

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

晚清民國刑事立法史料集註與研究(Ⅱ) 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 97-2410-H-004-049-
執行期間：97年08月01日至98年07月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：黃源盛

計畫參與人員：碩士級-專任助理人員：黃琴唐

報告附件：國外研究心得報告

處理方式：本計畫涉及專利或其他智慧財產權，2年後可公開查詢

中華民國 98年11月07日

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫 成果報告
 期中進度報告

晚清民國刑事立法史料集註與研究(Ⅱ)

計畫類別： 個別型計畫 整合型計畫

計畫編號：NSC97-2410-H-004-049-

執行期間：97年08月01日至98年07月31日

計畫主持人：黃源盛

共同主持人：

計畫參與人員：黃琴唐（專任助理）

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)： 精簡報告 完整報告

本成果報告包括以下應繳交之附件：

赴國外出差或研習心得報告一份

赴大陸地區出差或研習心得報告一份

出席國際學術會議心得報告及發表之論文各一份

國際合作研究計畫國外研究報告書一份

處理方式：除產學合作研究計畫、提升產業技術及人才培育研究計畫、
列管計畫及下列情形者外，得立即公開查詢

涉及專利或其他智慧財產權， 一年 二年後可公開查詢

執行單位：國立政治大學法律學系

中華民國 98 年 07 月 31 日

目次

壹、計畫中英文摘要及關鍵詞	I
一、計畫中文摘要及關鍵詞	I
二、計畫英文摘要及關鍵詞	II
貳、研究計畫內容	1
一、前言	1
二、研究目的	1
三、研究方法與進行步驟	2
四、研究成果與討論	4
五、計畫成果自評	15
六、重要參考文獻	16
【附件一】	18
【附件二】	39
【附件三】	82

壹、計畫中英文摘要及關鍵詞

一、計畫中文摘要及關鍵詞

關鍵詞

(1) 刑法 (2) 欽定大清刑律 (3) 大清新刑律 (4) 暫行新刑律 (5) 修正刑法草案 (6) 刑法第二次修正案 (7) 改定刑法第二次修正案 (8) 舊刑法 (9) 中華民國刑法

摘要

完整而深刻的法律史研究，既要追求過往法律事實與現象的客觀呈現，也應該致力於法律歷史發展動因的探尋，瞭解其中的所以然因素，進而體悟其對於現在與將來的借鑒和啟發。惟無論如何，法律史料的蒐集與整理，乃是法史學研究的起點，亦為一切推論與評價的必要依據。本研究計畫的內容，即在於蒐集、整編目前仍殘缺或難見的晚清民初刑事立法珍貴史料，並以之作為基礎，選定「殺尊親屬罪」等主題，撰述專文，深刻研討。

在史料彙編部分，內容包括晚清新刑律的定本《欽定大清刑律》、民國元年《暫行新刑律》、三年《暫行新刑律補充條例》、十七年《中華民國刑法》(舊刑法)、二十四年《中華民國刑法》暨其後歷次修正條文，以及中間的各次立法草案、議事記錄和相關的官方文獻等。

研究計畫的整編成果，將有助於學界深入探求晚清民國刑事法典編纂的理論與歷史脈絡，進而正確地理解臺灣現行刑法的立法意旨和精神，並可在立法、司法實務界檢討法制興革時，提供完整而有系統的參考資料。

二、計畫英文摘要及關鍵詞

Keywords

(1) The Criminal law (2) The Criminal Law Draft (3) Da Qing Xin Xing lü (the New Penal Code of the Great Qing) (4) Zhan Xing Xin Xing lü (the Interim New Penal Code) (5) The former Criminal law (6) The Criminal law of the Republic of China

Abstract

The complete and profound legal historical research shall be with the focus on the objective existence of the legal facts and phenomenon in the past and the exploration of the motives of the developments of the legal history. We shall pursue the causes and effects in the legal history and further learn the lessons and the inspiration for the present and the future. The collection and the compiling of the legal historical information initiates the studies of the legal history and also becomes the important reference to the ratiocination and the evaluation of the studies. This Article is to collect and compile the valuable, but fragmentary and scare at the present, legal historical information in the Late Qing and ROC period and further present the profound research and discussion on the topic of “the Criminal of Killing the Senior Relatives” based on the said collection and compiling.

The materials compiled by this Article consist of ‘Da Qing Xin Xing lü’ (the New Penal Code of the Great Qing, 1910), ‘Zhan Xing Xin Xing lü’ (the Interim New Penal Code, 1911), ‘The Criminal law Amendment’ (1914), ‘The Criminal law of the Republic of China (the former Criminal law)’ (1928), ‘The Criminal law of the Republic of China (the new Criminal law)’ (1935) and the related draft of the legislation, meeting minutes and official documents.

The achievement of this Research Project will be of assistance for the academic field to deeply explore the theory and the historical skeleton of the compiling of the Criminal Code of the Late Qing period and further provide the appropriate understanding of goals and background of the legislation of the existing Criminal Code of Taiwan as well as supply the complete and systemic reference for the field of the Legislation and the Judiciary to consider the legislative reform.

貳、研究計畫內容

一、前言

法律史學研究的範圍，宜涵括法律制度、法律規範、法律意識以及司法實踐等各個層面，並側重在觀察法律歷史發展過程中的各種常數與變數。而在具體的研究中，研究者所觀照的面向，一在史實的重建，一在歷史現象的探因、說明與詮釋。前者指的是法律歷史的「現象世界」，即歷史「是什麼」；後者則是法律歷史的「根源世界」與「意義世界」，即「歷史發展為什麼是如此」，以及「歷史現象背後所蘊含的意義為何」。

詳言之，完整而深刻的法律史研究，既不能忽略基本史料的辨證與整建，以追求對於過往法律生活現象最大程度的客觀呈現，也應該致力於法律歷史發展動因的探尋，瞭解其中的所以然因素，進而體悟其對於現在與將來的借鑒和啟發。惟無論如何，法律史料的蒐集與整理，乃是法史學研究的起點，亦為一切推論與評價的必要依據。本研究計畫的主要內容，即在於蒐集珍貴法制史料，為往後學界的相關研究，奠立一個初步的根基。

二、研究目的

臺灣現行的法制，肇端於晚清民初乃至國民政府時期的法律繼受工程，惟該段法制歷史，尤其民、刑審判的實態，囿於種種因緣，在海內外法史學的研究上，曾經長期處在幾近空白的狀態。縱使有少數研究致力於此，也只能根據零散的原始材料與單薄的二手資料，進行局部或淺層的探勘。為填補此段罅漏與不足，本計畫主持人於一九九八年至二〇〇四年間，遠赴海外各地，蒐集北洋政府時期大理院的民、刑事判決例與平政院的行政訴訟裁決，初步整編成原件本之《大理院刑事判例全文彙編》（17冊）、《大理院刑事判決匯覽》（30冊）、《大理院民事判例全文彙編》（27冊）、《大理院民事判決匯覽》（25冊）、《平政院裁決錄存》（2冊）等。其後，針對上述之《大理院刑事判例全文彙編》、《大理院民事判例全文彙編》以及《平政院裁決錄存》，進行電腦輸入、標點加註、製作關鍵字索引，予以重新編目排版，輯成「校注本」，數年來，仍不斷反覆核校，並規劃於近年內陸續付梓。其中，標點彙編之《平政院裁決錄存》，業於二〇〇七年九月間出版（台北，五南）；民事判例的原始檔案精選《景印大理院民事判例百選》，亦於二〇〇九年四月間問世（台北，五南）。

在上述裁判彙編的基礎上，本計畫主持人先後完成一系列的專題論文十餘篇，發

表於國內外各大學術期刊，另彙集印行《法律繼受與近代中國法》(台北，元照，2007年3月)一書，並擬訂於二〇一〇年底正式出版專書《民初法律變遷與裁判》(原為初稿)。這些研究成果，除開闢了法史研究的新領域，也催化了一股民初法史研究的熱潮，且受到海內外法史學界的關注與肯定。

在上述民、刑司法檔案整編暫告一段落後，深感司法實踐與立法規章本為體用關係，研究司法裁判時，不能輕忽同一時期相關立法典籍資料的重要性。蓋唯有將立法文獻與司法審判檔案兩相對照比較，互為印證，洞察規範的「應然」與審判的「實然」間存在著何種的落差，才能較全面而準確地掌握法制發展的真實面貌，並且給予中肯適切的說明與評價。職是之故，本計畫主持人復將關懷的重心移轉至立法史料中。

經過實際訪查，關於晚清民初時期的立法史料，在民事法方面，已有《中華民國民法制定史料彙編》(台北，司法行政部，1976年)的出版；然而，刑事法方面，相關立法史料雖有零星纂輯，卻仍屬殘缺不全，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。因此，本研究計畫乃嘗試將晚清變法修律光緒三十一年(1905)以降的大清《刑律草案》(稿本)以迄民國九十九年(2010)的現行《中華民國刑法》，就其立法過程中的歷次草案、正式頒布、修正的法典及其周邊相關史料，進行完整而有系統的整編，以分享世人。此外，在編輯史料的過程中，並選定重要主題，進行深入的探討。

三、研究方法與進行步驟

本研究計畫以立法史料的整編為主，以法律歷史的詮釋為輔，故較傾重於一手史料的蒐集、辨析與疏理。在具體執行時，一本客觀謹慎的態度，先透過原始檔案與出版文獻，蒐尋所需立法史料，再利用交叉比對，辨識、訂正史料的內容。在完成立法史料的整編後，復選定該段刑事立法過程中，深具歷史與時代特色的刑法相關主題，以法學的概念與理論進行分析探究，釐清立法變遷的脈絡，評價其間的利弊得失，並探尋背後的文化意義。

在時程的安排上，本計畫分兩年期進行。第一年中，將清末以後歷次刑法法典與草案逐步搜齊，先找出條文及立法理由的正確版本，輸入電腦重新排版，並加以標點、校釋，附上相關的說明，然後整編印刷，裝訂成冊。第二年期計畫，除針對第一年期的成果內容反覆校堪外，另增輯新尋獲之法典或草案內容，以及歷次刑事立法過程中的議事記錄與相關的官方文獻，並以「殺尊親屬罪」等主題，撰寫三萬字左右的學術專文。

其中，有關史料整編的具體執行步驟，大致如下：

1、立法史料的蒐集

關於史料的蒐集，一方面，彙整、辨證既有出版的文獻，例如台北，成文出版社於一九七三年間，曾重印北洋政府「修訂法律館」編輯的《法律草案彙編》，內收錄有《修正刑法草案》(附理由書)、《刑法第二次修正案》(附理由書及刑度表)和《改定刑法第二次修正案》，而本書即以此作為基礎，參考相關史料，釐定三部刑法草案的內容；另一方面，在眾多有關近代法制的歷史文獻與前人的論著中，輾轉尋繹尚未出版史料的線索，並透過各種可能管道，在海外尋訪珍稀的新資料，例如：在(北京)中國社會科學院圖書館攝得光緒三十一年《刑律草案》(稿本)；在(北京)中國政法大學圖書館特藏組攝得宣統三年(1911)刻板的《欽定大清刑律》；又赴北京、上海地區的古本書肆購回一九一七年出版的《中華民國新刑律集解》，以及一九一二年、一九二三年、一九三三年與一九四七年間出版的《六法全書》，併南京出版社於一九八九年出版的《立法院公報》(全40冊)；另赴日本，東京大學東洋文化研究所拍攝清末《資政院會議速紀錄》；赴早稻田大學、京都大學與大阪關西大學圖書館，複印刊載於晚清民初法學期刊上的《修正刑法草案理由書》與《中華民國刑法修正案初稿》等。

2、檔案文獻的辨識與重新打字、排版：

由於所蒐集的立法史料中，大多為清末民初時期的印製成品，或因度藏不善，或因紙質欠佳，內容上常有辨識不清之處，而排版形式既較陳舊，又不統一，讀來頗多窒礙。因此，在進行整編過程中，首先將所有的史料重新打字，並以今日較常見的文書格式，將版面另行編排劃一。

3、重加新式標點與註解、說明：

本書所蒐集的原始史料，屬近現代產物，惟大多數並未附加新式標點，文體上或通篇文言，或屬文、白夾雜，閱讀時雖未必艱澀難解，但其流暢度與閱讀今日通行的白話文體畢竟不同，甚或常有誤讀的可能。為此，在將立法史料重新數位化後，我與助理夥伴們審慎地附加了新式標點符號。此外，針對史料內容有不明或難讀之處，適時地插入扼要的註腳，例如在各部法典、草案及史料的卷首處，附上立法沿革的「編輯說明」，以利閱讀。又如國民政府於一九二八年制定《中華民國刑法》(舊刑法)時，雖未設有逐條理由書，但本書仍參閱當時出版的刑法論著和六法全書，將此前法典與草案中可據之理由內容，附列於舊刑法各條文後，以明其立法意旨。而完成了打字、排版後，我們仍繼續進行多層次的校對工作，除訂正繕打錯漏，

琢磨標點符號外，也多方反覆比對周邊史料，校正出原出版物中明顯錯誤刊刻的法條文字。

四、研究成果與討論

本書之彙纂，原先設定的目標，側重在立法史料的客觀呈現，不在史論的詮釋。事實上，在整編、校注的同時，藉由閱讀大量已刊行或未出版文獻，也進一步釐清了自一九〇五年以迄二〇一〇年為止，歷次刑法立法制定的整個艱辛過程。

(一) 立法史料整編成果

1. 第一部分——法典與草案

此部分收錄經頒布（含未實際施行）的刑法典（含施行條例、施行法）八部，以及歷次刑法草案八部：

- (1) 光緒三十一年（1905）草擬的《刑律草案》（稿本）。
- (2) 光緒三十三年（1907）編訂的《刑律草案》（新刑律第一次草案）暨理由。
- (3) 宣統元年十二月二十三日（1910.2.2）奏進的《修正刑律草案》（新刑律第二次草案）。
- (4) 宣統二年十二月二十五日（1911.1.25）頒布的《欽定大清刑律》（新刑律之定案）
- (5) 民國元年（1912）頒行的《暫行新刑律》、立法理由及《暫行新刑律施行細則》。
- (6) 民國三年（1914）頒行的《暫行新刑律補充條例》。
- (7) 民國四年（1915）擬訂的《修正刑法草案》暨立法理由。
- (8) 民國七年（1918）擬訂的《刑法第二次修正案》暨立法理由。
- (9) 民國八年（1919）修訂的《改定刑法第二次修正案》
- (10) 民國十七年（1928）施行的《中華民國刑法》（舊刑法）暨立法理由，以及《中華民國刑法施行條例》。
- (11) 民國二十二年（1933）草擬的《中華民國刑法修正案初稿》。
- (12) 民國二十三年（1934）修訂的《中華民國刑法修正案》及修正要旨。
- (13) 民國二十四年公布施行的《中華民國刑法》及《中華民國刑法施行法》。

此外，並輯錄民國二十四年《中華民國刑法》迄民國九十九年一月為止的歷次修

正沿革及其理由，故合計十七部。

2. 第二部分——立法相關文獻

條文畢竟只是骨架，須有靈肉才能顯其精神，為此，我們又積極找尋迄法典正式出台為止，與各部法典、草案之制定與完成，具有密切關係之諭旨、奏摺、說帖、呈文、議事紀錄、審查意見等凡三十四篇：

- (1) 與光緒三十三年（1907）《刑律草案》相關的「修訂法律大臣沈家本等奏進呈刑律草案摺」、「修訂法律大臣沈家本等奏進呈刑律分則草案摺」。
- (2) 與宣統元年（1910.2）《修正刑律草案》相關的「法部尚書臣廷杰等奏為修正刑律草案告成摺」。
- (3) 與《修正刑律草案》後之再修正案《新刑律草案》（大清新刑律第三次草案）相關的「修正刑律草案說帖」（勞乃宣）、「沈大臣酌擬辦法說帖」（沈家本）、「聲明管見說帖」（勞乃宣）、「陳閣學讀勞提學及沈大臣論刑律草案平議」（陳寶琛）、「陳閣學新刑律無夫姦罪說」（陳寶琛）及「憲政編查館大臣和碩慶親王奕劻等奏為核訂新刑律告竣摺」。
- (4) 與《新刑律草案》之再修正案《大清新刑律草案》（大清新刑律第四次草案）相關的「資政院第一次常年會第二十三號議場速記錄」。
- (5) 與《大清新刑律草案》之再修正案（大清新刑律第五次草案）及宣統二年十二月（1911.1）《欽定大清刑律》有關的「倡議修正新刑律案說帖」（附「新刑律修正案」；勞乃宣等人提出）、「資政院第一次常年會第三十七號議場速記錄」、「資政院第一次常年會第三十八號議場速記錄」、「資政院第一次常年會第三十九號議場速記錄」、「資政院第一次常年會第四十號議場速記錄」、「資政院第一次常年會第四十一號議場速記錄」、「軍機大臣和碩慶親王奕劻等奏為議決新刑律總則繕單請旨裁奪摺」、「憲政編查館大臣和碩慶親王奕劻等奏為新刑律分則並暫行章程未經資政院議決應否遵限頒布請旨辦理摺」、「清廷頒布《欽定大清刑律》諭旨」。
- (6) 與民國四年（1915）《修正刑法草案》相關之「修正刑法草案告竣呈」、「修正刑法草案理由繕單呈」。
- (7) 與民國十七年（1928）《中華民國刑法》（舊刑法）相關的「刑法草案序言」（王寵惠）、「刑法草案與暫行新刑律之異同」（王寵惠）、「刑法草案與暫行新刑律更移損益表」（王寵惠）、「審查刑法草案意見書」（伍朝樞、徐元誥、王

寵惠)、「為修正刑法草案意見書呈中央文」(王世杰)、「修正刑法草案意見書」(王世杰)、「致國民政府秘書處審核王局長修正刑法草案意見函」(司法部)、「審查刑法草案報告書」(譚延闓、于右任、徐元誥、魏道明、王世杰)、「中央第一百二十次常務會議通過刑法草案之決議案」、「致國府委員論刑法第十一條第四款書」(徐元誥)。

(8) 與民國二十三年《中華民國刑法修正案》相關之「司法行政部代表出席立法院刑法委員會口頭陳述要點」、「中華民國刑法草案審查報告」。

(9) 與民國二十四年(1935)《中華民國刑法》相關的「修正中華民國刑法第二百三十九條條文案審查報告」。

以上內容的編排，參閱【附件一】之《晚清民國刑法史料輯注》「目次」，本成果訂於二〇一〇年七月由(台北)元照出版社出版。

(二) 主題研究成果

在主題研究方面，計畫主持人利用本研究計畫蒐集整編的史料，針對刑法上素來擾人清思的「殺尊親屬罪」，撰述專文〈傳統與當代之間的倫常條款——以「殺尊親屬罪」為例〉，進行深刻探討。文中，首先追原殺尊親屬罪在傳統中國法制上的立法例與法理根據，而後探討晚清變法時，尊卑相犯異罰條款的存廢之爭，以及民國時期殺尊親屬罪的修法經過，並分析日本、德國有關殺尊親屬罪的立法變遷，從比較法的視角，歸納世界各主要國家有關殺尊親屬罪的發展趨勢。最後，疏理晚清民國繼受近代西方刑事法律的過程中，傳統倫常價值與新式法理精神之間的衝突與調適，並從刑法目的、法律本質等觀點，析論我國現行刑法第二百七十二條殺尊親屬罪的除罪化問題。本文近期內將在學術期刊上公開發表，其詳細內容，參閱【附件二】。

除新寫〈傳統與當代之間的倫常條款——以「殺尊親屬罪」為例〉一文外，計畫主持人另根據計畫整編之史料，修改相關舊作，計有：

(1) 原〈大清新刑律禮法爭議的歷史及時代意義〉，收錄於《中國法律現代化之回顧與前瞻》(台北：台大法學院，1993年6月)，改寫為《法律繼受與近代中國法》(台北：元照出版社，2007年3月)，第六章〈大清新刑律的禮法爭議〉。

(2) 原〈民初暫行新刑律的歷史與理論〉，載《刑事法雜誌》，41卷6期，1996年12月，目前繼續修訂中，改寫後擬收錄於計畫主持人新纂專書《晚清民國刑事立法的歷史與理論》。

- (3) 原〈民國四年修正刑法草案摭遺〉，載《刑事法雜誌》，42卷6期，1998年12月，目前繼續修訂中，改寫後擬收錄於《晚清民國刑事立法的歷史與理論》。
- (4) 原〈民國七年《刑法第二次修正案》及其改定案評述〉，收錄於《民初法律變遷與裁判》（台北：國立政治大學法學叢書47，2000年4月，初稿），目前繼續修訂中，改寫後擬收錄於《晚清民國刑事立法的歷史與理論》。

（三）歷次刑事立法過程概述

1、晚清時期

清光緒二十八年（1902），清廷在內外交迫下，進行變法修律，中華法系自此趨向解體，繼受近代歐陸法制的步伐於焉邁開。光緒三十年四月初一日，清廷正式成立「修訂法律館」，作為修訂法律的專責機構，並由修律大臣沈家本等人主導其事。

（1）《刑律草案》（稿本；1905年）

針對刑法典的變革，光緒三十一年（1905），章宗祥（1879-1962）與董康（1867-1947）聯合纂擬了《刑律草案》（稿本），這是近代中國法史上首部由國人自己主持起草的刑法草案。惟目前只見本案〈總則〉部分，至〈分則〉是否曾經擬訂？完稿與否？其詳仍有待查考

在形式上，草案稿本試圖引進近代歐陸法系的刑事立法體例，捨棄以往律例合編、六曹分職的舊律格局，採取「總則」與「分則」並列的立法技術。在內容上，其採取屬人與屬地主義，力圖藉此宣示並恢復中國獨立自主的司法主權；借鑑對比古今中外立法經驗和司法實例，踵武日本，折衷中西；刪除比附，初步確立罪刑法定原則，以及懲治教育的立法宗旨。

本草案稿本計〈總則編〉七十七條文，其中七十二條附有案語，藉由固有法的沿革考察，以及與外國立法例、學說的比較，詳細闡明立法意旨。據傳，此稿本經岡田朝太郎審閱後，認為主要係參考日本《舊刑法》（1887年）而成，應修、應改之處甚多，乃建議重新起草法案

（2）《刑律草案》（1907年）

在《刑律草案》（稿本）擱置後，修訂法律館一面刪改固有之《大清律例》，於宣統二年（1910）四月奏進《大清現行刑律》，並獲清廷下詔施行；同時，在日籍顧問岡田朝太郎的協助之下，參酌日、德等國的立法例，進行近代歐陸式的新法典編纂。光緒三十三年八月、十一月間，修律大臣沈家本先後奏上《刑律草案》總則與分則清單，此即新刑律的第一次草案。計其內容，凡總則十七章，分則三十六章，共三百八十七條。同時，在奏摺所敬陳的「修訂大旨」中指出，該草案之編訂，係「折衷各國大同

之良規，兼採近世最新之學說，而仍不戾乎我國歷世相沿之禮教民情。」草案內容與舊律特異之處，約有數端：(一)更定刑名：廢去笞、杖等刑，而定罰金、拘役、有期徒刑、無期徒刑、死刑為五刑。(二)酌減死罪：各條罪名中，必處死罪者，不過數條，其餘均得酌處徒刑。(三)死刑唯一：死刑用絞，於獄內執行，從前斬首、凌遲等殘忍手段，不再施用。(四)刪除比附：明文規定法律無正條者，無論何種行為不為罪。(五)懲治教育：犯罪責任之有無，以年齡為衡，對於刑事未成年之人犯罪，以感化教育代替刑罰。

《刑律草案》出爐後，清廷即下諭憲政編查館分咨內外衙門參考，並將批評與意見簽註上奏。由於《刑律草案》的體例和內容，實際上幾乎全盤地抄襲了德、日等國的刑法典，因此，內外臣工的不滿聲浪紛至沓來，認為草案違背了古昔聖王「因倫制禮，準禮制刑」的立法基本原則，且大失「明刑弼教」之意。清廷根據學部及直隸、兩廣、安徽各省督撫的意見，乃要求修律大臣重將中國舊律與新律草案詳慎互校，斟酌修改刪併。宣統元年(1909)正月二十七日，並再度下諭：「凡我舊律義關倫常諸條，不可率行變革，庶以維天理民彝於不敝，該大臣等務本此意以為修改宗旨。」亦即，編訂新律除摭採外國法律的優點外，更須不悖於舊律所本之禮教倫常。

(3)《修正刑律草案》(1910年2月)

惟朝廷此一立法方針確立之後，贊成新律的法理派與持反對意見的禮教派仍論爭不休，在維護仿效於近代歐陸法的《刑律草案》原本內容，與更廣泛地採用傳統禮教條款之間，反覆地進行拉鋸。為折衷兩者，修訂法律館乃會同法部，參酌京外衙門有關《刑律草案》的簽注意見，斟酌修改，於宣統元年十二月二十三日(1910.2.2)進奏《修正刑律草案》，是為新刑律的第二次草案。

該案章數如舊，條文數則增至四百零九條，其「有關倫紀各條，恪遵諭旨加重一等」。此外，「揆諸中國名教必宜永遠奉行勿替者，亦不宜因此致令綱紀蕩然，均擬別輯單行法藉示保存。」因此，於正文後增列「附則」五條，明確規定大清律中十惡、親屬容隱、干名犯義、存留養親以及親屬相姦、相盜、相毆，並發塚、犯姦各條，均有關於倫常禮教，未便蔑棄，中國人犯以上各罪，仍照舊律辦法懲處；危害乘輿、內亂、外患及對於尊親屬有犯，應處死刑者，仍用斬刑；強盜之罪，另輯單行法，酌量從重辦理；又卑幼對於尊親屬不能行使正當防衛等。在這部修正草案中，《大清律例》的許多倫常條款，乃重新取得了一席之地。

