上字第 127 號

##### 【判例要旨】

在相姦人未嫁前之和姦行爲，與既嫁後之和姦行爲，所侵害之法益既有不同，自應成立二罪。

##### 【判例內容】

本案判例全文缺。

#### 五、大理院刑事判例 9 年上字第 1117 號

##### 【判例要旨】

按照現行民事法規，孀婦情願改嫁，夫家無祖父母、父母者，應由母家祖父母、父母主婚，如果孀婦某係自行主婚改嫁於被告人，並未得其父之同意，亦僅足爲撤銷婚姻之原因，自難遽認被告人等構成誘姦罪名。

##### 【判例全文】

##### 判決

上告人 鄔常心 浙江甯海縣人 年四十六歲

丁 氏 浙江甯海縣人 年三十二歲

右上告人等對於中華民國九年八月二十四日，浙江高等審判廳就該上告人等和誘和姦一案所為第二審判決聲明上告，本院審理，判決如左：

### 主文

原判撤銷。

本案發還浙江高等審判廳，更為審判。

### 理由

本院核閱記錄，鄔常心與丁氏同居、共宿，已為明確之事實。惟丁品芳指為誘姦，而鄔常心等辯係嫁娶，不可不明予解決。據丁品芳供稱：伊女丁氏自前夫吳乾信死後，即住在母家，由伊主婚，再醮於戴文壽。嗣因伊病，將丁氏接回，復令伊子丁振官將丁氏送歸，被鄔常心弟兄三人在楊家橋地方搶去姦宿，伊女是早與他們串通好的等語。如果屬實，鄔常心等自均難免刑責。惟據鄔常心供稱：伊由林金氏為媒，以財禮一百四十元娶丁氏為妻，是用轎抬來，婚書是丁氏自己出名、畫押。當說媒時，丁品芳、丁振官均願意，核與丁氏所供亦尚相符。據原判認定事實，丁氏自前夫故後，夫家無人，即依其父丁品芳居住。按照現行民法法規，孀婦情願改嫁，夫家無祖父母、父母者，自應由母家祖父母、父母主婚，如果丁氏係自行主婚，改嫁於鄔常心，並未得其父丁品芳之同意，亦僅足為撤銷婚姻之原因，自難遽認鄔常心等構成誘姦罪名。況據鄔常心供指說媒時，丁品芳亦願意，則其改嫁雖由丁氏自行發動，是否曾經丁品芳表示同意或追認，尤有疑問。原審徒以鄔常心所呈之出嫁書只有丁氏出名，並無丁品芳名字，遂斷為並未與丁品芳說妥，係於拐去後僑同丁氏寫立，以為抵制之計，而於鄔常心究竟有無憑林金氏媒說成婚之事實，尚未予以調查，即不免失諸率斷。況退一步言，縱令鄔常心與丁氏並無婚姻關係，而丁氏於被鄔常心誘姦以前，曾否改嫁於戴文壽，亦屬案內要鍵。在丁氏供狀，雖只認曾許嫁團前戴文壽家，然據丁品芳供稱，丁氏由伊主婚、王景豪為媒，得有財禮洋一百四十元，嫁於戴文壽為妻，已經過門成婚。王景豪、戴文壽所供亦同。雖在第一審供稱：十月初十日過門成婚，在原審又稱九月初十日過門成婚，前後不符，誠有可疑。但王景豪供稱戴文壽用轎子

把丁氏抬去，並曾辦過喜酒，似不難予以調查。如丁氏由丁品芳主婚，受財許嫁戴文壽已經成婚屬實，而丁氏後又自行改嫁於鄔常心，鄔常心亦明知其與戴文壽成婚在先，而仍與爲婚者，則均應成立重婚罪。若非丁氏自行改嫁，而爲鄔常心誘去姦宿，則除成立誘拐罪外，並應成立有夫姦罪，均應俟合法告訴乃論。是究竟丁氏有無與戴文壽成婚事實，於案情頗關重要，原審並未就實際情形切予查明，殊於職權上之能事尙未悉盡，應認爲有發還更審之原因。又據原判認定事實，鄔寬心曾與丁氏姘識，因自己有妻，而鄔常心又適鰥居，遂與鄔常心勾串丁氏逃奔其家與鄔常心姦宿。如果屬實，是丁氏與鄔寬心、鄔常心先後相姦，犯意各別，不應引刑律第二十八條論爲一罪，原判法律上之見解，亦有未合，應併指正。依以上論斷，原判應即撤銷，本案發還原廳更爲審判。

又本件上告，合於本院現行書面審理之事例，故諮詢總檢察廳檢察官汪祖澤之意見，用書面審理，特爲判決如右。

中華民國九年十一月十九日

大理院刑事第二庭  
 審判長推事 徐彭齡  
 推事 祁耀川  
 推事 朱得森  
 推事 單毓華  
 代理推事 潘恩培  
 大理院書記官 鄭耿光



## 第七講 刑法與言論自由

### 妨害名譽罪

#### —繼受外國法之後新出現的犯罪類型

### 壹、導論

楊仁壽在《法學方法論》一書的開始，提到曾經轟動一時的誹韓案。1976年，郭壽華以「干城」的筆名，在《潮州文獻》第2卷第4期，發表〈韓文公、蘇東坡給與潮州後人的觀感〉。在文中，郭壽華稱韓愈為人風流，流連於風花雪月。後因「在潮州染風流病，以致體力過度消耗，及後誤信方士硫磺下補劑，離潮州不久，果卒於硫磺中毒」。韓愈第39代直系血親韓思道，遂向臺灣台北地方法院自訴郭壽華誹謗死人罪。本案經地方法院判決郭壽華以「涉於私德而與公益無關之事，無中生有，對韓愈自應成立誹謗罪」。遂判決郭壽華誹謗已死之人，處罰金三百元。本案雖經上訴，但臺灣高等法院仍維持一審判決，本案遂告確定。

誹韓案迄今已逾30餘年，在這期間，以涉及「誹謗已死之人」罪名的刑事判決，仍然時有所見。例如，最近一個比較著名的案件，便是蔣孝嚴自訴民進黨主席游錫堃誹謗自訴人祖父蔣介石的名譽。2007年10月26日，臺灣台北地方法院判決游錫堃並不構成刑法第312條第2項的誹謗死人罪（96年度自字133號）。本案判決中，最引人注意的，便是承審法官引用2000年7月7日大法官做成的釋字509號解釋。法官認為，在審理誹謗死人罪案件的時候，必須針對已死之人的名譽保護，以及行為人發表意見的言論自由，二者所可能引起的利益衝突，加以權衡。這個判決的意義，在於明確地從憲法保障言論自由的角度，來限縮誹謗死人罪的適用。

此外，若再進一步從誹謗死人罪的立法沿革來看，本罪的制訂，可以說頗有波折。在清末制訂新刑律的立法草擬過程裡，曾經有過誹謗死人罪的相關規

定。〈大清新刑律第一次草案〉在第 340 條第 2 項規定：「摘示誣罔死者之事實，而侮辱其親屬者亦同。」當時的立法理由稱：「已死之人，與社會長別，已不復有狹義之名譽，然前之名譽，與現存親屬之名譽，頗有關係，故立第二項以保護之。」

不過，到了正式公布〈大清新刑律〉，以及之後民國初年概括繼受〈大清新刑律〉的〈暫行新刑律〉中，卻反而拿掉了誹謗死人罪的規定。這其間的原因，主要在於當時將誹謗已死之人名譽所要保護的利益，視為對於現存親屬名譽的保護。既然如此，當時的立法理由便稱：「侮辱現存親屬之先人，即與侮辱現存親屬無異」。因此，〈大清新刑律〉與〈暫行新刑律〉，便取消誹謗已死之人的規定。

然而，在 1928 年的舊刑法，卻再次於第 329 條，增定了對於誹謗死人罪的相關規定（此即為今日刑法第 312 條規定的前身）。增訂的立法理由如下：「考外國立法例，多有類似之規定，所以保護死者後人之孝思也，我國風俗，對於死者，其尊重必過乎外國。故不可不立此條，以勵薄俗而便援用。」

## 貳、討論重點：

- 一、現行刑法第 312 條誹謗死人罪的立法沿革、立法理由以及相關判決的討論。
- 二、現行刑法第 312 條誹謗死人罪的法益保護，究竟為「保護死者後人之孝思」，或保護「現存親屬之名譽」，抑或兩者兼有？
- 三、現行刑法第 312 條誹謗死人罪的法益保護，與憲法上言論自由的衝突，應如何衡量？試從大法官釋字第 509 號解釋，加以討論。

## 參、閱讀文獻

### 一、相關重要條文與立法理由

1. 《刑律草案》(《大清新刑律》第一次草案；1907年)第340條。
2. 《大清新刑律》(1910年)第360條。
3. 《暫行新刑律》(1912年)第360條。
4. 刑法第二次修正案》(1918年)第321條。
5. 《舊刑法》(1928年)第329條。
6. 現行刑法(1935年)第312條。

### 二、相關案例

1. 誹韓案：臺灣台北地方法院(部分載：楊仁壽，《法學方法論》，頁3。)
2. 臺灣高等法院87年度上易字第6229號判決。
3. 臺灣台北地方法院88年度易字第97號判決。
4. 臺灣高等法院89年度上易字第871號判決。
5. 臺灣台北地方法院96年度自字133號判決。
6. 司法院大法官釋字第509號解釋。

### 三、相關史料與論著

1. 黃源盛纂輯，《晚清民國刑事立法史料集註與研究》上、下冊，2007年10月，國科會95年度專題研究計畫成果。
2. 楊仁壽，《法學方法論》(台北：三民書局，1986年)。

## 肆、相關案例內容摘選

### 一、臺灣高等法院 87 年度上易字第 6229 號判決（資料來源：司法院法學資料檢索系統）

#### 【判決內容】

上訴人即自訴人 大陸工程股份有限公司

代表人 甲○○

上訴人即自訴人 己 ○

自訴代理人 丁○○，壬○○，乙○○

被告 庚○○，丙○○，癸○○，辛○○，戊○○

右上訴人因被告誹謗案件，不服臺灣台北地方法院八十五年度自字第一一九八、一二〇三號，中華民國八十七年七月二十八日第一審判決，提起上訴，本院判決如左：

#### 主文

上訴駁回。

#### 理由

一、自訴意旨略以：

(一)自訴人己○之父殷之浩係自訴人大陸工程股份有限公司（以下稱大陸公司）之創辦人。殷之浩先生自民國三十四年來台，創辦大陸公司，在營建業樹立良好形象，並以專業能力及高度之服務熱忱，參與國內各項工程之營建，對國內貢獻良多，雖殷之浩先生已於八十三年四月二十七日去世，惟其聲譽仍應受法律保護。

(二)詎由被告庚○○發行，被告丙○○擔任總編輯之亞洲週刊，被告丙○○係亞洲週刊台灣地區之編輯，被告辛○○、戊○○二人則係撰寫下述專題之記者，竟於民國八十五年四月二十八日發行之第十卷第十六期中，第二十頁至第二十四頁「『大標客』躲在國民黨高層」，其後由被告癸○○撰「白道綁圍標，黑道未撐腰」之報導中，為文撰有關殷之浩之種種虛偽事實，並廣為銷售、散布全球各地，嚴重毀損大陸公司之名譽。該文中，指明「大陸公司、殷之浩開啓了綁標、圍標模式」，「殷之浩帶領大陸公司與外省企業壟斷台灣營建工程」，「潘俊榮為爭食捷運大餅，曾多次拜訪殷之浩，獲殷允諾潘所屬的工信集團參與捷運工程，但潘仍受到排擠」等等，以上所述，全非事實。

