

傳統中國「罪刑法定」的歷史發展

黃源盛*

目次

- 壹、序說
- 貳、傳統舊制中罪刑法定的虛與實
 - 一、秦代
 - 二、漢代
 - 三、晉代
 - 四、唐代
 - 五、宋明清
- 參、晚清沈家本對比附援引舊制的改革及其爭議
 - 一、沈家本的罪刑法定理念
 - 二、沈家本與禮教派關於罪刑法定的歧見
- 肆、民國以來罪刑法定的刑事立法一代結論

壹、序說

「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

* 台灣大學法學博士 現任政治大學法律學系副教授

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（註一）。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。

約言之，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。蓋罪刑的論科，在剝奪行為者的權益，所關至重，若漫無準據，則審判者上下其手，人民動輒得咎，將何以求刑獄之平？故必須有法律明文垂為定則，以資準繩，此乃罪刑法定的根本理念；依此，不僅何種行為應否處罰，須有法律的根據，即應論罪的行為，究應如何處罰，也須有法律明定。推言之，凡無法律規定者，即不構成犯罪；既不構成犯罪，則在任何情形下，均不得加以處罰（註二）。

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（註三），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。

而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：(1)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；(2)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；(3)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為而加以處罰；(4)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（註

（註 一） 一七八九年法蘭西革命後，於人權宣言第八條明示：「法律必須規定絕對、明白而必要之刑罰。非經適法適用犯罪前已制定公布之法律，不得對任何人科以刑罰。」並於一八一〇年拿破崙刑法典第四條規定：「無論違警罪、輕罪或重罪，均不得以犯罪前法律所未規定之刑罰，予以科處」。

（註 二） 參閱韓忠謨，刑法原理，頁六二以下，作者印行，民國六五年版。

（註 三） 參閱木村龜二，刑法總論，頁一～九六，有斐閣，昭和四一年六月版。另參陳樸生，「罪刑法定主義之演進及其運用」，載「東吳法律學報」，第一卷第二期，頁九六～九九，民國六六年五月。

四)。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。

畢竟時空互異，毋須強加比擬，如僅依上述形式內容上之四項原則來檢視中國傳統舊制，刑事立法及司法運作上是否採「罪刑法定」？學者間論說紛如（註五），本文擬先從固有的典章律令中，尋出比較具體客觀的認識；進而側重探討晚清變法修律期間（1902-1912年），修律大臣沈家本與禮教派人士，有關大清新刑律是否宜採罪刑法定的立法爭議；並推尋至民國以來罪刑法定在刑事立法上的演進，以明其因革，究其損益。

貳、傳統舊制中罪刑法定的虛與實

在傳統法制時期，律雖為歷代刑書的正統，居於主導地位，而為較具穩定性的國家基本法，不過律並非「法」的唯一法源形式，在不同的歷史時期，尚有其他多種法源與之並存。換言之，律的作用和效力，經常受到律以外之其他「法」的補充和制約，共同組成特定的法源結構。因為「律」不足以適應無窮的社會情事，立法者或司法者為彌補形式律典的缺失，除訴諸高階規範外，往往另以其他的措施補充，例如，改朝換代之際，除因襲前代律文外，或多或少制頒些新敕或令，藉以顧

（註 四） 參閱同上註(三)，陳樸生前揭文，頁一〇五～一〇七；木村龜二前揭著，頁九七～九九。另參大塚仁，刑法概說（總論），頁五三～五五，有斐閣，一九八九年四月改訂版。大谷實，刑法講義總論，頁五六～六一，成文堂，平成元年五月，第二版。

（註 五） 就整個傳統法制立論，學者間的見解大抵可分為四種：其一，認為我國傳統法上雖有罪刑法定主義之趨向，但不能認其確定存在；詳參陳顧遠，「從中國文化本位上論中國法制及其形成發展並予重新評價」，收於「中國法制史論集」，頁八六，中華大典編印會。其二，認為傳統法上乃間接承認罪刑法定原則之存在；詳參戴炎輝，唐律通論，頁八以下，台北，正中，民國五三年。其三，認為傳統法上根本無罪刑法定主義之存在；詳參楊鴻烈，中國法律發達史，頁四，商務印書館。另參蔡樞衡，刑法學，頁一一〇以下，南京，獨立出版社。其四，認為我國古代曾有罪刑法定主義之存在，但自漢朝「決事比」之例一開，以迄清朝，殆無罪刑法定主義可言；詳參沈家本，歷代刑法考，明律目箋，卷一。

全社會變遷的實際需要。因此，本文下述所列舉者，除由權威機關加以認可，系統地表現出來者，如各朝歷代所頒的國家律典外，尚包含正式律典以外之其它具有法律規範效力的「律外之法」。

一、秦代

以法家思想為依歸所制定的秦律，在秦簡「法律答問」中，多處談到類推問題，如「害盜別徼而盜，加罪之，……求盜比此」。此處之「比」，即比附，亦即類推，「求盜」犯盜罪，可比照處罰「害盜」的法律條文予以處罰。又如「臣強與主姦，何論？比毆主」「頭折脊項骨，何論？比折肢」「彼、戟、矛有室者，拔以鬥，未有傷也，論比劍」「或與人鬥，決人唇，論何也？比疥瘡」等，此亦多次提到類推。可見，類推適用在秦朝乃普遍被運用，而非個別現象（註六）。

此外，「法律答問」中還多次出現「廷行事」，如「盜封壻夫何論？廷行事以偽寫印」、「實官戶關不致，容指若挾，廷行事貲一甲」、「實官戶扇不致，禾稼能出，廷行事貲一甲」等（註七）。此種廷行事，究其實，是一些判例，其內容已超出律條的明文，包含著不少習慣和司法官吏的主觀見解，而實務上亦均承認其法律效力。足見除成文法外，判例、習慣也是秦代刑事判決的一種依據，這就與罪刑法定的原則相去甚遠了。