(4)《新刑律草案》(1910年)

《修正刑律草案》奉旨咨送「憲政編查館」覆核後，由憲政編查館參酌《刑律草案》再度進行增損，於宣統二年秋，完成了《新刑律草案》，即新刑律之第三次草案。此一草案經增刪改併，逐條潤飾後，律文減至四百零五條，且針對《修正刑律草案》「附則」進行修改，大幅刪減倫常條款的內容，僅規定危害乘輿、內亂、外患、對尊親屬有犯、強盜、發塚等罪加重處罰，另採入「附則」中和姦無夫婦女之罪，以及卑幼對於尊親屬不得援用正當防衛之例，改擬為「暫行章程」五條，使《新刑律草案》轉而較接近《刑律草案》原初的立法方向。

(5)《大清新刑律草案》(1910年)

宣統二年十月初四日，憲政編查館大臣奕劻向清廷進呈《新刑律草案》，奏請交「資政院」歸入議案，獲得清廷之首肯。十一月初一日，《新刑律草案》排入資政院第一次常年會議程，進行初讀，經議員提出相關質疑及政府特派員楊度說明立法主旨後，即交付法典股員會審查，經股員會就修訂法律館第一次提出之《刑律草案》，暨憲政編查館修改之《新刑律草案》，參互鉤稽，詳慎考核修訂，復將「暫行章程」五條全部刪除，於十一月十六日審查完畢，提出《大清新刑律草案》，即新刑律第四次草案，送交院會續議。

十二月初六日至初十日間，《大清新刑律草案》連續五日在院會中審核，除法典股員會將「暫行章程」刪除的效力遭到院會否認外，在討論的過程中，尚有兩條律文引發了劇烈的爭議。其一，乃《大清新刑律草案》第十五條規定：「對現在不正之侵害而出於防衛自己或他人權利之行為，不為罪。」以勞乃宣為首的禮教派議員，認為本條律文未將子孫對於尊親屬的防衛行為排除，有悖於中國的孝道倫理，因此強烈反對，並主張應將「暫行章程」第五條卑幼對於尊親屬不得援用正當防衛之規定，採入本條正文之中。由於法理、禮教兩派人士意見齟齬，互不相讓，只好提交表決，投票結果，勞乃宣等人的提議遭到否決。

議場中的另一項重大爭議，乃是「無夫姦」行為是否應予刑罰處分的問題。《大清新刑律草案》第二百八十九條規定：「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。」院會討論至此條時，勞乃宣提議應將和姦無夫婦女的行為亦列入《大清新刑律草案》的正文中，置於「和姦有夫之婦」的條文之後。提案既出，附和者、反對者激辯爭執，議場隨即陷入一片騷亂。最後議長宣布，將無夫姦是否處罰，以及如果處罰，究應在正文或「暫行章程」中加以規定等二問題，付諸表決。案經表決後，勞乃宣及其支持者大獲全勝，確認應將無夫姦的行為規定於新刑律草案的正文

之中。

(6)《欽定大清刑律》(1911年1月)

迄宣統二年十二月十日為止，總結資政院第一次常年會審議新刑律草案的進度，總則編全編獲二讀通過，並經院會多數決同意省略三讀程序。至於分則編，因會議時間不足，僅二讀至二百九十三條，未能克盡全功。修律顧問岡田朝太郎將此資政院通過之總則編，與分則未及議畢而暫從《大清新刑律草案》分則之草案內容，視為新刑律之第五次草案。

十二月十一日，資政院第一次常年會閉會，新刑律草案本應留待翌年新會期繼續審查，惟光緒三十四年頒布的《逐年籌備事宜清單》內，已排定宣統二年必須公布新刑律。考量年限已屆，軍機大臣奕劻等人乃先奏進資政院所通過刑律總則之繕單，並將第十一條「未滿十五歲不為罪」之年齡修改為十二歲，另在第五十條增入未滿十六歲之人犯罪得減本刑一等或二等的規定，陳請聖裁；後又奏呈「新刑律分則並暫行章程未經資政院議決應否遵限頒布請旨辦理摺」，請旨將憲政編查館修訂之《新刑律草案》分則編及「暫行章程」略加修改後，先行頒布。十二月二十五日，清廷下諭同意上列請求，頒布新刑律總則、分則暨「暫行章程」，以備實行，是為《欽定大清刑律》。除「暫行章程」五條外，律正文計總則十七章、八十八條文，分則三十六章、三百二十三條文，合計五十三章、四百一十一條文。本律原俟宣統三年資政院開會時仍可提議修正，然因革命爆發，清室傾覆，原訂規劃遂無以為繼。

2、民國時期

民國肇立，國體政體由君主專制一轉而為共和民主，法制原本亦應隨之更迭，然因百廢待舉，千頭萬緒，法典一時不及全面創新，惟有暫行援用舊制以為因應。袁世凱於民國元年(1912)三月十日就任臨時大總統職，同日發布大總統令：「民國法令未經議定頒布，所有從前施行之法律及新刑律，除與民國國體抵觸各條應失效力外，餘均暫行援用。」此一命令，確立了北京政府對待晚清法律的基本立場，亦即前清公布、施行的一切法律，除與民國國體抵觸各條應失效力，其它概為民國政府所承受。

(1)《暫行新刑律》(1912年)

元年三月三十日，北京政府根據前述大總統令，針對《欽定大清刑律》中刑罰輕重未盡允當及與民國國體相抵觸的部分進行刪修，完成了《暫行新刑律》，於四月三日

刊登在《政府公報》，公布通行。四月二十九日，臨時參議院在北京開幕，復以立法機關之地位，正式通過《暫行新刑律》之決議。

經刪修後的《暫行新刑律》，總則仍為十七章，而分則僅剩三十五章，合有五十二章，條文數共計三百九十二條。《暫行新刑律》雖是由《欽定大清刑律》修改而來，但仍具有不少差異。主要為：(1) 刪去「侵犯皇室罪」全章十二條文，不再致力於維護君主專制體制，且未另增加「侵犯大總統罪」的規定，使大總統與普通公民同視，較符合於民國的共和國體與民主政體，也體現了更為平等的立法精神。(2) 將「暫行章程」有關危害乘輿、內亂、外患、對尊親屬有犯、強盜、發塚等罪加重處刑，無夫姦科罪，以及卑幼對於尊親屬不得援用正當防衛之五條規定，悉予廢除，大舉淡化了刑法中的綱常禮教色彩。這些改變，在當時的歷史情境下，具有積極的意義，也正因為如此，其後，即使孫中山在廣州建立中華民國護法軍政府與北京政府對峙，仍願意宣布適用《暫行新刑律》。

(2) 《暫行新刑律補充條例》(1914年)

惟至民國三年，袁世凱帝制野心漸明，亟思以禮教號召天下，重典脅服人心，對於含有階級平等、保障人民權利精神的《暫行新刑律》，自不滿意，乃於同年十二月二十四日，仿照《欽定大清刑律》「暫行章程」五條內容，而又加以擴充，公布《暫行新刑律補充條例》十五條，用以維護傳統綱常名教。歸納其重要內容，略有：(1) 加重內亂罪、外患罪的處罰，以強化統治權力。(2) 明定子孫不得對尊親屬主張正當防衛、尊親屬傷害卑親屬僅致輕微者得免除其刑、行親權之父母懲戒其子女時得請求法院施以六個月以下之監禁處分等，並擴大親屬容隱犯罪的範圍，藉以維護宗法家族制度。(3) 恢復「無夫姦」的處罰明文，以維護男女倫紀之嚴明不紊。《暫行新刑律補充條例》的出現，導致法律與綱常禮教的關係再度混同難分，傳統中國法制上的「禮教立法」精神，蟄伏其間而蓄勢待發。該補充條例在北洋政府統治區域始終施行，至民國十七年六月國民革命軍北伐成功方才壽終；而在南方的廣州革命軍政府，則於十一年二月十七日時，即予明令廢止。

(3) 《修正刑法草案》(1915年)

《暫行新刑律》既屬暫行，本係一時權宜之計，並非垂為永制。民國三年三月二日，袁世凱政府成立「法律編查會」，以刑法最關緊要，首先提議修正，並聘請岡田朝太郎參與斯役，以資熟手。此項工作歷時八月，至四年二月草案告成，是為《修正刑法草案》，計總則十七章、分則三十八章，凡四百三十二條。

在形式上，《修正刑法草案》開創性地採用了「刑法」的名稱，打破過去刑法典蓋稱「刑律」的傳統。而在實質內容上，該草案修正的要旨略有三端：其一，「立法自必依乎禮俗」，即修訂刑律要依據禮教及其風俗習慣。故草案在總則編增入「親屬加重」專章，使卑幼犯尊親屬者加重其刑，且在直系尊親屬內，加入外祖父母一項；另採擇《暫行新刑律補充條例》的規定，纂入限制子孫行使正當防衛權利，以及無夫姦處罰的條文；又針對尊長與夫和賣、略賣妻妾、子孫與人通姦，或使之為人奴婢的行為，進行處罰，以敦親愛之誼。其二，「立法自必依政體」，即修訂刑律要根據政權的性質及其需要。故草案在分則編增加「侵犯大總統罪」章，處罰因故意、過失對大總統產生危害，以及對其不敬之行為，以彰顯大總統的尊崇地位；另增訂「私鹽罪」章以重國計，保障國家的經營專利和財政收入。其三，「立法必視乎吏民之程度」，即修訂刑律要慮及官吏及人民的教養程度。修法理由認為，中國人民戶口繁滋而生計艱難，是以罹罪者眾，若使罪犯皆久繫監獄，非但有害民生，亦徒增國家的財政負擔，故宜降低有期徒刑之最高年限，且縮減各刑等間的刑期間距，藉以疏通監獄。再者，《暫行新刑律》中，一罪之法定刑範圍多定在三等之間，法官得在三等的範圍內自由決定宣告的刑等，然中國法官之程度尚屬參差不齊，不宜賦予過大之裁量權力。故修正案除死刑或有兼及無期徒刑外，餘概只規定一等之法定刑，俾司法者有明確之遵循，而犯罪者亦不至枉縱。

整體而言，《修正刑法草案》呈現了「禮法混同」與「重典實利」的導向，此或可歸因於袁世凱醉心帝制，欲以禮教、重典馴服民心，而在袁氏專制之下，「法律編查會」的主稿者，乃不免迎合意旨，多所佈局。

(4)《刑法第二次修正案》(1918年)

袁世凱垮台後，時移勢易，段祺瑞政府以「再造共和」自我標榜，以示與袁氏政權有所區隔，故刑事政策自有變更之必要。民國七年七月，北京政府設立「修訂法律館」，針對民國四年的《修正刑法草案》重加釐訂，編成《刑法第二次修正案》，計總則十四章、分則三十五章，都三百七十七條。

《刑法第二次修正案》雖名為「修正案」，但實際上立法主義多未因襲《暫行新刑律》和《修正刑法草案》。其瑩瑩大者，就體例而言，除重新整併各章，調整次序外，在總則編內，刪去《暫行新刑律》和《修正刑法草案》皆有之「赦免」章及《修正刑法草案》新訂之「親屬加重」章。在分則編內，刪除《修正刑律草案》之「私鹽罪」章，而擬委諸特別法中另行規範；並增加「妨害商務罪」章，以示保護商務之意。

從內容來看，在總則編內，《暫行新刑律》與《修正刑法草案》於新舊法律所定的刑罰輕重不等時，皆採「從新原則」，《刑法第二次修正案》則認為，若行為人事前不知行為的嚴重性，而於事後科以重刑，殊欠平允，故改採「從新從輕原則」。而關於有期徒刑，自晚清《刑律草案》以來，各種罪名之法定徒刑概採用等級規定，並區分為五等。惟《刑法第二次修正案》以罪之輕重各有不同，若必以五者繩之，恐所定之刑非失之於酷，即失之於寬，且加必一等，減必一等，亦恐畸輕畸重，故毅然廢去等級制，改於分則各罪中明定有期徒刑之年月，加減刑時亦以幾分之幾為標準。此外，《暫行新刑律》與《修正刑法草案》對於刑之酌減，僅規定法官得按主客觀情節裁量，未設有明確的標準，《刑法第二次修正案》則設置專條，具體臚舉科刑時應行注意的事項。

而在分則編內，《刑法第二次修正案》刪改《修正刑法草案》「侵犯大總統罪」章的規定，僅在對於大總統故意犯殺人、傷害、妨害自由、妨害名譽罪時，才予加重處罰；且就《修正刑法草案》無夫姦處罰的規定，將範圍縮小至以未滿二十歲的良家婦女為限。又《暫行新刑律》與《修正刑法草案》規定，因被害人身分較尊而加重其刑的情形，包含了過失犯罪，《刑法第二次修正案》則以過失罪無故意侵害之惡性，故刪去過失加重之例。另《暫行新刑律》與《修正刑法草案》廢除舊律內「謀殺」、「故殺」的法律概念劃分，而在《刑法第二次修正案》中，卻認為謀殺乃特定重大情節之殺人犯罪，應與故殺區別，並加重處罰。

（5）《改定刑法第二次修正案》（1919年）

《刑法第二次修正案》完成後，司法當局以茲事體大，審議不厭其煩，乃將該修正案發交各省法院人員簽註意見，於民國八年，重加修訂為《改定刑法第二次修正案》。惟此一改定案與《刑法第二次修正案》並無重大差異，多著力於字句上的修正，及將條文重新分裂、合併，其章數不變，但條文增至三百九十三條。

大致說來，《刑法第二次修正案》與《改定刑法第二次修正案》較前有顯著之進步，既採用當時外國最新的立法例，也能審酌國內的特殊民情，不但克服了《暫行新刑律》的缺陷，補充其所不足者，同時也刪改了《修正刑法草案》的重刑、隆禮特色。因此，時人譽之為民國以來最完備之刑事立法。民國十五年，「調查法權委員會」對於《改定刑法第二次修正案》的內容亦深致讚美之詞，並表示：「本委員會會議時對於《暫行新刑律》所評論之缺點，在該草案之規定，幾不復見。」此案完成後，當時的司法部擬呈請政府作為條例，早日頒行，惟法制局局長王未謂民國尚未統一，《暫行新刑律》在西南各省一律適用，若廢棄之而另頒一條例代替，西南政府未必遵行，而法律之適用

即趨於分裂。政府甚諱其議，故此案雖經交議，卻終未成為正式法典。

(6) 中華民國刑法（舊刑法；1928年）

民國十六年四月，國民政府奠都南京，同年十二月，命司法部長王寵惠改訂刑律。王寵惠以八年之《改定刑法第二次修正案》作為藍本，略加損益，編成《刑法草案》。脫稿後，由政府交伍朝樞、徐元誥、譚延闓、于右任、魏道明、王世杰等審查修訂，經中央常務委員會通過，函交國民政府於十七年三月十日公布，並定七月一日起施行，名為《中華民國刑法》，即今日通稱之「舊刑法」。惟因《刑事訴訟法》尚在審查中，不及提前制定公布，而該二法又有同時施行之必要，司法部乃呈由國民政府提請延至九月一日起施行，嗣獲得中央常務會議決議追認。

此部刑法典計總則十四章、分則三十四章，合有三百八十七條，內容基本上與《改定刑法第二次修正案》差異不大。然而，為因應國民政府的政治方針，仍有值得注目的更張之處：其一，國民政府由委員組成，採用合議制，且因憲政時期即至，總統有無特別保護之必要，尚待研究，以是，將分則「侵犯大總統罪」章刪除；其二，在《改定刑法第二次修正案》的修法趨勢下，進一步將無夫姦處罰的規定完全刪除。在這兩點的轉變上，舊刑法展現了勝於以往的革新精神。

(7) 中華民國刑法（1935年）暨其草案

舊刑法的體例與內容，相較於《暫行新刑律》及先前各次刑法草案，雖已多所折衷，亦頗完備進步，然因立法時程倉促，且條文繁複，施行以後，其蔽漸滋。例如在法律的適用上，各地法院引用法文輒生疑義，向司法當局或最高法院請求解釋的函電如雪片紛紛；而在刑事政策方面，《暫行新刑律》原有「短期自由刑得因實行窒礙而易科罰金」的制度，但在《舊刑法》中未獲繼續採用，乃導致各監獄內輕微犯罪者人滿為患。此外，舊刑法雖已實施，然各種特別刑事立法仍繼續適用，遂使舊刑法的規範不免過度遭受架空，許多條文徒具其名而實際上無法發生作用。基於種種考量，國民政府乃於民國二十年十二月組織「刑法起草委員會」，草擬刑法修正案。

二十二年十二月，「刑法起草委員會」完成《刑法修正案初稿》，計分二編四十八章，共三百四十五條。初稿之立法精神，由客觀之行為主義，漸傾向於主觀之行為人主義，注重社會化的一般預防，尤著重於個別化的特別預防主義。同時，將當時的《危害民國緊急治罪法》、《軍用槍炮取締法》、《懲治盜匪暫行條例》、《禁煙法》等刑事特別法，統整歸納於內亂、外患、妨害秩序、公共危險、強盜及擄人勒索、鴉片等罪章內，使刑事法的系統漸趨於畫一。

其後，「刑法起草委員會」將《刑法修正案初稿》刊印千冊，分送各報館、法學雜誌社、大學、律師公會等處，並咨送司法行政部發交各級法院，以徵集各界對於該稿的批評與意見。二十三年十月，「刑法起草委員會」歷經百餘次會議後，完成《刑法修正案》，計總則十二章、九十七條，分則三十五章、二百五十三條，凡三百五十條，隨即呈報立法院核提大會公決。十一月間，立法院三讀通過新刑法，全案章數與《刑法修正案》同，惟條文增至三百五十七條，並議決於二十四年一月一日公布。二十四年三月，「刑法起草委員會」復擬具《刑法施行法草案》，並建議以二十四年七月一日為新刑法施行日期，提交立法院會議後，獲議決通過，此即現行中華民國刑法之最初內容。

五、計畫成果自評

本研究計畫之成果，大致如上所述，較之早先預期，成果更屬豐碩，預料不僅嘉惠於中外法史學界，對於刑法學界及實務界中人，也將有所裨益。惟其中尚有稍許未盡如意之處。在晚清刑事立法史料方面，已知悉北京的中國社會科學院典藏有中央部院和各省督撫對於一九〇七年《刑律草案》（大清新刑律第一次草案）的簽注，惟諸緣不諧，僅能取得少許內容（另有部分內容略見於劉錦藻所撰的《清朝續文獻通考》），考量到該史料的蒐集欠缺完整性，只好忍痛割捨，終未能整編於本書之中。

另關於民國時期的史料，已訪得民國二十三年《中華民國刑法修正案》修訂要旨，即民國二十四年《中華民國刑法》的立法說明大要，此或有助於學術界和實務界對於台灣現行刑法立法理由的法意認識。值得一提的是，民國前期的法律家編輯出版一九二八年的《中華民國刑法》（舊刑法）時，因當年並未明列立法理由，乃參校比對《暫行新刑律》和民初歷次刑法草案的立法說明，擇要附載於各該條文之後，以利讀者明悉其立法緣由。惟目前坊間所編訂的《六法全書》，對於民國二十四年《中華民國刑法》各條的來龍去脈似無多考究，往往未加辨證，逕將前人對於舊刑法所摘纂的立法說明，原封不動地照搬於現行刑法條文之下，造成條文與理由間，偶見風馬牛不相及的突兀。而本書的纂輯，對此一情形，已儘可能加以匡正與釐清。

不過，遺憾的是，針對民國二十四年刑法制定過程的官方史料，目前僅尋獲該部法律的修正案初稿、修正案定稿暨修訂要旨，以及部分審查及報告意見，至於期間歷經的各次改訂稿，以及起草委員會內部更詳盡的議事記錄等資料，仍有待進一步探尋相關線索，再為補齊。

儘管自我苛求至此，無論如何，透過本研究計畫的執行，對於如何搜集、整理及

校注立法文獻，已獲得精實的寶貴經驗。而目前之整編成果，業得以窺見清末民國刑制變遷史料的大致全貌。期待這些史料付梓問世後，能促使研究者進行事實立說時，益加貼近歷史經驗，避免主觀臆測，從而建立正確的法制文獻整理、研究方法與法學思想。又本計畫研究成果之編成，倘與計畫主持人此前之審判檔案整編（例如 2000 年研究計畫成果《大理院刑事判例全文彙編》，點校本，共 6 冊）參互對照驗證，相信不但足以探求晚清民國刑法編纂理論與司法實踐的真相，並可為立法及司法實務界檢討法制興革時，提供完整而有體系的參考文獻。

此外，本計畫之研究助理曾利用計畫第一年期（2006 年 8 月 1 日至 2007 年 7 月 31 日）蒐集之史料，完成論文的重要章節（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〉，第二章第二、三節，頁 47-84，台北，國立政治大學法律研究所碩士論文，2008 年 7 月），並且藉由多種史料的分析、歸納與比對，發現史籍《清朝續文獻通考》部分記載的可能錯誤。同時，針對若干議題，如《暫行新刑律》頒行生效的時點、《新刑律草案》「暫行章程」的修訂過程與擬訂者等，提出異於學界既定看法的新觀點，並且嘗試還原晚清《新刑律草案》「暫行章程」五條的具體內容。（該論文目次，詳參閱【附件三】）這是研究計畫執行過程中，培養研究助理研究能力的附加成果展現，也可視為本項研究計畫學術價值的初步具體印證。

六、重要參考文獻

1. 清憲政編查館編纂，《大清法規大全》（法律部），台北，考正出版社，民國 61 年。
2. 沈桐生輯，《光緒政要》（全五冊），台北，文海出版社，民國 58 年。
3. 劉錦藻撰，《清朝續文獻通考》，台北，新興書局，民國 48 年 2 月。
4. 文海出版社印行，《清末籌備立憲檔案史料》，收於沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊續編·第八十一輯》（台北：文海出版社，1967 年）
5. 《資政院會議速記錄》（日本·東京大學東洋文化研究所典藏）。
6. 《欽定大清刑律》（宣統三年六月刊印；中國政法大學圖書館典藏）。
7. 《中華民國新刑律箋釋》，北京，司法部刪定本。
8. 葛遵禮編，《中華民國新刑律集解》（上海：上海會文堂書局，1917 年 6 月）。
9. 修訂法律館編纂，《法律草案彙編》，台北，成文出版社，民國 62 年。
10. 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。
11. 《中華民國刑法》（1928 年，附理由），摘自郭衛、周定枚編輯《中華民國六法理

- 由判解彙編·第三冊 刑法》，上海，上海會文堂新記書局，1933 年版。
12. 鄭爰諏編著，《中華民國刑法集解》，上海，世界書局，1929 年 6 月。
 13. 《中華民國刑法》（1935 年，附理由），摘自吳經熊編，《中華民國六法理由判解彙編·第四 刑法之部》，上海，上海會文堂新記書局，1947 年版。
 14. 丘漢平、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。
 15. 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。
 16. 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 2000 年 4 月初稿。
 17. 張之洞，《張文襄公全集》（台北：文海出版社，1963 年 8 月）。
 18. 沈家本，《寄簃文存》（台北：台灣商務印書館，1976 年 9 月）。
 19. 勞乃宣，《桐鄉勞先生（乃宣）遺稿》，收錄於沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊》（台北：文海出版社，1969 年）。
 20. 岡田朝太郎，〈論中國之改正刑律草案〉，收錄於王健編，《西法東漸——外國人與中國法的近代變革》（北京：中國政法大學出版社，2001 年 8 月）。
 21. 岡田朝太郎，〈論大清新刑律重視禮教〉，收錄於王健編，《西法東漸——外國人與中國法的近代變革》（北京：中國政法大學出版社，2001 年 8 月）。
 22. 高漢成，《簽註視野下的大清刑律草案研究》（北京：中國社會科學院出版社，2007 年 2 月）。
 23. 黃源盛，《法律繼受與近代中國法》（台北：元照出版公司，2007 年 3 月）。
 24. 董康，〈中國修訂法律之經過〉，收錄於氏著，《中國法制史講演錄》（香港：波文書局，出版年月不詳）。
 25. 小野和子，〈清末の新刑律暫行章程の原案について〉，收錄於《中国の伝統社会と家族》（東京：汲古書院，1993 年 5 月）。
 26. 〈中華民國刑法修正案初稿〉，載於《國立武漢大學社會科學季刊》，第 4 卷第 3 號。
 27. 〈修正刑律草案〉，載於《法學志林》（東京：法政大學出版，1910 年），第 14 卷第 2 號。
 28. 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：國立政治大學法律研究所碩士論文，2008 年 7 月）。（利用本研究計畫整編史料撰寫部分章節之畢業論文）

目 次

編輯凡例	1
序	3
目次	11

上 冊

第壹部 法典與草案

一、《刑律草案》(稿本; 1905年)	3
第一編 總則	5
第一章 法例	5
第一節 法律效力	5
第二節 稱謂例	8
第二章 刑制	9
第一節 刑名	9
第二節 徵償	16
第三節 刑期	17
第四節 假出獄	18
第五節 期滿免緝	19
第六節 加減例	20
第七節 赦	22
第三章 行為	22
第一節 罪責及減免	22
第二節 未遂犯	27
第三節 共犯	29
第四節 數罪俱發	30
第五節 再犯	32
二、《刑律草案》(1907年)	35
第一編 總則	39
第一章 法例	39