(三)按媒體負責審察報導之編輯，對於他人之投稿或提供之資料，有查明虛實而後登載之義務，如其登載之內容非僅涉及私德，足以妨害他人名譽或信用，而不能證明其為真實者，自應負刑事上之責任，被告等刊載上開報導之內容，既未查證於先，復未平衡報導於後，所報導之內容復不能證明為真正，是被告等均涉有刑法第三百十一條第二項之加重誹謗罪、第三百十二條第二項誹謗死者罪嫌。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實。又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第一百五十四條、第三百零一條第一項定有明文。且「事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不得以推測或擬制之方法，以為裁判基礎」（參照最高法院四十年台上字第八六號判例）。又言論自由係憲法所保障之基本人權，此為眾所週知，在近代社會，以透過新聞媒體之報導，使國民得享有知之權利，用以監督政府及使國民對公共事務的關心的機制至為重要，此一機制即為新聞自由，在法院審理誹謗案件時，即應注意新聞自由此一制度性之意義。

三、訊據被告癸○○、辛○○、戊○○三人均堅決否認有自訴人所指之犯行，被告辛○○、戊○○稱上開報導並非其二人所撰寫等語；被告癸○○稱：上開報導並非被告辛○○、戊○○二人所撰寫，除「白道綁圍標，黑道來撐腰」一文為其所撰寫外，其餘文章基於新聞工作者之立場，其應保密，不能說明，但亞洲週刊之報導，確有經過相關人士之查證，並無誹謗自訴人及殷之浩先生等語。

#### 四、經查：

(一)查被告癸○○係亞洲週刊負責台灣地區文章之資深編輯，此業經被告癸○○供明，而依亞洲週刊八十五年四月二十八日所發行之版權頁，亦記載被告癸○○為該雜誌之資深編輯，故被告癸○○對上開自訴人所指之文章，為何人所撰寫一節，自係知之甚詳，而被告癸○○於原審及本院審理時，均一再稱上開二文並非被告辛○○、戊○○二人所撰寫，核與被告辛○○、戊○○二人所供之內容相符；而自訴人憑以指摘被告辛○○、戊○○二人撰寫該等文章，無非係以亞洲週刊版權頁上記載被告辛○○、戊○○二人為台灣地區之特派員為其論據，然版權頁之記載至多僅能證明被告辛○○、戊○○二人為亞洲週刊台灣地區之特派員，不能進一步證明上開二文亦係被告辛○○、戊○○二人所撰寫，是自訴人自訴被告辛○○、戊○○二人撰文云云，顯係基於推測，並無實據，至被告癸○○立於亞洲週刊雜誌之立場不願供出作者，如亞洲週刊有應負法律責任，且因不知來源而需由亞洲週刊負責時，此項不利益自應歸諸亞洲週刊，惟不能以亞洲週刊或被告等人不願供出來源而認被告辛○○、戊○○二人即係作者，是被告辛○○、戊○○二人所稱上開文章並非伊二人所撰寫一節，應可採信。

(二)上開報導主要係台灣中正國際機場第二期航站大廈新建工程之工程舞弊案件之圍標、綁標不為人知之內情，而中正國際機場第二期航站，確有圍、綁標情事，此一事實於民國八十五年四月間即喧騰一時，此為眾所週知之事，其間：

⊕八十五年四月三日中國時報報導「廖福本出面邀宴，要求太設知難而退—消息人士稱林源山、施台生及陳朝容三國民黨籍立委及被認為與黑道有關業者參與，讓太設公司承受壓力極大」（標題），而內文中提及「八十五年四月六日所有參與投標之廠商必須全部送件，截止投標，由於包括大陸工程、中華工程、榮工處幾家大型廠商，都已因下游廠商被威脅不得合作，而可能面臨只有退出一途，太設公司亦將與投標有關人員送出國避難，黑道在無法找到決策人士的情況下，透過立委廖福本邀請太設有關係人員與會」，「在黑白兩道重量級人物紛紛出馬的情況下，太設已腹背受敵，面臨可能選擇退出一途的命運，尤其在大陸工程、中工等不參與圍標的廠商亦可能被逼退後，業界認為孤掌難鳴的太設，最後步其

後塵退出，而使特定人士圍標中正機場二期航站裝修工程大功告成」（見原審一一九八卷七五頁）；

㉒八十五年四月三日中國時報報導「黑道威脅之下，合格小包紛紛走避—中正機場二期工程大陸工程公司恐被迫放棄」（標題），內文指稱「本預定參加中正機場二期航站裝修工程投標的大陸工程公司，據了解，該公司已因黑道威脅無法找到合格的小包，而可能被迫無法參加投標，大陸工程目前仍在做最後努力，但業界認為在黑白兩道的天羅地網下，大陸工程的出局恐無法避免」，「業界也知道到底那幾家會與大陸工程合作，因此圍標者既無法脅迫大陸工程退出或參與圍標，只有脅迫下游廠商不得與大陸工程合作著手，以目前進行的『成果』來看，顯然是相當的成功，昨日的消息顯示，大陸工程可能因無合格的小包合作而退出該標工程」（原審同上卷七六頁）；

㉓八十五年四月十一日聯合報報導「兩個集團同時找上大哥」（標題），其內文指稱「根據檢調機關調查，目前捲入圍標案的竹聯幫大哥，代表甲集團的是竹聯幫『二馬』、『鍾奎』等人。代表乙集團的是竹聯幫『白狼』一方人馬。雙方人馬原本已談妥」，「乙集團因『白狼』撐腰，被『么么』、『二馬』、『鍾奎』等人威嚇退出競爭，所以經由媒體捅出圍標案，企圖逼使中正機場二期航站裝修工程投標案廢標，重新洗牌」（見原審同上卷一四三頁）；

㉔八十五年四月二十一日聯合報報導「航站弊案大標客，立委公開點名」（標題），內文報導「鄭寶清表示，據內線消息指出，本次二期航站工程案，最初是由太平洋、互助營造、東怡營造、大陸工程及新亞五家營造商談妥。但中華工程公司不甘心屢受圍標，執意競標，而黨政關係豐沛的達新集團也以強勢作為參與競標，而引發一連串圍標角力」（見原審同上卷一四四頁）；同一日之工商時報亦有相同之報導（見同卷一四六頁）。

㉕八十五年四月二十八日自立早報報導「航站工程重重戒備順利完成開標—電視全程轉播四組廠商競爭，榮工處、開立公司低於底價得標」（標題），於內文指稱「此次投標廠商共有四組，包括為首的榮工處、太平洋建設公司、中華工程公司及大陸工程公司」，「交通部次長張家祝則表示，被調查局指明涉嫌圍標或綁標的公司或人士，昨日均未出席此項招標作業」（原審同上卷七七頁）

85八十五年四月二十八日經濟日報報導「航站工程順利決標」（標題）於內文指稱「昨天共有榮工處、中華工程、太平洋建設、大陸工程為首的四組廠商參與投標，最後由榮工處出線。二期航站工程日前因傳出黑道圍標及白道綁標，鬧得滿城風雨，在開標之前，檢調單位特別提供一份有圍標及綁標問題廠商的「黑名單」，供民航局過慮，包括峻國、中興電工、韜略等，不過這些廠商昨日並未出現，使近日神經緊繃的民航局官員鬆了一口氣」（見原審同上卷七九頁）。

86另於八十五年四月十日自立早報報導「檢調單位進行第二波約談，包括中華工程、中興電工、峻國集團、張姓及馮姓大哥都被列入重要關係人—知名企業、幫派大哥被點名介入圍標」；大成報於八十五年四月十五日報導「中正機場工程弊案，黑名單到手—陳帝國、王人達—收押、—交保」（以上見原審同上卷二一四、二一六頁）；

87而中正機場二期航站弊案涉嫌圍標之人即被告陳帝國於八十五年四月十六日，於調查局調查時供述：「王人達表示本件工程採聯合承攬，營建、水電、空調三大部分皆需要三家廠商共同投標，才能拿下此工程，他要我找營建廠商合作，至於渠本人則透過中興電工副處長邱發山找尋水電及空調廠商配合圍標，於是我們便分工進行，我曾找同順營造工程有限公司、承鴻營造股份有限公司、大陸工程股份有限公司、太平洋建設股份有限公司、雙喜營造股份有限公司等營造廠商，彼等表示可以考慮與我們配合承包此工程」；「八十五年四月一日下午馮在政應王人達之邀至達欣公司王某之董事長辦公室談論本件工程圍標事宜，馮在政詢問王某圍標之廠商是否已內定完成，王某表示目前營建、水電及空調部門已找妥同順、互助、大陸、太平洋、承鴻（營建），開立、漢唐、泰盛、榮電、中興（以上屬水電、空調）等公司配合，惟尚未內定推出那三組廠商來投標」，嗣於八十五年四月十八日於調查局調查時，陳帝國又稱：「我先後找同順營造公司、承鴻營造公司、大陸工程公司、太平洋建設公司、雙喜營造公司負責人或相關業務主管，詢問彼等是否願意合作本工程，渠等表示願意考慮配合」，是日於檢察官偵查中，陳帝國仍如是供述（以上筆錄見本院卷三二頁至四十頁）。

88由以上卷附之新聞剪報觀之，中正機場第二期航站裝修工程，確實因黑道圍標、白道綁標而引起社會極大之關注，在開標之前已有峻國建設之陳帝國遭收

押，且開標之日即八十五年四月二十七日，警戒重重，電視且全程轉播，工程開標如此得社會之關注，在我國社會確實少見，足證該次工程之競標，黑白兩道用力之深，可見一斑。又該案件經檢察官起訴後，經台灣台北地方法院以八十五年度訴字第一〇三九號，判決被告王人達、陳帝國均涉有恐嚇犯行，而判處有期徒刑，此亦有該刑事判決附於本院卷可稽（見本院卷二，第五三頁至八七頁），由該判決亦可知中正機場二期航站裝修工程確實有圍標情事。

(三)由上述報紙之報導，陳帝國之筆錄，台灣台北地方法院刑事判決等資料觀之，在全案起訴至法院而公開卷宗資料前，在偵查階段，各種傳聞甚多，而該案之重要關係人陳帝國更於八十五年四月十六日、四月十八日二度於調查局調查時供出與大陸工程商談圍標之事，並稱大陸工程願意考慮等語，而被告等所經營之亞洲週刊係於八十五年四月二十八日出刊，彼等所得取得之資料，既在檢察官偵查終結之前，自無可能取得較偵查機關更完備之資料，而亞洲週刊在上開報導中，亦提及大陸工程參與圍標，在時間關連上，除有立法委員鄭寶清所言可為參考外，並無其他報導可供參酌，由此可證，被告癸○○所言，亞洲週刊之記者確實有經過詢問、查證之手續當非空穴來風，至亞洲週刊之新聞來源，因被告癸○○不願透露，自無從了解其新聞來源是否包括檢調人員，但亞洲週刊之報導大陸工程有涉及參與圍標事，與八十五年四月十六、十八日陳帝國之供述內容無異，就發行當時言，亞洲週刊之報導內容尚非憑空指述。雖陳帝國於八十五年五月二日在調查局之調查時，翻異前詞，指稱八十五年四月一日以前，尚未與互助、大陸、太平洋等營造公司談妥等語（見本院卷二，一二九頁），惟此係亞洲週刊上開文章登載之後之事，不能苛責亞洲週刊及被告等知悉。