二、漢代

漢代是否有「律令無正文，不為罪」的律條，雖不可考，但徵之實例，有：「明於決事，皆無罪名，不當坐」（註八），「罪無正法，不合糾致」等語（註九）。漢代名案，文帝時張釋之為廷尉，中涓橋犯帝駕案，帝認為罰金不當，釋之

（註 六） 參閱睡虎地秦墓竹簡，頁一八七，睡虎地秦墓竹簡整理小組編，文物出版社，一九七八年十一月。

（註 七） 關於「廷行事」，睡虎地秦墓竹簡整理小組注云：「法庭成例」，王念孫「讀書雜誌」：「行事者，言已行之事，舊例成法也」。詳參同註內前揭書，頁一六七。並參閱栗勁，秦律通論，頁一七二～一九〇，山東人民出版社，一九八五年五月。

（註 八） 參閱董仲舒春秋折獄案例，「私為人妻」，太平御覽，六百四十引。

（註 九） 後漢書「馮緄傳」，「廷熹間，監軍使者張敞，承宦官旨，奏緄將傳婢二人戎服

曰：「法者，天子所與天下公共也。今法如此，而更重之，是法不信於民也」。嗣又有人盜高廟座前玉環，帝欲滅其族，釋之按律盜宗廟服御者為奏，奏當棄市，並謂：「法如是足也」（註一〇）。漢書刑法志亦載有鄭昌的上疏說：「若開後嗣，不若刪定律令。律令一定，愚民知所避，姦吏無所弄矣」。在法律不溯及既往方面，漢書謂：「令，犯法者，各以法時律令論之」（註一一）；在實例上，漢書載有：「二千石守千里之地，任兵馬之重，不宜去郡，特以制刑為後法者；則野王之罪，在未制令前也。刑賞大信，不可不慎」（註一二）。

乍看之下，漢代似已嚴守「罪刑法定」的精神，但論事評制，須整體以觀，少數個案並不足以概全。若就漢代法制而言，漢書高帝紀：「廷尉所不能決，謹具奏，附所當比律令以聞」。論者說：「漢雖以九章律為正律，除傍章、越宮、朝各副律，及尉、上計、田、左官……各雜律外，既得比附律令，而有科、比之目，又有經義折獄之事風行兩漢，顯然非罪刑法定主義矣」（註一三）。至其餘「科比之

白隨，又輒於江陵刻石紀功，請下吏案理。尚書令黃雋奏議，以為：罪無正法，不合糾致」。

（註一〇） 史記張釋之列傳云：「……(二)頃之，上行出中涓橋，有一人從橋下走出，乘輿馬驚。於是使騎捕，屬之廷尉，釋之治問，曰：『縣人來，聞蹕，匿橋下，久之，以為行已過，即出，見乘輿車騎，即走耳。』廷尉奏當，一人犯蹕，當罰金。文帝怒曰：『此人親驚吾馬，吾馬賴柔和，令他馬，固不敗傷我乎？而廷尉乃當之罰金。』釋之曰：『法者，天子所與天下公共也，今法如此，而更重之，是法不信於民也。且方其時，上使立誅之則已，今既下廷尉，廷尉，天下之平也，一傾，而天下用法皆為輕重，民安所措其手足？唯陛下察之。』良久，上曰：『廷尉當是也』。(三)其後有人盜高廟坐前玉環，捕得，文帝怒下廷尉治，釋之案律，盜宗廟服御物者為奏，奏當棄市。上大怒曰：『人之無道，乃盜先帝廟器，吾屬廷尉者，欲致之族，而君以法奏之，非吾以共承宗廟意也。』釋之免冠頓首謝曰：『法如是足也，且罪等，然以逆順為差，今盜宗廟器而族之，有如萬分之一，假令愚民取長陵一杯土，陛下何以加其法乎。』久之，文帝與太后言之，乃許廷尉當。」

（註一一） 漢書「孔光傳」，師古注：「此具引令條文也。法時，謂始犯法之時也」。

（註一二） 漢書「馮奉世傳」，杜預之言。

（註一三） 參閱陳顧遠，「中華法系之回顧及其前瞻」，收於氏著，中國文化與中國法系，頁二〇七，台北，三民，民國六六年二月。另所謂經義折獄，是指春秋折獄；乃是依據春秋經典的事例，以為刑事判決的標準，尤其是遇到特別疑難的刑案，以春秋經義來比附定罪。觀其本義，是「論心定罪」，也就是「略跡誅心」。詳參

目」，有違罪刑法定原則，更不待言。

三、晉代

晉代劉頌上疏內云：「(1)律法，斷罪皆當以法律令正文。若無正文，依附名例斷之。其正文、名例所不及，皆勿論。法吏以上，所執不同，得為異議。(2)如律之文，守法之官，唯常奉用律令。至於法律之內，所見不同，迺得為異議也。今限法曹、令吏，意有不同為駁，唯得論釋法律，以正所斷，不得援求諸外，論隨時之宜，以明法官守局之分」。上引(1)之文，日本學者仁井田陞認係以晉律之文，或基於晉律之文（註一四）。蓋下文(2)，應解為係劉頌對上文的意見；否則(1)與(2)為複文。果如仁井氏所言，其中之「正文、名例所不及，皆勿論」，有認為「罪刑法定」之揭櫫始於晉律者。