第二章	不論罪	47
第三章	未遂罪	53
第四章	累犯罪	55
第五章	俱發罪	57
第六章	共犯罪	61
第七章	刑名	63
第八章	宥恕減輕	70
第九章	自首減輕	71
第十章	酌量減輕	73
第十一章	加減例	73
第十二章	猶豫行刑	76
第十三章	假出獄	78
第十四章	恩赦	79
第十五章	時效	80
第十六章	時期計算	83
第十七章	文例	84
第二編 分則		87
第一章	關於帝室之罪	87
第二章	關於內亂之罪	91
第三章	關於國交之罪	93
第四章	關於外患之罪	96
第五章	關於漏洩機務罪	99
第六章	關於瀆職之罪	101
第七章	關於妨害公務之罪	109
第八章	關於選舉之罪	110
第九章	關於騷擾之罪	112
第十章	關於監禁者脫逃罪	113
第十一章	關於藏匿罪人及湮沒證據之罪	117
第十二章	關於偽證及誣告之罪	118
第十三章	關於放火決水及水利罪	122
第十四章	關於危險物罪	128
第十五章	關於往來通信罪	130
第十六章	關於秩序罪	132
第十七章	關於偽造通用貨幣之罪	136
第十八章	關於偽造文書及印文之罪	140
第十九章	關於偽造度量衡罪	145
第二十章	關於祀典及墳墓罪	146

【附件一】《晚清民國刑法史料輯注》目次

第二十一章	關於鴉片煙之罪	149
第二十二章	關於賭博彩票之罪	151
第二十三章	關於姦非及重婚之罪	153
第二十四章	關於飲料水之罪	157
第二十五章	關於衛生之罪	158
第二十六章	關於殺傷之罪	160
第二十七章	關於墮胎之罪	170
第二十八章	關於遺棄之罪	172
第二十九章	關於逮捕監禁之罪	173
第三十章	關於略誘及和誘之罪	174
第三十一章	關於名譽信用安全及秘密之罪	178
第三十二章	關於竊盜及強盜之罪	181
第三十三章	關於詐欺取財罪	192
第三十四章	關於侵占罪	194
第三十五章	關於贓物罪	198
第三十六章	關於毀棄損壞罪	199
三、《修正刑律草案》(1910年2月)		203
第一編 總則		207
第一章	法例	207
第二章	不論罪	209
第三章	未遂罪	210
第四章	累犯罪	210
第五章	俱發罪	211
第六章	共犯罪	212
第七章	刑名	213
第八章	宥恕減輕	216
第九章	自首減免	216
第十章	酌量減輕	216
第十一章	加減例	216
第十二章	緩刑	217
第十三章	暫釋	218
第十四章	恩赦	219
第十五章	時效	219
第十六章	時期計算	220
第十七章	文例	221
第二編 分則		223

第一章	關於帝室之罪	223
第二章	關於內亂之罪	224
第三章	關於國交之罪	225
第四章	關於外患之罪	228
第五章	關於漏洩機務之罪	229
第六章	關於瀆職之罪	230
第七章	關於妨害公務之罪	232
第八章	關於選舉之罪	233
第九章	關於騷擾之罪	234
第十章	關於監禁者脫逃之罪	235
第十一章	關於藏匿罪人及湮沒證據之罪	237
第十二章	關於偽證及誣告之罪	237
第十三章	關於放火決水及水利之罪	238
第十四章	關於危險物之罪	241
第十五章	關於往來通信之罪	242
第十六章	關於秩序之罪	244
第十七章	關於偽造通用貨幣之罪	245
第十八章	關於偽造文書及印文之罪	247
第十九章	關於偽造度量衡之罪	249
第二十章	關於祀典及墳墓之罪	250
第二十一章	關於鴉片煙之罪	251
第二十二章	關於賭博彩票之罪	252
第二十三章	關於姦非及重婚之罪	253
第二十四章	關於飲料水之罪	255
第二十五章	關於衛生之罪	256
第二十六章	關於殺傷之罪	257
第二十七章	關於墮胎之罪	260
第二十八章	關於遺棄之罪	261
第二十九章	關於逮捕監禁之罪	262
第三十章	關於略誘及和誘之罪	263
第三十一章	關於安全信用名譽及秘密之罪	264
第三十二章	關於竊盜及強盜之罪	265
第三十三章	關於詐欺取財之罪	268
第三十四章	關於侵占之罪	269
第三十五章	關於贓物之罪	270
第三十六章	關於毀棄損壞之罪	270
四、《欽定大清刑律》(1911年1月)		273

《大清刑律》〈服制圖〉	278
《大清刑律》〈服制〉	289
第一編 總則	295
第一章 法例	295
第二章 不為罪	297
第三章 未遂罪	298
第四章 累犯罪	298
第五章 俱發罪	299
第六章 共犯罪	300
第七章 刑名	301
第八章 宥減	303
第九章 自首	303
第十章 酌減	304
第十一章 加減例	304
第十二章 緩刑	305
第十三章 假釋	306
第十四章 恩赦	306
第十五章 時效	306
第十六章 時例	308
第十七章 文例	308
第二編 分則	311
第一章 侵犯皇室罪	311
第二章 內亂罪	312
第三章 外患罪	313
第四章 妨害國交罪	315
第五章 漏洩機務罪	317
第六章 瀆職罪	318
第七章 妨害公務罪	319
第八章 妨害選舉罪	320
第九章 騷擾罪	322
第十章 逮捕監禁人脫逃罪	322
第十一章 藏匿罪人及湮滅證據罪	324
第十二章 偽證及誣告罪	324
第十三章 放火決水及妨害水利罪	325
第十四章 危險物罪	328
第十五章 妨害交通罪	329

第十六章	妨害秩序罪	331
第十七章	偽造貨幣罪	333
第十八章	偽造文書印文罪	334
第十九章	偽造度量衡罪	336
第二十章	褻瀆祀典及發掘墳墓罪	337
第二十一章	鴉片煙罪	338
第二十二章	賭博罪	339
第二十三章	姦非及重婚罪	340
第二十四章	妨害飲料水罪	342
第二十五章	妨害衛生罪	343
第二十六章	殺傷罪	344
第二十七章	墮胎罪	347
第二十八章	遺棄罪	348
第二十九章	私濫逮捕監禁罪	349
第三十章	略誘及和誘罪	350
第三十一章	妨害安全信用名譽及秘密罪	351
第三十二章	竊盜及強盜罪	352
第三十三章	詐欺取財罪	354
第三十四章	侵占罪	356
第三十五章	贓物罪	357
第三十六章	毀棄損壞罪	357
暫行章程		360
五、《暫行新刑律》(1912年)		361
第一編 總則		367
第一章	法例	367
第二章	不為罪	374
第三章	未遂罪	382
第四章	累犯罪	384
第五章	俱發罪	386
第六章	共犯罪	391
第七章	刑名	395
第八章	宥減	401
第九章	自首	403
第十章	酌減	404
第十一章	加減例	405
第十二章	緩刑	407

第十三章	假釋	410
第十四章	赦免	411
第十五章	時效	412
第十六章	時例	415
第十七章	文例	416
第二編 分則		419
第一章	(刪)	
第二章	內亂罪	419
第三章	外患罪	421
第四章	妨害國交罪	425
第五章	漏洩機務罪	428
第六章	瀆職罪	430
第七章	妨害公務罪	435
第八章	妨害選舉罪	436
第九章	騷擾罪	438
第十章	逮捕監禁人脫逃罪	440
第十一章	藏匿罪人及湮滅證據罪	442
第十二章	偽證及誣告罪	443
第十三章	放火決水及妨害水利罪	446
第十四章	危險物罪	453
第十五章	妨害交通罪	454
第十六章	妨害秩序罪	456
第十七章	偽造貨幣罪	459
第十八章	偽造文書及印文罪	463
第十九章	偽造度量衡罪	467
第二十章	褻瀆祀典及毀掘墳墓罪	468
第二十一章	鴉片煙罪	471
第二十二章	賭博罪	472
第二十三章	姦非及重婚罪	473
第二十四章	妨害飲料水罪	476
第二十五章	妨害衛生罪	478
第二十六章	殺傷罪	479
第二十七章	墮胎罪	485
第二十八章	遺棄罪	486
第二十九章	私擅逮捕監禁罪	488
第三十章	略誘及和誘罪	489
第三十一章	妨害安全信用名譽及秘密罪	490

【附件一】《晚清民國刑法史料輯注》目次

第三十二章	竊盜及強盜罪	493	
第三十三章	詐欺取財罪	498	
第三十四章	侵占罪	500	
第三十五章	贓物罪	503	
第三十六章	毀棄損壞罪	503	
六、《暫行新刑律施行細則》(1912年)			507
七、《暫行新刑律補充條例》(1914年)			511
八、《修正刑法草案》(1915年)			515
第一編 總則			519
第一章	法例	519	
第二章	不為罪	522	
第三章	未遂罪預備罪陰謀罪	524	
第四章	累犯罪	524	
第五章	俱發罪	525	
第六章	共犯罪	527	
第七章	刑名	529	
第八章	親屬加重	533	
第九章	宥減	534	
第十章	自首	534	
第十一章	酌加酌減	535	
第十二章	加減例	535	
第十三章	緩刑	537	
第十四章	假釋	538	
第十五章	時效	539	
第十六章	時例	541	
第十七章	文例	542	
第二編 分則			545
第一章	侵犯大總統罪	545	
第二章	內亂罪	546	
第三章	外患罪	547	
第四章	妨害國交罪	549	
第五章	漏洩機務罪	552	
第六章	瀆職罪	553	

【附件一】《晚清民國刑法史料輯注》目次

第 七 章	妨害公務罪	556
第 八 章	妨害選舉罪	557
第 九 章	騷擾罪	558
第 十 章	脫逃罪	559
第 十 一 章	湮滅證據罪	560
第 十 二 章	偽證誣告罪	561
第 十 三 章	放火罪	562
第 十 四 章	決水罪	565
第 十 五 章	危險物罪	567
第 十 六 章	妨害交通罪	568
第 十 七 章	妨害秩序罪	571
第 十 八 章	偽造貨幣罪	572
第 十 九 章	偽造度量衡罪	574
第 二 十 章	私鹽罪	575
第 二 十 一 章	偽造文書罪	577
第 二 十 二 章	褻瀆祀典罪	579
第 二 十 三 章	鴉片嗎啡罪	580
第 二 十 四 章	賭博罪	583
第 二 十 五 章	姦非重婚罪	584
第 二 十 六 章	妨害飲料水罪	587
第 二 十 七 章	妨害衛生罪	589
第 二 十 八 章	殺傷罪	590
第 二 十 九 章	墮胎罪	593
第 三 十 章	遺棄罪	594
第 三 十 一 章	逮捕拘禁罪	595
第 三 十 二 章	略誘和誘罪	596
第 三 十 三 章	妨害安全信用名譽秘密罪	598
第 三 十 四 章	竊盜強盜罪	600
第 三 十 五 章	詐欺取財罪	603
第 三 十 六 章	侵占罪	605
第 三 十 七 章	贓物罪	607
第 三 十 八 章	毀棄損壞罪	608
九、《刑法第二次修正案》(1918年)		611
第一編 總則		615
第 一 章	法例	617
第 二 章	文例	624

第 三 章	時例	629
第 四 章	刑事責任及刑之減免	629
第 五 章	未遂罪	635
第 六 章	共犯	636
第 七 章	刑名	639
第 八 章	累犯	647
第 九 章	併合論罪	648
第 十 章	刑之酌科	652
第 十 一 章	加減例	654
第 十 二 章	緩刑	656
第 十 三 章	假釋	657
第 十 四 章	時效	659
第二編 分則		664
第 一 章	侵犯大總統罪	670
第 二 章	內亂罪	671
第 三 章	外患罪	673
第 四 章	妨害國交罪	678
第 五 章	瀆職罪	680
第 六 章	妨害公務罪	685
第 七 章	妨害選舉罪	687
第 八 章	妨害秩序罪	689
第 九 章	脫逃罪	694
第 十 章	藏匿犯人及湮滅證據罪	695
第 十 一 章	偽證誣告罪	696
第 十 二 章	公共危險罪	698
第 十 三 章	偽造貨幣罪	706
第 十 四 章	偽造度量衡罪	709
第 十 五 章	偽造文書印文罪	710
第 十 六 章	妨害風化罪	715
第 十 七 章	妨害婚姻及家庭罪	719
第 十 八 章	妨害宗教罪	722
第 十 九 章	妨害商務罪	724
第 二 十 章	鴉片罪	725
第 二 十 一 章	賭博罪	728
第 二 十 二 章	殺人罪	729
第 二 十 三 章	傷害罪	732
第 二 十 四 章	墮胎罪	735

第二十五章	遺棄罪	736
第二十六章	妨害自由罪	737
第二十七章	妨害名譽及信用罪	740
第二十八章	妨害秘密罪	742
第二十九章	竊盜罪	744
第三十章	搶奪強盜及海盜罪	745
第三十一章	侵占罪	748
第三十二章	詐欺及背信罪	750
第三十三章	恐嚇罪	752
第三十四章	贓物罪	753
第三十五章	毀棄損壞罪	754
《刑法第二次修正案》刑度表		756
十、《改定刑法第二次修正案》(1919年)		789
本案與《暫行新刑律》之異同		790
第一編 總則		799
第一章	法例	799
第二章	文例	800
第三章	時例	802
第四章	刑事責任及刑事之減免	803
第五章	未遂罪	805
第六章	共犯	805
第七章	刑名	806
第八章	累犯	809
第九章	併合論罪	810
第十章	刑之酌科	811
第十一章	加減例	812
第十二章	緩刑	813
第十三章	假釋	814
第十四章	時效	814
第二編 分則		817
第一章	侵犯大總統罪	817
第二章	內亂罪	817
第三章	外患罪	818
第四章	妨害國交罪	820

第 五 章	瀆職罪	821
第 六 章	妨害公務罪	824
第 七 章	妨害選舉罪	825
第 八 章	妨害秩序罪	826
第 九 章	脫逃罪	828
第 十 章	藏匿犯人及湮滅證據罪	829
第 十 一 章	偽證及誣告罪	829
第 十 二 章	公共危險罪	831
第 十 三 章	偽造貨幣罪	835
第 十 四 章	偽造度量衡罪	837
第 十 五 章	偽造文書印文罪	838
第 十 六 章	妨害風化罪	840
第 十 七 章	妨害婚姻及家庭罪	842
第 十 八 章	妨害宗教罪	844
第 十 九 章	妨害商務罪	845
第 二 十 章	鴉片罪	845
第 二 十 一 章	賭博罪	847
第 二 十 二 章	殺人罪	847
第 二 十 三 章	傷害罪	849
第 二 十 四 章	墮胎罪	850
第 二 十 五 章	遺棄罪	851
第 二 十 六 章	妨害自由罪	852
第 二 十 七 章	妨害名譽及信用罪	854
第 二 十 八 章	妨害秘密罪	855
第 二 十 九 章	竊盜罪	856
第 三 十 章	搶奪強盜及海盜罪	857
第 三 十 一 章	侵占罪	858
第 三 十 二 章	詐欺及背信罪	859
第 三 十 三 章	恐嚇罪	860
第 三 十 四 章	贓物罪	861
第 三 十 五 章	毀棄損壞罪	862

下 冊

十一、《中華民國刑法》（舊刑法；1928年）	865
第一編 總則	869

第一章	法例	869
第二章	文例	876
第三章	時例	882
第四章	刑事責任及刑之減免	883
第五章	未遂罪	889
第六章	共犯	890
第七章	刑名	893
第八章	累犯	902
第九章	併合論罪	904
第十章	刑之酌科	908
第十一章	加減例	911
第十二章	緩刑	914
第十三章	假釋	917
第十四章	時效	919
第二編 分則		925
第一章	內亂罪	928
第二章	外患罪	929
第三章	妨害國交罪	934
第四章	瀆職罪	937
第五章	妨害公務罪	942
第六章	妨害選舉罪	945
第七章	妨害秩序罪	947
第八章	脫逃罪	951
第九章	藏匿犯人及湮滅證據罪	953
第十章	偽證及誣告罪	954
第十一章	公共危險罪	958
第十二章	偽造貨幣罪	966
第十三章	偽造度量衡罪	970
第十四章	偽造文書印文罪	971
第十五章	妨害風化罪	977
第十六章	妨害婚姻及家庭罪	981
第十七章	褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪	983
第十八章	妨害農工商罪	986
第十九章	鴉片罪	987
第二十章	賭博罪	989
第二十一章	殺人罪	990
第二十二章	傷害罪	994

【附件一】《晚清民國刑法史料輯注》目次

第二十三章	墮胎罪	997
第二十四章	遺棄罪	999
第二十五章	妨害自由罪	1000
第二十六章	妨害名譽及信用罪	1004
第二十七章	妨害秘密罪	1007
第二十八章	竊盜罪	1008
第二十九章	搶奪強盜及海盜罪	1010
第三十章	侵占罪	1014
第三十一章	詐欺及背信罪	1016
第三十二章	恐嚇罪	1018
第三十三章	贓物罪	1019
第三十四章	毀棄損壞罪	1020
十二、	《中華民國刑法施行條例》(1928年)	1023
十三、	《中華民國刑法修正案初稿》(1933年)	1027
第一編	總則	1031
第一章	適用範圍	1031
第二章	刑事責任	1033
第三章	未遂犯	1035
第四章	共犯	1035
第五章	刑	1036
第六章	累犯	1037
第七章	數罪併罰	1038
第八章	刑之酌科及加減	1039
第九章	緩刑	1041
第十章	假釋	1041
第十一章	時效	1042
第十二章	保安處分	1043
第二編	分則	1046
第一章	內亂罪	1046
第二章	外患罪	1046
第三章	妨害國交罪	1049
第四章	瀆職罪	1049
第五章	妨害公務罪	1052
第六章	妨害投票罪	1053

【附件一】《晚清民國刑法史料輯注》目次

第七章	妨害秩序罪	1054
第八章	脫逃罪	1056
第九章	藏匿人犯及湮滅證據罪	1057
第十章	偽證及誣告罪	1058
第十一章	公共危險罪	1058
第十二章	偽造貨幣罪	1063
第十三章	偽造有價證券罪	1064
第十四章	偽造度量衡罪	1065
第十五章	偽造文書印文罪	1065
第十六章	妨害風化罪	1067
第十七章	妨害婚姻及家庭罪	1069
第十八章	褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪	1070
第十九章	妨害農工商罪	1071
第二十章	鴉片罪	1072
第二十一章	賭博罪	1073
第二十二章	殺人罪	1074
第二十三章	傷害罪	1075
第二十四章	墮胎罪	1077
第二十五章	遺棄罪	1078
第二十六章	妨害自由罪	1078
第二十七章	妨害名譽及信用罪	1080
第二十八章	妨害秘密罪	1081
第二十九章	竊盜罪	1082
第三十章	搶奪強盜及海盜罪	1082
第三十一章	侵占罪	1084
第三十二章	詐欺及背信罪	1085
第三十三章	重利罪	1086
第三十四章	恐嚇及擄人勒贖罪	1086
第三十五章	贓物罪	1087
第三十六章	毀棄損壞罪	1087

十四、《中華民國刑法修正案》(1934年) 1089

第一編	總則	1093
第一章	法例	1093
第二章	刑事責任	1095
第三章	未遂犯	1096
第四章	共犯	1097

第 五 章	刑	1098
第 六 章	累犯	1100
第 七 章	數罪併罰	1101
第 八 章	刑之酌科及加減	1102
第 九 章	緩刑	1104
第 十 章	假釋	1105
第 十 一 章	時效	1105
第 十 二 章	保安處分	1107
第二編 分則		1110
第 一 章	內亂罪	1110
第 二 章	外患罪	1110
第 三 章	妨害國交罪	1113
第 四 章	瀆職罪	1113
第 五 章	妨害公務罪	1116
第 六 章	妨害投票罪	1117
第 七 章	妨害秩序罪	1118
第 八 章	脫逃罪	1120
第 九 章	藏匿人犯及湮滅證據罪	1121
第 十 章	偽證及誣告罪	1121
第 十 一 章	公共危險罪	1122
第 十 二 章	偽造貨幣罪	1126
第 十 三 章	偽造有價證券罪	1127
第 十 四 章	偽造度量衡罪	1128
第 十 五 章	偽造文書印文罪	1129
第 十 六 章	妨害風化罪	1130
第 十 七 章	妨害婚姻及家庭罪	1132
第 十 八 章	褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪	1134
第 十 九 章	妨害農工商罪	1135
第 二 十 章	鴉片罪	1136
第 二 十 一 章	賭博罪	1137
第 二 十 二 章	殺人罪	1138
第 二 十 三 章	傷害罪	1139
第 二 十 四 章	墮胎罪	1141
第 二 十 五 章	遺棄罪	1142
第 二 十 六 章	妨害自由罪	1142
第 二 十 七 章	妨害名譽及信用罪	1144
第 二 十 八 章	妨害秘密罪	1145

【附件一】《晚清民國刑法史料輯注》目次

第二十九章	竊盜罪	1146
第三十章	搶奪強盜及海盜罪	1147
第三十一章	侵占罪	1149
第三十二章	詐欺背信及重利罪	1149
第三十三章	恐嚇及擄人勒贖罪	1150
第三十四章	贓物罪	1151
第三十五章	毀棄損壞罪	1151
《中華民國刑法修正案》要旨		1153
《中華民國刑法修正案》刑度表		1165
十五、《中華民國刑法》(1935年)		1185
第一編 總則		1189
第一章	法例	1189
第二章	刑事責任	1191
第三章	未遂犯	1193
第四章	共犯	1193
第五章	刑	1194
第六章	累犯	1196
第七章	數罪併罰	1197
第八章	刑之酌科及加減	1198
第九章	緩刑	1200
第十章	假釋	1201
第十一章	時效	1202
第十二章	保安處分	1203
第二編 分則		1206
第一章	內亂罪	1206
第二章	外患罪	1206
第三章	妨害國交罪	1209
第四章	瀆職罪	1209
第五章	妨害公務罪	1212
第六章	妨害投票罪	1213
第七章	妨害秩序罪	1214
第八章	脫逃罪	1216
第九章	藏匿人犯及湮滅證據罪	1217
第十章	偽證及誣告罪	1218

第十一章	公共危險罪	1218
第十二章	偽造貨幣罪	1223
第十三章	偽造有價證券罪	1224
第十四章	偽造度量衡罪	1225
第十五章	偽造文書印文罪	1225
第十六章	妨害風化罪	1227
第十七章	妨害婚姻及家庭罪	1229
第十八章	褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪	1231
第十九章	妨害農工商罪	1232
第二十章	鴉片罪	1232
第二十一章	賭博罪	1234
第二十二章	殺人罪	1235
第二十三章	傷害罪	1236
第二十四章	墮胎罪	1237
第二十五章	遺棄罪	1238
第二十六章	妨害自由罪	1239
第二十七章	妨害名譽及信用罪	1241
第二十八章	妨害秘密罪	1242
第二十九章	竊盜罪	1243
第三十章	搶奪強盜及海盜罪	1244
第三十一章	侵占罪	1246
第三十二章	詐欺背信及重利罪	1246
第三十三章	恐嚇及擄人勒贖罪	1247
第三十四章	贓物罪	1248
第三十五章	毀棄損壞罪	1248
十六、	《中華民國刑法施行法》(1935年)	1251
十七、	現行刑法 (2010年) 歷次修訂沿革暨理由	1255
第一編	總則	1261
第一章	法例	1261
第二章	刑事責任	1267
第三章	未遂犯	1270
第四章	正犯與共犯	1272
第五章	刑	1274
第六章	累犯	1292
第七章	數罪併罰	1294

第 八 章	刑之酌科及加減	1296
第 九 章	緩刑	1302
第 十 章	假釋	1308
第 十 一 章	時效	1316
第 十 二 章	保安處分	1320
第二編 分則		1329
第 一 章	內亂罪	1329
第 二 章	外患罪	1330
第 三 章	妨害國交罪	1332
第 四 章	瀆職罪	1333
第 五 章	妨害公務罪	1336
第 六 章	妨害投票罪	1337
第 七 章	妨害秩序罪	1339
第 八 章	脫逃罪	1341
第 九 章	藏匿人犯及湮滅證據罪	1342
第 十 章	偽證及誣告罪	1342
第 十 一 章	公共危險罪	1343
第 十 二 章	偽造貨幣罪	1355
第 十 三 章	偽造有價證券罪	1356
第 十 四 章	偽造度量衡罪	1358
第 十 五 章	偽造文書印文罪	1358
第 十 六 章	妨害性自主罪	1361
第 十 六 章 ^{之一}	妨害風化罪	1369
第 十 七 章	妨害婚姻及家庭罪	1374
第 十 八 章	褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪	1376
第 十 九 章	妨害農工商罪	1377
第 二 十 章	鴉片罪	1377
第 二 十 一 章	賭博罪	1379
第 二 十 二 章	殺人罪	1380
第 二 十 三 章	傷害罪	1381
第 二 十 四 章	墮胎罪	1383
第 二 十 五 章	遺棄罪	1384
第 二 十 六 章	妨害自由罪	1387
第 二 十 七 章	妨害名譽及信用罪	1391
第 二 十 八 章	妨害秘密罪	1392
第 二 十 九 章	竊盜罪	1397
第 三 十 章	搶奪強盜及海盜罪	1399