(四)至亞洲週刊於上開報導中指稱「大陸公司等競爭廠商心生不滿，不惜揭開內幕」，「『北港蔡』曾介入中正機場二航站裝修工程，他找大陸工程公司搭配，想主導競標。為整合其他廠商，大陸工程和信興機電遂邀請峻國建設副總經理馮在政出面協調」，「馮在政與大陸工程、太平洋建設及其他廠商協調後，決定讓太平洋這一組得標，其他營造廠陪標」，「在利益分霑不均的情況下，整個綁標圍標的內幕才由大陸工程向外掀開」，「殷之浩．．．挾其雄厚的黨政關係，使大陸工程在九年內主導市場，台灣的營建工程可說是與大陸工程關係密切的新

亞建設、太平洋建設、東怡營造等『外省企業』所壟斷」，「市場人士指出如概略加以區分，台灣營造業中的大陸工程、太平洋建設等老字號企業屬於舊勢力，和目前國民黨非主流派、在野勢力的淵源較深．．．隨著政情起伏，這些營建集團彼此間也產生微妙的變化」等，自訴人均認損害大陸公司、殷之浩之名譽云云，經查：

④有關前述「大陸公司等競爭廠商心生不滿，不惜揭開內幕」，「『北港蔡』曾介入中正機場二航站裝修工程，他找大陸工程公司搭配，想主導競標。為整合其他廠商，大陸工程和信興機電遂邀請峻國建設副總經理馮在政出面協調」，「馮在政與大陸工程、太平洋建設及其他廠商協調後，決定讓太平洋這一組得標，其他營造廠陪標」，「在利益分霽不均的情況下，整個綁標圍標的內幕才由大陸工程向外掀開」等報導，參諸前述報紙之報導中，已有立委指稱大陸工程涉入圍標，而陳帝國於調查局調查中亦指稱大陸工程有考慮參與圍標，另八十五年四月十一日聯合報亦報導「二馬」馮在政出面商談圍標之事，而前述報紙之報導亦有指大陸工程遭逼退，聯合報之報導亦有「威嚇退出競爭，所以經由媒體捅出圍標案」之報導，是以在消息充斥之環境下，亞洲週刊報導上開內情，尚難認係無中生有，應經過相當之查證。

⑤有關前述「殷之浩．．．挾其雄厚的黨政關係，使大陸工程在九年內主導市場，台灣的營建工程可說是與大陸工程關係密切的新亞建設、太平洋建設、東怡營造等『外省企業』所壟斷，也開啓了綁標、圍標的模式」，「市場人士指出如概略加以區分，台灣營造業中的大陸工程、太平洋建設等老字號企業屬於舊勢力，和目前國民黨非主流派、在野勢力的淵源較深．．．隨著政情起伏，這些營建集團彼此間也產生微妙的變化」等報導中，有關「外省企業」、「黨政關係雄厚」、「舊勢力」、「國民黨非主流」等，遍觀全遍文字，本院認均係分析台灣營建業有關政治立場之用詞用語，並無使人名譽受損之目的，「外省企業」固有省籍意識，但查台灣地區除選舉時，省籍有可能成為議題外，其餘時間省籍並無何意義，且當今企業之競爭力始為一般人注意之要點，省籍並不重要，故該等文字之運用，亦難認有使自訴人名譽受損之可能，況該文章中「外省企業」係與「本省勢力」相對，均無何特別之意義。至文章中所謂「壟斷」云云，只係指稱大陸

工程在承攬工程上有其一定之實力，若因之稱大陸工程可承攬國內所有之工程，亦未免違反常識，故該一用語，亦難認有損害自訴人之名譽。

㉔ 至上文中有所謂「也開啓了綁標、圍標的模式」，對照後文「諸如台北捷運系統等大小工程，就在大陸工程及其他協力廠商間輪來輪去」，所謂的綁標、圍標顯係指在大陸工程及其有協力關係之廠商間，相互合作，以分別得標取得工程言，此種現象在台灣工程界極為普遍，法院實務上亦常見，但亞洲週刊上開文章並未指涉大陸工程有使用暴力等不法之方式，故此等文字，尚難認對殷之浩先生之名譽有損。

㉕ 台灣各項公共工程之建設，品質不佳，迭遭國民詬病、質疑，而二期航站引起國民如此之爭議，係因該工程為國家之門面（機場），工程款如此之高（榮工處以五十九億六千三百五十萬元得標），黑道介入之深（如報導竹聯幫介入），使市場競爭機能完全喪失，不僅對正派廠商之經營不利，亦使國人認社會秩序蕩然無存，此種國家社會之損失，豈可以有價之金錢計算，然此時有公正的媒體深入報導，發揮導正社會價值之作用，撥亂反正，新聞自由之價值即在此，在二期航站弊案中，各項傳聞不斷，其中亦有指向自訴人大陸工程公司，亞洲週刊只是一媒體，無法深入調查該項傳聞係「實質的真實」，只能憑藉新聞媒體工作者之社會責任，努力了解真像，並向讀者報導，依前所述，其報導確有相當之依據（縱該依據嗣後不為司法機關所採納），自無理由認亞洲週刊報導之目的在毀損自訴人之名譽。

五、依前所述，本院認亞洲週刊上開報導之內容，雖亞洲週刊不願陳明消息之來源，而在有關中正機場二期航站弊案當中，自訴人大陸工程公司或未參加，但在整個案件過程中，確有涉及該案件之陳帝國曾供述自訴人大陸公司考慮參與圍標，立委鄭寶清亦公開發表自訴人大陸公司曾涉及參與圍標之事，是亞洲週刊上開報導不能謂全然無據，縱事後已經證明大陸公司並未參與，但本件亞洲週刊之報導係在案件發展過程中所為之報導，無法顧慮全案終局之結果，故亞洲週刊之報導顯非惡意杜撰之文章，雖可能不正確，但亞洲週刊並無司法調查權，無從要求彼等詳實調查，至自訴人一再指摘亞洲週刊未平衡報導一節，查上開文章之內容所指之公司甚多，均無平衡報導可言，參以前述亞洲週刊並無惡意，是亞洲

週刊對自訴人有無平衡報導於本件並無何影響，附此敘明。既無證據可證明被告等有惡意杜撰文章毀謗自訴人之故意，且上開二文章又非被告辛○○、戊○○二人所為，從而原審諭知被告等均無罪，核無不合，自訴人上訴指摘原判決不當為無理由，應駁回其上訴。

據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十八條，判決如主文。

中華民國八十九年一月十日

## 二、臺灣台北地方法院 88 年度易字第 97 號判決（資料來源：司法院法學資料檢索系統）

### 【判決內容】

公訴人 臺灣臺北地方法院檢察署檢察官

被告 乙○○

右列被告因誹謗案件，經檢察官提起公訴（八十七年度偵字第八七〇八號），本院判決如左：

### 主文

乙○○散布文字，對於已死之人，指摘足以毀損其名譽之事，處有期徒刑參月，如易科罰金，以參佰元折算壹日。

### 事實

一、乙○○係任職於臺北市○○○路○段一五一號十四樓之三獨家報導周刊社之記者，其於民國八十五年間，即因妨害名譽案件，經本院判處拘役四十日確定，甫於八十六年七月八日易科罰金執行完畢（未構成累犯），猶不知悔改。明知八

十七年四月十二日張建和遭人砍殺致死之命案發生時，其並未在案發現場，又明知其事後並未向張建和之父母張安樂、甲○○及其他張建和之友人查證，竟意圖散布於眾，以何翔為筆名，於八十七年四月十三日至同年月十八日間某日，在上址杜撰「白狼之子張建和死於非命兇耗驟至篇—變生肘腋、血濺五步、酒後啓釁、刀刀致命、竹聯四海惡夜空殺空、白狼愛子張建和魂斷漲停板」一文，內載：「……金華興、曾志傑、小呂三個人，外加兩個花枝招展的酒店公關小姐，站在小胖哥的銀灰色賓士轎車旁，研究是要續攤，還是眾人各自回家抱老婆，做鳥獸散？四個年紀輕輕的少年仔，可以揮金如土，一攤又一攤的喝個不停，還能夠擁有如此昂貴的代步工具，著實令旁人側目。是因為家裡有個凱子爹？還是年輕有為、智慧過人，才能在這『如狼似虎、殺機重重』的都市叢林之中，打下一片江山？『小胖』不是別人，他就是『白狼』的長子張建和。……幸好，白狼叫『白狼』，如果外號取成『白猴』、『紅龜』、『綠貓』、『黑虎』或是『黃狗』，恐怕就沒有今天這種局面。不相信嗎？竹子掛和白狼同輩份的『黃鳥』，聽過的人是不是比較少？……外表和身分，有著強烈的矛盾，張建和的個性，也是如此。『兄弟』的眼中，張建和非但『一點也不可愛』，而且還『非常可恨』。『X你娘咧！小胖？搖擺啥小！X你媽的X，卯起來沒大沒小的，擺個什麼機車臉？身邊有幾個小弟、看他老爸是白狼，他就屌了嗎？叫他去吃大蒜啦！』的確，談起『事情』來，小胖凶狠異常，『出手頗重』，幾乎是『誰都不買帳』，頗有乃父之風。平常溫文儒雅、知書達禮的他，靜如處子，要是『動』起來，恐怕就不是『脫兔』而已。這種矛盾而極具衝突的外表和個性，除了可能是肇因於『家庭因素』之外，別無其他解釋。『走啦走啦，再搞一攤啦，時間還早，你們不要急著去打炮嘛！到漲停板唱唱歌、吃完消夜再說。』……謝連富一行人和張建和等人也是一樣——一杯又一杯、一攤又一攤；……張建和、金興華並肩而行，兩人身側各有『一管』酒店馬子，一個用摟的一個用牽的一行人『搖擺』異常的走進『瑞皇大樓』，迎面碰上剛出電梯才五、六步的謝連富等人。兩批人馬不期相遇。走在謝連富前面的兩個人，閃開張建和等人，逕往大廈門口走去。而走在第三的謝連富，可能是『搬穿』了，恍恍惚惚之間，右肩猛然撞到金興華身上，頭也不回的繼續往前走。金興華目露凶光，回過頭來，惡狠狠的盯著謝連富，正要發作，卻聽到一旁

的張建和朝著對方大吼一聲：『幹』。酒後的謝連富，被人這麼一『幹』，酒意『幹』醒了一半，掉過頭來，橫眉豎目的大聲以台語說：『你們兇什麼兇？』……『事主』張建和如果此時不動手，恐怕以後也不用再提白狼兩個字，所以想都沒想，也提拳衝了上去……」等詞，並將此一對已死亡之張建和道德形象、人格評價均具負面貶抑之不實載敘，刊登於獨家報導周刊社發行之獨家報導周刊第五〇六期（八七年四月十九日至四月二十五日）第二十九頁至第三十一頁予以指謫並散布，足以毀損張建和之名譽。二、案經被害人張建和之母甲〇〇訴請臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