不過，也有認為劉頌所提之主張，係針對當時官吏斷罪時「求法外小善」的現象而發，僅反對官吏職司審判時「援求諸外」，並不反對皇帝的擅斷權力，也不反對類推（註一五）。

事實上，晉代多有擅斷之風氣，接晉律在西晉已成具文，江左以後，士大夫務為清談，高下任情，請託日廣，律令已漸為末流！晉書刑法志引劉頌上疏云：「自

黃源盛，「董仲舒春秋折獄案例研究」及「兩漢春秋折獄案例探微」，分別載於「台大法學論叢」，第二十一卷第二期，民國八十一年八月。「政大法學評論」，第五十三期，民國八十三年十二月。

（註一四）參閱仁井田陞，中國法制史研究（刑法），頁一八七，東京大學出版會，一九八一年一月補訂版。但內田智雄似不以為晉律文。參閱氏著，中國歷代刑法志，頁一六二，創文社，昭和五二年十二月。程樹德亦不舉此為晉律佚文，參閱氏著，九朝律考，「晉律考」，商務印書館，民國五四年三月台一版。另詳參戴炎輝，「中國古代法上之罪刑法定主義」，載「社會科學論叢」，第十五輯，民國五四年。

（註一五）因為所謂「若無正文，依附名例斷之」，這裡的「名例」僅是一些有關罪名、刑罰的原則性規定，並不像其他各篇律文那麼具體明確，如在其他各篇律文中找不到適用的條文，而又非懲罰不可的行為，則應根據犯罪性質、情節輕重，依「名例」之原則，定出罪名，科處刑罰。可見，把晉以前的依附各具體條文斷罪的做法，發展到依附「名例」的原則定罪刑，與前代相比，司法官吏在適用類推時自由裁量權更大。另參晉書刑法志。

中古以來，執法斷事既以立法，誠不宜復求法外小善也。若常以善奪法，則人逐善而不忌法，其害甚於無法也。」按啓事欲令法令斷，一事無二門……及於江左，元帝爲丞相，朝廷草創，議斷不循法律，人立異議，高下無狀。主簿熊遠奏曰：「……若每隨物情輒改法制，此爲以情壞法，法之不一是爲多門，開人事之路，廣私請之端，非先王立法之本意也。……若開塞隨宜，權道制物，此是人君之所得行，非臣子所宜專用。主者唯當徵文據法，以事爲斷耳。」是時皇帝以權宜從事，尙未能從，可見，晉代亦無所謂罪刑法定之可言。

四、唐代

唐律斷獄律規定：「斷罪，皆須具引律令格式正文，違者笞三十」。疏議曰：「犯罪之人，皆有條制，斷獄之法，須憑正文。若不具引，或致乖謬，違而不具引者，笞三十」。可見，唐代並無「無正條，不爲罪」的正面規定，祇從側面規定官司斷罪時須引正文而已。又規定：「制敕斷罪，臨時處分，不爲永格者，不得引爲後比；若輒引，致罪有出入者，以故失論」。疏議云：「事有時宜，故人主權斷，制敕量情處分，不爲永格者，不得引爲後比；若有輒引，致罪有出入者，以故失論」（註一六）。此一規定，固在限制「比附」的濫行，也不無具有助成「罪刑法定」的功能。唐獄官令魂：「犯罪未發及已發未決，逢格改者，若格重，聽依犯時格；若輕，聽從輕格」（註一七）。此爲法律不溯及既往原則；但如新法比舊法爲輕，則爲被告利益，聽依犯時所行之格；故違之者，以故入人罪論。即此一端，似亦符合罪刑法定原則。且唐律上關於刑期的起止、增減，均有明文規定，也頗與前述所謂「否定絕對不定期刑」的重要原則相符合。

準此，有認爲唐律明白承認罪刑法定原則者（註一八）。惟從另一方面觀察，

（註一六） 依唐律斷獄律規定：「諸官司出入人罪者，若入全罪，以全罪論。從輕入重，以所剩論。刑名易者，從笞入杖，從徒入流，亦以所剩論。從笞杖入徒流，從徒流入死罪，亦以全罪論。其出罪者，各如之」。此爲故意出入人罪所設之規定。而「即斷罪失於入者，各減三等。失於出者，各減五等。若未決定，及放而還獲，若囚自死，各聽減一等」。此爲過失出入人罪所設之規定。

（註一七） 參閱仁井田陞，唐令拾遺，頁七七三，引唐律官令云。東京大學出版會，一九六四年九覆刊。

（註一八） 詳參小野清一郎，「唐律上刑法總則の規定」，載日本「國家法學會雜誌」，第

則又不盡然。其顯而易見者有四：(1)令有禁制，而律無罪名者，在舊制謂之違令；唐雜律規定：「違令笞五十；別式減一等」。(2)凡律令無條，而理不可為而為之者，謂之「不應得為」；唐雜律規定：「諸不應得為而為者，笞四十；事理重者，杖八十」。(3)違反習慣，亦構成犯罪。例如唐雜律規定：「失火及非時燒田野者，笞五十」。(4)比附論罪，唐名例律規定：「諸斷罪而無正條，其應出罪者，則舉重以明輕；其應入罪者，則舉輕以明重」，可知斷罪無正條時，得為「輕重相舉」（註一九）。此雖未以法律正式明文得為「比附」，但唐承漢舊，比附之制，屢見於律疏，如廢律疏議云：「計借車船，碾磴之類，理與借畜產不殊，故附比條，準例為坐」。又曰：「律雖無文，所犯相類」，所犯既相類，則比附及之。