第三十一章	侵占罪	1406
第三十二章	詐欺背信及重利罪	1406
第三十三章	恐嚇及擄人勒贖罪	1410
第三十四章	贓物罪	1412
第三十五章	毀棄損壞罪	1413
第三十六章	妨害電腦使用罪	1414

第貳部 立法相關文獻

一、《刑律草案》(1907年)立法資料	1421
(一) 修訂法律大臣沈家本等奏進呈刑律草案摺	1422
(二) 修訂法律大臣沈家本等奏進呈刑律分則草案摺	1426
二、《修正刑律草案》(1910年2月)立法資料	1429
(一) 法部尚書臣廷杰等奏為修正刑律草案告成摺	1430
三、《新刑律草案》(1910年)立法資料	1433
(一) 修正刑律草案說帖(勞乃宣)	1435
(二) 沈大臣酌擬辦法說帖(沈家本)	1451
(三) 聲明管見說帖(勞乃宣)	1454
(四) 陳閣學讀勞提學及沈大臣論刑律草案平議(陳寶琛)	1457
(五) 陳閣學新刑律無夫姦罪說(陳寶琛)	1460
(六) 憲政編查館大臣和碩慶親王奕劻等奏為核訂新刑律告竣摺	1464
四、《大清新刑律草案》(1910年)立法資料	1469
(一) 資政院第一次常年會第二十三號議場速記錄	1470
五、《欽定大清刑律》(1911年1月)立法資料	1493
(一) 倡議修正新刑律案說帖(附新刑律修正案)	1495
(二) 資政院第一次常年會第三十七號議場速記錄	1506
(三) 資政院第一次常年會第三十八號議場速記錄	1549
(四) 資政院第一次常年會第三十九號議場速記錄	1581
(五) 資政院第一次常年會第四十號議場速記錄	1624
(六) 資政院第一次常年會第四十一號議場速記錄	1637
(七) 軍機大臣和碩慶親王奕劻等奏為議決新刑律總則繕單	

【附件一】《晚清民國刑法史料輯注》目次

請旨裁奪摺	1645
(八) 憲政編查館大臣和碩慶親王奕劻等奏為新刑律分則並 暫行章程未經資政院議決應否遵限頒布請旨辦理摺	1647
(九) 清廷頒布《欽定大清刑律》諭旨	1649
六、《修正刑法草案》(1915年)立法資料	1651
(一) 修正刑法草案告竣呈	1652
(二) 修正刑法草案理由繕單呈	1655
七、《中華民國刑法》(1928年)立法資料	1657
(一) 刑法草案序言(王寵惠)	1659
(二) 刑法草案與暫行新刑律之異同(王寵惠)	1660
(三) 刑法草案與暫行新刑律更移損益表(王寵惠)	1666
(四) 審查刑法草案意見書(伍朝樞、徐元誥、王寵惠)	1669
(五) 為修正刑法草案意見書呈中央文(王世杰)	1674
(六) 修正刑法草案意見書(王世杰)	1675
(七) 致國民政府秘書處審核王局長修正刑法草案意見函 (司法部)	1681
(八) 審查刑法草案報告書 (譚延闓、于右任、徐元誥、魏道明、王世杰)	1686
(九) 中央第一百二十次常務會議通過刑法草案之決議案	1687
(十) 致國府委員論刑法第十一條第四款書(徐元誥)	1688
八、《中華民國刑法修正案》(1934年)立法資料	1689
(一) 司法行政部代表出席立法院刑法委員會口頭陳述要點	1690
(二) 中華民國刑法草案審查報告	1695
九、《中華民國刑法》(1935年)立法資料	1697
(一) 修正中華民國刑法第二百三十九條條文案審查報告	1698

傳統與當代之間的倫常條款

——以「殺尊親屬罪」為例

黃源盛*

目次

- 一、序說——由兩則案例談起
- 二、傳統中國殺尊親屬罪的立法例與法理根據
 - (一) 唐之前的梟獍之行
 - (二) 唐律中的惡逆之條
 - (三) 明清律中的綱常之變
- 三、晚清民初變法修律中倫常條款的生與死
 - (一) 清末禮法爭議下尊卑相犯條的存廢之爭
 - (二) 民國初期殺尊親屬罪的修法經緯
- 四、從比較法史觀點看殺尊親屬罪的歸趨
 - (一) 外國相關立法例的動向
 - (二) 日本脫亞入歐前後殺尊親屬罪的存廢爭議
- 五、西法東漸中倫常觀念的困惑、更新與再詮釋
 - (一) 傳統中國親親之義的家族倫理性禮法
 - (二) 近代西方自由主義思潮中的個人主體性立法
 - (三) 刑法法益保護思想與孝道觀念的轉向
- 六、結論——台灣現行刑法中的殺直系血親尊親屬罪何去何從？

* 台灣政治大學法律學系教授、中央研究院歷史語言研究所兼任研究員

內容摘要

傳統中國刑律，禮與刑的關係始終糾葛難分。自 1902 年晚清變法修律以來，爲了撤廢領事裁判權，在內外雙重壓力下，隨順因緣地導入了近代歐西新的法學理念，從此，個人、自由、權利本位的立法思潮引進了古老中國的本土，中華法系已然解體，固有的身分倫理法制也隨之動搖。不禁要問，在近代以西方爲主流的法律思潮下的刑事立法，究竟要如何對待倫理道德與法律規範之間的關係？要合？要分？合多分少？分多合少？要言之，倫理道德宜不宜法律化？刑法的法益保護思想，其內涵是否包含社會核心的價值理念？

實際上，源自 1911 年 1 月《大清新刑律》的台灣刑法，目前仍存有多處所謂的「倫常條款」，凡此富於倫常道德意涵的規範，何以會在帝制中國陳陳相因，歷千年以上而凝滯不變？又爲何會溫存迄今？終將何去何從？

本文擬先自法史學的角度，針對刑法上的倫常條款，特別聚焦在眾所矚目的「殺尊親屬罪」這個犯罪類型上，從事歷史沿革的考察，以明其衍化軌跡；再從當今刑法思想的變動，剖析其理論基礎的變與不變；另從日、德等外國立法例觀察其存廢經緯，以窺其未來的可能走向。

關鍵詞：殺尊親屬罪、倫常條款、禮、刑、道德、孝

一、序說——由兩則案例談起

世間百種人、千般物，但新鮮的事似乎不多，有些故事是萬古常新的。清道光三年（1823）間，直隸司發生一起這樣的案例：

直督奏：張張氏因被伊翁張起坤強行姦污，同夫張安將伊翁毆傷身死。除張安依律凌遲處死外，張張氏依律凌遲處死。惟死者強姦子婦已成，本屬瀆倫傷化，該氏被污不甘，一時忿激，並非無故逞兇干犯。可否量改為擬斬監候？恭請欽定。¹

上諭：此案張安因其父張起坤強姦伊妻張張氏已成，同妻毆傷張起坤身死。除將張安凌遲梟示外，將張張氏擬以凌遲，聲明該氏並非無故逞兇干犯，情可矜原等語。著刑部速行核議具奏，欽此。

上諭：張張氏著照刑部所議，改為斬監候，欽此。²

民國四十五年（1956）春，台灣社會也有過一樁類似的個案：

被害人陳某為黃某之生父，陳某沉緬酒色，嗜賭為命，與其子、媳三人同住一戶，其子為工作關係，時常外出。不料，陳某年逾半百，不顧倫常，竟與黃某之妻發生姦情，事由黃某獲悉，帶語警告其父，發生口角，父子感情破裂。四十五年四月中旬，黃某之父依然如故，糾纏其妻，且恆於酒後對鄰里宣揚與其媳有姦情，黃某懷恨在心，怒不可遏，一時感情衝動，失去理智，乘其父睡眠之際，用尖刀將其父殺害。³

是為人子不孝？是為人父不慈？此等案件，行為人該受加重刑罰嗎？傳統中國社會，向主以孝立國，父母生我育我，哀哀劬勞，竟生忤逆反弑之心，自屬違反人倫之大本，因此，孝道之體現於律典及教孝懲逆的案件，在法制史料中俯拾可得。隋唐已降，最具譴責性的十種極端犯罪類型，要屬「十惡」重罪，而「十惡」之條內始終列有「惡逆」、「不孝」兩目。至於當代，繼受歐陸法體制下的台灣刑法規範，就形式意

¹ 引自楊一凡、徐立志主編，《歷代判例判牘》，第六冊，頁 759，北京，中國社會科學出版社，2005 年 12 月。

² 引自姚雨籟原纂、胡仰山增輯、姚潤原編，《大清律例會通新纂》（三），2393 頁以下，同治十二年（1873）刻本，台北，文海出版社影印出版，1964 年。

³ 參閱台灣，司法行政部犯罪問題研究中心編著，《殺人犯罪問題之研究》，頁 124 以下，台北，1965 年 7 月。

義言，「十惡」早已成歷史名詞，惟實際上仍留存有若干倫常性的犯罪條款在。

這類針對尊卑身分犯罪而法律明文加重其刑度，限縮法官裁量可能的「倫常條款」，在現行的台灣刑法中，遺存有第一七〇條「誣告直系血親尊親屬罪」、第二五〇條「侵害直系血親尊親屬屍體、墳墓罪」、第二七二條「殺害直系血親尊親屬罪」、第二八〇條「傷害直系血親尊親屬罪」、第二八一條「施暴行於直系血親尊親屬未成傷罪」、第二九五條「遺棄直系血親尊親屬罪」以及第三〇三條「剝奪直系血親尊親屬行動自由罪」等。凡此條款和傳統舊律中的「惡逆」、「不睦」條相較，行為客體雖縮小其範圍，已將適用對象侷限在直系血親尊親屬，而把伯叔父母、姑、兄姊等旁系親屬、夫以及夫之祖父母、父母等姻親排除在外，但細細端詳，它背後的指導精神似仍遺韻猶在。這種富於倫常道德意涵的條款，何以會在帝制中國舊律中陳陳相因，歷千年以上而凝滯不變？又為何會溫存於當今台灣的刑法之中？與當代刑事法學的主流思潮有無牴牾之處？在人性尊嚴、人格權平等聲勢高漲的今日，它們終將何去何從？很有深刻探討的必要。

倫常條款之所以能夠貫穿整個中華法系時期，而延續到繼受歐西法制的當代，律條文字雖今古有異，而其實質內涵並無太大差異，個中因緣，絕非偶然，必有其歷史文化背景，若不追本溯源，恐難以瞭然其間的來龍去脈，而有關研究此一課題的既有文獻，並不多見；為此，本文擬先自法史學的角度，針對刑法上的倫常條款，特別聚焦在眾所矚目的「殺尊親屬罪」這個犯罪類型上，從事歷史沿革的考察，以明其衍化軌跡；再從當今刑法思想的變動，剖析其理論基礎的變與不變；另從日、德等外國立法例比較觀察其存廢經緯，以窺其未來的可能走向。

二、傳統中國殺尊親屬罪的立法例與法理根據

傳統中國法制，先秦時期，由於文獻不足徵引，以目前的史料看來，對於家族成員間的相互殺害行為，雖有非難之聲，惟律條上還未見有特別加重的規定；西周時，不孝曾當作是不敬祖先祭祀的一種犯行。不過，隨著大一統局面的發展，君權不斷提昇，「孝」這個原本屬於相對性的自發性道德，遂隨著對「忠」這個外部規範的講求而備受重視。《孝經》提升為《五經》之一，其中說：「夫孝，天之經也，地之義也，民之行也。」⁴「人之行莫大於孝」又說：「五刑之屬三千，而罪莫大於不孝。」⁴不孝為三千條罪刑中之最大者，而歷朝歷代無不標榜「以孝治天下」，關於父子之間的相待之道，歷代律令中對於子孝的要求和不孝的嚴懲，表現得淋漓盡致，尤其是弑親的行為最為明顯。

⁴ 引自《孝經》〈三才〉及〈五刑〉章，詳參唐元宗注，邢昺疏，《孝經注疏》（十三經注疏本），卷六，〈五刑章〉，台北，藝文印書館，1993年。

（一）唐之前的梟獍之行

自先秦以來，社會上下強調孝道，凡毆弑祖父母、父母者，均處以極刑。《禮記·檀弓下》記載道：

邾婁定公之時，有弑其父者，有司以告，公瞿然失席曰：「是寡人之罪也！」
曰：「寡人嘗學斷斯獄矣，臣弑君，凡在官者殺無赦；子弑父，凡在宮者，
殺無赦。殺其人，壞其室，洿其宮而瀦焉！蓋君踰月而後舉爵。」⁵

民之無禮，不教之罪，弑父弑君，其罪無赦，諸臣子孫皆得弑之。申言之，臣之弑君，凡在官之人，無問貴賤，皆得殺此弑君之人；子之弑父，凡在宮者，無問尊卑，皆得殺此弑父之人。這樣的處置，或許祇是邾婁定公的臨機判斷，目前還找不到實定法的根據。

戰國時，魏之〈大府之憲〉已有「子弑父，臣弑君，有常不赦。」之條⁶。而翻讀一九七五年湖北雲夢出土的《睡虎地秦墓竹簡》，雖未見秦時有毆殺父母的例條，但由「毆大父母，黥爲城旦舂」⁷，而毆傷一般人則處耐刑，顯然毆傷父母的罪刑重於毆傷常人。及漢，已有逆倫之條，且弑父、毆父、弑母、毆母各有等差。據一九八三年底湖北江陵新出土的《張家山漢墓竹簡》云：

子賊殺傷父母，奴婢賊殺傷主、主父母妻子，皆梟其首市。子牧殺父母、
毆詈泰父母、父母、段（假）大母、主母、後母，及父母告子不孝，皆
棄市。

賊殺傷父母，牧殺父母，毆詈父母，父母告子不孝，其妻子為收者，皆
錮，令毋得以爵償、免除及贖。⁸

另據《漢書》〈景帝紀〉及〈高惠高后文功臣表〉云：

三年詔曰：襄平侯嘉，子恢說不孝，謀反欲以殺嘉，大逆無道。其赦嘉
為襄平侯，及妻子當坐者，復故爵。論恢說及妻子如法。（如淳注：律，

⁵ 詳參孫希旦撰，《禮記集解》，〈檀弓下第四〉，頁270，台北，文史哲出版社，1982年10月。

⁶ 參閱劉向，《戰國策·魏策》，〈魏攻管而不下〉。

⁷ 參閱《睡虎地秦墓竹簡》，〈法律答問〉，收於劉海年等主編，《中國珍稀法律典籍集成》，甲編，第一冊，頁574-575，北京，科學出版社，1994年。

⁸ 引自《張家山漢墓竹簡·二年律令·賊律》，詳參彭浩、陳偉、工藤元男主編，《二年律令與奏讞書》——張家山二四七號漢墓出土法律文獻釋讀，頁103-105，上海，上海古籍出版社，2007年8月。

【附件二】傳統與當代之間的倫常條款—以「殺尊親屬罪」為例

大逆不道，父母、妻子、同產，皆棄市。）

梧齊侯嗣侯戎奴，（漢武帝）元狩五年，坐使人殺季父，棄市。

由此可知，子預謀賊殺父母，未殺而得，及毆詈祖父母、父母、庶（繼）祖母、主母、後母者，皆棄市。律令上將不孝與牧殺、詈罵區分開，顯示不孝與其他兩類分屬於不同的範圍。又據《南史》卷二七〈孔深之傳〉所引《晉律》：

案律：子賊殺傷毆父母，梟首；罵詈，棄市。謀殺夫之父母，亦棄市。

可知《晉律》中也已有謀殺夫之父母罪目。魏晉之際，曾發生一宗殺母的案件，《晉書·阮籍傳》云：

有司言有子殺母者，籍曰：「嘻！殺父乃可，至殺母乎！」坐者怪其失言。帝（西晉武帝）曰：「殺父，天下之極惡，而以為可乎？」籍曰：「禽獸知母而不知父，殺父，禽獸之類也；殺母，禽獸之不若。」眾乃悅服。

阮籍（210-263）是清談之士，喜故弄玄虛，發出這種奇論，不足為怪，他雖不拘禮教，然發言玄遠，性至孝，此番立論的主旨，仍在於重懲弑母之人。降至北魏世宗（宣武帝）時代，「鴈門人有害母者，八座奏輶之，而潛其室，宥其二子。」當時禮部尚書左丞邢虬上疏抗議，《魏書·邢巒傳》上說：

君親無將，將而必誅，今謀逆者戮及期親，害親者今不及子，既逆甚，梟獍禽獸之不若，而使禋祀不絕，遺育永傳，非所以勸忠孝之道，存三綱之義，若聖教含容，不加孥戮，使父子罪不相及，惡止其身，否則宜投之四裔。世宗從之。

帝制中國時期的刑典，自魏晉以降即富有法律儒家倫理化的色彩，早在《北齊律》「重罪十條」⁹，就已經列有「惡逆」之條，並為隋、唐律所承襲，定為「十惡」之名。

⁹ 《北齊律》首創「重罪十條」：反逆、大逆、叛、降、惡逆、不道、不敬、不孝、不義、內亂。「其犯此十者，不在八議論贖之限。」詳參（唐）魏徵編，《隋書·刑法志》。至於有關「十惡」的源流，論者說：「此條律目、律文、律注，俱按唐律原文。查漢制九章雖并淹沒，惟不道、不敬之目尚存。原夫厥初，蓋起諸漢，陳、梁已往，略有其條。周、齊雖具十惡之名，而無十惡之目。隋開皇創制，始備此科，酌於舊章，數存其十。大業有造，復更刊除，十條之內，僅存其八。自唐武德以來，仍舊開皇舊制，無所損益，至今因之。」參閱（清）吳壇著，馬建石、楊育裳編，《大清律例通考校注》，

（二）《唐律》中的惡逆之條

李唐一代，其律正文，不列殺親的條款，僅於〈名例〉「十惡」惡逆條之下，注云「謂毆及謀殺祖父母、父母。殺伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母。」此等行為因其「蔑絕人性，傷殘天理，逞惡肆逆」，故別於「不孝」而稱作「惡逆」。而「不孝」係指「告言詛誣祖父母、父母，夫之祖父母、父母；及祖父母、父母在別財異居，若奉養有缺，居父母喪身自嫁娶，若作樂釋服從吉，聞祖父母、父母喪匿不舉哀，或詐稱祖父母、父母死亡。」而言。至於對於謀殺或殺祖父母、父母者應如何科刑，並無明文，《唐律·鬥訟》「毆詈祖父母父母條」規定：

諸詈祖父母、父母者，絞。毆者，斬。過失殺者，流三千里；傷者，徒三年。若子孫違犯教令，而祖父母、父母毆殺者，徒一年半；以刀殺者，徒二年；故殺者，各加一等。即嫡、繼、慈、養殺者，又加一等。過失殺者，各勿論。

對於上述條文，【疏】議曰：「子孫於祖父母、父母，情有不順而輒詈者，合絞；毆者，斬。」《唐律·賊盜》「謀殺期親尊長條」也僅規定：

諸謀殺期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母者，皆斬。犯姦而姦人殺其夫，所姦妻妾，雖不知情，與同罪。
謀殺總麻以上尊長者，流二千里。已傷者，絞。已殺者，皆斬。

為簡明計，先整理列表如下：

行為 身分	詈	毆	毆殺	刀殺	故意毆殺	故意刀殺	過失殺	過失傷
子孫對祖 父母、父母	絞	斬	無明文	無明文	無明文	無明文	流三千里	徒三年
祖父母、父 母對子孫	無罪	無罪	徒一年半	徒二年	徒二年	徒二年半	無罪	無罪

按謀殺總麻以上親屬罪，指謀殺內親或外姻中總麻、小功、大功、期親尊長的行為。此類行為本屬預謀殺人罪，但因所謀殺對象身分特殊，具有親屬相殘、九族不睦的性質，嚴重違背人倫道德，故律定為「惡逆」（謀殺期親尊長）及「不睦」（謀殺總麻以上親屬），列入「十惡」之屬，並設此專條，不與一般謀殺罪同科。從上述律條看來，謀殺期以上尊長或視同期親尊長，皆斬。律本文謂：謀殺期親尊長、外祖父母、夫、

夫之祖父母、父母者、皆斬。【疏】曰：「並於名例解詁。若妻妾同謀，亦無首從。」簡要來說：(1) 此謀殺不分首從，又不問預備、已傷與已殺。(2) 謀殺祖父母、父母，入惡逆。殺伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母、夫、夫之祖父母父母者，亦入惡逆；謀而未殺，則入不睦。

令人起疑的是，《唐律》為什麼對於子孫謀殺或殺祖父母、父母不設科刑的專條？是立法者有意的省略？還是無心的疏漏？清代律學家薛允升（1820-1901）的說法是：

《唐律》祇言「毆父母者斬」，其不言殺死者，不忍言也。爾時並無凌遲之法，故律無文。¹⁰

《唐律》之無謀殺祖父母、父母罪名，蓋罪至於皆斬，法已盡矣。且逆倫大變，律不忍言也。¹¹

薛氏之言，自有其深義在，不過，或可有另解，此條不言及祖父母、父母者，可看作是法律適用過程中的當然解釋，蓋入罪時，法律雖無明文，則靈活運用「舉輕以明重」的法理，皎然不惑；如此的立法技術，在《唐律》中其實並不罕見，恐非不忍言也。¹²理論上，《唐律》未規定殺尊親屬者的罪名與刑罰，雖可引禮解律而及之，然「謀殺」云者，亦僅及於「謀」而不問其著手實行與否，其立法的精神，或本於公羊氏所謂「君親無將，將而必誅」的遺意。至於何以將毆及謀殺期親尊長等行為稱為「惡逆」？【疏】曰：

父母之恩，昊天罔極。嗣續妣祖，承奉不輕。〔而子孫乃〕梟獍其心，愛敬同盡；五服至親，自相屠戮，窮惡盡逆，絕棄人理，故曰惡逆。

事實上，「惡逆」係高度不孝的行為，因其係對祖父母、父母身體及生命法益的侵害，重於「不孝」條下的各種犯罪類型，故其主刑以外的處罰，自亦不同。此外，我們也可以從《唐律》各本條的規定，相比得知：(1) 卑幼謀殺尊長罪較一般謀殺罪刑罰加重，而且親等越近處罰越重；(2) 尊長謀殺卑幼罪較一般謀殺罪刑罰減輕，而且

¹⁰ 參閱薛允升著，黃靜嘉點校，《讀例存疑重刊本》，卷三十七，頁956，台北，成文出版社，1970年。

¹¹ 參閱薛允升，《唐明律合編》，卷十八，台北，台灣商務印書館，1968年。另日本法史學家桑原隲藏說：「殺親之條項，關涉風教，迴避以法律明文。」參閱氏著，《支那法制史論叢》，頁54-55，東京，弘文堂書房，1935年10月。

¹² 相關議論，詳參戴炎輝，《唐律各論》（上），頁357，台北，成文出版社，1988年5月。另仁井田陞認為此乃運用《唐律》中容許類推解釋的結果，詳參氏著，補訂《法制史研究——刑法》，頁266、267、282，日本，東京大學出版會，1981年1月補訂版。

親等越近處罰越輕，兩者呈現出雙向不規則加減的形態。所以如此，或因禮主「尊尊親親」，而律「一準乎禮」而立，準五服以判罪，故於尊卑相犯的量刑採取身分差等原則，寬容尊長，而嚴待卑幼¹³。

（三）明清律中的綱常之變

《明律》（1397）關於謀殺尊長的處罰，大致沿襲《唐律》而來，但於《刑律·人命》「謀殺祖父母、父母條」作了比較具體的規定：

凡謀殺祖父母、父母及期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母，已行者，皆斬；已殺者，皆凌遲處死。
謀殺總麻以上尊長，已行者，杖一百，流二千里；已傷者，絞；已殺者，皆斬。

《明律》諸事俱求詳備，《唐律》之所不言者，必一一添入；此外，在纂註中說：「此綱常之變，罪莫大焉。故已行者，不問傷人未傷人，不問首從，皆斬。已殺訖者，皆凌遲處死。」與上述《唐律》中的規定兩相對照，相異之處有：

- （1）卑幼犯尊長的行為客體中，《明律》添加祖父母、父母。而《唐律》雖無明定祖父母、父母，不過，解釋上理應包括在內，已見前述。
- （2）對於犯罪的發展階段，《唐律》僅止於毆即處斬刑，而《明律》除謀殺之外，還分著手實行、未遂、既遂等階段行為，要有著手實行殺傷行為，才處斬。
- （3）《明律》對於謀殺祖父母、父母等至親的既遂行為，另設凌遲的特別執行方法。

據上看來，《明律》與《唐律》在立法技術上雖有所更動，但卑幼犯尊長比尊長犯卑幼加重刑罰，謀殺尊長比謀殺普通人加重其刑罰則一也。

《大清律例》（1740）承自《明律》，基本上無多改變。〈刑律·人命〉「謀殺祖父母父母條」規定：

凡謀殺祖父母、父母及期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母，已行不問已傷、未傷。者，預謀之子孫，不分首從，皆斬；已殺者，皆凌遲處死。其為從，有服屬不同，自依總麻以上律論。有凡人，自依凡論。凡謀殺服屬，皆倣此。謀殺總麻以上尊長，已行者，首杖一百，流二千里；為從，杖一百，徒三年。已傷者，首絞；為從，加功、不加功并同凡論。已殺者，皆斬。不問首、從。其尊長謀殺本宗及外姻卑幼，已行者，各依故殺罪，減二等；已傷者，減一等；已殺者，依故殺法。依故法者，謂各依門毆條內尊長故殺卑幼律論罪。若奴婢及雇工人謀殺家