### 理由

一、訊據被告乙〇〇固坦承有以何翔為筆名撰寫及刊登上開報導等情不諱，然矢口否認有何誹謗犯行，辯稱：「白狼」之子張建和命喪街頭，係屬轟動社會之新聞事件，該案發生後，伊基於職責，奉命採訪，除親往林森北路命案現場，仔細勘查地形、詢問當地民眾，俟兇手緝捕到案，更至警局調閱相關筆錄及證物，同時廣泛蒐集全國媒體之相關報導，資料可謂鉅細靡遺，且有訪談張建和友人，報導前均有經過相當查證，亦有作平衡報導，雖有打電話問過張安樂，但未連絡到；且其所為報導，未毀損張建和名譽；再其所為之報導為「新新聞學」，係透過記者之採訪，融合創造力及想像力，以小說筆法報導新聞，並非誹謗云云。

（一）經查，右揭犯罪事實，業據告訴人甲〇〇迭於檢察官偵查、本院調查中指訴綦詳，有其筆錄在卷可憑，並有獨家報導周刊第五〇六期（八七年四月十九日至四月二十五日）一本扣案可佐；而被害人張建和確於八十七年四月十二日被殺身亡，亦經臺灣高等法院八十八年度上重更（一）字第三〇號刑事判決認定屬實，有該判決一紙存卷足據。

（二）次查，被告於系爭報導中所撰述之被害人張建和之生平、個性、八十七年四月十二日鬥毆過程及各相關人之對話等，俱與事實有違乙節，已經證人即與被害人張建和熟識之友人劉光治、陳銘豐，及八十七年四月十二日亦在案發現場之金華興等人於檢察官偵查中結證屬實，有各該筆錄在卷可參，並有該命案發生當時之錄影帶暨本院勘驗筆錄、案發後各大媒體之相關報導影本及臺灣高等法

院八十八年度上重更（一）字第三〇號刑事判決一紙附卷足查。而被告非但迄未能舉出任何其有相當理由確信報導內容為真實之證據，且直承於撰寫上開文章之前，未曾採訪告訴人即被害人之母甲○○、父張安樂；復不否認該文中各人之對話內容係屬杜撰，足徵被告明知該文所載內容與事實不符，所辯係經過查證所而為平衡報導云云，顯係卸責之詞，不足採信。

（三）再查，揆之系爭報導所載內容，客觀上易使不特定讀者誤認被害人張建和於八十七年四月十二日係因沉湎酒色、逞兇鬥狠而導致被殺身亡，對於被害人張建和之人格、社會地位、道德形象，洵屬負面、貶抑之評價，衡情自足以貶損、毀壞被害人張建和之名譽，甚為彰顯。被告猶以所為之報導未損及被害人張建和名譽云云置辯，尚無足採。

（四）至被告辯稱：其所為報導係屬「新新聞學」，容許記者在報導中投入新聞事件，作主觀的敘述，可以一幕接一幕的情節或對話式的內容作鋪陳與描寫，以彰顯主題，無涉誹謗云云。然按，我國憲法第十一條關於「人民有出版之自由」之規定，學說咸認所謂出版自由亦涵蓋新聞自由於內，而認新聞自由同為憲法所保障之一種基本權利，固屬的論。矧之憲法所以保障新聞自由，端在保障新聞媒體之獨立性與完整性，使新聞媒體得於本諸事實披露真相，滿足人民知之欲望與權利，庶免媒體於意見表達前因疑懼其表達遭致處罰而先行「自我事前檢查」，甚或造成所謂「寒蟬效果」（chilling effect）。然憲法所保障之新聞自由並非絕對之自由，亦非漫無限制，是我國刑法為兼顧維護個人隱私權不受不合理之侵害，對於新聞自由亦限制不得逾越一定程度而侵及人民之隱私權，是新聞自由於關涉他人隱私權保護範圍內，應受合理之約束與規範，而其報導內容尤應為「真實之陳述」，如其報導內容非屬「真實之陳述」，又無相當理由確信其為之真實，而達於以文字誹謗他人名譽之程度，自非不得律以誹謗罪，此於任何形式之新聞報導皆然，「新新聞學」之撰寫方式，自無例外之理。又「『新新聞學』是指用小說筆法，來寫新聞報導。它融合小說的創造想像力，及新聞記者的採訪技巧，一反新聞過分依賴新聞來源（news sources）提供消息的傳統，由記者到新聞發生的現場，深入觀察，並作詳盡的分析。它所重視的是寫作的格調與描寫的品質。它容許記者在報導中投入新聞事件，作主觀的敘述，而非傳統的只能置身事外，

作客觀的報導」、「記者理應可以依賴某些主觀性的創作技巧，例如以一幕接一幕的情節，對話式的內容，個人或綜合觀點的鋪陳與情況細節的描寫等，以彰顯主題」，此有卷附被告所提之李茂政著，正中書局七十六年八月八日出版之「當代新聞學」第二四三頁、第二四四頁影本所載內容可稽。由是觀之，所謂「新新聞學」僅係容許記者於新聞報導時得以小說筆法撰寫，並作主觀性之敘述，非謂記者即可徒憑己意憑空捏造、虛構不實情節；且此際猶須注意兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，自屬當然，庶免因記者主觀之好惡而貶損他人名譽。查本件系爭報導不惟內容不實，已如前述，且通觀該篇文章，遣詞用字，語多嘲諷、調侃，字裡行間，亦不乏煽情、渲染之詞，難謂被告無貶損被害人張建和之事實及惡意，自難以「新新聞學」為由解免本件罪責之成立。

(五)此外，被告所撰寫之系爭報導涉及被害人張建和之名譽，且如前所述其有誹謗之惡意，顯見被告所為上開指摘，非基於善意所為，再核其內容，亦無「一、因自衛、自辯或保護合法之利益者，二、公務員因職務而報告者，三、對於可受公評之事，而為適當之評論者，四、對於中央或地方議會或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述者。」等刑法第三百十一條所定之阻卻違法事由，要屬無疑。綜上所述，被告辯解不足採信，罪證明確，犯行堪資認定。二、核被告所為，係犯刑法第三百十二條第二項誹謗死者罪。公訴人認被告所為係犯同法第三百十條第二項誹謗罪，容有未當，惟因二者之基本社會事實同一，本院自得就起訴誹謗死者之犯罪事實，變更檢察官所引之法條，應予敘明。爰審酌被告身為專業之新聞記者，明知媒體傳播之效應既深且廣，猶對未經查證虛實之內容予以撰文刊登，足生貶損被害人名譽之危害，且其曾於八十五年間，即因妨害名譽案件，經本院判處拘役四十日確定，甫於八十六年七月八日易科罰金執行完畢（未構成累犯），有臺灣高等法院檢察署刑案紀錄簡覆表一紙在卷可按，猶不思謹慎，及其犯罪之動機、目的、手段、犯罪後之態度等及一切情狀，量處如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準，以示懲儆。

三、公訴意旨另略以：被告乙○○意圖散布於眾，於前揭報導中，撰寫：「……『不如叫他小白狼』張安樂曾對妻子說『小胖這名字，似乎有點太俗氣了！』」這樣的建議，對別人祇不過是『建議』，但對甲○○來說，卻是一把銳利無比劍。

『少嚕嗦』祇要是任何觸及到黑社會的事情，總會讓甲○○情緒反應激烈。『想都別想、什麼小白狼？我還大黑狗咧！你想讓你兒子跟你一樣去混兄弟是不是？』……」等語，指謫足以毀損告訴人甲○○之名譽之事，因認被告此部分另涉有刑法第三百十條第二項誹謗罪嫌云云。按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實，刑事訴訟法第一百五十四條定有明文。詰之被告堅決否認有誹謗告訴人甲○○之犯行，辯稱：該文字係傳達告訴人反對張建和混流氓，也反對取綽號，是一知書達禮、循規蹈矩之好母親，非誹謗之意等語。經查，被告所寫上開文章，其對話內容固然不實，用語或有不妥，惟其旨在敘述告訴人甲○○反對其子即被害人張建和追隨其父張安樂加入幫派，客觀上尚難認有何詆毀告訴人甲○○人格之意，再參以且該篇報導之「主角」係被害人張建和，涉及告訴人甲○○部分者，甚為有限，被告辯稱無誹謗告訴人之意，尚堪採信，就此部分，尚難逕以誹謗罪之刑責相繩。此外，本院復查無其他積極證據足認被告有告訴人所指此部分之誹謗犯行，本應為無罪之諭知，惟此部分若有罪，與前揭論罪部分，有想像競合犯之裁判上一罪關係，爰不另為無罪之諭知，併此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第二百九十九條第一項前段、第三百條，刑法第三百十二條第二項、第四十一條，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，判決如主文。

中華民國八十九年十二月十五日

### 三、臺灣高等法院 89 年度上易字第 871 號判決（資料來源：司法院法學資料檢索系統）

#### 【判決內容】

上訴人即被告 甲○○

右上訴人因妨害名譽案件，不服臺灣臺北地方法院八十八年度易字第三二六三號，中華民國八十九年一月二十五日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署八十八年度偵字第一一四八五號），提起上訴，本院判決如左：

### 主文

上訴駁回。

### 事實

一、甲○○於民國（下同）八十八年五月四日上午十時四十分許，在台北市○○路一三一號臺灣台北地方法院民事第十一法庭內，就公開辯論之臺灣台北地方法院八十六年度重訴字第七三七號民事損害賠償案件，關於龔○○（八十二年十二月二十一日死亡）、葉○○於泉泰建設股份有限公司之股份等情為證人作證之際，竟出言指稱「此人此公司負責人及他的子女為奸商、惡寇」，而公然以客觀上足以貶抑人格社會、經濟地位評價之言詞對於以死亡之龔琅生為侮辱。

二、案經龔○○之子乙○○訴請臺灣台北地方法院檢察署偵查起訴。

### 理由

一、訊據上訴人即被告甲○○供承其於前揭時、地有公然出言陳稱「此人此公司負責人及他的子女為奸商、惡客」等語，惟矢口否認有何公然侮辱死者龔琅生之犯行，辯稱：伊係以閩南語說「惡客」，並非「惡寇」，無任何侮辱之意，且伊所稱之「此人、此公司負責人」乃指現任公司負責人乙○○，因不知乙○○未結婚，才說「他的子女」，伊是被污辱後才回話，伊並無侮辱龔○○之意云云。

二、經查：

（一）右揭事實，業據告訴人乙○○指訴綦詳，並經原審依職權調取原審八十六年度重訴字第七三七號案卷查閱無訛，有該案八十八年十一月十六日筆錄影本一份附卷可稽（見原審卷第二十二至二十五頁）。復經原審當庭勘驗該案八十八年十一月十六日被告出庭作證時當次開庭錄音帶，勘驗結果呈：被告甲○○初就葉○○是否為泉泰建設股份有限公司股東一事為陳證數句後，後段即完全針對龔

OO 於公司股份、出資、經營一事為證述，最後於該案審理法官請求為最後證詞之補充時，出言：「此人此公司負責人及他子女可說是一個奸商惡寇」等情查證屬實，此有原審八十九年一月四日、檢察署八十八年八月二十六日勘驗筆錄在卷足憑（見偵查卷第十三、十四頁，原審卷第三十二字三十九頁）。綜觀該日被告甲○○證述全旨，及一般人用語習慣：

1. 「此人」及「『他』子女」中之「他」應係指同一人，而以被告所知告訴人乙○○並無子女等情相參，堪認被告所稱之「此人」即係指「龔 OO」。
2. 且以被告當日證述中所習稱之泉泰建設股份有限公司董事長係指「龔 OO」，並非公司之現在負責人「乙○○」，是被告最後出言所指之「此公司負責人」，應係「龔 OO」。
3. 被告出言陳稱：「此人此公司負責人及他的子女可說是一個奸商惡寇」全句乃國語連貫，一口氣完成，以一般人陳述習慣，實無於語尾與「奸商」二字並列之名詞，再行穿插與前名詞相異之閩南語之理。
4. 且細究其義，閩南語之「惡客」乃惡劣客人之意，實與同句之「奸商」一詞之奸詐商人等語義相反，難為並列，故被告辯稱「惡客」為閩南語、所罵之人為告訴人乙○○等語，顯係卸責狡辯之詞。