事實上，唐刑書雖為律令格式，並禁止法官妄自比附，然君主握有司法大權，不受刑書拘束，權斷制敕，量情處分，比比皆是，正如魏徵在貞觀十一年時所說：「頃年以來，意漸深刻，雖開三面之網，而覺見淵中之魚，取捨在於愛憎，輕重由於喜怒。愛之者，罪雖重而強為之辯；惡之者，過雖小而深探其意。法無定科，任情以輕重；人有執論，疑之為阿僞。故受罰者無所控告，當官者莫取正言。不服其心，但竊其口；欲加之罪，其無詞乎？」（註二〇）唐神龍時趙冬曦亦曾上書痛論其非，認為「生死罔由於法律，輕重必因乎愛憎，受罰者不知其然，舉事者不知其法。」（註二一）足見，唐代之罪刑仍無客觀的法定標準。

五二卷第四號。

（註一九）唐律名例篇規定：「諸斷罪而無正條，其應出罪者，則舉重以明輕；其應入罪者，則舉輕以明重」。此一規定，以現代刑法理論觀之，似宜認係法律解釋方法中之論理解釋，而非類推適用。詳參戴炎輝著，唐律通論，頁一二，台北，正中，民國五三年。另參蔡墩銘著，唐律與近世刑事立法之比較研究，頁二〇～二一，中國學術著作獎助委員會，民國六十一年。同前註(二)韓忠謨著前揭書，頁六八。但沈家本認之為比附（類推適用），見同前註(四)沈家本前揭著。

（註二〇）參閱貞觀政要、公平。

（註二一）參閱唐通典，趙冬曦生書：「臣聞：夫今之律者，乃有千餘條。近有隋之姦臣，將弄其法。故著律曰：犯罪而律無條者，應出罪，則舉重以明輕；應入罪，則舉輕以明重。立夫一言，而廢其數百條。自是迄今，竟無刊革。……法吏得便，則比附而用之矣。安得無弄法之臣哉？臣聞律令格式復更刊定；其科條言罪，直書其事，無假釋文。其以准加減、比附援情及舉輕以明重，不應為而為之類，皆勿用之」。

五、宋明清

在中國法制史上，正式將「比附」納入法律制度中者，似屬宋寧宗慶元二年（1196年）的「慶元條法事類」，其斷獄令規定：「諸斷罪，無正條者，比附定刑。慮不中者，奏裁」。至明太祖洪武三十年（1397年），明律規定：「凡律令該載不盡事理，若斷罪無正條者，引律比附，應加應減定擬罪名，轉達刑部，議定奏聞。若輒判決，致罪有出入者，以故失論」。此一規定，基本上否定了官吏擅斷罪刑，而使比附援引完全操在皇帝手中（註二二）。惟縱觀明代法制史實，在明太祖「重典治國」政策下，屢屢「法外用刑」，如實行「廷杖」制度，設立特務機關行使審判權等，置法律於罔顧，基本上亦無罪刑法定可言。

清律承襲明律，清順治三年（1646年），於「斷罪無正條」附加小註：「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，轉達刑部（申該上司），議定奏聞。若輒斷決致罪有出入，出故失論」（註二三）。同時，清朝在審判中另發展出依例比附斷案的傳統，「律不盡者著於例……有例則置其律，例有新者則置其故者，律與例無正條者，得比而科焉，必疏聞以候旨」（註二四）。例如清律外例律規定死刑惟絞、斬二種，並規定「內外死罪人犯，除應決不得時外，餘俱監固，候秋審、朝審，分別情實，緩決矜疑，奏請定奪」。但「大清例」中執行死刑方式，卻有凌遲、斬決梟示、斬立決、斬監候、絞立決、絞監候等。又按清律名例律規定的五刑，並無墨刑、黥刑，但刺字的刑罰仍存在條例之內，有此種「非刑之正」，何足以言罪刑法定？

考其實，明清之例，雖係正當刑書外的判例性質，不必皆在刑書上有其依據；但明例之於律，原為「輔律，非以破律」，僅有補充的效力，惟例積累愈多，流弊愈大，終至奸吏任意引例，出入人罪；至清例之於律，已具特別法的效力，實質上已達「以例破律」，並成為制度。

（註二二） 參閱蔡樞衡，中國刑法史，頁一三一，廣西人民出版社，一九三二年二月。

（註二三） 依沈家本的說法：「此（條文）承明律。順治三年，添入小注；雍正三年，刪去『轉達刑部』一句。姚範，援鵝堂筆記：「姚思仁，萬曆癸未進士，仕至工部尚書，嘗以律文簡而意晦，乃用小字釋其下。國朝順治初，頒行大清律，依其注本云，是順治中所增小注，本於姚思仁也」。詳參同前註(四)沈家本著前揭書，「斷罪無正條」文。

（註二四） 參閱大清會典，卷五十四。

參、晚清沈家本對比附援引舊制的改革及其爭議

一、沈家本的罪刑法定理念

清末(1902 ~ 1912年)隨西方法學思想的輸入,近代刑法上「罪刑法定」學說廣泛傳播。修律大臣沈家本(1840 ~ 1913年)詳考古今,引證中外,以「律無正條不為罪」為中心思想,貫串到具體的論述與實際的改革中,力圖在大清新刑律中廢除「比附援引」舊制,確立「罪刑法定」的理想。

沈氏在對中國歷代刑律進行過詳盡的考察後,認為「罪刑法定」原非西人所創,中國本有此法。他以「周禮、秋官」所載:「大司寇,正月之吉,始和,布刑於邦國都鄙,乃懸刑象之法於象魏,使萬民觀刑象,挾日而斂之」為例,指出:

「考周禮、大司寇有懸刑象於象魏之法,又小司寇之憲刑禁,土師之掌五禁,俱徇以木鐸;又布憲執旌節以宣布刑禁;誠以法者,與民共信之物,故不憚反復申告,務使推魯互相警誡,實律無正條不處罰之明證。漢書刑法志,高帝詔:『獄疑者,廷尉不能決,謹具奏附所當比律令以聞』。此為比附之始,然僅限之於疑獄而已。至隋著為定律,即唐律出罪者舉重以明輕,入罪者舉輕以明重,是也;明律改為引律比附加減定擬,現行律同。」(註二五)

推沈氏之意,中國古代曾有「罪刑法定」的存在,然自漢朝「決事比」之例一開,以迄清朝,其間雖小有興革,殆無「無刑法定」之可言。

不過,沈氏又以前述晉代劉頌「律法斷罪,皆當以法律令正文」之疏,以及金世宗大定九年所頒「制無正條者,皆以律文為準」之上諭為例而稱:

(註二五) 參閱清末籌備立憲檔案史料,「修訂法律大臣沈家本奏刑律草案告成分期繕單呈覽並陳修訂大旨摺」,光緒三十三年八月。故宮博物院明清檔案部編,中華書局印行。

「金代承用唐、宋刑法，而制無正條者，一以律文為準，其不得用他律比附，灼然無疑。是中國本有此法，晉劉頌議之於前，金世宗行之於後，初不始於今東西各國也。世宗為金源一代令主，大定之世，其國人有小堯舜之號，而特頒誥誡如此，豈非深悉其弊哉！」（註二六）

熟諳中國法制史實的沈家本，雖然強調「律無正條不為罪」的理念早已存在於中國舊律，卻更深知未嘗幾日行之於中國天地之間。因此，強烈批判漢武帝時代的寬濫刑政，尤其，對法無明文「奸吏因緣為市」的深文羅織，特顯其不平之鳴：

「奸猾巧法，轉相比況，此真以他律相比附矣。巧法出於奸猾，其律無明文可知。罪同論異等語，本於桓譚。其流弊如此，當時冤傷之，而後世尚奉為金科玉律，何也？」（註二七）

本文前已述及，唐律因構成要件欠缺明確性，已滋生流弊；而明律非但有相同的缺點，更以明文承認「比附援引」，法的安定性慘遭破壞。清律沿襲明律，「凡律令該載不盡事理，若斷罪無正條者，引律比附」，排除比附的「類似性」要件限制，無條件擴大適用。至清季末葉，以例破律，任情比附，更形嚴重，以至「牽就依違，獄多周內，重輕任意，寬濫難伸」。沈家本特別提出歷經康、雍、乾三朝達百餘年之久的文字獄作譬，「律例既無正條，遂不得以他律比附，事本微細，動以大逆為言」，而且往往挾睚眦之怨，借影響之詞攻訐，私書指摘文句，有司見事生風，多方窮鞫。故致波累師生，株連親族，破家亡命，甚可憫也。」沈氏更明舉康熙年間，牽連極廣的戴名世「南山集」一案，譴責道：「若以律無正條之犯，竟與真正大逆同科，情罪既不相當，誣捏亦所難免，將至儒林蹙額，鄉里寒心，赴市者慘及賢才，遺戍者禍連婦孺……其為黨禍牽連可以想見。而比附之未足為法，即此一獄，可推而知矣。」（註二八）

基於斑斑血訓，沈家本認為：

「立法不求過甚，度理尤責準情：……若時時事事以善相責，將必有不能

（註二六） 參閱沈家本，歷代刑法考，明律目箋一，「斷罪無正條」。

（註二七） 參閱同上註（二六）沈家本著前揭書。

（註二八） 參閱同註（二六）沈家本著前揭書，明清引律比附按語。

相安者。處常且爾，況處變乎哉！古人立法多疏節闊目，是以施行之間，窒礙尚少。今人修法，多求其密，密則必至有牴牾之處，往往立一例，而有無數之例相因而生。持有限之科條，馭無窮之情偽，謂必能無事不相中也，能乎？迨律無正條，而復以律外苛求之，此法之所以日益紛煩也。晉劉頌有正文名例所不及皆勿論之請；唐趙冬曦有勿用加減比附之議，並有見於律外科刑，必至有恣意輕重之弊。今東西各國刑法，凡律無正條者，不得處罰，職是故也。」（註二九）

尤有進者，沈氏主張「入刑」、「出刑」一以成文法為準，不得以例破律，他指出：

「立例以輔律，貴依律以定例……若今日之條例多至一千八百數十條，或律重而例改輕，或律輕而例改重，或出於一時之懲創，或見於一案之處分，或一例定而多數之例因之以生，或一例興而通行之例不能不廢。夫立例以輔律，非以破律，過輕固近於縱，過重亦失之苛。苟未究乎定律之本原，而但憑一事一人之意見，恐有欲密反疏者。」（註三〇）

可知，沈家本已明確表達其「法無不得論罪，律外不得科刑」的立場。然而，在強調「無律不可罰」的同時，沈家本並未忽略法平等性的要求，他也主張「有律不可不罰」，「不當殺而殺，實為法之所不許，法既不許，烏得無罪？有罪而予以罪，義也。明明有罪，而許為無罪，則悖乎義矣。悖乎義者，不合法理。」顯然，沈氏已深深認識到「罪刑法定」已是當時世界刑事立法的潮流，修訂刑律必須排斥立法者的恣意，進而掌握「刑罰必要性」和「構成要件明確性」的原則，方能有效防止司法的恣意性，使刑法真正成為論罪科刑的客觀標準。（註三一）