¹³ 詳參劉俊文，《唐律疏議箋解》，下冊，頁1263-1267，北京，中華書局，1996年6月。

長及家長之期親、外祖父母，若總麻以上親者兼尊卑言，罪與子孫同。若已贖身，當同凡論。

〔律後註〕說：謀殺之罪，凡人已重，若以子孫而謀殺祖父母、父母，及以卑幼而謀殺期親尊長，以外孫而謀殺外祖父母，以妻妾而謀殺本夫與夫之祖父母、父母，則倫常之變，罪大惡極，十惡內所謂惡逆也。但謀而已行，不問已傷、未傷，凡預謀之子孫、卑幼、外孫、妻妾，不分首從皆斬。已殺者，皆凌遲處死。在律本文之後所附的「條例」另云：

凡子孫謀殺祖父母、父母者，巡按御史會審情真，即單詳到院，院寺即行單奏。決單到日，御史即便處決。如有監故在獄者，仍戮其屍。¹⁴

明、清律既以明文規定「謀殺祖父母父母」的刑罰，又就其「已行」與「已殺」分別論科，就法律規範的衍化觀點言，較之《唐律》，具有所謂犯罪構成要件明確性，可以說是立法上的一種進步。到了清代，對於謀殺祖父母、父母的犯罪行為人，除已殺者皆凌遲處死外，甚至連在監病故者也要被「戮屍」，這是為維護綱常名教而設，用意極其明顯。

三、晚清民初變法修律中倫常條款的生與死

清光緒二十八年以迄宣統三年間（1902-1911），是清王朝「變法新政」、「預備立憲」的十年，這是個社會價值觀急速轉型的年代，也是一個多元規範需要重新盤整與抉擇的年代，禮與刑的意識形態與社會秩序該如何連結？在在擾人清思。

（一）清末禮法爭議下尊卑相犯條的存廢之爭

有清末造，出現劃時代意義的「禮法之爭」。這次的禮法爭議，乃指 1907 年到 1911 年的變法修律期間，清廷內部主張應維持舊律倫理綱常的禮教派，和主張應繼受西方近代立法原理的變法派，雙方就制定《大清新刑律》（正式名稱為《欽定大清刑律》）根本理念的一次大論辯。表面上，這是關於法律歧見的爭執；實際上，是如何對待綱

¹⁴ 關於「謀殺祖父母父母條」的例文記載，在薛允升《讀例存疑》中共有八條，其中與凌遲相關者處理的是，正犯凌遲處死，為從加工者，擬以絞候，請旨即行正法。此外，本宗尊長起意謀殺卑幼，罪應絞候之犯，如與死者之子商同謀殺，致其子罪干凌遲者，將起意之犯，擬絞立決。以上詳參同上註 10，薛允升著，黃靜嘉點校，前揭書，頁 781-783。

常名教的對立。在近代中國法制史上，是屬於中學與西學，舊學與新學爭議的範圍，乃為中西法律文化根本不同的衝突；甚至可以說，是傳統中國農業社會法律體制與近代西方工商社會法律體制的正面交鋒。

從整個「禮法爭議」的過程看來，爭論的焦點不外集中在：鑒於當時國情，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？抑或應以綱常禮教為主？新法的精神應採以個人為本位的國家主義？或採家族倫理本位？《大清律例》中的「干名犯義」、「犯罪存留養親」、「親屬相姦」、「故殺子孫」、「殺有服卑幼」、「妻毆夫、夫毆妻」、「無夫姦」、「子孫違犯教令」、「對父祖的正當防衛」等維護傳統禮教的條文，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，在一定的程度上反映出圍繞修律問題的各種理念的角力，也顯現出各種社會力量的強弱關係。禮教派深恐「新刑法出，孝節亡」，雖礙於形勢，不能阻止新刑律的修訂，但總是力圖在新刑律中保留更多的舊倫常內容。而變法派雖逢新刑律的修訂機會，但迫於現實，在許多方面又不得不向保守勢力節節退讓，甚至當禮教派以〈暫行章程〉來根本否定新刑律時，也欲振乏力¹⁵。

這場爭議實關係著近代中國法制與法律秩序的轉折與維新，我們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法思想上的糾結。為扣緊本文主旨，底下僅撿拾與主題相關者加以論述。

1. 關於殺尊親屬罪及其刑罰的執行方式

清末繼受西方歐陸近代的法制，雖勢在必行，卻囿於禮教派倫常大框架的掣肘，從歷次刑律草案的修修改改以迄《大清新刑律》頒布為止，傳統與近代，新與舊的刑事立法原理深度思辯。其間，有關殺尊親屬罪，對於行為客體雖已縮小其適用範圍，但仍採取加重處罰的立場。經查《刑律草案》第二九九條規定：「凡殺人者處死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。」而於第三〇〇條另規定：「凡殺尊親屬者，處死刑。」在立法「理由」欄中說明，五倫君親並重，故殺直系尊屬，援引第八八條處惟一之死刑¹⁶，

¹⁵ 有關晚清的「禮法之爭」，詳參黃源盛，〈大清新刑律的禮法爭議〉，收於氏著，《法律繼受與近代中國法》，頁199-230，台北，元照出版社，2007年3月。另參小野和子，〈清末の刑法典論爭〉，收於氏著，《五四時期家族論の背景》，頁10-45，京都，同朋社，1992年1月。

¹⁶ 晚清修訂的新刑律草案，依修律顧問岡田朝太郎的說法，凡六案之多。此處所提《刑律草案》，是沈家本等於光緒三十三年八月二十六日（1907.10.3）上奏的第一次草案。該草案有關殺普通人罪及殺尊親屬罪，分列為第二百九十九條及第三百條，至宣統二年十二月二十五日（1911.1.25）《欽定大清刑律》頒布時，條文序號改為第三百十一條及第三百十二條，內容不變。又《刑律草案》第八八條規定：「凡加危害於乘輿車駕及將加者，處死刑。」有關岡田的六次草案說，參閱岡田朝太郎，〈論改正刑法草案〉，載日本，《法學協會雜誌》，第29卷第3號，1911年。其詳另參閱黃源盛纂輯，《晚清

可見孝道立法原則仍深烙人心。不過，禮教派人士對於殺傷尊親屬罪，未能特設專章，竟與殺傷普通人同列為第二十六章「關於殺傷之罪」，深深不以為然。時兼掌學部的軍機大臣張之洞（1837-1909）認為：

中國制刑以明父子之倫，舊律凡毆祖父母、父母者死，毆殺子孫者杖。新律草案則傷害尊親屬因而致死或成篤疾者，或不科以死刑，是視父母與路人無異，與父為子綱之義大相刺謬者也。……中國制刑以明尊卑長幼之序，舊律凡毆尊長者加凡人一等或數等，干名犯義諸條立法尤為嚴重，新刑律草案則並無卑幼毆殺尊長之條，等之於凡人之例，是足以破壞尊卑長幼之序而有餘也。¹⁷

講白些，禮教派人士對於《刑律草案》殺傷尊親屬罪，未能遵循舊律立法精神，憂恐將使倫紀綱常幡然廢棄，親疏失其等差，非所以安上而全下也。

此外，對於當時的《刑律草案》，殺尊親屬罪處唯一死刑的規定，雖未出現論辯，但究應採斬、絞並用，或宜採以絞為死刑唯一的執行方式，則生爭議。禮教派人士認為，依傳統中國舊律，死刑以斬、絞分重輕，斬有斷脰之慘，身首異處，故重；絞則身首相屬，故較斬為輕。因此，主張犯殺尊親屬條係屬罪大惡極，處以死刑者，應用斬，以維國紀而順人心。

事實上，絞、斬二者，俱屬絕人性命的極刑，謂有重輕者，無非出於以昭炯戒之義。1910年，帝制中國的最後一部刑法典《大清現行刑律》，為示尊重人道，將《大清律例》中之凌遲、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，也已廢除。日籍修律顧問岡田朝太郎（Okada Asataro, 1868-1936）以為：「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，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？」¹⁸

在這一問題上，修律大臣沈家本與他的修律伙伴岡田氏意見難得相左，認為上述

民國刑法史料輯注》，上冊，頁160-169、344-346，台北，元照出版，2010年6月。

¹⁷ 參閱清末學部大學士、管理學部事務大臣張之洞奏摺〈為新定刑律草案多與中國禮教有妨，謹分條說明，擬請斥下修律大臣將中國舊律與新律草案詳慎互校，斟酌修改刪併，以維倫紀而保治安，恭摺仰祈聖鑒事〉。劉錦藻，《清朝續文獻通考》，〈刑改六〉，台北，新興書局，1959年。

¹⁸ 參閱岡田朝太郎，〈死刑宜止一種論〉（中文），收錄於王儀通，《調查日本裁判監獄報告書·附錄》，頁78以下，北京農工商部印刷科鉛印，光緒丁未（1907）5月。

岡田之說，未足折服學者之心。沈氏爲文主張：

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，未可爲定論也。刑法乃國家懲戒之具，非私人報復之端，若欲就犯罪之手段以分刑法之輕重，是不過私人報復之心，而絕非國家懲戒之意，自古無此法律，乃以此爲對鏡之喻，實非其比也。且立法宗旨，一定不得兩歧，死刑既定爲一種，則通國中不當再有他種之死刑，何以各國軍律又有鎗斃之法？德國又有用斧及斷頭臺之異？同爲一國之法，而軍法可與常法殊，同爲一國之領土，彼此可行其習慣之法，則獨責中國死分斬、絞之非，中國豈首肯哉！

19

在同一篇文章中，沈氏以爲「方今五洲交通，大非閉關自守之時，若與世界相抗，誠有如岡田之所慮者。然驟欲施行徧國中，先多阻滯，惟以漸進爲主義，庶眾論不至紛拏，而新法可以決定，亦事之次序本當如是，非依違也。」這恐怕不是沈家本的真話，而多少帶有屈就於現實的幾分無奈。

岡田氏則認爲，死刑唯一是世界各國大勢所趨，當時德、法、瑞典用斬，奧大利、匈牙利、西班牙、英、俄、美用絞，俱係一種。刑律中規定斬絞並用並不利於領事裁判權的撤廢。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，而於死刑猶認斬、絞二種，以抗世界之大勢，使他日刑法告成，外人讀此律者，必以爲依然野蠻未開之法，於法權收回、條約改正之事，生大阻礙也必矣！」²⁰雖然草案依岡田之意，死刑惟採絞刑一種，並應於特定的行刑場所內秘密執行，以杜社會大眾窺睹，不示民以殘忍之風，惟最終頒布的《欽定大清刑律》，仍於附加的〈暫行章程〉第五條中規定，犯殺尊親屬處以死刑者，仍用斬²¹。

2.關於卑幼對尊長的正當防衛

正當防衛在傳統舊制，常見於各類法規之中，如《唐律·賊盜》：「諸夜無故入人家者，笞四十。主人登時殺者，勿論；若知非侵犯而殺傷者，減鬥殺傷二等。其已就拘執而殺傷者，各以鬥殺傷論，至死者加役流。」《明律》遠紹《唐律》，於「笞四十」改爲「杖八十」，「加役流」改爲「滿徒」，《清律》亦同。又清現行律例擅殺、姦盜、

¹⁹ 參閱沈家本，《歷代刑法考》，〈死刑惟一說〉，頁 2100-2101，北京，中華書局，1985 年。

²⁰ 參閱同上註 18，岡田朝太郎，前揭文。

²¹ 詳參小野和子〈清末の新刑律暫行章程の原案について〉，收於《中国の傳統社會と家族》，頁 433-434，東京，汲古書院，1993 年 5 月。

兇徒各條散見各門，也含有正當防衛之意。

不過，傳統法律文化中，尊長對卑幼具有無比的優位性，卑幼對於尊長的「管教」，不管方式如何，即使在祖父母、父母等人行使不當管教而有危及其生命、身體安全時，也不見有得行使「正當防衛」的規定。清嘉慶十八年（1813）奉天司的〈說帖〉中就有一宗案例：

吉林將軍咨：修連升趕戮其子修士得，以致自行誤傷身死一案。此案修士得之父修連升因該犯久不工作，責斥其非，該犯攜帶棉襖欲行，修連升不令攜帶，嚷罵驅逐，該犯不即下炕，修連升持刀向戮，該犯閃避不及，將修連升抱住，嗣見伊父用刀向後扎戮，畏懼鬆抱逃走，修連升抽手不及，自行誤戮殞命。查修士得如果當伊父持刀向戮之時即行逃避出外，伊父自行誤傷致死，原可援照姜八之案，將該犯比依子孫違犯教令致父母抱忿輕生例擬以絞候。今該犯既不即時下炕，繼復將伊父攔腰抱住，已有觸忤情事，該將軍將修士得比照子不孝致父母自盡，審有觸忤情事，以致忿激輕生例擬斬立決，比擬尚屬允協，應請照覆。²²

本案，兒子為閃躲父親的攻擊行為而間接造成其父自戕的結果，該如何處斷？律無明文，吉林將軍比附的結果，竟獲得上級的認可，此雖非「正當防衛」的典型案例，但舉輕以明重，卑親屬若出於保護自己而對於尊親屬另有較大動作的肢體防護行為，恐怕更難被認定為是一種「正當防衛」行為。

晚清《刑律草案》第十五條規定：「凡對於現在不正之侵害，出於防衛自己或他人權利之行為，不為罪。逾防衛程度之行為，得減本刑一等至三等。」該條在附加「注意」欄中說：「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，然苟使防衛行為出於至當，則一切皆應不問其罪，故本案纂入總則之中，且不以何等行為為限，凡係防衛所必要之行為，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，發現之人不問其人係親族知交與否，即得代為執行防衛之勞，是為公許之義，蓋將以獎勵義俠也。」²³由於上述條文，對加害人的身分未作出限縮規定，部院督撫大臣在簽駁中紛紛提出意見²⁴。法部尚書廷杰等人在其後修訂刑律時認為：「中

²² 詳參（清）祝慶祺等編，《刑案匯覽三編》（二），卷三十四，〈見父向戮將父抱住致父戕斃〉一案，頁1246，北京，北京古籍出版社，2004年。

²³ 參照光緒33年八月及十一月，由沈家本上奏之草案，《刑律草案》（《大清新刑律》第一次草案），計〈總則〉十七章、分則三十六章，凡三八七條。其中，第十五條，「注意」。詳見宣統中官撰，《大清法規大全》，卷11-13，法律部，法典草案一，頁1952，政學社印行，台北，宏業出版社重印，1972年8月。

²⁴ 參閱李貴連，《沈家本評傳》，頁303-305，南京，南京大學出版社，2005年3月。

國名教必宜永遠奉行勿替者，亦不宜因此致令綱紀蕩然。」²⁵因此，在《修正刑律草案》「附則」中加入「凡對尊親屬有犯，不得適用正當防衛之例」，以此限制正當防衛加害人的範圍。憲政編查館核訂時，並未採用禮教派把舊律有關倫紀各條直接修入正文的意見，反而將其列入〈暫行章程〉第五條，原文未加更動。後來，該館特派員楊度（1874-1931）赴資政院說明《刑律草案》與〈暫行章程〉的宗旨時說：

凡對尊親屬有犯不得適用正當防衛之例，此條本屬平常，無甚奇異，何以不加入正條內？因為刑律本有正當防衛之例，今既對尊親屬不得適用，是謂防衛為不正當，而尊親屬無論何種行為皆為正當。究竟天下事不能一概而論，編制新刑律的人，對於社會上人類種種的情形不能不面面想到。父子之間雖以父慈子孝為常，然天下非無不慈之父、不孝之子，斷不能說父可不必正當，子不能不正當。若照此條解釋，……是坐定父之一面必正當，子之一面必不正當，即是宋儒學說天下無不是的父母意思。這一條便是根本這種學說定的，亦其所以不放在正條內者。就國家眼光看起來，此學說不是完全的。根據國家刑法，是君主對於全國人民一種之限制，父殺其子，君主治以不慈之罪，子殺其父，君主治以不孝之罪，既此不偏為為人子者立法，也不偏為為人父者立法，必要面面俱到始為公平。本條不甚公平，所以也未加入正條之內。²⁶

楊氏之論，既合情理，也合法裡；然而，為顧全中國的風俗習慣，為救刑律之不濟，且為新舊刑律交替的媒介，他仍贊同在〈暫行章程〉中，沿按舊律，加入卑幼不得使用正當防衛之條。是屈服現實？是倫理必然？

在院會逐條議決時，勞乃宣（1843-1921）仍不以為足，又邀請議員一〇五人，向資政院提交《新刑律修正案》，提議增纂、修改、移改、修復有關禮教條款十三條又二項。其中，認為：「對於尊親屬，小杖則受，大杖則走，子孫不得有正當之防衛。」企圖將此條「移改」至刑律正文第二章正當防衛之次，並附加說明理由：

對於尊親屬有犯，則倫紀攸關，不可概論。故次條云不得適用正當防衛之例，至為精當。但列入〈暫行章程〉案語謂推行新舊之間最為適用，則不可解。倫紀無新舊之可言，豈守舊時代當論倫紀，新舊過度時代亦尚可論倫紀，迨至純乎維新時代，即斷不可論倫紀乎？斷宜列入正文之

²⁵ 參閱《欽定大清刑律》，奏疏，「法部尚書廷杰等奏為修正刑律草案告成繕具清單摺」，頁 20，宣統三年六月刊印版，出處不詳。

²⁶ 參閱《資政院會議速記錄》，宣統二年資政院第一次常年會第二十三號議場速紀錄，頁 59-60，出版處所及年月未明，日本，東京大學東洋文化研究所藏書。

內，不可作為〈暫行章程〉。²⁷

資政院法典股在審查議案時，不但未採納勞氏的修正案，甚至認為〈暫行章程〉並無存在的理由，全部予以刪除。宣統二年（1910）十二月六日，資政院第三十五次院會，繼續審議新刑律，據報載：

至第十五條，對於尊親屬不適用正當防衛問題，此即勞乃宣禮教主義，反對新律之大端也。修正案既主張尊親屬有不正當之侵害，又主張卑幼不適用正當防衛，因果倒置，大亂之道也，股員否決其理由。勞乃宣說明理由謂：「瞽叟殺舜，雖係不正當之侵害，舜亦未嘗用正當防衛；如用正當防衛，舜即為不孝，不得為聖人云。」群眾起而駁之，或謂舜如當用正當防衛而不用正當防衛，則頓時必為瞽叟所殺。惟舜聰明聖智，早已避之，故不必明用正當之防衛以自全耳。或謂國家許可尊親屬以不正當之侵害施之卑幼否？或謂律明云，則凡父兄以正當教令責處子弟，可謂之不正當否？可謂之侵害否？且以正當教令責處子弟，用得著殺害否？凡此類論駁，莫不語鋒犀利，勞乃宣無以難之。沈林一則信口德國法律，英國法律云云。汪榮寶又引日本最近律文駁之，沈猶嘵嘵不已，有人問在德英律何條，出語頗諧，眾大笑，沈始無言。雷奮復持種種理由駁倒勞說，勞黨仍有反對者。籍宗寅謂，勞所主張，係倫理非法律，惟恐子弟有殺父兄之舉，此在舊律上雖慮此，新刑律則無須慮及也，言頗明晰，拍掌之聲不絕。²⁸

當日激辯之情景，依稀可見。禮教派提議將勞乃宣的「修正案」逕付表決，結果，贊成者僅二十人，新刑律正文中增訂「對尊親屬不得行使正當防衛規定」的提案，遭到院會否決。不過，最後還是在附加的〈暫行章程〉第五條規定：「對尊親屬有犯，不得適用正當防衛之例。」²⁹時也？勢也？

²⁷ 參閱勞乃宣遺稿，《新刑律修正案彙錄》，〈新刑律修正案〉，京師京華印書局，清末刻本。該書係由勞乃宣將禮教派人士的文章匯編而成。收於沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊》，台北，文海出版社，1967年。

²⁸ 參閱宣統2年12月15日，《時報》，第一版，「初六日資政院會議續紀」。另參閱同上註26，《資政院會議速紀錄》，宣統二年十二月初六日，第37號，頁84-91。

²⁹ 參閱宣統二年十二月二十五日，資政院會奏〈議決新刑律總則，請旨裁奪一摺〉。另參憲政編查館奏〈新刑律分則並暫行章程，資政院未及議決，應否遵限頒布，繕單呈覽，請旨辦理一摺〉。故宮博物院明清檔案部編，《清末籌備立憲檔案史料》，〈憲政編查館大臣奕助等奏刑律黃冊繕寫告竣裝潢進呈摺〉，頁891，北京，中華書局，1979年。

3.關於故殺子孫的法定刑度

前已屢屢提及，中國舊制素重孝道，凡謀殺祖父母、父母者，不論未行、已行、已殺者，均處以極刑。反之，則予輕罰。《清律》承襲歷代禮教立法傳統，對尊長卑幼間的互殺行爲，仍有其輕重懸絕的處罰規定。例如《大清律例·刑律·鬥毆》「毆祖父母、父母條」規定：「其子孫違犯教令，而祖父母、父母非理毆殺者，杖一百；故殺者，杖六十，徒一年。」時至晚清，《刑律草案》根據平等的人權理念，認爲：「凡臣民者，國家之元質，其生命非父母、尊長、本夫所能奪，此爲歐美各國公認之原則。子孫、奴婢、妻妾若無應死之罪，固不待論，即有應死之罪，自有審判官在，非常人所能專擅也。」³⁰該草案摒棄傳統以來尊長「故殺卑幼」的特別處罰條款，而適用一般「殺傷罪」的罪責，即第二九九條規定：「凡殺人者，處死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。」也就是說，不再有「故殺子孫」減輕刑責的專條，凡父祖之殺子孫者，轉與凡人同論，其重輕悉任審判官按情節而定，調整刑事法上尊卑不對等的法律地位。對此，攸關綱常名教，中央部院大臣和地方督撫高度關切，紛紛表達不同的聲音，頗有爲世道人心憂。勞乃宣質難說：

舊律，親屬相毆，卑幼毆尊長則加等，尊長毆卑幼則減等，所以重倫常、正名分，維持乎世道人心者至為深遠。今草案於傷害尊親屬之身體及對尊親屬加暴行者，均有加重於凡人專條，特於旁支尊長尚無加重明文。而尊長之於卑幼，則無論直系、旁支，皆無減輕之典。是雖祖父而毆傷子孫，亦將與凡人同論也，揆諸中國禮教，殊為未協。³¹

勞氏建議對於「故殺子孫條」，改爲「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，不爲罪。」對於「殺有服卑幼條」，則擬修改爲「凡殺期功以下有服卑幼者，處死刑、無期徒刑、或一等至四等有期徒刑。」對此，沈家本引經據典輕輕回駁：

《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。」何休注：「甚之者，甚惡殺親親也。」襄公二十六年，宋公殺其世子痤。殘虐枉殺其子，是為父之道缺也。此可見故殺子孫，實悖《春秋》之義。康詔稱於父不能自厥子，乃疾厥子，在

³⁰ 參閱同上註 23，《大清法規大全》，《刑律草案》第二九九條立法「理由」欄之說明。

³¹ 有關中央部院大臣和地方督撫的意見，詳參高漢成，《簽注視野下的大清刑律草案研究》，頁 100、135、148，北京，中國社會科學院出版社，2007 年 2 月。另參閱同上註 27，勞乃宣，前揭書，「修正刑律草案說帖」。

刑茲無赦之列。古聖人於此等之人，未嘗稍恕之。³²

至於對「故殺子孫」究應如何處罰，前面已提過，《唐律·鬥訟》規定：「若子孫違犯教令，而祖父母、父母毆殺者，徒一年半；以刃殺者，徒二年。故殺者，各加一等。即嫡、繼、慈、養殺者，又加一等。」沈家本解釋《刑律草案》說：「凡殺人者，處死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。如係故殺子孫，可處一等有期徒刑，再以酌量減輕條。犯罪之事實情輕，減二等之法減之，可減為三等有期徒刑。而三等之中，又可處以最輕之三年未滿。」如此，「則與唐律輕重亦差相等矣」，乃主張此條可明定於「判決錄內」，亦即由司法實踐來具體落實，無庸另立專條。對於「殺有服卑幼」，沈家本也辯說：

宋李縝言：風俗之薄，無甚於骨肉相殘。是同宗自相殺傷，即尊長於卑幼，亦非風俗之善者。若必明定於律文之中，亦徒見其風俗之不良耳。且謀故殺卑幼，舊律之應擬死罪者，於新草案「同凡人論」，尚無甚出入。其毆死及毆傷者，照新草案，雖與凡人同論，而按之舊法，亦無大出入。此等但當於「判決錄」規定等差，不必多立專條。³³

沈家本顯然有所顧忌，或許，爲了避免引發更大的反彈；也或許，爲了顧全變法修律的長遠大局；他迴避了禮教派該如何處理「禮刑關係」的咄咄質逼，也隻字不提西方近代所謂的人格平等價值觀，祇淡淡地從經史及歷代刑律中作回應，但此番尊卑之間「人格平等」的立法說詞，禮教派終認「論俱平允」，未再堅持。

（二）民國初期殺尊親屬罪的修法經緯

晚清由沈家本所領航的變法修律事業的成果，並未因清廷的傾圮而告終，反而以各種權宜的方式香火延續。就刑律言，於宣統二年十二月所制頒的《欽定大清刑律》，經把「與國體不合者」加以刪修後，以《暫行新刑律》爲名，繼續有效施行。關於倫常條款部分，一來因爲兵馬倥傯，戰亂迭興，無暇進行修法工作，二來因爲新文化運動的禮教論戰尙未展開，爭議還沒浮出檯面，因此大抵率由舊章，仍然保有殺直系血親尊親屬加重處罰的規定，未加任何更動。