(二)「奸商惡寇」一詞，在一般客觀之社會評價上，顯然具有貶抑他人人格之作用，且用以辱罵從商之人，就其商業信譽等一般之經濟地位評價亦有損貶。被告以該等言詞辱罵告訴人之父龔 OO，實難認其對於該等言詞足以貶抑告訴人之父人格、經濟地位一事毫無認知，且被告既係於案件開庭審理時，在法官、書記官、錄事、庭丁、法警及其他不特定訴訟當事人得以共見共聞之情形下，當庭辱罵「奸商惡寇」，尤難認其毫無公然侮辱之意欲。其辯稱並無公然侮辱犯意云云，顯屬事後卸飾之詞，委無足採。

(三)綜上所述，本件事證已臻明確，被告犯行洵堪認定。

三、核被告所為，係犯刑法第三百十二條第一項之侮辱死人罪。原審因而援引刑法第三百十二條第一項、第四十二條第二項，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條之規定，並審酌被告犯罪動機、目的、手段、所生危害及犯罪後飾詞圖卸之態度等一切情狀，量處罰金陸佰元，並諭知以參佰元折算一日之易服勞役

折算標準，認事用法核無違誤，所處之刑亦屬適當，被告上訴仍執前詞否認犯行，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十八條，判決如主文。

中華民國八十九年五月八日

#### 四、臺灣台北地方法院 96 年度自字 133 號判決（資料來源：司法院法學資料檢索系統）

##### 【判決內容】

自訴人 乙○○

自訴代理人 章○○律師

被告 甲○○

選任辯護人 王○○律師

上列被告因誹謗案件，經自訴人提起自訴，本院判決如下：

##### 主文

甲○○無罪。

##### 理由

一、自訴意旨略以：被告甲○○於民國九十六年二月二十八日在參加義光教會「林宅血案」二十七週年追思禮拜後，表示二十七年前之「林宅血案」與六十年前之二二八事件，同樣都是因獨裁政權威權統治，兇手都是蔣介石等語。被告甲○○身為執政黨主席，言行對社會大眾深具影響力，卻在媒體前發言，扭曲事實，將六十四年去世之蔣介石誣指為發生在六十九年「林宅血案」之兇手，

影響社會大眾觀感，毀損自訴人乙○○之祖父名譽，因認被告甲○○涉犯刑法第三百十二條第二項之誹謗死者罪嫌等語。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第一百五十四條第二項、第三百零一條第一項分別定有明文。次按刑法誹謗罪係以意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，為其成立要件。行為人所指摘或傳述之事，必須具有足以損害被指述人名譽之具體事件內容，始有誹謗行為可言。而行為人所指摘或傳述之事是否「足以毀損他人名譽」，應就被指述人之個人條件以及指摘或傳述內容，以一般人之社會通念為客觀之判斷。須行為人所指摘或傳述之具體事實，足以使被指述人在社會上所保有之人格及聲譽地位，因行為人之惡害性指摘或傳述，使之有受貶損之危險性或可能性方屬之。惟名譽究有無毀損，非單依被害人主觀上之感情決定之，實應依社會客觀之評價，對其人之真實價值是否已受貶損而決定之。

三、再者，言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。刑法第三百十條第一項及第二項針對以言詞或文字、圖畫而誹謗他人名譽者之誹謗罪規定，係為保護個人法益而設，以防止妨礙他人之自由權利，符合憲法第二十三條規定之意旨。至同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰之規定，則係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。又刑法第三百十一條規定：「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：一、因自衛、自辯或保護合法之利益者。二、公務員因職務而報告者。三、對於可受公評之事，而為適當之評論者。四、對於中央及地方之會議或法院或公眾集

會之記事，而為適當之載述者。」係法律就誹謗罪特設之阻卻違法事由，目的即在維護善意發表意見之自由，亦不生牴觸憲法問題，此有司法院大法官會議釋字第509號解釋文及解釋理由書可參。是以，行為人所為言論，是否有前述免責事由存在，應依下述各點衡量之：

(一)行為人就其發表非涉及私德而與公共利益有關之言論所憑之證據資料，至少應有相當理由確信其為真實，即主觀上應有確信「所指摘或傳述之事為真實」之認識，倘行為人主觀上無對其「所指摘或傳述之事為不實」之認識，即不成立誹謗罪。惟若無相當理由確信為真實，僅憑一己之見逕予杜撰、揣測、誇大，甚或以情緒化之謾罵字眼，在公共場合為不實之陳述，達於誹謗他人名譽之程度，即非不得以誹謗罪相繩。此與美國於憲法上所發展出的「實質惡意原則(或稱真正惡意原則，*actual malice*)」，大致相當。而所謂「真正惡意原則」係指發表言論者於發表言論時明知所言非真實，或因過於輕率疏忽而未探究所言是否為真實，則此種不實內容之言論即須受法律制裁。準此，是否成立誹謗罪，首須探究者即為行為人主觀上究有無相當理由確信其所指摘或傳述之事為真實之誹謗故。

(二)「言論」在學理上可分為「事實陳述」及「意見表達」二者。「事實陳述」始有真實與否之問題，「意見表達」或對於事物之「評論」，因屬個人主觀評價之表現，即無所謂真實與否可言。而自刑法第三百十條第一項規定：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪」、第三項前段規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」等文義觀之，所謂得證明為真實者，唯有「事實」。據此可徵，我國刑法第三百十條之誹謗罪所規範者，僅為「事實陳述」，不包括針對特定事項，依個人價值判斷所提出之主觀意見、評論或批判，此種意見表達應屬同法第三百十一條第三款所定之免責事項，亦即所謂「合理評論原則」之範疇。是就可受公評之事項，縱批評內容用詞遣字尖酸刻薄，足令被批評者感到不快或影響其名譽，亦應認受憲法之保障，不能以誹謗罪相繩，蓋維護言論自由俾以促進政治民主及社會健全發展，與個人名譽可能遭受之損失兩相權衡，顯有較高之價值。易言之，憲法對於「事實陳述」之言論，係透過「實質惡意原則」予以保障，對於「意見表達」之言論，則透過「合理評

論原則」，亦即「以善意發表言論，對於可受公評之事為適當評論」之誹謗罪阻卻違法事由，賦與絕對保障。

(三)又刑法第三百十一條所謂「可受公評之事」，則指與公眾利益有密切關係之公共事務而言。故行為人所製作有關可受公評之事之文宣內容或公開發表之意見，縱嫌聳動或誇張，然其目的不外係為喚起一般民眾注意，藉此增加一般民眾對於公共事務之瞭解程度。因此，表意人就該等事務，對於具體事實有合理之懷疑或推理，而依其個人主觀之價值判斷，公平合理提出主觀之評論意見，且非以損害他人名譽為唯一之目的者，不問其評論之事實是否真實，即可推定表意人係出於善意，避免人民因恐有侵害名譽之虞，無法暢所欲言或提供一般民眾亟欲瞭解或參與之相關資訊，難收發揮監督公務員或公眾人物之效。

四、自訴意旨認被告甲○○涉犯誹謗罪嫌，無非以自訴人提出聯合報、蘋果日報、臺灣時報、中華日報、眾聲日報之報紙報導等，為其主要論據。

五、訊據被告固坦承曾於前揭時地陳述二十七年前之「林宅血案」與六十年前之二二八事件，同樣都是因獨裁政權威權統治，兇手都是蔣介石等語，惟堅決否認有何誹謗死者之犯行，並辯稱：伊陳述係指二十七年前之「林宅血案」與六十年前之二二八事件的發生原因，都是因為獨裁政權威權統治所致，而獨裁政權威權統治是蔣介石創設下來的，所以伊說兇手等於是蔣介石，重點在於獨裁政權威權統治的制度殺人，而非指蔣介石自己去殺人，伊所為陳述係基於三段論法所為推論，且「林宅血案」與二二八事件都是歷史上之不幸事件，且為政治事件，本得基於歷史脈絡，就蔣介石對該二不幸事件有無政治及歷史責任而為評論，伊之發言係基於善意而對可受公評事項發表評論，屬於憲法對言論自由之保障範圍等語。經查：被告曾於九十六年二月二十八日在義光教會參加「林宅血案」二十七週年追思禮拜後，表示二十七年前之「林宅血案」與六十年前之二二八事件，同樣都是因獨裁政權威權統治，兇手都是蔣介石等語之事實，業據被告於本院審理時自承在卷，核與自訴人所提出之前開聯合報等報紙報導被告之發言內容相符，故被告曾為前揭陳述等情，首堪認定。再查，由二二八事件發生時以迄六十四年蔣介石先生逝世時止，蔣介石先生均係政府之最高領導人，且其間臺灣地區戒嚴長達數十年，並因實施戒嚴之緣故，而未能進入正常政黨政治而屬威權體

制，乃屬公眾所週知。復審酌二二八事件與「林宅血案」之性質，同屬歷史上之不幸事件，且均有無辜婦孺無端喪命，該二事件之發生原因向為輿論所關注，迄今雖仍未有定論，但客觀上就該二事件之發生原因及責任歸屬，顯係可受公評之事項，要無疑義。繼查，二二八事件發生時，正值大陸地區剿匪戰事急迫，蔣介石先生於二二八事件發生前後，並未身處臺灣地區，而均在大陸地區，故歷來探討二二八事件時，均著重蔣介石先生就二二八事件之發生及其後派軍赴臺實施清鄉行動有無政治或歷史責任，而無敘及蔣介石先生於二二八事件中有無親自前來臺灣地區乙節，再者，蔣介石先生係於六十四年即已辭世，早於「林宅血案」發生日已有數年之久，客觀上應無誤認蔣介石先生係親自著手「林宅血案」之可能，從而本院細繹被告前揭於義光教會（即「林宅血案」之發生地點）之發言內容，被告顯係在悼念「林宅血案」之喪生者時，就二二八事件及「林宅血案」之發生原因及責任歸屬而為評論，且依其發言內容以觀，被告係著重於論述威權時代下該二不幸事件與社會體制之關聯性，並無指摘蔣介石先生即係著手實施者之意，且客觀上亦無使社會一般大眾因而產生誤認混淆之虞。

六、未查，蔣介石先生長期擔任政府之領導人，向為全民注目之焦點，確為公眾人物無訛。是其名譽權之保障與非公眾人物之常人相較，當受較嚴格之限制，又關於被告所陳述二二八事件及「林宅血案」發生原因及責任歸屬之言論，事涉無辜婦孺性命而為輿論所長期探討，而屬公眾事務，當為可受公評之事。又被告為政治人物，所為與公眾事務相關之陳述，乃係基於其個人之判斷而為評論，並非以損害他人名譽為主要目的，應可推定其所為之陳述乃出於善意，並對可受公評之事為合理評論，以期發揮時政針砭之目的，應為不罰。綜上，被告係基於善意而為合理之評論，係屬意見表達之範圍，而與事實陳述無涉。且上開言論與公眾事務相關，均屬可受公評之事，且未逾越合理評論之範圍，應受憲法之保障，俾以維護言論自由進而促進政治民主及社會健全發展，而有刑法第三百十一條第三款阻卻違法事由之適用。此外，復查無其他積極證據足證被告涉有自訴意旨所指之犯行，揆諸前揭說明，自應為被告無罪判決之諭知。