沈家本除提倡慎刑外，同時，也主張慎赦，尤反對濫赦。在中國法制史上，東

（註二九） 參閱沈家本，寄移文存，卷五，「燕訓卿議杜氏不應離異說帖」。

（註三〇） 參閱同註（二九）沈家本著前揭書，卷七，「萬歷大明律跋」。

（註三一） 參閱同註（二九）沈家本著前揭書，卷二，「論殺死姦夫」。另關於沈家本對「構成要件明確性」和「刑罰必要性」的看法，參閱鄭逸哲，「沈家本之罪刑法定思想」，載「台大法學論叢」，第十九卷第一期，頁五一～七七，民國七十九年一月。

漢大赦頻繁，以致獲取珍禽異獸者，莫不有赦，遂使人輕於犯法，而希冀於赦，造成社會混亂不安，招致後世譏評不斷；沈氏總結了漢以後在大赦問題上的爭論與得失，指出：「此事自漢以來論之者多，其弊則在於赦之數。赦數則犯法者多矣。已赦而得言是法不信也，不得言而人易犯法，是法害法也。赦之害如此，赦數何為哉？」（註三二）沈氏對於宋仁宗所說：不數赦「無以召和氣」，評其為「非探本之論」，蓋如能做到「法如其罪」，就可達到「刑平之世」，這與氣運何干？更表明了「有律亦不可不罰」的態度。

由沈氏主張「無律不可罰」到「有律亦不可不罰」看來，他對於近代刑法重視人權的保障機能，以及維護社會秩序的規範機能，的確有其深刻的體認。

二、沈家本與禮教派關於罪刑法定的歧見

比附援引在中國傳統禮法一元化的特殊政治環境中，無異立法的延長，雖或對於律條的過度定著性有其調節功能，然由於歷史的慘痛經驗，沈家本著眼於近代刑法的保障機能，極力反對類推適用（註三三），主張刪除比附援引舊制。在他主導草擬的「大清刑律草案」第十條中，採擷歐、日等國立法例，明確規定：「凡律例無正條者，不論何種行為，不得為罪。」並詳陳其立法理由：

「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

（註三二） 參閱同註（二六）沈家本著前揭書，赦考九。

（註三三） 「類推適用」係就法律未規定的事項，比附援引與其性質相類似的規定，以為適用，乃基於「相類似之案件，應為相同之處理」的法理，依邏輯的三段論法推演而成。而「類推解釋」係屬狹義的法律解釋之一種，僅在文義的可能範圍內闡釋法律的涵義，無須透過三段論法加以推演。國內學者多將之混為一談，以為係屬一事。本文採上述定義內涵，因將刑法上罪刑法定所派生的原則，定為「類推適用之禁止」。詳參閱石田穰，法解釋學の方法，頁三六，青林書院。碧海純一，法哲學概論，頁一五六，弘文堂。另參閱楊仁壽，法學方法論，頁一九七以下，作者印行，民國七十五年十一月。

外，參與官吏之意見，則民將無所適從。以律無明文之事，忽援類似之罰，是何異以機弄殺人也。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。」（註三四）

此外，近世刑事立法例，關於「時的效力有二，一為比較新舊二法從其輕者處斷，此即「從輕主義」；一為不分新舊二法概從新法處斷，此為「從新主義」。中國舊律關於「時的效力」問題，並未作確切的規定，直至明律始於「名例律」之「斷罪依新頒律」目稱「凡律自頒降日為始，若犯在頒降以前者，並依新律擬斷。」是採「從新主義」，清律承明律之舊，但增入夾注：「如事犯在未經定例之先，仍依律及已行之例定擬。其定例內有限以年月者，俱以限定年月為斷。若例應輕者，照新例遵行。」可見，清朝雖有比較「新舊二法從其輕者」之例，然律的本文，仍有犯在以前並依新律擬斷的規定。因此，與之相悖的行為，雖然發生在律文頒布之前，但在頒布之後事發到官者，仍依照新律斷罪。這顯然正面否定了罪刑法定的原則，蓋所謂「新律」其實是一種「事後立法」，依照新頒之律斷罪，就是使新律的效力溯及既往（註三五）。

依近代刑事立法思潮，禁止溯及既往乃為罪刑法定的一大原則，此原則明示國

（註三四） 參閱光緒三十三年「刑律草案」第十條的立法理由，詳見大清光緒新法令，第十九冊。

（註三五） 詳參張偉仁，「傳統觀念與現行法制」，載「台大法學論叢」，第十七卷第一期，民國七十六年十二月。惟戴炎輝氏持不同看法，漢書孔光傳說：「令，犯法者，各以犯時律令論之。」至唐獄官令，其規定更為詳備：「諸犯罪未發，及已發未斷決，逢格改者，若格重，聽依犯時格；若格輕，聽從輕法。」宋制，如南宋的慶元斷獄令，亦沿襲唐令。要之，新法不溯及既往，但如新法比舊法為輕，則聽從新法。明律則採取相反的原則：「凡律自頒降日為始。若犯法在已前者，並依新律處斷。」清律雖沿襲明律，但乾隆五年律，於該條增入夾注：「如事犯在未經定例之先，仍依律及已行之例斷擬。其定例內有限以年月日，俱以限定年月日為斷。若例應輕者，照新例遵行。」詳細的說，律文如有更動，則須從新律。至附例的改易，則新例不溯及既往，但新例比舊例輕，仍依照新例。按清律於初期，曾經直接改律文，但以後不用改律文的方法，而實質上，以附例取代律文（以例破律），或以新例改舊例，因此，實質上與唐宋制無差異。詳參戴炎輝，中國法制史，頁二一，台北，三民，民國七十八年九月版。