直到民國三年（1924），袁世凱（1859-1916）解散國會之後，帝制自爲的野心已漸顯露，思以禮教號召天下，以重典脅服人心，擬將《暫行新刑律》部分犯罪類型的

³² 參閱同上註 19，沈家本，《歷代刑法考》，「沈大臣酌擬辦法說帖」。

³³ 參閱同上註 32，前揭文。另有關沈家本與勞乃宣對於此方面的論辯，可參閱俞江，〈沈家本的人格平等觀〉，收於氏著，《近代中國的法律與學術》，頁 67-90，北京，北京大學出版社，2008 年 1 月。

刑罰加重，於同年一月任命章宗祥、汪有齡、董康等人組成「法律編纂會」，從事修法工作，聘請原《大清新刑律》的草擬者岡田朝太郎參與斯役，以資熟手，翌年二月，全編告成，史稱第一次《修正刑法草案》，由於此次修法，係為迎合袁氏意向，禮教立法的斧鑿甚深，如呈文中直言：

昔東漢卓茂有言曰：「律設大法，禮順人情。」故夫刑法之設，所以制裁不法之行為，而要與其國俗相維繫。誠使整齊一國之法制，內有以葆其善俗，外有以規乎大同，斯其法方為良法。中國數千年來以禮教立國，昔人所謂禮之所去，刑之所取，則立法自必依乎禮俗。一代之法典，緣一代之政體而生，事為昔人所無者，不妨自我而創；法為前代所有者，不妨與古為因。蓋道以政而即齊以刑，而後治罪不虞其缺略，則立法自必依乎政體。³⁴

從《修正刑法草案》的內容看，計有〈總則〉十七章，〈分則〉三十八章，凡四百三十二條，該草案的特點，依當時章宗祥、汪有齡、董康的呈文所說：

宗祥等準斯三端以為修訂，綜厥大旨，一則於〈總則〉增入親族加重一章。中國舊律首重服制，除祖父母、父母外，其於期親以下有犯，俱視尋常加嚴。原案〈分則〉各條，對於尊親屬亦間有特別處罪之文，而旁系親並不在內。雖曰刑期類分等級，如干犯伯叔父母、姑及兄姐等項，儘可由裁判官處以較重之刑，然究不如明定條文，較為畫一。故修正案定為對於直系尊親屬犯罪者，加重本刑二等，對於旁系尊親屬犯罪者，加重本刑一等，並規定因親屬而加者，許其加至死刑，核與舊律之精神，殊無差異。³⁵

其中，就殺直系血親尊親屬罪，仍考量倫常的維護，在該法的第三二六條規定：「殺人者，處死刑或無期徒刑；其情輕者，處一等有期徒刑。」所云「一等有期徒刑」，係指十五年以下十年以上。而在同法第三三五條第一項規定：「對於尊親屬犯第三二六條之罪者，加重本刑。」如此立法方式，相當符合對於尊長犯罪必須加重的旨趣，但似乎已慮及尊長有可歸責的可能性，並未定為唯一死刑，仍得酌科無期徒刑或有期徒刑，以適應人事多變的情偽。此外，另公布施行《褒揚條例》及《暫行刑律補充條例》，以

³⁴ 參閱民國修訂法律館編，《法律草案彙編》，第二冊，〈修正刑法草案（附理由書）〉，目錄，頁1，台北，成文出版社，1973年6月。

³⁵ 參閱同上註34，《法律草案彙編》，頁1。

獎勵孝行，於前者第一條，對於孝行有卓越表現，經鄉里評價聲譽高者，予以表彰。而於後者第一條，則纂入限制正當防衛的對象，認為對現在不正之侵害，而出於防衛之行爲，本屬舊律擅殺、擅傷之義，然使遇有尊親屬相犯，而亦援用之，實大背中國之禮教，乃將尊親屬排除在正當防衛的對象之外。

民國七年，洪憲帝制灰飛煙滅，新文化運動及五四運動蓬勃興起中，北洋政府的徐世昌大總統遂於此時復「修訂法律館」之舊，派董康(1867-1947)、王寵惠(1881-1958)爲總裁，羅文幹(1888-1941)爲副總裁，並延聘法國法學者寶道(Georges Padoux, 1867-?)爲顧問，針對民國四年的《修正刑法草案》重加釐訂，編成《刑法第二次修正案》，本次的修正，除了在第280條規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。本條之未遂罪罰之。」外，於第281條另規定：「殺直系血親尊親屬者，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。」與第一次《修正刑法草案》相較，首在刑度之提高，殺害直系血親尊親屬之罪，在《修正刑法草案》本規定無論爲直系或旁系尊親屬，均得依普通殺人罪而加重其刑，法官可依實際案情酌予科處死刑或無期徒刑，然於第二次修正案則逕規定殺直系尊親屬者，處死刑；而殺旁系尊親屬者，得處以死刑或無期徒刑，立法意旨仍側重身分關係之親疏而未考量實際具體罪責的輕重。其次，罪及未遂，《修正刑法草案》中，針對未遂犯未爲規定，第二次修正案則予以修正，將一般殺人以及殺害尊親屬罪均罰及未遂犯，同時處罰預備犯。

由上述看來，《刑法第二次修正案》雖未昭示以禮教立法爲宗旨，但是在帝制覆亡，民國初肇的年代裡，同樣是基於尊卑觀念的侵犯帝室罪（如大不敬等）已不復出現於刑典，而修法委員或基於對孝道的尊重，仍然以限制刑罰種類的方式，對於殺害血親尊親屬者予以嚴苛的規範。耐人尋味的是，此一立法，何以未受五四新文化運動的影響，而仍如此這般地重視身分差等立法？

降及民國十七年的《舊刑法》，於第283條中，雖仍將殺直系尊親屬罪定爲惟一死刑，但對旁系尊親屬爲之者，則有處死刑或無期徒刑相對刑的可能。時至民國二十四年的《中華民國刑法》，於第271條中規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」另於第272條中規定：「殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。」乃採取比一般殺人罪爲加重的立法模式。而關於少年殺直系血親尊親屬者，於刑法第六十三條第一項中雖規定：「未滿十八歲或滿八十歲人犯罪者，不得處死刑或無期徒刑；本刑爲死刑或無期徒刑者，減輕其刑。」但於第二項中又規定，未滿十八歲人犯272條第一項（殺直系血親尊親屬罪）之罪者，例外不適用前項之規定³⁶，再度凸

³⁶ 關於《中華民國刑法》第六十三條第二項未滿十八歲之人犯殺直系血親尊親屬，可處死刑或無期徒刑的立法，於2006年7月1日刑法修訂時，已遭刪除。刪除的最主要理由爲：基於傳統孝道觀念所爲的例外規定，必然造成罪刑不均衡的現象，如未滿十八歲之人犯強盜而殺人、擄人勒贖而殺人等，不得判處死刑或無期徒刑，而殺直系血親尊親屬反可處之，即便強調孝道，但上述罪行顯然已無太

顯刑事立法受到傳統倫常觀念的影響。

為清晰起見，底下將民國以來，歷次法典及草案中有關普通殺人罪及殺尊親屬的對照表詳列於後³⁷：

民國以來歷次法典、草案有關殺尊親屬罪之比較表

法典	殺尊親屬罪	普通殺人罪
民國元年（1912） 《暫行新刑律》	第三一二條 殺尊親屬者，處死刑。 第三二七條 ……第三一二條……之未遂犯罪之。	第三一一條 殺人者，處死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。 第三二七條 第三一一條……之未遂犯罪之。 第三二八條 預備或陰謀犯第三一一條之罪者，處五等有期徒刑、拘役或一百圓以下罰金。 前項之罪，得按情節免除其刑。
民國四年（1915） 《第一次刑法修正案》	第三三五條第一項 對於尊親屬犯第三二六條……之罪者，加重本刑。	第三二六條 殺人者，處死刑或無期徒刑；其情輕者，處一等有期徒刑。
民國七年（1918） 《第二次刑法修正案》	第二八一條 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。	第二八〇條 殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。 本條之未遂罪罰之。
民國十七年（1928） 《舊刑法》	第二八三條 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。	第二八二條 殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。 本條之未遂罪罰之。
民國二十四年（1935） 《中華民國刑法》 （台灣現行刑法）	第二七二條 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。 預備犯第一項之罪者，處三年以下有期徒刑。	第二七一條 殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。 前項之未遂犯罰之。 預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑。

大差別，卻明顯造成處罰上的不公平。其次的原因是，根據《公民與政治權利國際公約》第五條所揭示，未滿十八歲不得處死刑，《兒童權利公約》第三十七條亦強調針對未滿十八歲者，不得處死刑與無假釋的無期徒刑，台灣雖非這些公約的會員國，但本於此種國際人權的趨勢，刪除已屬必然趨勢。

³⁷ 有關本表列之相關內容，詳參同上註 16，黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史料輯注》，上冊，頁 479、590、729，下冊，頁 990、1235 等。

四、從比較法史觀點看殺尊親屬罪的歸趨

法律規範的存否，往往受時間度、空間度與事實度所支配；從立法史料看，對殺尊親屬者的論處，西方早在公元前 451 年羅馬歷史上所編纂的第一部法典《十二表法》（*Lex Duodecim Tabularum*）裡就有所記載；此外，在《羅馬大法典》（*Corpus Iuris Civilis*）裡也已存在有所謂的「袋之刑」（*Lex Cornelia*）³⁸。而環顧當今世界各國刑法典，有自始即不採加重規定者，有對直系血親尊卑親屬或配偶均設有加重規定者，另外，有曾採加重規定，但已刪除者；囿於篇幅，本節僅先概述世界各主要國家的相關立法例，而偏重者，選擇與台灣國情最相仿的日本法作較詳盡的考察據點。

（一）外國相關立法例的動向

丹麥、瑞士、巴西、希臘、捷克、南斯拉夫等歐陸法系的國家，本來就沒有對殺尊親屬罪設有加重其刑的規定。英國、美國等英美法系的國家，只將殺人分成謀殺（*murder*）與過失殺人（*manslaughter*）兩種，故也無所謂加重的類型。而中國大陸，自 1949 年建政以來，基於社會主義立法的原則，不僅不強調倫常關係，反認為此乃屬資產階級和剝削階級的舊思想、舊文化、舊風俗和舊習慣所謂「四舊」的範圍內，需加以破除，觀念既然如此，自然歷來刑法上從未在這方面有所著墨。

不過，此一加重類型也非台灣所獨有，目前尚存有殺尊親屬罪加重規定的國家有法國、比利時、葡萄牙、摩洛哥、大韓民國等。例如《法國刑法》第二二一之四條規定：「殺害合法直系尊親屬、非婚尊親屬或養父母者，處無期徒刑。」而同法第二二一條之一對於殺普通人罪，則處三〇年之有期徒刑³⁹。

另外，有不僅對殺直系血親尊親屬有加重之規定，同時也對殺直系血親卑親屬或配偶並設有加重規定的立法例，例如阿根廷、芬蘭、義大利、羅馬尼亞、西班牙、土耳其等國之刑法是。

³⁸ 公元前 81 年的 Lucius Cornelius Sulla 法的「袋之刑」，是指將殺尊親屬的犯人施予鞭笞之後，用狼皮包裹其頭，足穿木靴，置入牛皮袋中，再伴以蛇、雞、犬、猿等畜生物，用罩上黑牛皮之車運往河川之岸，投入水中，以水來清淨其罪行，而不以墳墓葬之。參閱瀧川幸辰，《刑法講話》（新版），頁 263-264，東京，日本評論社，1987 年 1 月。

³⁹ 法國 1810 年的刑法典第二九九條規定：「故殺嫡父母、非嫡父母出者之父母、養父母或其他正嫡尊親屬者，為殺尊親屬（*Parricide*）。」第三〇二條規定：「犯謀殺、殺尊親屬或毒殺者，處死刑。」而在舊刑法第十三條中有所謂「重罪之刑」，對於「因殺害尊親屬判處死刑者，應使穿單衣、赤足、頭披黑紗，押赴刑場。當犯人暴露於斷頭台時，執行員當眾宣讀判決書，然後斬斷犯人右手並立即執行斬首之刑。」有關修正前《法國刑法典》相關規定，係以 1810 年二月十二日公布，1975 年修正為止之資料為依據，詳參《各國刑法彙編》，下冊，頁 1141-1211，台北，司法行政部印，1970 年 6 月。至於 1994 年 3 月 1 日生效之新法典，參閱羅結珍譯，《法國刑法典》，北京，中國人民公安大學出版社，1995 年 5 月。

在上述國家中，殺害尊親屬加重刑罰的規定，似乎不太出現與合憲、違憲相關的爭議問題，其可能原因有二：其一，即使任何一個國家於其憲法中規定法律之前的平等原則（但羅馬尼亞僅規定男女平等），惟何種差別可謂為合理，則因各國有不同的價值觀，而異其結論。就法國而言，由於肯認如民法中所規定：子女對於父母之尊敬義務，從而得以確立殺害尊親屬係屬重罪的結論。在義大利等國，由於重視近親關係間之尊重，不僅殺害尊親屬，殺害卑親屬亦應為同樣的重罰，惟如何平等地對待尊親屬與卑親屬，延伸出反對法律之前平等的意見。其二，在比利時等國，因未承認立法的違憲審查制度，法律的有權解釋權乃立法權所專屬，或者說多屬如同法國元老院的政治機關審查權。即便如義大利、阿根廷等國，承認以各種型態出現的司法機關為立法的違憲審查，亦非全然得以活潑地運作。因此，很少出現追究、檢討法律是否合憲的機會⁴⁰。

至於曾採加重規定而今已刪除者，有德國、匈牙利、日本等。例如德國在 1941 年以前的刑法對殺害尊親屬血親罪有加重其刑的規定。匈牙利 1950 年的刑法三五三條第三項，對激於義憤殺尊親屬、卑親屬或配偶，原有加重處罰的規定，但於 1961 年一月二日五日的刑法修正中已予刪除。東鄰日本，與中國一衣帶水，且先後受中華法系、法德等歐陸法系的影響，1995 年之前，刑法第二〇〇條本也有對殺自己或配偶之直系尊親屬者予以特別加重的規定。

此將以上所述列一覽表如下⁴¹：

（一）祇規定卑親屬殺尊親屬的立法例

序號	國別	殺尊親屬罪之刑	普通殺人罪之刑
1	法國	無期徒刑	三〇年有期徒刑
2	比利時	死刑	無期徒刑
3	葡萄牙	二四年以下二〇年以上有期徒刑	二〇年以下十六年以上有期徒刑
4	摩洛哥	無期徒刑	二〇年有期徒刑
5	大韓民國	死刑、無期徒刑	死刑、無期徒刑或五年以上有期徒刑
6	中華民國	死刑、無期徒刑	死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑

（二）併規定卑殺尊、尊殺卑及殺配偶尊親屬的立法例

⁴⁰ 參閱山本和昭〈尊屬殺違憲判決の背景と若干の問題點〉，載於東京《警察學論集》26・7，頁 76-79，1973 年 7 月。

⁴¹ 下述三個表列的犯罪類型與法定刑度，隨著時日遷移，至今有者可能已有所變動，其詳仍有待進一步查考。

【附件二】傳統與當代之間的倫常條款—以「殺尊親屬罪」為例

序號	國別	殺尊親屬罪之刑	普通殺人罪之刑
1	阿根廷	無期重徒刑或無期輕徒刑	重徒刑、輕徒刑或二五年以下八年以上有期徒刑
2	芬蘭	重徒刑或十二年以下六年以上有期徒刑	重徒刑或八年以下四年以上有期徒刑
3	義大利	無期徒刑	二一年以上有期徒刑
4	羅馬尼亞	無期強制勞動	十五年以下十年以上強制勞動
5	西班牙	死刑、三〇年以下二〇年以上不定刑期	三〇年以下二〇年以上不定刑期
6	土耳其	死刑、無期徒刑	三〇年以下二四年以上有期徒刑

(三) 對殺尊親屬罪曾採加重類型規定嗣已刪除的立法例

序號	國別	殺尊親屬罪之刑	普通殺人罪之刑
1	德國	無期徒刑或十年以上有期徒刑	五年以上有期徒刑
2	匈牙利	十年以下五年以上有期徒刑	十年以下一年以上有期徒刑
3	日本	死刑、無期徒刑	死刑、無期徒刑或三年以上有期徒刑

由於德國法係清末民國以來刑事立法所繼受的主要對象，有必要再進一步說明。相對於東方的法律文明，德國在 1871 年頒布的刑法，於第二一五條原規定：「故殺尊親屬血親者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。」比起第二一二條普通故殺罪：「(一)非謀殺而故意殺人者，處五年以上的有期徒刑。(二)情節特別嚴重者，處終身自由刑。」算是加重處罰的特別類型。至於該條文後來為何被刪除？刪除的過程為何？是否有過激烈的爭辯？受限於史料，目前尚無法確切掌握。

從有限的資料看來，德國自 1909 年、1919 年、1925 年、1927 年等歷次刑法修正草案，對於區別殺尊親屬罪與殺普通人罪的不合理性，都一貫地予以指摘，而主張刪除對殺尊親屬罪的特別規定。根據〈準備草案理由書〉，其修正理由如下：「就經驗來說，最低十年之有期徒刑尚屬較重，倘未充分考慮其減刑事由，則不時有失公正。其原因在於，故殺尊親屬中，尊親屬鮮非悖俗、殘虐，抑或具備其他違反態樣之人，或由被殺者之先行挑釁所致，從而應讓故殺尊親屬回歸到近親關係與敬愛關係之罪的重大性，決定於行為人應被量刑的相抵；且準備草案之通常之刑，係保障亦可適切處理重大事犯的適用範圍。」⁴²此等意見，直到 1941 年九月四日生效的《帝國刑法修正法》始成定案，理由是：德國刑法第二一三條「非行為人之責任，而是因被害人對其個人或家屬進行虐待或重大侮辱，致行為人當場義憤殺人，或具有其他減輕情節者，處六

⁴² 本段文字係由日文文獻間接翻譯而來，參閱同上註 40，山本和昭，前揭文。

月以上五年以下自由刑。」如是，因情節輕微而減輕刑罰的規定，無法適用於第二一五條特殊的殺人罪類型，而實際上，造成殺尊親屬血親的犯罪案件，有一大部分係可歸責於被害人，例如因尊親屬殘虐或逆倫等行徑所引起，作為卑親屬的行為人如不能減輕其刑，極為不公。至於卑親屬倘因其他卑劣的動機，例如為繼承財產或為自己揮霍享樂等緣由而弑親，自可適用第二一一條謀殺罪處罰；對於通常情形，普通殺人罪也足以應付，因為法官也可酌量加重其刑，殺害直系尊親屬罪因而沒有成為特殊的構成要件類型的必要⁴³。

表面上看，德國刑法之所以刪除殺尊親屬血親罪的理由，似乎側重在法條的結構關係上，因為刑法第二一一條設有謀殺罪：「(一) 謀殺者，處終身自由刑。(二) 謀殺者是指出於殺人嗜好、性慾之滿足、貪財或其他卑劣動機，以殘忍、殘暴或危害公共安全之方法，意圖實現或掩蓋其他犯罪行為而殺人之人。」依本條之規定，一些特殊的情節要素已被納入謀殺罪的不法型態當中。至於情節輕微的殺人罪，可據以減輕刑罰，因此殺尊親屬罪似已失其存在的必要性。其實，透過上述第二一一條和第二一三條的規定，間接表示尊親屬的身分不足以成為一個獨立的不法類型，反而卑劣的動機、殺人嗜好、貪財或貪色、殘暴陰狠的手段、危害公共安全的手段，以及殺人的目的是為了實施其他犯罪行為等等情狀，才是特殊的不法類型要素⁴⁴。而德國刑法逐條註釋書針對故殺尊親屬罪的刪除，也曾作如下的說明：「故殺尊親屬罪業經刪除，將來就行為人對於被殺者的關係，主要之評定關鍵即在於其行為與行為人之入格。惟就兒子殺害其酗酒，並虐待其母之父親一例而言，法官即不應受該重刑下限之拘束；於今，法官終可不受重刑下限之拘束，而作全面性之量刑考量。」⁴⁵

不過，值得關注的是，儘管德國故殺尊親屬血親之規定已遭刪除，但仍留存有刑法第二二三條：「(一) 不法傷害他人身體或損害其健康者，處三年以下自由刑或罰金。

(二) 對尊親屬犯前項之罪者，處五年以下自由刑或罰金。」而對於上述第二項傷害尊親屬加重的規定，是否違反基本法第三條「法律之前的平等原則」，似乎也未見有太多的議論出現，從這個角度看來，德國當年之所以刪除殺尊親屬血親罪的特殊類型，似並未涉及合憲、違憲之爭議，反而可能與法條的結構與量刑的考慮較有關係。

(二) 日本脫亞入歐前後殺直系尊親屬罪的存廢爭議

日本古無體系性的刑律，傳統中國法律對日本的影響，遠的來說，可以數到推古

⁴³ 參閱許玉秀，〈除罪：解消類型——從殺害直系血親尊親屬罪談起〉，收於《甘添貴教授六秩祝壽論文集——刑事法學之理想與探索》，第二卷，頁 7-8，台北，學林出版社，2002 年 3 月。

⁴⁴ 參閱同上注 43，許玉秀，前揭文。另參閱三原憲三，〈尊屬殺人の沿革と判例の系譜(1)〉，載日本，《創價法學》，四・二，東京，1974 年 10 月。

⁴⁵ 參閱同上註 40，山本和昭，前揭文。

天皇（592-628）。⁴⁶大化革新之後，島國日本從此開啓了繼受中國法律文化，並使之與本土的法律文化相融合。

1. 從繼受《唐律》到繼受歐陸法

以《唐律》為母法而訂定的《大寶律》（701）與《養老律》（718），其中，關於殺尊親屬罪，《養老律》的「謀殺祖父母父母條」明文規定：

凡謀殺祖父母、父母、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母者，皆斬；
嫡母、繼母、伯叔父、姑、兄、姊者，遠流，已傷者，絞，五等以上
尊長者，徒三年，已傷者，中流，已殺者，皆斬；即尊長謀殺卑幼者，
各依故殺罪減四等，已傷者，減二等，已殺者，依故殺法。⁴⁷

倘與前述所舉《唐律·賊盜》「謀殺期親尊長條」兩相比較，可以發現有其緊密的承轉關係，八世紀日本的《大寶律》或《養老律》中的「謀殺祖父母父母條」，完全源自七世紀中國的《唐律》。

德川幕府時代，推崇《明律》，揣摩至為用心用力。為了維持封建秩序的尊卑關係，對於殺傷尊親屬的「逆罪」都將犯人處以「引迴上磔」的極刑。

時至明治初期，於明治三年（1870）制定的《新律綱領》「謀殺祖父母父母條」規定：

凡謀殺祖父母、父母、伯叔父、姑、兄、姊、外祖父母、夫、夫之祖父母父母，已行者，皆斬；已殺者，皆梟。謀殺三等親以下尊長，已行為首者，流一等；從者，徒三年。已傷為首者，絞；從而加功者、未加功者、與凡人同罪，已殺者皆斬。五等親以上尊長謀殺卑幼，已行者依各門毆律之尊長故殺卑幼律減二等；已傷者，減一等；已殺者，依故殺律。

48

上述律文與同法中的「謀殺凡人條」相比，也加重其刑。而因其係仿自中國的《明律》，大體上與《明律》類同，惟《明律》對於已殺者，另創凌遲之刑，《新律綱領》則設梟刑。至於明治十三年（1880）頒行的《改定律例》，與《新律綱領》大同小異。

⁴⁶ 德川光國，《大日本史·刑法志》：「太子肇作憲法十七條，……然皆勸戒飭令之語，而未及立用刑之名例也」；黃遵憲，《日本國志·刑法志》中說：「及推古時，上宮太子攝政，始作憲法十七條，後世以為造律之祖，然法中僅為禁飭語，尚非刑名律也。」

⁴⁷ 參閱明石一紀，〈大宝律令と親等法〉，載於日本，《日本史研究》，1984年第2期，頁25。

⁴⁸ 詳參高橋治俊、小谷二郎共編，松尾浩也增補解題，《增補 刑法沿革綜覽》，〈新律綱領·人命律上〉，頁2311，東京，信山社，1990年3月。

此期間，殺害直系尊親屬罪之所以加重其刑，論者以為主要是基於親族間的秩序是國家統合上重要的秩序，因此必須予以維護⁴⁹。

1880年，在脫亞入歐思潮的導引下，由法國籍修律顧問保阿索那德（Boissonnade de Fontarabie, Gustave Emile, 1825-1910）所領銜起草的《舊刑法》，在第三編第一章第十三節同樣也設有「對於祖父母父母犯罪」專節，其中第三六二條第一項規定：「謀殺或故殺祖父母、父母者，皆處死刑。」較之第二九二條「謀殺人者，處死刑。」第二九四條「故殺人者，處無期徒刑。」都要來得重。且於第三六五條明文規定：「殺傷祖父母、父母者，不得援用寬恕及不論罪之例，但犯時不知者不在此限。」該法於一八八二年起正式施行。揆諸其立法理由，似已揚棄了先前繼受中國法時期所注重的身分差等觀念，轉而向西歐近代刑法所謂的「家長權」法益保護觀念靠攏，旨在調和個人主義刑法與家族主義刑法⁵⁰。