據上論斷，應依刑事訴訟法第三百四十三條、第三百零一條第一項，判決如主文。

中華民國九十六年十月二十六日

## 五、司法院大法官釋字第 509 號解釋（資料來源：司法院法學資料檢索系統）

### 【解釋文】

言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。刑法第三百十條第一項及第二項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第二十三條規定之意旨。至刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。就此而言，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無抵觸。

### 【理由書】

憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。惟為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由尚非不得依其傳播方式為適當限制。至於限制之手段究應採用民事賠償抑或兼採

刑事處罰，則應就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能、媒體工作者對本身職業規範遵守之程度及其違背時所受同業紀律制裁之效果等各項因素，綜合考量。以我國現況而言，基於上述各項因素，尚不能認為不實施誹謗除罪化，即屬違憲。況一旦妨害他人名譽均得以金錢賠償而了卻責任，豈非享有財富者即得任意誹謗他人名譽，自非憲法保障人民權利之本意。刑法第三百十條第一項：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金」，第二項：「散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金」係分別對以言詞或文字、圖畫而誹謗他人者，科予不同之刑罰，為防止妨礙他人自由權益所必要，與憲法第二十三條所定之比例原則尚無違背。刑法第三百十條第三項前段規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」，係以指摘或傳述足以毀損他人名譽事項之行為人，其言論內容與事實相符者為不罰之條件，並非謂行為人必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。就此而言，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。刑法第三百十一條規定：「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：一、因自衛、自辯或保護合法之利益者。二、公務員因職務而報告者。三、對於可受公評之事，而為適當之評論者。四、對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述者。」係法律就誹謗罪特設之阻卻違法事由，目的即在維護善意發表意見之自由，不生牴觸憲法問題。至各該事由是否相當乃認事用法問題，為審理相關案件法院之職責，不屬本件解釋範圍。

### 【協同意見書：蘇俊雄大法官】

多數意見通過的解釋文，對刑法第三一〇條第三項就誹謗罪所設定之客觀處罰條件做了進一步的合憲法律解釋，從而肯定刑法第三一〇條處罰誹謗行為之立法，尚符合憲法第十一條及第二十三條規範意旨；就此解釋結論，本席亦表贊同。

惟對國家一方面必須保障言論自由，而他方面又必須滿足對人民人格名譽權益加以適當保護之義務要求的兩難情況下，對於此際所面臨的「基本權衝突」問題，究應如何解決？這項課題於立法上及法律的解釋適用上，又應如何考量？就此多數意見通過的解釋文及解釋理由，於論理說明上恐未盡明確。另查言論自由，就個人之自我實現以及政治社會生活的活潑發展而言，均至關重大，理應於立憲法秩序下，受到最大限度之保障；從而，針對限制言論自由（特別是言論內容）之法規範的違憲審查，自應採取最為嚴格之審查標準，俾確保此項規範意旨之貫徹。不過，系爭的法律規範因另涉及基本權衝突問題的價值權衡，基於功能法的考量，釋憲機關恐仍應適度尊重具有民主正當性之立法者所為的價值權衡；故本案於審查標準的擇取上乃必須有所修正。可惜對於此項基本審查立場，多數意見未能於解釋理由中適切闡明，致令本件解釋致力探求在權益平衡下賦予言論自由最大保障之苦心美意，恐難為社會大眾所明確感知，甚或懷疑大法官保護言論自由之用心不足。為填補上述二點缺憾，爰提出協同意見書，補充說明如次：

一 憲法保障言論自由之基礎理論多數意見通過的解釋文，認言論自由有個人實現自我、促進民主政治、實現多元意見等多重功能；對此項憲法保障言論自由之基礎理論說明，本席亦表贊同。惟解釋文中另強調之促進「監督」政治、社會公意的功能，此對媒體來說，固不無促進新聞公正報導的作用，但是就人民意見表現之自由而言，恐引起誤導，尚有予以澄清的必要。蓋言論自由既攸關人性尊嚴此項憲法核心價值的實現，在多元社會的法秩序理解下，國家原則上理應儘量確保人民能在開放的規範環境中，發表言論，不得對其內容設置所謂「正統」的價值標準而加以監督。從而針對言論本身對人類社會所造成的好、壞、善、惡的評價，應儘量讓言論市場自行節制，俾維持社會價值層出不窮的活力；至如有濫用言論自由，侵害到他人之自由或國家社會安全法益而必須以公權力干預時，乃是對言論自由限制的立法考量問題，非謂此等言論自始不受憲法之保障。故若過份強調其監督政治、社會活動的工具性功能，恐將讓人誤以為憲法已對言論內容之價值做有評價，甚至縮限了對於言論自由的理解範圍。準此，吾人固不否定言論自由確實具有促進政治社會發展之功能，但是應注意並強調憲法保障言論自由之意旨，並不受此項工具性思考所侷限，更不應為其所誤導。

## 二 基本權之衝突及其解決之道

憲法保障的不同基本權之間，有時在具體事件中會發生基本權衝突—亦即，一個基本權主體在行使其權利時，會影響到另一個基本權主體的基本權利實現。基本權利之間發生衝突時，也就是有兩種看起來對立的憲法要求（對不同基本權的實現要求）同時存在；此時，必然有一方之權利主張必須退讓，方能維持憲法價值秩序的內部和諧。由於憲法所揭示的各種基本權，並沒有特定權利必然優先於另外一種權利的抽象位階關係存在，故在發生基本權衝突的情形時，就必須而且也只能透過進一步的價值衡量，來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。就此，立法者應有「優先權限」（Vorrang）採取適當之規範與手段，於衡量特定社會行為態樣中相衝突權利的比重後，決定系爭情形中對立基本權利實現的先後。而釋憲者的職權，則在於透過比例原則等價值衡量方法，審查現行規範是否對於相衝突的基本權利，已依其在憲法價值上之重要性與因法律規定而可能有的限制程度做出適當的衡量，而不至於過份限制或忽略了某一項基本權。至於在個案適用法律時，行政或司法機關亦應具體衡量案件中法律欲保護的法益與相對的基本權限制，據以決定系爭法律的解釋適用，追求個案中相衝突之基本權的最適調和。由誹謗行為所引起的社會爭議，基本上便是一種典型的基本權衝突問題；蓋此際表意人所得向國家主張之言論自由防禦權，會與人格名譽受侵害者所得要求國家履行的基本權保護義務，發生碰撞衝突。面對此項難題，立法者一方面必須給予受到侵擾的人格名譽權益以適當之保護，滿足國家履行保護義務的基本要求，他方面亦須維持言論自由的適度活動空間，不得對其造成過度之干預限制。而在社會生活型態多樣的情況下，如何妥慎區分不同的生活事實以進行細緻之權衡決定，更是此項基本權衝突能否獲致衡平解決的重要關鍵。

## 三 針對刑法第三一〇條之違憲審查與合憲解釋

基於上述的理解，對於刑法第三一〇條以下有關誹謗行為之處罰規定，我們可以析繹出立法者就此所為的三項基本權衡決定：

（一）立法者首先選擇以刑法規範機制—此種干預強度較大的方式，來保護人民的人格名譽權益，使人格名譽受到侵擾之人民，得以請求國家以刑罰方式制裁相對人，而非僅透過民事賠償制度解決其間之紛爭。

(二) 立法者藉由第三一〇條客觀處罰條件之規定，進一步設定了誹謗罪的可罰性範圍。簡言之，其係以言論事實陳述的「真實性」以及「公共利益關連性」兩項標準，對於此際所涉及的基本權衝突情形做了類型區分，並分別做了不同的價值權衡。從而，於言論人所為的事實陳述係真實且與公共利益相關時，基於此際言論自由之保護應優先於人格名譽權益維護之價值權衡，立法者特將之排除於誹謗罪之處罰範圍外；而在所為事實陳述不真實或雖真實但僅涉及私德而與公共利益無關的情形，立法者則認為此際的人格名譽權益重於言論自由之價值，故此際侵犯到他人人格名譽法益之言論表現，必須受到刑法之制裁。

(三) 立法者另於第三一一條設定多項阻卻違法事由，使法院得據以於個案中就可能的基本權衝突情形，於違法性的判斷上做進一步的衡量決定。上述立法者所為的權衡決定，固然履行了國家對於人民人格名譽權益的保護義務，並且具備憲法第二十三條就國家限制人民基本權利（言論自由）時所要求的目的正當性；可是其是否已對言論自由造成過度的，不必要的干預限制，毋寧仍存有相當的違憲疑義。就此，本席同意多數意見的看法，認為單從立法者選取刑法規範約制人民言論自由之作法本身，尚無法推導出系爭規範已過度干預言論自由之違憲結論。因為做為可能之替代方案的民事損害賠償制度，固在干預強度上較為輕微，可是其是否可達到與刑法保護法益相同的有效性強度，尚非無疑義。有關誹謗行為是否應予除罪化的問題，因此仍應尊重立法者於衡量政治、社會、文化等各種情狀後所為的政策決定，而無法逕由釋憲機關代為決定。然而，本席必須強調，如果系爭規範並未針對不同類型的生活事實做出妥慎的衡量決定—亦即未將誹謗罪之處罰範圍限定於必要的範圍內，則該規範仍屬過度侵犯人民之言論自由，而應受違憲的評價。對此，本席認為立法者以事實陳述之「真實性」以及「公共利益關連性」兩項基準進行權衡的作法及其結論，固然具有一定的合理性；但是如過分執著於真實性的判別標準或對真實性為僵硬之認定解釋，恐將有害於現代社會的資訊流通。蓋在社會生活複雜、需求快速資訊的現代生活中，若要求行為人（尤其是新聞媒體）必須確認所發表資訊的真實性，其可能必須付出過高的成本，或因為這項要求而畏於發表言論，產生所謂的「寒蟬效果」（chilling effect）。無論何種情形，都會嚴重影響自由言論所能發揮的功能，違背了憲法保障言論自由

的意旨。另一方面，如果進而將第三一〇條第三項之規定，解釋為行為人必須負證明所言確為真實的責任，更無異於要求行為人必須證明自己的行為不構成犯罪，亦違反了刑事法上「被告不自證己罪」的基本原則。為避免上開違憲狀態之發生，吾人實應對第三一〇條之處罰範圍做嚴格之認定，而對第三一〇條第三項規定，做取向於合乎憲法意旨的解釋。從而，所言為真實之舉證責任不應加諸於行為人，法院對於系爭言論是否為真實仍有發現之責任；並且對於所謂「能證明為真實」其證明強度不必至於客觀的真實，只要行為人並非故意捏造虛偽事實，或並非因重大的過失或輕率而致其所陳述與事實不符，皆應將之排除於第三一〇條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。在對相關的刑法規定做出限縮解釋後，本席方得出現行關於誹謗罪之規定，乃為保護人格權而對特定類型言論所為之必要限制，因而與憲法第十一條、第二十三條並無抵觸。

#### 四 法院衡平之裁量責任

最後，在對系爭規定做出合憲認定之後，本席仍不辭贅言地要提醒相關機關（包括檢察官與法院等），其亦有責任在個案的法律適用中，貫徹憲法對言論自由高度保障之意旨。除了對於刑法第三一〇條之解釋適用，應依前述解釋意旨嚴格認定誹謗罪之處罰範圍外，更須審慎衡量個案中是否具備第三一一條所提示之阻卻違法事由及其他可能之超法規事由，俾於權益衡平之前提下，確保言論自由之最大活動空間。爰提協同意見書如上。