家刑罰權對於人民權益的干預，一定要在有預見與能預見的條件下，方得為之，唯有如此，才能確保刑法的安定性，刑法的保障機能也才能獲得維持。惟沈家本在此一觀點上，有其個人看法，謂「舊律與新律豈能無輕重互異之處，而概依新律者，非但謂遵王之制也。法律為人人所當守，既定而頒行之，則犯罪不論新舊，斷罪自當一律，不得再有參差，致法律失信用之效也。若如舊說，例應輕者，照新例行，新例嚴而犯在前者，應照舊例，其參差孰甚哉？」（註三六）可見，沈氏較傾向於採「從新原則」。但在大清刑律草案，係採取折衷方式——「原則從新，例外從輕」，即第一條規定：「凡本律自頒行以後之犯罪者，適用之。若在頒行以前未經確定之審判者，俱從本律處斷。但頒行以前之律例不為罪者，不在此限」。此條第一項明確採用刑法不溯及既往原則，因此，新刑律施行以前之行為，縱在新刑律雖酷似有罪之行為，亦不得據新律之規定而罰之。第二項前半指犯罪在施行前，審判在施行後，即對於新律頒行後「未經確定審判者」，採取「從新原則」。第二項後半，「但頒行以前之法律不為罪者」，則從舊，亦即採「從輕原則」（註三七）。此與上述第十條規定採用律無正條不處罰之原則，實相輔而行。

然而，正如沈家本所感喟的，「斷罪無正條，用比附加減之律，定於明而創於隋。國朝律法承用前明，二百數年來，此法遵行勿替。近來，東西國刑法皆不用此文，而中國沿習既久，群以為便，一旦議欲廢之，難者蜂起。」當時支持比附援引舊制的禮教派人士，對此紛紛提出強烈質難：

其一，比附固易起意為輕重之弊，但由審判官臨時判斷，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。

（註三六） 參閱同前註（二六）沈家本著前揭書，明律目箋，「斷罪依新頒律」。

（註三七） 本條新刑律草案第一條所附立法理由謂：「刑不得為沽恩之具，非可嚴亦非可寬者。夫制定法律乃斟酌國民之程度以為損益，既經裁可頒布，即垂為一代之憲章，不宜復區別輕重寬嚴也。歐美及日本各國多數之立法例，所以採用第一主義者（從輕主義），蓋受法國刑法之影響，而法國刑法之規定，則其時代之反動耳，於今日固無可甄擇者。我國自古法理本有第二主義（從新主義）之立法例，此本案所以不與多數之例相雷同，而仍用第二主義也。第二項後半頒行以前例不為罪者，不在此限，其旨與前微異。蓋一則新舊二律俱屬不應為之罪惡，不過輕重之差。一則新律雖為有罪，而舊律實認許其行為，因判決在後，遽予懲罰，有傷豁刻也。」

其二，律例所未載者，不得爲罪，則法不足以禁姦，蓋民情萬變，防不勝防，若律無正條，無論何種行爲不得爲罪，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，誠不足以爲治。

其三，比附類似之文，致人於罰，則司法、立法混而爲一，非立憲國所應有，不知無此法而定此例者，方爲立法，若既有他律，而比附定擬，則仍屬司法，非立法也。如以比附爲立法，則於本律酌量輕重者，又與立法何異？（註三八）

要之，在禮教派看來，比附援引是任人，罪刑法定是任法。相形之下，「任人之弊在官，任法之弊在吏；任人之弊在國家，任法之弊在奸民。兩害相權取其輕，不如任人也。」（註三九）針對上述禮教派的咄咄逼難，沈家本不憚詞費，逐一加以辯駁：

其一，對於第一點質難，即對所謂「引律比附尙有依據，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，將意爲輕重，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？尙何限制之有？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爲何如？乃反謂引律比附，尙有依據，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爲甚」。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「人之情僞，變幻萬端，謂此數百律文即足以盡人之情僞，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

（註三八） 關於反對採「罪刑法定」者，有御史劉思敬、江西巡撫馮汝駿、江蘇巡撫陳啓泰、江南巡撫吳重熹、山西巡撫寶棻……等人。參閱劉錦藻著，清朝續文獻通考，卷二四五～二四八。

（註三九） 參閱張之洞，張文襄公全集，卷二二一。

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？」（註四〇）

而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。」（註四一）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

（註四〇） 關於沈家本的辯駁，引言均見同前註（二六）沈家本著前揭書及同註（二五）前揭奏摺。

（註四一） 參閱同前註（二五）沈家本前揭奏摺。

內，（自）可以聽司法者操其權衡。」（註四二）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（註四三）。

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。」（註四四）並強調宜根據時代的進化，不斷補充「律之當議增者」（註四五）。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。

此外，沈氏極為贊同光緒三十四年四月，經憲政編查館核定奏准施行的「違警律」，其中第二條，「凡本律所未載者，不得比附援引」的規定，認為「違警律與刑律草案互相銜接，違警律已奉旨施行，則刑律草案不便更有異議，致法典不能統一。」（註四六）可見，沈家本不但主張「罪刑法定」，也主張「行政罰法定」，他對人權保障所付出的努力是相當積極的，而透過沈氏的堅持，中國比附援引舊制，自此步入歷史性的更新階段。