2. 殺尊親屬罪合憲乎？違憲乎？

明治二十二年（1889）以後，日本轉而繼受德國法，而日本《舊刑法》施行未久，或基於「國民的正義感」，或基於「社會防衛的必要性」等因素，不能充分滿足日本社會的需求，修正之議紛起，乃於明治四十年（1907）又進行了一次大規模的刑法修正，考其內容多半取自德國刑法，普通殺人罪與殺尊親屬罪同列於第二十六章「殺人罪」中，而於刑法第二〇〇條規定：「殺自己或配偶之直系尊親屬者，處死刑或無期徒刑。」較之第一九九條普通殺人罪：「殺人者，處死刑、無期徒刑或三年以上之徒刑。」兩罪的法定刑度大相懸殊。對此，早期日本的法學界除肯定其社會功能外，甚至有認為可使忠孝得以兩全，是維持淳風美俗的良善立法，未見有反對聲浪⁵¹；只有少數學者，如瀧川幸辰（1891-1962）認為，這其實是昔日家長制下所謂淳風美俗的借屍還魂，乃屬「時代的錯誤」，且該罪之成案，往往不僅只是卑親屬的錯，可歸責於被害的尊親屬之例也所在多有，故應予以修正⁵²，但此舉並未引發修法的活動。直到第二次世界大戰後，由於法律體制的變革、價值觀的轉型，也由於新舊兩部憲法的交替，更由於最高裁判所違憲爭議的判決，導致激烈的爭辯乃至提議修法刪除。

〈案例〉昭和四十三年（1968）栃木縣矢板市宇都宮弑父案

⁴⁹ 詳參川口由彥，《日本近代法制史》，頁167-170，日本，新世紀，1998年。

⁵⁰ 參閱石榮顯，〈殺尊親屬罪加重處罰規定之比較研究〉，載於台北，《刑事法雜誌》，第13卷第5期，1968年。

⁵¹ 參閱泉二新熊，《日本刑法論》（下編），頁499，東京，有斐閣，1928年。另參閱新保堪解人，《日本刑法要論》，頁325，東京，敬文堂書店，1929年3月。

⁵² 參閱瀧川幸辰，《刑法各論》，頁400，收於末弘嚴太郎編輯，《現代法學全集第二十七卷》，日本評論社，1930年4月。另參《刑法裁判百選》，別冊ジュリスト，頁164，東京，有斐閣，1965年。

日本關東地區的栃木縣矢板市宇都宮，年僅十四歲的女子甲（用代稱），遭到生父的性虐待，之後，父親還強要她背著母親與其繼續發生性關係。被告向母親哭訴此事，母親因而與父親爭吵不止，最後憤而離家出走。其後，被告雖幾經母親及親戚的協助，仍無法脫離父親的掌控，而她之所以未能逃脫魔爪，最大原因在於擔心同住在一起的妹妹也會遭遇到相同的厄運，不得不持續被父親當作洩慾的工具，且生下五名子女（其中二人夭折，另有五次流產）。此後，由於醫生勸告她如果再懷孕，對身體將有極大傷害，乃接受了節育手術。後來，被告為幫助家計，到印刷廠上班，結識了對她有好感而比她小七歲的年輕同事。不知情的該青年向被告求婚，她認為這是得到幸福的難得機會，因此想了結與父親的不倫關係，並有了結婚的計畫。未料，告訴父親後，父親暴怒並恫嚇她說：「妳敢，我就殺了他！」從此，被告出外就被監視，工作累了一天，回家還得應付父親的性需索而不得安眠。被告身心煎熬，痛苦已極。某夜，被告又被喝了酒的父親暴力相向。為徹底斷絕與父親長久以來令人作嘔的關係，遂趁父親酒醉之際，以和服的腰帶勒死父親。本案宇都宮地方裁判所審理後，認為刑法第二〇〇條殺尊親屬罪係屬違憲，乃改依第一九九條的普通殺人罪論處，又採認被告之行為係屬防衛過當，再衡量各種情狀後，斷予「免除其刑」。而二審的東京高等裁判所則以最高裁判所判例一向認為殺尊屬罪的規定合憲，乃撤銷一審的判決，但認為被告行為當時已屬心神耗弱，給予最大程度的減刑，因此改判有期徒刑三年六個月。本案經上訴後，最高裁判所於昭和四十八年（1973）四月四日做出如下判決：

刑法第二〇〇條的立法目的，係針對普遍性的社會道義所非難的卑親屬及其配偶殺害尊親屬，比起通常殺人罪應處刑較重的情形而設。尊重尊親屬、對尊親屬報恩乃社會生活中的基本道德，此自然情愛或普遍的倫理關係，是值得從刑法上給予保護的；因此對殺害尊親屬的行為較殺普通人之行為受高度的道義非難、社會非難，亦屬當然之事。……但是基於這樣一個合理的依據所設置刑罰上的差別待遇，無論如何也不能使之正當化。例如，刑法第二〇〇條殺害尊親屬的法定刑限定為死刑、無期徒刑兩種，這就遠遠超出了該立法目的的必要限度。與刑法第一九九條普通殺人罪的法定刑相比，明顯有其不合理的差別待遇。此乃違反了憲法第十四條第一項而應認定其為無效。⁵³

⁵³ 本案判決係由最高裁判所十五名法官組成的大法庭所作出，其中只有下田武三法官主張關於殺害尊親屬罪的重罰程度應交由立法機關決定，因而反對外，其餘十四名法官均支持最終的判決結論。惟該十四名法官中，有六名法官對於判決理由中所謂「在普通殺人罪之外另設殺害尊親屬罪的立法屬於合憲」持反對意見。因此，本案判決在結論上是十四比一，而對於判決理由贊成與否的比例是八比六。關於案例事實，詳見井上祐司撰，〈刑法二〇〇條と憲法一四條一項〉，載於《別冊ジュリスト》No.58，《刑法判例百選II各論》，頁90，1978年4月；〈尊屬殺と法の下の平等〉，載於《別冊

本案最高裁判所認為被害的尊親屬對被告所實施的侵害行為應受譴責，同時認定刑法第二〇〇條殺害尊親屬罪加重處罰的規定「手段達成違憲」，乃改依同法第一九九條普通殺人罪處斷。選擇法定刑為三年以上有期徒刑後，再以精神耗弱為由減輕其刑，判處二年六個月的有期徒刑，另斟酌犯罪情節、自首、再犯可能性等，最終宣判緩刑三年。這是日本最高裁判所運用憲法第八一條的違憲立法審查權以來，宣告現行有效的法律違憲的首宗判例。判決確定後，日本刑法第二〇〇條已屬違憲條文，而期間所引發的違憲與否之爭，長篇累牘，相當精采，綜合當時所爭論，僅扼要彙整兩派不同見解如下：

(1) 合憲說

- 甲、 憲法第十四條「社會的身分平等」中之所謂「身分」，其意涵本來就不十分明確，一般是指依人為的方式而獲得者而言，如貴族的身分屬之。惟尊卑親屬關係乃建立在血緣之上，而非由人為的方式所產生，純是基於人類天生「長幼有序」的道義心而為的合理差別。對於殺害尊親屬之重大不道德行為予以加重處罰，不僅日本人如此，可說是普世的「人道的原理」，且符合日本國情及當代倫理價值觀，並不違反法律平等原則及社會的正義觀。
- 乙、 基於親屬關係而為法律上的差別待遇，未必欠缺合理性，蓋既然承認殺害尊親屬係屬有違人倫大本的行為，值得社會給予高度的道義非難，親子關係出乎天性，乃人類存續以及文化傳承的基礎，與奴隸制、貴族與平民之區別、士農工商四民制等與憲法第十四條第一項明顯不兩立者有別，不可一概而論。何況人非一出生即具有尊親屬身分，也非一生皆為卑親屬身分，年輕時以卑親屬身分負較重刑責，年長以後以尊親屬身分受保護，因此人的一生當中均受到平等的待遇；而憲法之平等原則並非算數的平等，而係分配的平等。刑法第二〇〇條對殺尊屬之人科以較普通殺人為嚴之刑，豈非理所當然？
- 丙、 法定刑度的輕重，本屬立法機關裁量的權限，此為價值判斷的問題，應該由代表國民多數意見的國會，不僅單純從法律的觀點，還要從國民道德、感情、歷史、傳統、風俗、習慣等等面向多方討論以達成結論，而不可由司法機關越俎代庖，否則將違背權力分立的旨趣，破壞司法謙抑的原則。

(2) 違憲說

A. 重罰違憲說（手段達成違憲說）

對尊親屬有犯而設有加重其刑的此類型規定，係因身分不同而異其刑度的差別待

遇，衡其立法初衷，尚在憲法第十四條第一項所容許的範圍內，其本身立法目的並不違憲。不過，刑法第二〇〇條加重的刑度失之過酷，明顯失衡，則屬違憲；申言之，倘殺害直系尊親屬罪也能有被判處有期徒刑或緩刑的機會時，則可能並不違憲。事實上，本罪的法定刑僅規定為死刑或無期徒刑，較普通殺人罪之三年以上的法定刑要重得多，即使依現行法所承認之兩次減輕（法律減輕與酌量減輕），其處斷刑也無法輕於三年六個月以下（日本刑法第二十五條之緩刑要件），因此無論有何等的理由，也無法為緩刑的判決。依此，僅以尊重尊親屬、對尊親屬之敬愛、報恩等自然情感或普遍倫理為由，即賦予設定兩罪刑罰重大差異的合理根據，實令人難以認同，既無法以合理根據說明差別處理的正當化，故違反憲法第十四條第一項的規定。

B. 差別違憲說（立法目的違憲說）

殺尊親屬罪的規定，本質上是一種不合理的差別待遇，因而有違憲法第十四條「法律之前，人人平等」的精神，應屬無效立法。此說認為，重罰違憲說的立場，似乎認為殺尊親屬加重其刑的規定之所以違憲，乃僅僅在於其刑度過高而已，但實際上，即便刑度合理，也不應有殺尊親屬加重其刑規定的存在，因為該等規定乃是立足於舊家族制度的倫理觀，與當代以個人尊嚴以及人格價值為出發點的民主主義理念相牴觸，更與在家庭生活方面力圖擺脫封建遺跡，建立起以個人尊嚴與人格平等為中心的憲法理念有所衝突。父母子女之間的親情，乃是自然感情的流露，彼此之間並不存在有施而望報的取償關係，而是基於個人自發的意願，主動去遵守的道德，不應該以法律強制規定的方式來監督道德的實踐。且傳統道德中往往以忠孝並稱，而憲法中關於「忠」的規定既已失其立足點，那麼因為「孝」的目的而設置的特別規定，自然也應基於同等之理，要讓其消失於無形。因此，因身分差等相關的立法規定均應以違背憲法中民主主義的基本理念而宜廢除，不得以司法的謙抑思想為藉口，認為係屬立法機關自由形成的範圍。

眾家嘖嘖爭辯，從歷史面看，「忠孝」對日本人而言，乃是移植自中國文化的舶來品，其核心概念，已非先秦儒家所講的「君君、臣臣、父父、子子」的相對平等的倫理道德關係，而是像歷代中國刑典中的「禮教立法」般，以強制規範為手段，企圖穩固君權、父權、夫權統治的社會秩序。明治維新，脫亞入歐後，再度繼受外來法律文化，歐西近代平權思潮隨波而至。輸入伊始，因歐陸法系傳統中本也有殺尊親屬加重其刑的相關規定，加上法國籍修律顧問波阿索納德的折衷主義立法，因之，在刑法中列有殺尊屬的加重條款，當時似乎相當平順，並未引發任何爭議。第二次世界大戰後，日本三度西潮，又被半強迫地引進了美國式的民主觀念，制定所謂戰後的和平憲法，此時「忠君」思想遭到徹底的揚棄，而與「忠君」並列的「孝親」觀念，也受到

前所未有的挑戰，立基於傳統「孝親」思想的殺尊屬罪規定，便首當其衝地受到激烈的質疑。

前已提及，殺尊親屬加重其刑的規定，1973年四月以刑度過重無法判處緩刑為由，第二〇〇條被宣告為違憲後，相關機關迅速向國會提出刪除「殺害尊親屬罪」的議案，但是當時執政的自由民主黨，基於各種政治利害現實的考量，對於殺害尊親屬罪的刪除有所顧慮，一直未能在立法上獲得實現。而在司法實務中，該案之後，日本最高檢察廳統一見解，對於殺害尊親屬罪的犯罪一律以刑法第一九九條普通殺人罪提起控訴，從而實質上等於取消了殺害尊親屬罪的適用可能。直到1996年六月，日本刑法修訂公布，終於將刑法第二〇〇條的規定刪除⁵⁴。論戰雖已落幕，但是此一規定究竟是立法意旨並無偏差，僅因刑度失衡無法被判處緩刑，致屬違憲而已？抑或違反所謂平等正義的理念，本質上即不應設有此一特別規定？仍留下很大的思辯空間。

五、西法東漸中倫常觀念的困惑、更新與再詮釋

法律規範反映世故民情，而文化有其區域獨特性，各國的法制往往因國情所繫、風俗所關，各有特色，無須強力求同，也不必處處捨己徇人，此為不爭之理。不過，當今世界幾連成一氣，德國與日本刑法，是清末民初以來乃至台灣現行刑法繼受的母國法，它們先後刪除殺尊親屬罪的特別規定後，一池春水既已吹皺，要再不為所動，也難；從學理上、從實務上，該如何檢視此一立法趨勢？

（一）傳統中國親親之義的家族倫理性禮法

中國自西漢以降，以周制偏於「禮治」，秦制偏於「刑治」，各有所傾，乃以儒法相參、禮刑相輔，建立了體系性的法制。到了隋唐，則以「禮本刑用」為立法圭臬，直迄於清，歷朝各代雖多少有所損益，但其中心理念，並沒有太大的偏離。而五倫制度肇基於禮，其中為維持國家安定與社會秩序的重要事項，幾乎悉數訂入刑律之中，凡違反之者課予刑罰制裁，以求其實踐，這是一段很長的「禮教立法」時期。究其實，傳統社會在近現代之前，殺傷尊親屬等冒犯行為之所以要加重處刑，總不外下列幾個理由：

其一、父母對於子女，在正常情況下，有生身之恩、哺育之恩、教養之恩、呵護之恩，非有比侵害一般親屬更險惡的動機目的，不足以驅使一個人背叛如此深重之恩，

⁵⁴ 1995年3月14日的「部分刑法修訂法律案」中，由日本第132屆國會提出，經審議、爭論，最終決定刪除「殺害尊親屬罪」（200條）以及與此相關的「殺害尊親屬未遂罪」（203條）之規定、「傷害尊親屬致死罪」（205條第2項）、「遺棄尊親屬罪」（218條第2項）、「逮捕監禁尊親屬罪」（220條第2項）等條款。

對這種恩義的背叛，比對一般親屬恩義的背叛自然惡性要來得重。

其二、傳統中國社會，植基於家族本位、倫理義務本位，父祖對於子孫有極廣泛的扑責懲戒之權，子孫對父祖負同居共財與供養的義務。凡違犯教令，祇要父母控告子女不孝，可將子女送官懲處，官府通常祇是代行父母的意志。甚至，父母可將子女典質或出賣於人。即使到了民國三年（1914），袁世凱所公布的《暫行刑律補充條例》，其中第十一條仍規定：「對於行親權之父或母，得因懲戒其子，請求法院施以六個月以下之監禁處分。」⁵⁵。凡此等規範，從其反面思維，顯現出對尊親屬的侵害之所以要加重處罰，事實上，包含著對父祖管教、懲戒權威的蔑視與挑戰，對這種權威的侵犯，類似對皇權、官威的侵犯一樣嚴重，不可饒恕。

其三、一般說來，當子孫的力氣和智力成長到足以謀、故殺傷父祖之時，正是父母體力衰弱或至少開始衰弱之時，衡諸情理，自要加重其刑。法律若不立嚴刑懲治加害忤逆反弑者，則不足以保護弱者，也不足以懲嚇所謂有乖倫教、破敗善良風紀之人⁵⁶。

泛泛來說，由於「尊卑」與「親親」的倫常觀念維護家內秩序，一直是傳統中國家庭的重要支柱；而且除了利用血緣維繫之外，官府律令的規定也在其中扮演著重要的角色，巧的是，這兩者之間，不但不衝突，反而相互呼應與支援。以家內的尊卑而言，在尊殺卑的行爲中，律令予以寬待的刑罰；相反的，在子孫不孝與賊殺傷、毆詈父母或尊長時，律令卻予以嚴懲重罰；顯示家中的尊卑關係不但出於家內的自然構成，律令也在其間扮演鞏固尊卑秩序的角色。表面上看，這像是合乎傳統中國家族主義「親親」價值觀下的倫理性禮法。

值得細細體會的是，原始儒家所提倡的家庭倫理，本極富相對性的精神，《禮記·禮運》：「父慈、子孝、兄良、弟弟、夫義、婦聽、長惠、幼順、君仁、臣忠，十者謂之人義。」此之十義，具體而言，即為「爲人之義」。而在《論語·顏淵》中，孔子主張「父父、子子」的綱常原意，係以「父父、子子」為勸，而以「父不父、子不子」為戒，謂父應盡為父之道，子應盡為子之道，尊卑雙方各責其有所守與有所盡，立說平允，並未僅片面要求子盡孝道。而《大學》之謂：「爲人子至於孝，爲人父止於慈」，孝與慈兩相結合，也是此意！片面強調「子不子」的罪大惡極，對之動輒處以重刑，而置「父不父」者於不顧或寬宥減刑，如此苛責卑方，偏袒尊方，這豈是真正的「親親之義」？

（二）近代西方自由主義思潮中的個人主體性立法

⁵⁵ 參閱《政府公報》，民國三年一二月一七日。該條例全文，刊於《東方雜誌》，第12卷2號，上海，商務印書館印行，民國4年2月。施行後，至民國十一年二月十七日，經廣州軍政府明令廢止。詳參謝振民編著，《中華民國立法史》，頁1086，台北，正中書局，1948年。

⁵⁶ 參閱范忠信，《中西法文化的暗合與差異》，頁149-150，北京，中國政法大學出版社，2001年12月。

晚清之季，由於受到日本明治維新與嚴復（1854-1921）等譯介西洋法政思想的影響，中國政治上維新與革命的思想及行動，風起雲湧，清廷迫於情勢，不得不謀求政治與法制的變革。尤其，爲了撤廢領事裁判權，不得不採取近代歐西新的法律理念，來修訂中國的固有法律，從此，個人主義、自由主義的立法思潮引進了古老中國的本土，固有的身分倫理制度隨之動搖。或許要問，在近代自由主義、個人主義思潮下的刑事立法，究竟要如何對待倫理道德與法律之間的關係？要合？要分？合多分少？分多合少？簡言之，倫理道德要不要法律化？倫理道德宜不宜法律化？從平等性的角度看，法律有民主的意涵，倫理道德則無。而倫理道德的法律化，是否即意味著人格權的不平等性？又法律的去倫理化，是否即意指要捨棄倫理道德中人性高貴情操的特質？

理論上，依事物的自然道理，倫理道德之所以是倫理道德，法律規範之所以是法律規範，必然各有其存在的本質，倫理道德原本有其義務片面性的特質存在，不需要嚴密的邏輯推理，它是內面的義務，有其自律性，故對其強制履行是不可能的。但是倫理道德一旦法律化，披上法律的外衣，在外觀上被賦予法律的平等性，當然具有權利與義務的相對性，也當然成爲國家公權力保護的客體；在此意義下，倫理道德的差等性在法律化之後，遂由法律的平等性取而代之，原來的道德義務轉化成法律的義務，法律義務的不履行，即是法律責任的形成，有他律性，故對其有強制履行的可能，義務人從而不得再以道德義務爲由，拒絕法律強制其履行義務。

從法律歷史的衍化進程看，殺直系血親尊親屬罪乃源自傳統中國法制遺緒，當時，倫理價值及身分道德緊密結合，身分倫理與法律責任常相混同，是屬於身分差等秩序下的時代產物。而現今，憲法貫徹民主理念，強調維護個人尊嚴與人格價值的平等，法律規範與倫理道德的分合界限逐漸明朗，這使得殺直系血親尊親屬罪加重處罰的理論基礎發生了動搖。換個說法，尊卑親屬間的相互親愛，宜任由當事人發至內心的情誼而爲，而不宜以法律予以強制；倫常親情雖然是至高的道德，法律卻祇是最低限度的道德，不宜混淆法律與倫理道德的關係。所謂孝道尊親的基本道德，理應由個人本於自覺主動遵守，如果想動用嚴刑峻罰來強制履行，這是一種僵化式的道德，是一般預防刑罰理論下的思維，雖具嚇阻功能，但恐難收實效。

（三）刑法法益保護思想與孝道觀念的轉向

清末禮法爭議時，禮教派的核心人物勞乃宣在〈修正刑律草案說帖〉中曾說：「夫法律與道德教化誠非一事，然實相爲表裡。必謂法律與道德教化毫不相關，實謬妄之論也。」⁵⁷話雖不錯，問題是，倫理道德的範圍有廣有狹，當代民主法治社會所要求

⁵⁷ 參閱同上註 27，勞乃宣，《桐鄉勞先生遺稿》，卷二，〈新刑律修正案彙錄〉，「修正刑律草案說帖」，頁 903。

的是「最低限度的倫理道德」，譬如人人必須遵守法規與公共道德之類，實有別於傳統儒家所標榜的「最高限度的倫理道德」，即要求人人日日向上，終至成德成聖。就內聖之道言，當然可以提倡最高限度的倫理道德；講外王之道的民主自由化，則不能老唱道德的理想主義高調，而是應該針對人性與政治現實，較合理地要求「最低限度的倫理道德」。⁵⁸而就「孝」這個德目而言，它到底是不是一個最小限度的倫理規範呢？

從史實面觀察，傳統中國的「修養論」似乎過於重視人性中「高層」的一面，忽略了「低層」與「深層」的一面，而且往往把外在的社會規範和內在的價值之源混而不分。因此就「孝」而言，論者以為應該將之視為人性中「高層」的一面較為妥當，既屬「高層」的倫理道德，則非法律所應加以規範者，更無法以加重刑度之方式來提升此一道德了⁵⁹。

從刑法發展史的角度看，十八、十九世紀以前，刑法的主要任務，不論中西，幾乎是統治者的「治民之具」；可是，自啓蒙運動，尤其，自法國大革命以來，西方興起自由主義、個人主義的思潮，刑法搖身一變而以「保護法益」為首要任務。而所謂「法益」，除了指生活利益及權益之外，是否也該包含一種基本的核心理念或價值？如果將早已深植人心的社會倫理價觀念完全拋棄不論，行得通嗎？

事實上，「社會倫理」與一般個人的「道德修養」理應有所區隔，前者的範圍僅限於為了維持人類共同生活所不可缺的最基本義務，才有其存在的必要，而其標準，也會隨時空的流轉而不同。從古到今，不論中外，刑法的內涵無非是禁止的規範或命令的規範，亦即是這種社會倫理的宣示；但是要進一步思考的是，是否所有社會倫理的行爲規範，均具有可罰性而必須納入刑法秩序之中？理念上，刑法有其謙抑思想，祇有在必要及合理的最小範圍內，始予以適用；它具有補充性、片斷性與寬容性三個內涵，只宜作為「最後手段」，僅於其它較寬緩的手段力，譬如民法或行政法的規範無法作有效的法益保護時，在不得已的情形下，才有介入的正當理由。至於立法者是否可僅憑個人或社會的價值觀，即將某些不合道德觀念的行爲施以重刑？是否應審慎考量有無用重典加以規範的必要性與適切性？國家刑罰權的界限如何釐清輕重？這是一個平衡而有責任意識的刑事立法政策不能不審慎對待的課題⁶⁰。

目前，刑法的任務，到底僅在於保護人民社會生活上的利益？抑或兼含有維護社會倫理價值秩序的使命？或有仁智之見，倘站在肯定市民自由、個人尊嚴的現代刑事法立場，刑法係以保護生活利益為其主要任務，這是不容置疑的，而殺直系血親尊親

⁵⁸ 參閱傅偉勳與周陽山，〈批判的繼承與創造的發展——有關中國學術文化重建的問答〉，《中國論壇》，222期，民國73年12月號。收於周陽山，《民主與傳統》，頁119以下，台北，三民書局，1990年8月。

⁵⁹ 參閱余英時，〈從價值系統看中華文化的現代意義〉，收於氏著，《中國思想傳統的現代詮釋》，頁44，台北，聯經出版公司，1984年3月。

⁶⁰ 參閱蘇俊雄，《刑法總論I》，頁17-18，台北，作者印行，1995年10月。

屬罪若純就保護法益的觀點，似無必要特別加重，而形成差別待遇。再者，就社會倫理秩序的維持而言，此一立法方式並未能兼顧卑幼親屬法益的同等保障，也違反原始儒家相對的倫理觀念，該如何重新調整尊卑平權對等的價值理念，這也需要有勇氣面對！

我曾針對近十五年來，台灣最高法院與高等法院暨分院有關「殺尊親屬罪」的四十二個已定讞的案件，作過非完整正式的統計分析⁶¹，列表如下：

(一) 行為人與被害人關係

對象關係	父親	母親	父母親	養父	養母	養父母	祖父	祖母	祖父母	總數
件數	20	14	2	1	0	1	1	3	0	42
比率(%)	47.6	33.3	4.8	2.4		2.4	2.4	7.1		100