#### 【協同意見書：吳庚大法官】

本件解釋開宗明義揭櫫言論自由對建立民主多元社會有無可替代之功能，憲法應予以最大限度之保障。惟基於諸多因素，大法官盱衡現階段社會發展實際情況，並未採納時論甚囂塵上之誹謗除罪化主張，而對刑法第三百十條誹謗罪之構成要件該當性作限縮解釋，在此一前提之下，認為上開刑法條文符合憲法第二十三條之比例原則，與憲法保障言論自由之意旨，尚無違背。是本件係以轉換(Umdeutung)同條第三項涵義之手段，實現對言論自由更大程度之維護同時又不致於宣告相關條文違憲，在解釋方法上屬於典型之符合憲法的法律解釋(verfassungskonforme

Gesetzesauslegungen)。查現行刑法第三百十條誹謗罪之規定與德國刑法第一百八十六條之規定相當，德國刑法該條之文字為：「提出或傳述侮辱他人或足以使他人於公眾觀感中喪失尊嚴之事實者處一年以下有期徒刑、罰金，但能證明其為真實者不在此限。以公開或文書為上述行為者處二年以下有期徒刑或罰金。」上開譯文之但書所稱能證明其為真實者不在此限，依德國通說乃係對「有懷疑應作有利被告認定」(in dubio pro reo) 所為之例外規定(參照 A.Schonke/H. Schroder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 21.Aufl., 1982, S.1194)，換言之，對於該條之罪，刑事法院固仍有依職權調查之義務，惟被告須負證明所指摘或傳述者係屬事實之舉證責任，此與向來我國通說對刑法誹謗罪之詮釋尚無顯著不同。依本件解釋意旨，被告之舉證責任將有相當程度之減輕，嗣後不能僅以行為人不能證明其言論內容為真實即以刑責相繩。除行為人得提出相當證據證明所涉及之事實並非全然子虛烏有外，檢察官、自訴人或法院仍應證明行為人之言論係屬虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而不知其真偽等情節，始屬相當。按陳述事實與發表意見不同，事實有能證明真實與否之問題，意見則為主觀之價值判斷，無所謂真實與否，在民主多元社會各種價值判斷皆應容許，不應有何者正確或何者錯誤而運用公權力加以鼓勵或禁制之現象，僅能經由言論之自由市場機制，使真理愈辯愈明而達去蕪存菁之效果。對於可受公評之事項，尤其對政府之施政措施，縱然以不留餘地或尖酸刻薄之語言文字予以批評，亦應認為仍受憲法之保障。蓋維護言論自由即所以促進政治民主及社會之健全發展，與個人名譽可能遭受之損失兩相衡量，顯然有較高之價值。惟事實陳述與意見發表在概念上本屬流動，有時難期其涇渭分明，若意見係以某項事實為基礎或發言過程中夾論夾敘，將事實敘述與評論混為一談時，始應考慮事實之真偽問題。據此，刑法第三百十一條各款事由，既以善意發表言論為前提，乃指行為人言論涉及事實之部分，有本件解釋上開意旨之適用。本件可決多數通過解釋文及理由書，本席亦表贊成，然略感意有未盡，爰提協同意見書如上。

中華民國八十九年七月七日



## 第三部分 附錄資料

### 〈附錄一〉

#### 政治大學 96 學年度上學期法研所「法制史專題研究」教學大綱

壹、課程名稱：法制史專題研究

貳、授課教師：黃源盛教授

參、課程主題：漢唐法制的當代詮釋

肆、開課年級：碩士班、博士班

伍、人數限制：15 人

陸、上課時間：星期四 10：10—：12：00

柒、學分數：2 學分(選修)

捌、課程說明及研討重點

在兩千多年漫漫的中國法制長河中，漢唐時代，是兩個相當重要的階段，它對於傳統法律文化的形塑和發展有著深刻而特殊的歷史意涵。

本課程將針對以下兩個重點，擇若干子題加以深入探討

#### 一、春秋折獄與漢代法制

(一)春秋折獄盛行的時代背景及其研究取徑

(二)董仲舒春秋折獄實例研析

(三)兩漢春秋折獄實例探微

(四)漢代春秋折獄「原心定罪」的刑法理論

#### 二、唐律的研究及其幾個問題

(一)唐律中的禮法思想

(二)唐律不應得為罪的當代思考

(三)唐律輕重相舉條的法理及其運用

(四)唐律刑事責任能力的歷史考察

(五)《龍筋鳳髓判》的法理與文采

玖、上課方式及成績考核

本課程採雙階段上課方式，第一階段為「文獻研讀」、第二階段為「專題研討」，凡選課同學皆須認真參與。第一階段，文獻研讀資料由授課者指定分配，第二階段，選修者須自選一合適主題，撰寫一萬字左右的書面報告，於課中討論，經研討後，再修改，提出作為期末成績考核之依據。

拾、主要參考文獻

- 一、戴炎輝，《唐律通論》，台北，正中
- 二、戴炎輝，《唐律各論》，台北，成文
- 三、劉俊文，《唐律疏議箋解》，北京，中華
- 四、高明士主編，《唐律與國家社會研究》，台北、五南
- 五、高明士主編，《唐代身分法制研究》，台北，五南
- 六、黃源盛，《漢代春秋折獄之研究》，中興碩論
- 七、黃源盛，有關「漢唐法制」研究論稿共九篇
- 八、其他重要參考資料隨上課進度發放

〈附錄二〉

歷次工作會議摘要記錄

(一) 中國法制史教學改進計畫第一次會議

時 間：2007年9月13日(週四)15:00—16:00

地 點：政治大學綜合院館北棟16樓271612室 黃源盛教授研究室

出席人員：黃源盛教授、江玉林副教授、黃琴唐助理、朱軒劭助理

紀 錄：朱軒劭

決議事項：

1. 關於本計劃教材之收集與編寫，暫定為八至十章，除前言、結論外，參與計畫的老師與助理每人各負責兩章，其內容係針對晚清至民國初年刑事法方面的幾個重要問題
2. 原則上，章節的安排，以時間為緯，以議題為經，至於詳細內容，請大家多加思考，於下次開會時提出討論。
3. 教案的擬定，應特別注意對實際案例的解說，並注意其與晚清民國以來歷次公布的刑法內容間的關係。

(二) 中國法制史教學改進計畫第二次會議

時 間：2007年9月27日(週四)下午15:00—16:00

地 點：政治大學綜合院館北棟16樓271612室 黃源盛教授研究室

出席人員：黃源盛教授、江玉林副教授、黃琴唐助理、朱軒劭助理

記 錄：朱軒劭

決議事項：

1. 關於教案撰寫方面，擬於緒言部分綜論從傳統法到繼受法的概要歷程，並提出教材的幾點重要問題意識；第二章部分，針對傳統中國法文化的特色做出扼要的歸納與說明；在第三章處，主要討論晚清制訂新式刑律時所面臨的重大爭議問題；第四章至第九章，則以《暫行新刑律》、舊

刑法與現行刑法等時期的案例為中心，進行分析，進而呈現該時期刑法法制內容的若干特色。

2. 撰寫教案時，希望能夠摘出若干問題，作通貫的思考，期能帶給學生一個新視界。
3. 關於期中成果發表，暫定為由兩位老師及兩位助理各先行撰寫教案的一章，再行整合為期中成果報告。

### (三) 中國法制史教學改進計畫第三次會議

時 間：96年10月23日(週二) 10:00—11:00

地 點：政治大學綜合院館北棟16樓 271612室 黃源盛教授研究室

出席人員：江玉林、黃琴唐、朱軒劭

紀 錄：朱軒劭

決議事項：

1. 確定教案章節數：總共分爲十章，除導論及結論外，本論部分共分爲八章，改以特定的議題做爲篇章(講次)內容。每章再依據各種議題，分爲七至八節。
2. 有關10月27日期中報告文件準備工作分配：  
黃源盛—報告整體進度及未來計畫實行的方向。  
江玉林—以「刑法總則上刑之酌減部分」爲例，報告如何進行案例教學法。  
黃琴唐、朱軒劭—整理資料、輸入27日報告用文件、製作報告用投影片等。
3. 決定下次會議時間、地點：10月25日 12:00—13:00，政治大學綜合院館北棟16樓 271612室 黃源盛教授研究室

### (四) 中國法制史教學改進計畫第四次會議

時 間：2007年10月25日(週四) 12:00—13:00

地 點：政治大學綜合院館北棟16樓 271612室 黃源盛教授研究室

**出席人員：**黃源盛教授、江玉林副教授、助理黃琴唐、助理朱軒劭

**記 錄：**朱軒劭

**決議事項：**

1. 關於實際落實課程部分，暫定次學期（96 學年度下學期）由黃源盛教授在法律系開設一門課程，名稱爲「刑法史」，江玉林教授在法律系開設另一門課程，暫定爲「法理學進階」，兩班合班上課，招生對象定爲大學部三、四年級以上學生及碩、博士班學生，且須修習過法制史、刑法總則、刑法分則，人數暫定爲三十人，期同時以法史學和法理學兩種不同的角度，就相關主題進行分析討論。
2. 關於教案的撰寫，應特別重視案例的分析，至於案例的選擇，主要集中在大理院刑事裁判與舊刑法時期的最高法院判例。



〈附錄三〉

中國法制史教學改進計畫專家學者諮詢會議紀錄

時 間：2008 年 1 月 25 日

地 點：政治大學綜合院館北棟 14 樓 第三研討室

出席人員：黃源盛教授、江玉林副教授、韓毓傑副教授、靳宗立助理教授、李聖傑助理教授、王皇玉助理教授、朱軒劭助理、劉嵐崧同學。

發言記錄：

韓毓傑老師：

- A. 一定要有晚清的案例（《暫行新刑律》施行公布前兩到三年的案例是否能夠附上，還有制訂歸制訂，當時是暫不施行的，那審判的依據為何？是否能夠著手研究）？
- B. 「原情」、「原心」定罪的意涵與現在刑法的差異？
- C. 現在的死刑是不是真的減少了（傳統中國這麼多年來從不在意死刑的存在，適用上也強調「恤刑」、「慎刑」的思想，跟西方思想的比較之下，到底差異在哪裡）？
- D. 鄧如雯案並沒有用到現行刑法五十九條的酌減，跟近期發生的案件有沒有可以比較的地方？
- E. 日本的繼受是不是全盤繼受？還是有選擇性的繼受？反過來看我們繼受日本的法律又是如何？

黃源盛老師回應：

- A. 《各省審判廳判牘》裡面可以找有代表性的文章。
- B. E 點就跟我們預定的課程大綱第四點的固有倫常與舶來法律的點是一致的。

**江玉林老師回應：**

A. 有關「原心」、「原情」的想法，過去曾經從朱熹的思想切入過，我認為傳統中國一直都在強調這兩者，只是說像春秋折獄之類的法律適用，反而是太過於強調在「心」的部分，我會嘗試從這樣的角度切入，然後再想辦法拉回來。

**李聖傑老師：**

- A. 回到教育部計畫的性質，目的是計畫跳脫以往教學的方式，甚至是實際上是不是應該要設計學生討論的時間？
- B. 從法典對國家的衝擊大小尋找案例（如《大清新刑律》的公布對清政府的衝擊為何？）又如刑法施行沒有幾年，民國十七年施行的舊刑法，卻在民國二十一年組成修法的委員會。
- C. 從案例教學法的方面來說，以鄧如雯案的實例來談，刑法界普遍認為該案有「期待可能性」的空間。→「洞穴案」的各種切入點是不是有可以參考的地方。
- D. 八個主題中只有五個感覺比較具體，比較抽象性的主題要怎麼決定取捨使用的案例（江：這種主題會偏向立法史的編寫；黃：教育部說這種主題會傾向是「議題」的討論）。
- E. 這種計畫案還有一個問題是受限於學生的發言是否踴躍，要如何吸引學生注意，多發言可能比較需要注意。
- F. 現在有處罰，過去沒有的條文，建議可以從配偶間可以適用強制性交條文的案例（應該不好找），或許可以是一個方向去討論。

**黃源盛老師回應：**

- A. 有關本授課主題的設定，確實只有五個是較為具體，所以在此同時想要請教各位老師有沒有可以建議的具體面向，可以作為討論的對象（議題、案例）。
- B. 資料的部分，《大清新刑律》實際上有施行（以《暫行新刑律》的型態出現，只是將牴觸國體的部分刪除），而且施行到民國十七年舊刑法施行為止。至於舊刑法的部分，學者間反而是從來罕有人願意去討論和寫文章，相當耐人尋

味。

**江玉林老師回應：**

- A. 議題式的標題，礙於計畫運作的期間、時間和資料量的困難，實在沒有辦法在現在就找到具體的議題。

**王皇玉老師：**

- A. 導論的第一講與第二講的標題要不要取的更吸引學生的標題（對學者來說是可以接受的，但是對學生來說不一定是這樣）。如果從學生的角度來說，若是在標題就說明清楚課程的主題就是在說明法典的流變，或許更能吸引學生。
- B. 標題上說明了計畫的主題，案例偏重在大理院時期，對刑法界的人來說會認為與現代的斷層有一點大，可能會無法這麼快投入這個法制史的環節中。
- C. 與直系血親尊親屬相關的倫常條文，從社會變遷的觀點來說，是不太相同的。
- D. 法制史上比較有興趣瞭解的案例類型，反而是竊盜與竊占罪，竊占罪也是在二十四年才出現的條文。
- E. 另外還有搶奪罪（十七年後出現），德國也沒有搶奪罪的規定。
- F. 特種文書在刑法上的規定是減輕的處罰，但是現在卻使用特別法反過來加重處罰。
- G. 加重竊盜罪處罰的輕重一直是不清不楚。
- H. 詐術締結婚姻罪的制訂理由為何？

**黃源盛老師：**

- A. 王老師的提議很具體，這些議題確實在教刑法分則的人都無法釐得清的問題，我最近想嘗試用歷史的沿革方式進行分析。
- B. 例如加重竊盜在夜間要加重的問題，原因應該是過去農業社會在夜間竊盜的話，反而容易造成生命身體法益的危險，才會在夜間竊盜的部分制訂加重的效果。
- C. 李老師、靳老師與王老師對於刑法分則的感覺到怪異的條文，從現在的角度

來說會覺得好笑、奇怪的條文，也是與當時立法的社會觀念有關，如果回到當時的時代背景來做思考，就可以理解。但是雖然可以理解，這樣的條文是不是在現代的社會中還是有存在的必要，應該可以做一個專題的討論。

**靳宗立老師：**

- A. 連續犯的發展&未遂犯名稱的規定（障礙未遂、不能未遂），這些都是從立法的歷史沿革中可以找到答案。
- B. 如果要從案例事實作為主題，應該要使用的是改寫過的案例，用真實的案例作為輔助教材，用同一個案例去對比在各個不同的時期，如何適用，如何審判的問題這樣比較能夠得到比較的效果。

**韓毓傑老師：**

- A. 案例的取材要是真實案例或者是改寫過的案例，我認為如果可行，兩者兼採或許更好（因為兩者不衝突）。
- B. 刑罰的演變：有期徒刑的等級制與現在的法官裁量權大小可以討論（罪刑法定的相關議題）。

**黃源盛老師回應：**

- A. 靳老師的建議，以編纂教材的角度來說是可行的。
- B. 韓老師有關刑罰的議題，在最初的取案上沒有特別著墨，未來可以考慮加入。

〈附錄四〉

政治大學 96 學年度下學期法研所「刑法史研究(二)」教學大綱

壹、課程名稱：刑法史研究(二)

貳、授課教師：黃源盛教授

協同授課教師：江玉林副教授、李聖傑助理教授

參、課程主題：晚清民國刑事立法與裁判—案例近代中國刑法史

肆、開課年級：碩士班、博士班

伍、人數限制：20 人

陸、上課時間：星期四 10：10—12：00

柒、學分數：二學分(選修)

捌、開課目標及課程說明：

一、理論上，法律史學的研究對象，其範圍宜涵括法律制度、法律規範、法律思想、法律意識以及司法裁判等因素的生成、延續、衍變乃至斷裂等因果歷程的探討。實際上，囿於時間、空間與體能的侷限，法制史學者往往不得不限縮其研究與講課範圍，而集中精力在「法制典籍」與「司法裁判」兩個面向上。

二、自 1997 年 8 月以迄 2004 年 7 月間，本課程講授人倡風氣之先，投入民國初期「大理院及平政院司法檔案」的整編與研究凡七年之久，完成《大理院刑事判決彙覽》、《大理院刑事判例全文彙編》、《大理院民事判決彙覽》、《大理院民事判例全文彙編》、《平政院裁決錄存》等司法檔案史料的整編與初探工作，近年已逐次付梓問世，受到海內外法史學界的高度關注。歷經艱辛，完成上述法制文獻編纂後，頓覺「法制典籍」與「司法裁判」本為體用關係，無體何以顯用？為探本溯源，乃又於 2004 年 8 月至 2007 年 7 月間致力於執行國科會《大清現行刑律之校注與研究》、《晚清民國刑事立法史料校注與研究》等計畫。

三、惟衡諸我國目前現狀，晚清以迄民國以來的各類法典制定史，雖有零星纂輯，仍屬殘缺不全，對於學術界之研究與實務界之運用均感不便，甚或陷於「無處可覓」的窘境，乃一秉初衷，先選擇與授課人專長鄰接的相關領域著手，擬本「開課主題計畫」，將置重點於晚清民國刑事立法與裁判歷史的研究，並擬多方蒐羅清末以迄當今有關刑法制訂史料與珍貴裁判文獻，包括宣統二年(1910)之《大清新刑律》、民元之《暫行新刑律》、民國四年之《修正刑法草案》、民國七年、八年之《刑法第二次修正案》、《改定刑法第二次修正案》、民國十七年頒佈之《中華民國刑法》，以迄二十四年施行之現行《中華民國刑法》和歷次修正案。針對其條文、立法理由、審議過程之記錄以及各審級之裁判文書等素材加以整編、校釋，進而對各該階段「法案」的理論與實踐做出詮釋與評價，同時也作為本課程上課的重要參考資料。

### 玖、上課方式及成績考核

一、為促進法史學中有關我國刑法演進過程之教學，嘗試利用案例教學法，以深刻體悟刑事法規範與裁判的傳統與繼受概況。此外，希望透過法史與法理的雙重管道思維與討論，期能提高學生的學習意願，藉以提升法律人的人文素養與法學教育的品質。

二、本課程採雙向交流的方式，課前先發放該講次教材，課中充分討論，教材內容以民國初年大理院及國府時期最高法院的刑事裁判為主，透過案例分析，瞭解當時刑事法的實踐概況，同時，從法史學及法理學的角度進行討論與批判。

三、本課程採雙階段上課方式，第一階段為「文獻研讀」，第二階段為「專題研討」，凡選課同學皆須認真參與。第一階段，文獻研讀資料由授課者指定分配，第二階段，選修者需自選一合適主題，撰寫一萬字左右的書面報告，於課中討論，經研討後，再修改，提出作為期末成績考核之依據。

#### 拾、課程研討重點及題綱：

一、有關「歷次刑法草案及成文法」的刑事立法政策說明並探討其在近代中國及台灣法律史上的地位：

I、「歷次刑法草案及成文法」的立法、修法沿革及立法理由說明。

II、「歷次刑法草案及成文法」在晚清民國的司法實踐與轉型實況探討。

二、有關「歷次刑法草案及成文法」在民初大理院(1912 — 1928)及國民政府最高法院(1928 — 1949)的適用實質分析：

I、歷次刑法草案及成文法的個別重要課題詮釋。

II、晚清民國刑事立法的實證與理論闡釋。

三、有關歷次刑法草案及成文法的評價

I、從法繼受的觀點論晚清民國刑事法近代化的過渡與成型。

II、從法律史學的觀點比較歷次刑法草案及成文法有關刑法思想之史的推移。

III、從法社會學的觀點論晚清民國刑事立法的本土化問題。

IV、從比較法史的觀點論一九四五年前後台灣刑事法的延續與斷裂。

四、討論提綱舉隅

1.導論－課程說明。

2.從傳統律例到近代刑法－清末民初近代刑法典的編纂。

3.「罪刑」的意義、內容及其精神的轉變。

4.固有倫常與舶來法律－刑法上倫常條款的常與變。

5.阻卻違法－以對尊親屬能否行正當防衛為中心。

6.從「可矜可憫」到「酌減」－談「原情定罪」。

7.從「無夫姦」到「通姦罪」－法律與倫理道德的分合界線問題。

- 8.從「親屬相容隱」到「藏匿人犯及湮滅證據罪章」。
- 9.妨害名譽罪—繼受外國法之後新出現的犯罪類型。
- 10.課程總結。

#### 拾壹、主要參考文獻：

1. 沈家本著，《歷代刑法志》(全四冊)，北京，中華書局，1985年12月。
2. 清憲政編查館編纂，《大清法規大全》(全六冊)，台北，考正出版社，民國61年。
3. 沈桐生輯，《光緒政要》(全五冊)，台北，文海出版社，民國58年。
4. 劉錦藻撰，《清朝續文獻通考》，台北，新興書局，民國48年2月。
5. 修訂法律館編纂，《法律草案彙編》，台北，成文出版社，民國62年。
6. 中國第二歷史檔案館，民國《立法院公報》(1929—1944)影印本，南京，南京圖書館，1989年10月。
7. 邱漢平、盛振為、孫曉樓合編，《中國歷次刑法比較》，上海，東吳大學法律學院法學雜誌社，民國24年4月。
8. 謝振民編著，張知本校訂，《中華民國立法史》，正中書局，民國37年。
9. 黃源盛著，《民初法律變遷與裁判(1912—1928)》，台北，國立政治大學法學叢書(47)，民國89年4月初稿。
10. 黃源盛編纂，《大理院刑事判例全文彙編》，未刊稿，台北，國立政治大學基礎法學中心典藏。
11. 黃源盛纂輯，《大理院刑事判決匯覽》，未刊稿，台北，國立政治大學基礎法學中心典藏。
12. 國史館編印，《中華民國法律志(初稿)》，台北，國史館，民國83年2月。
13. 高橋治俊、小谷二郎共編，松尾浩也增補解題，《增補刑法沿革綜覽》，(日本立法資料全集別卷2)，日本，信山社，平成2年(1990)3月。
14. 黃源盛著，《法律繼受與近代中國法》，台北，國立政治大學法學叢書(55)，元照總經銷，民國96年3月。
15. 黃源盛纂輯，《晚清民國刑事立法史料彙編》，未刊稿。