(二) 行為動機目的與歸責對象

歸責對象	動機、目的	件數	比率(%)	
可歸責於 卑親屬	遭責罵、責打	7	13.2	
	細故爭執	非關金錢	12	22.6
		為金錢	9	17.0
	為解決經濟負擔(ex.詐領保險金)	4	7.5	
	因精神疾病(適用刑法第19條)	12	22.6	
可歸責於 尊親屬	不滿父親責打母親	2	3.8	
	曾遭遺棄	2	3.8	
	前有爭執，時父持刀傷子， 並向鄰居宣稱欲殺之	1	1.9	
	不明原因	4	7.5	
	總數(行為人弑親之動機、目的有複數競合)	53	100%	

從以上最高法院與高等法院判決中發現，犯殺直系血親尊親屬罪的案件，行為人之性別100%為男性，其中，可歸責於行為人卑親屬的比例雖高達60%，但仍約有23%是因為行為時適用刑法第十九條，亦即此部分行為人幾乎患有精神障礙者，另有不到10%的比例可歸責於被害的尊親屬。

民國二十四年(1935)，刑法第二七二條之設，主要著眼於行為人與被害人的身分關係，卑殺尊，違反「孝道」，惡性較凡人相殺為重，顯然側重在行為人的主觀惡性。然而，人事萬殊，犯罪之情節有大可惡者，也有大可恕者，於殺人之犯為更甚。根據

⁶¹ 以上統計資料，蒙台灣最高法院邱同印法官的協助，又得台灣政治大學法律學研究所碩士生陳琦妍的幫忙，特誌謝意。至於完整正式的統計分析，俟諸來日。

較早以前的犯罪統計資料顯示，某些殺直系血親尊親屬者確有卑劣的行兇動機，例如平日游手好閒、揮霍無度，為早日獲得遺產，或為擺脫經濟負擔等。但也有不少加害者，是沒有前科、個性內向者。被殺害的尊親屬，則有性道德低劣、家暴、酗酒、虐待狂、沒有家庭責任感等等的人格傾向，其「惡性」顯然也不低於前者，卑親屬通常是在「異常情況」下才行兇的，從案發的實情看，確實有不少係情節特殊者⁶²。

六、結論

——台灣現行刑法中的殺直系血親尊親屬罪宜何去何從？

殺直系血親尊親屬罪，行為主體與行為客體之間，具有直系血親尊卑親屬的關係，且因而加重行為人的刑責，是所謂的「加重身分犯」。其立法目的，無非在宣示「孝道思想」，蓋「尊親報恩」乃社會生活上的基本道義，根極於天理民彝，這種自然情愛與普遍性倫理，值得用刑法來加以特別保護。說得直接些，基於維護倫常的公益考量，對於殺害直系血親尊親屬的行為，處予較重的刑罰，是立法者斟酌「事物本質」的當然結果；此一「淳風美俗」的觀念，早已深植民心，在過去庶民百姓的法感情中，幾乎相當認同，於今，倘若要過度強調家庭成員間的所謂「人格平等」，而刪除此一特殊類型的規定，恐將會陷入與孝道傳統兩難的困境⁶³。

不過，時間與空間因素的轉變，自會影響文化價值觀與社會倫理道德的標準，刑法所要保護的法益，在社會規範體系中並非一成不變；邇來，在台灣，主張刪除殺直系血親尊親屬罪，而回歸與殺普通人同罪刑的呼聲已漸聞漸近，其根本理由，不外乎不能因行為客體的身分不同，導致生命法益受到不同的評價，換句話說，不得就相同事物為不合理的差別對待，否則，即有違憲法上的平等原則。此外，另可再找出其它幾點具體的理由：

其一、從立法政策與犯罪學的觀點：觀乎本文一開頭所提的兩則案例、日本社會所發生的違憲爭議案件，再細察民國以來殺害直系尊親屬罪的實況分析⁶⁴，以及近些年來台灣社會所發生的殺害直系血親尊親屬的社會案件，真正符合「父母慈而子女不孝」的情節，固然有，但仔細追究，之所以釀成「逆倫」慘案，有不少比例係肇因於行為人的精神人格異常，或因酒醉、毒癮、患有憂鬱症等，自我控制力薄弱，甚或有受到長久虐待、傷害、嘲罵，或有不足為外人道的不倫情事等所致。審理上，如僅為所謂「逆倫滅性」的案件設想，法官只要根據刑法第五七條，斟酌其犯罪動機、目的

⁶² 參閱張甘妹，《犯罪學原論》，頁 371-373，台北，作者印行，1999 年 10 月。

⁶³ 詳參我妻榮，《法律における理窟と人情》，頁 164-171，東京，日本評論社，1990 年 10 月。

⁶⁴ 詳參李玉璽，〈從孝道思想論殺尊親屬罪概念的衍變〉，頁 101-156，台北，政治大學法律學研究所碩士論文，2001 年 7 月。另參謝開平，〈刑法第二百七十二條在立法上之檢討〉，收於同上註 43，《甘添貴教授六秩祝壽論文集——刑事法學之理想與探索》，頁 32-33。

以及犯罪行為人之生活狀況、犯罪行為人之品行、犯罪時所受之刺激、犯罪行為人與被害人之關係等等因素，予以酌科即可；否則，依目前的實況看來，情輕而法重者仍時有所聞，造成絕對義務傾斜一方的不公平現象。

其二、從量刑的觀點：目前台灣刑法第二七二條殺直系血親尊親屬罪的法定刑為死刑、無期徒刑，仍在同法第二七一條普通殺人罪的法定刑死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑的範圍內，倘有卑幼對於直系血親尊親屬，偶有齟齬，輒敢殺害，類此重大的逆倫弑親案件，自不容姑息；而如果認為有加重處罰的必要，則普通殺人罪也有重刑之設，仍有科處最重刑的可能，可委由法官依據具體個案衡情量處，以求得情罪平允即為已足，刪除本條，應還不至於撼動倫常道德的根本。

其三、從比較立法例的觀點：德國於 1941 年，正式刪除刑法第二五一條關於殺尊親屬之身分加重類型，匈牙利於 1961 年也刪除刑法第三五三條第三項殺尊親屬的加重處罰規定；而鄰邦日本，原本在刑法第二〇〇條中也有類似規定，然 1996 年，刑法修正後，已將此一規定刪除。此外，世界各國雖仍可見類此規範，但為數並不多，足見，平權理念與避免過苛的刑罰，已成為新的立法思考方向。

如此看來，不管在學理面、司法實踐面、外國立法例的共同趨勢面，台灣現行刑法第二七二條「殺直系血親尊親屬罪」等義關倫常的條款究該存該廢該修？很有可議的空間，而其思考的方向不外乎以下數點：

- (1) 維持原規定，以彰顯傳統孝道文化的獨特性。
- (2) 修正刑法第二七二條的法定刑，使其犯行情節特殊者較有機會適用緩刑的規定。
- (3) 對於刑法第二七二條的行為客體，增列直系血親卑親屬，以符合所謂相對義務的平等性。
- (4) 刪除刑法第二七二條，以從德、日等國的立法趨勢。
- (5) 將刑法第二七二條及同法中第一七〇條「誣告直系血親尊親屬罪」、第二五〇條「侵害直系血親尊親屬屍體、墳墓罪」、第二八〇條「傷害直系血親尊親屬罪」、第二八一條「施暴行於直系血親尊親屬而未成傷罪」、第二九五條「遺棄直系血親尊親屬罪」以及第三〇三條「剝奪直系血親尊親屬行動自由罪」等倫常加重類型條款全部刪除，或增訂「排除條款」以符合人格權的平等及倫理義務的相對性⁶⁵。

⁶⁵ 例如：2010 年 1 月 27 日公布，《中華民國刑法》已針對「遺棄直系血親尊親屬罪」增訂第二九四條之一「排除條款」，從絕對義務改為相對義務。其內容為：「對於無自救力之人，依民法親屬編應扶助、養育或保護，因有下列情形之一，而不為無自救力之人生存所必要之扶助、養育或保護者，不罰：一、無自救力之人前為最輕本刑六月以上有期徒刑之罪之行為，而侵害其生命、身體或自由者。二、無自救力之人前曾對其為準強制性交行為、利用權勢機會猥褻、圖利使人為性交猥褻、妨礙幼童自然發育或意圖營利，利用不當債務約束或他人不能、不知或難以求助之處境，使人從事勞動與報酬顯不相當之工作等行為者。三、無自救力之人前侵害其生命、身體、自由，而故意犯前二款以外之罪，經判處逾六月有期徒刑確定者。四、無自救力之人前對其無正當理由未盡扶養義務持續逾二年且情節重大者。」

【附件二】傳統與當代之間的倫常條款—以「殺尊親屬罪」為例

問題是，當一個早已深化在國民的思想感情之中，根深而蒂固的法律意識，且行之多年，安之若素，一旦要修法改變它，是否意味著「孝道」不再是社會的核心價值？是否會引起社會的不安而遭到阻力？想來，在台灣，恐怕還會有一段很長的路要走！

參考文獻

一、專書

1. 楊一凡、徐立志主編，《歷代判例判牘》，第六冊，北京，中國社會科學出版社，2005年12月。
2. 姚雨籟原纂、胡仰山增輯、姚潤原編，《大清律例會通新纂》（三），台北，文海出版社重印，民國53年。
3. 《殺人犯罪問題之研究》，台灣，司法行政部犯罪研究中心。民國54年7月。
4. 唐元宗注，邢昺疏，《孝經注疏》（十三經注疏本），卷六，台北，藝文印書館，1993年。
5. 孫希旦撰，《禮記集解》，台北，文史哲出版社，民國71年10月。
6. 劉海年等主編，《中國珍稀法律典籍集成》，甲編，第一冊，北京，科學出版社，1994年。
7. 彭浩、陳偉、工藤元男主編，《二年律令與奏讞書》——張家山二四七號漢墓出土法律文獻釋讀，上海，上海古籍出版社，2007年8月。
8. 薛允升著，黃靜嘉點較，《讀例存疑重刊本》，卷三十七，台北，成文出版社，民國59年。
9. 薛允升，《唐明律合編》，卷十八，台北，台灣商務印書館，民國57年。
10. 桑原隲藏，《支那法制史論叢》，東京，弘文堂書房，昭和十年（1935）10月。
11. 戴炎輝，《唐律各論》（上），台北，成文出版社，民國77年5月。
12. 仁井田陞，《法制史研究——刑法》，東京，東京大學出版會，1981年1月。
13. 劉俊文，《唐律疏議箋解》，下冊，北京，中華書局，1996年6月。
14. 黃源盛，《晚清民國刑法史料輯注》，台北，元照出版社，2010年6月。
15. 黃源盛，《法律繼受與近代中國法》，台北，元照出版社，2007年3月。
16. 小野和子，《五四時期家族論の背景》，京都，同朋社，1992年1月。
17. 王儀通，《調查日本裁判監獄報告書·附錄》，北京農工商部印刷科鉛印，光緒丁未（1907）5月。
18. 沈家本，《歷代刑法考》，北京，中華書局，1985年。

【附件二】傳統與當代之間的倫常條款—以「殺尊親屬罪」為例

19. 宣統中官撰，《大清法規大全》，卷 11-13，法律部，法典草案一，政學社印行，台北，宏業出版社重印，民國 61 年 8 月。
20. 李貴連，《沈家本評傳》，南京，南京大學出版社，2005 年 3 月。
21. 宣統二年第一次常年會《資政院會議速記錄》，(又名：《資政院議場速紀錄》)，第 23 號，出版處所及年月未明，日本，東京大學東洋文化研究所藏書。
22. 勞乃宣編輯，《新刑律修正案彙錄》，京師京華印書局，清末刻本，出版年月不詳。
23. 故宮博物院明清檔案部編，《清末籌備立憲檔案史料》，北京，中華書局，1979 年。
24. 勞乃宣，《桐鄉勞先生遺稿》，卷二，收於沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊》，台北，文海出版社，民國 56 年。
25. 俞江，《近代中國的法律與學術》，北京，北京大學出版社，2008 年 1 月。
26. 民國修訂法律館編，《法律草案彙編》，第二冊，台北，成文出版社，民國 62 年 6 月。
27. 司法行政部刑事司編，《各國刑法彙編》，上、下冊，台北，司法通訊社，民國 69 年 6 月。
28. 泉二新熊，《日本刑法論》(下編)，東京，有斐閣，1928 年。
29. 新保堪解人，《日本刑法要論》，東京，敬文堂書店，1929 年 3 月。
30. 德川光國，《大日本史·刑法志》
31. 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》，東京，信山社，平成 2 年(1990) 3 月。
32. 川口由彥，《日本近代法制史》，日本，新世紀，1998 年。
33. 瀧川幸辰，《刑法各論》，收於末弘嚴太郎編輯，《現代法學全集第二十七卷》，日本評論社，昭和 5 年(1930) 4 月。
34. 瀧川幸辰，《刑法講話》(新版)，東京，日本評論社，1987 年 1 月。
35. 《刑法裁判百選》，別冊ジュリスト，東京，有斐閣，1965 年。
36. 日本，事件犯罪研究會編，《明治、大正、昭和事件、犯罪大事典》，東京，東京法經學院，1986 年。
37. 謝振民編著，《中華民國立法史》，台北，正中書局，民國 37 年。
38. 范忠信，《中西法文化的暗合與差異》，北京，中國政法大學出版社，2001 年 12 月。

39. 蘇俊雄，《刑法總論 I》，台北，作者印行，民國 84 年 10 月。
40. 張甘妹，《犯罪學原論》，台北，作者印行，1999 年 10 月。
41. 我妻榮，《法律における理窟と人情》，東京，日本評論社，1990 年 10 月。
42. 高漢成，《簽注視野下的大清刑律草案研究》，北京，中國社會科學院出版社，2007 年 2 月。

二、期刊、專書論文

1. 岡田朝太郎，〈論改正刑法草案〉，載日本，《法學協會雜誌》，第 29 卷第 3 號。
2. 宣統 2 年 12 月 15 日，《時報》，第一版，「初六日資政院會議續紀」。
3. 許玉秀，〈除罪：解消類型——從殺害直系血親尊親屬罪談起〉，收於《甘添貴教授六秩祝壽論文集——刑事法學之理想與探索》，第二卷，台北，學林出版社，2002 年 3 月。
4. 明石一紀，〈大宝律令と親等法〉，載於日本，《日本史研究》，1984 年第 2 期。
5. 《最大判昭和 25 年（1950）10 月 11 日刑集四卷》所載案例。
6. 傅偉勳與周陽山，〈批判的繼承與創造的發展——有關中國學術文化重建的問答〉，《中國論壇》222 期，民國 73 年 12 月號，收於周陽山，《民主與傳統》，台北，三民書局，民國 79 年 8 月。
7. 余英時，〈從價值系統看中華文化的現代意義〉，收於氏著，《中國思想傳統的現代詮釋》，台北，聯經出版公司，民國 73 年 3 月。
8. 平野龍一，〈尊屬殺違憲判決について——昭四八・四・四最高裁判所大法庭判決〉，載日本，《法律時報》，四五・六・五五。
9. 和田英夫，〈尊屬殺憲判決の憲法的評價〉，載日本，《法學セミナ》，二一一・二。
10. 大塚仁，〈尊屬殺人罪に対する違憲判決をめぐって〉，載日本，《ジュリスト》，五三二・四九。
11. 香川達夫，〈尊屬殺規定の違憲性〉，載日本，《判例評論》，一七二・三四。
12. 三原憲三，〈尊屬殺人の沿革と判例の系譜（1）〉，載日本，《創價法學》，四・二，1974 年 10 月。
13. 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，民國 90 年 7 月。
14. 謝開平，〈刑法第二百七十二條在立法上之檢討〉，收於《甘添貴教授六秩祝壽論文

【附件二】傳統與當代之間的倫常條款—以「殺尊親屬罪」為例

集——刑事法學之理想與探索》，第二卷，台北，學林出版社，2002年3月。

15. 小野和子，〈清末の新刑律暫行章程の原案について〉，收於《中國の傳統社會と家族》，東京，汲古書院，1993年5月。
16. 石榮顯，〈殺尊親屬罪加重處罰規定之比較研究〉，載於台北，《刑事法雜誌》，第13卷第5期，1968年。

Abstract

The mercy and the punishment existed in the traditional Chinese criminal laws had been always closely intertwined. Following the interior and external pressure from the society with a purpose to abolish the consular jurisdiction, it was impossible to maintain the Chinese law systems and the traditional Chinese laws had been altered by the new legal thinking of the Western countries, which was introduced since the period of the legislation reforms of the late Ch'ing Dynasty. Therefore, the new legislation thinking of the individualism and the liberalism had been injected to the ancient Chinese society and the original legal system of the ethics was shaken. It is worthy of asking how the new criminal legal thinking of the individualism and the liberalism will cope with the relationship between the ethics and the legislation. Should we combine them and to what extent? Should we separate them and to what extent? In other words, should we legislate the ethics? Is it proper to have ethics legislated?

At present, many so-called rules based on ethics exist in the criminal laws of our country. It is worthy of asking why such laws enriched with ethics has been repeated and remained unchanged for more than a thousand of years? Why does it still exist in the modern criminal laws? Does it conflict with the legal thinking of the modern criminal laws? What should their roles be in the future?

This Article intends to concentrate on the type of crime of “murder of relatives in one’s direct line of ancestry” in the ethical rules, which attracts the public attention, from the respect of legal history and conduct the examination of the historical developments to better understand how the legal treatment of the ethics changed overtime. In addition, this Article digs out the changes and the lack of changes in the theory bases by analyzing the alternation of the legal thinking of the modern criminal laws. Further, this Article will observe the standard to maintain or abolish it and forecast the future by analyzing the legislation of Japan, Germany and other foreign countries.

Keyword: Murder of Ancestry, Ethical Rules, Mercy and Law, Filial Piety, Laws and Ethics

目次

誌謝	I
論文摘要與關鍵詞	V
目次	VII
第一章 序論	1
第一節 研究動機與問題意識	2
第一項 研究動機	2
第二項 問題意識	3
第三項 研究目的	7
第二節 研究方法與研究取材	8
第一項 傳統親子法規範的模式	9
第二項 大理院親權法制的模式	15
第三節 研究成果回顧	20
第一項 關於民初大理院的研究	20
第二項 關於親權法史的論著	22
第二章 從傳統親子法規範到近代親權法制的雛形	25
第一節 傳統法中的親子規範及其原理	26
第一項 屬求子孫順服父祖的教令與懲罰	26
第二項 禁止子孫專擅自行	32
第三項 嚴懲子孫的不孝惡行	36
第四項 規範運行的基本原理	42
第二節 清末變法修律過程中新舊理念的扞格	47
第一項 《刑事民事訴訟法草案》開啟的爭端	47
第二項 《大清新刑律》制定過程中的禮法對抗	50
第三項 「親屬法草案初稿」掀起的後續紛擾	64
第三節 為民國親權法制奠基的初步藍圖	73
第一項 《大清新刑律》中「父為子綱」原則的退位	74
第二項 《大清民律草案》內親權制度的擘化	78

第三章 民初大理院對親權法制的司法實踐	85
第一節 親權的主體與行使親權的原則	88
第一項 親權的主體.....	88
第二項 行使親權的原則.....	104
第二節 親權的內容	114
第一項 人身方面的內容.....	114
第二項 財產方面的內容.....	121
第三節 親權的喪失	133
第一項 子(女)出繼或出養.....	133
第二項 母親再嫁.....	136
第三項 行親權人管理子女人身、財產失當或品行不檢.....	137
第四項 父以意思表示排除母親的家產管理權.....	141
第四章 大理院實踐親權法制的方法與意義評析	145
第一節 大理院實踐親權法制的具體方法	146
第一項 積極採用近代親權制度的法理.....	146
第二項 重新詮釋傳統親子法規範的內涵.....	153
第二節 大理院實踐親權法制的法文化意義	163
第一項 法律社群統治秩序觀的重構.....	163
第二項 統治權威內部「價值宣稱」的分化.....	175
第五章 結語及反思	191
【附錄一】 「親屬法草案初稿」與《大清民律草案·親屬編》「親權」規定比較	203
【附錄二】 大理院判解明確使用「親權」詞彙內容一覽表	207
【附錄三】 民律親屬法前三次草案「親權」章節規定一覽	211
徵引文獻.....	215

行政院國家科學委員會補助學者專家赴國外從事短期科技研究工作心得報告書

晚清民國刑事立法史料集註與研究(II)

計畫編號：NSC97-2410-H-004-049-

一、基本資料

中文姓名	黃源盛	英文姓名	HUANG YUAN SHENG		
國籍	中華民國	性別	男	出生日期	1955年09月03日
聯絡地址	111 台北市士林區明溪街11巷3號				
聯絡電話	(公) 02-29393091 轉 51612		(宅/手機) 02-28413907		
傳真號碼	02-28413907		E-MAIL	yshuang@nccu.edu.tw	

二、赴國外進行研究之緣起

本計畫彙編、校注及研究的主要對象為宣統二年《大清新刑律》(1910)、民國元年之《暫行新刑律》、民國四年之《修正刑法草案》、七年、八年之《刑法第二次修正案》、《改定刑法第二次修正案》、民國十七年頒布之《中華民國刑法》，以迄二十四年施行之現行刑法，並涉及相關之立法史料與珍貴文獻。目前在台灣，關於現行刑法之前的各部刑法及草案內容，仍不易窺其全貌，至於與之相關的立法理由、立法背景以及審議過程的議事記錄與當時學術界、實務界各類意見等，則多所缺漏。

這些珍貴的素材，經訪查，多散藏於中國大陸之北京「中國第一歷史檔案館」、北京大學圖書館特藏組、北京大學法學院圖書館、南京「中國第二歷史檔案館」、武漢地區部分大學圖書館特藏組、重慶之西南政法大學圖書館，以及日本東京大學東洋文化研究所、法學部圖書館和京都大學人文科學研究所圖書館等地。本計畫主持人於2006年8月-2007年7月間主持「晚清民國刑事立法史料集註與研究I」(本計畫中之第一年)研究計畫案期間，已自費委託他人蒐集典藏於中國大陸各地的檔案文獻。故本年度之計畫申請書內，乃規劃親赴日本東京和京都等地，蒐集典藏於日本的部分原始史料。

三、研究工作心得報告

(一) 本計畫主持人於民國98年7月20日起至同年7月25日止，依原申請計畫行程，赴

日本東京地區，進行為期6天的「田野調查」、「學術交流」及「影印相關史料文獻」工作。

(二) 此次主要抵達「研究處所」及「相關工作」述之如後：

1. 7月20日，由桃園國際機場搭乘長榮航空班機赴日本東京。
2. 7月21日，赴「明治大學圖書館特藏組」，查找晚清及民國初年所出版的各類「法學雜誌」及相關書籍，特別造訪曾擔任晚清修律顧問的志田鉀太郎氏之舊藏書「志田文庫」。另參訪「明治大學刑事博物館」，該館於2009年7月1日（三）至8月9日（日）間，展出「江戸の罪と罰『徳川幕府刑事図譜』の世界——博物館で人權を考える」。
3. 於7月22日至23日，赴東京大學總綜合圖書館、東洋文化研究所，以及早稻田大學圖書館，閱覽、複印各館所典藏之清末民初（1902-1935年）各類「法學著作」、「法學期刊雜誌」及其他相關史料。另外詳細閱覽了東洋文化研究所內之「大木文庫」及「仁井田文庫」藏書，帶回該所編輯之「仁井田文庫漢籍目錄」一書。
4. 於7月24日整日至東京歷史悠久且藏書量豐富之「神保町舊書店街」，訪查晚清民初之各類散逸舊籍，買回早稻田大學圖書館所藏《岡松參太郎文書目錄》（雄松堂出版）一書。
5. 此行收穫頗豐，計購買及複印回來的重要文獻有：
 - (1) 購買《明治大學刑事博物館資料》（第16集與第17集），該資料的第16集係昭和八年（1933）由明治大學刑事博物館所編纂的《刑事博物館圖錄》，該書由二部份所組成，前半部為「圖錄編」，後半部為「研究編」。第17集為「古代——近世的法制史料」，其中所收者，均由明治大學刑事博物館所藏的法制史料翻刻而成。此外，另買到信山社所出版的《圖說判決原本の遺産》，該書由林屋礼二、石井紫郎、青山善充等人所編，對於過往裁判文書如何保存、利用，乃至呼籲成立「國立司法公文書館」，均有精要的說明。
 - (2) 複印《資政院會議速記錄》中的宣統元年第26次會議速記錄全程實錄資料。
 - (3) 在早稻田等大學圖書館所藏民國初年的法學期刊，如《民鐘季刊》、《法治週報》、《法令週刊》、《武漢大學社會科學季刊》、《法學雜誌》、《法軌期刊》等內，印得二十餘篇有關民國《暫行新刑律》、《修正刑法草案》、《刑法第二次修正案》、十七年舊刑法、二十四年現行刑法制定時期之立法草案，以及法界對於各草案內容的公開討論意見。其中較值得注意者，為《中華民國刑法修正案初稿》，暨學界對於該修正案的各種評析文獻，乃研究現行刑法的立法精神與文義解釋時，極具參考價值的史料。

四、結語

- (一) 本申請計畫原擬另赴京都大學法學圖書館「人文研」，查找相關史料文獻，惟限於時間、預算及體力，尤其，考量他日另有赴京都的機會，乃以東京地區為主。
- (二) 目前，日本對於晚清民國時期的法制檔案史料雖採嚴格管制方式，但無須透過特殊管道，只要花費相當的代價，即能複印到所需材料。
- (三) 此行對於原先計畫內容之任務，大致完成，且與日本研究該主題之相關人士作深度的學術交流，廣泛交換研究心得，對於本計畫之順利完成，當有相當之助益。