（註四二） 參閱同前註（二六）沈家本著前揭書。

（註四三） 當然解釋，亦有謂為類推適用之一種者，參閱我妻榮編，新法律學辭典，頁一一七九。然當然解釋無待間接推論，即能達到闡釋目的，多數學者認其非類推適用。

（註四四） 參閱同前註（二九）沈家本著前揭書，卷八，「偽造外國銀幣設立專條摺」。

（註四五） 參閱同前註（二九）沈家本著前揭書，卷二，「論誣指」。

（註四六） 詳見岡田朝太郎編輯，「大清違警律」，北京、上海有正書局，一九〇八年。

肆、民國以來罪刑法定的刑事立法-代結論

近代罪刑法定從其淵源上看，旨在確定並發揮三權分立的相互制衡，藉以保障民權乃至人權。而中國在清朝以前，行政、立法及司法三權均統於一尊，體制上無所謂權力分立，法制上自亦無所謂罪刑法定可言。且所謂「法定」，係指經立法機關通過的法律，而犯罪的成立及其刑罰，須根據成文法律，不得根據習慣，原則上亦不得類推適用，在舊律上，如此嚴格意義的罪刑法定，未曾存在。不過，歷代以來除昏君、暴君或酷吏外，從固有典籍律令的記載看來，說中國立法上及司法上亦「重視」罪刑法定，並不為過。

日本法制史學者仁井田陞的兩段話，很耐人尋味，他說：

「在歐洲，形成近世罪刑法定主義的思想過程，也就等於是形成政治學思想的過程。法律必須由立法機關明確且完全制定，裁判官祇要對該法律克盡機械性宣言的任務就夠了；超越法律範圍的擅斷，為了保障人民的自由，應可以拒絕的。支持罪刑法定主義的另一思想是刑法學的思想，因為它寄望事先抑制犯罪動機，以收預防犯罪效果。雖其立場互有差異，中國古代支持罪刑法定主義的思想，也與歐洲近世的思想，有一脈相通之道，這是無可否認的」。

不過，他又說：

「自古以來，中國的民眾是否自君主或裁判官的擅斷、放肆解脫了呢？那又未必皆然。古代的君臣或官憲的擅斷、放肆、舞文弄法之事，文獻上常可見到。因此單以法條、法理的優越性，並不能隱瞞君主或裁判官的擅斷、放肆的事實。對於法的蔑視，不僅是來自人民方面，也來自君主或官吏方面。也許正因為有這樣的專斷、放肆，因此才更需要法規條文的優越性也未可知。如僅以中國『罪刑法定主義』成立的歷史悠久，而不注意到實質與具體表現的問題，濫行謳歌，也是值得深思的。」（註四七）

（註四七） 參閱同前註（一三）仁井田陞著前揭書，頁一八五。

表面上看，傳統中國舊律條文因犯罪型態極其具體化、瑣細化，加上立法與修法的遲緩，而人事無窮，法條有限，在這種主觀條件與客觀環境交互作用下，比附在當時自有其重要的機能（註四八）。實質上言，中國的舊刑律，即使有時表現出「罪刑法定」的一面，也祇不過是基於法家的霸道意識與儒家王道精神融合的法律文化結晶，強調君權，壓抑官吏；在司法運作實務上，被視為裁判上的德政，是種施捨，是種寬恕；並不是近世個人主義、自由主義思想下的產物，更不是想貫徹嚴格意義的罪刑法定。

而時勢造就人才，人傑也善於掌握時代的脈動，晚清修律大臣沈家本所主導制定的「大清新刑律」，千難萬難地突破了既成格局，在該法第十條中明白揭示：「法律無正條者，不問何種行為不為罪。」於宣統二年（1911年）二月間公布，在中國法制歷史上真正奠下「罪刑法定」的刑事立法理念；惟未及施行，清鼎傾覆，其成效祇得到民國以後來推尋。

辛亥炮響，君主專制成歷史灰燼；民國肇建，但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（註四九）。

民國十七年三月，由國民政府所公布施行的「中華民國刑法」（即舊刑法），

（註四八） 參閱中村茂夫，「中國舊律における比附の機能」，載「法政理論」，第一卷號，一九六八年十月，新瀉大學法學會。

（註四九） 有關民國初期「暫行新刑律」罪刑法定相關的若干判決（例），例如：

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。【二年非字第二九號】

於殺人案件事前並不知情，當時亦未在场，自不應論罪，即不得以事後知殺不報為理由，判處罪刑。【二年非字第二九號】

本案各災民因連年荒歉，相率至城求官賑濟，並緩免錢糧。被告人等係臨時公推為代表向縣知事代達下情，勢迫於不得已，並非出白故意，亦無強暴脅迫之舉

將上述條文從第十條移至第一條，開宗明義：「行爲時之法律無明文科以刑罰者，其行爲不爲罪。」之所以有此異動，主要係認爲：(一)罪刑法定爲刑法的根本主義，不許比附援引；凡行爲受法律科罰者爲罪，否則不得爲罪。「暫行新刑律」將此條例入「不爲罪章」，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「法律無正條者不爲罪」云云，其字句係沿用舊律，但意義不甚明晰，如改作「行爲時之法律無明文科以刑罰者，其行爲不爲罪。」似較顯豁，且「行爲時」三字尤能顯出刑律不追溯既往之意，故行爲時法律不爲罪者，以後新法雖以爲罪，亦不科罰（註五〇）。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（註五一）。

動，自非律所應罰，乃原判認爲騷擾罪，按照刑律第一百六十五條第一款處斷，實屬引律錯誤。【四年非字第五號】

僅係幫助口角，並無幫毆供證，而兩審判決又均明認無共同殺人之認識者，不構成幫助殺傷罪。【四年非字第二六號】

三點會黨結夥約期搶劫僧寺，未及出發，即被查獲，尚係強盜預備，並不能謂已著手，即於刑律無處罰條文。【五年非字第一〇八三號】

負欠賭債無法償還，至於愁急自盡，殊非對手人意料所及，應不負何等責任，且索債之時，並未以加害生命等事相脅迫，亦與刑律第三百五十七條規定情形不類，即不得照該條論罪。【九年非字第一〇八三號】

依現行刑律立法本旨，賭具並非禁制品，單純私藏者即非犯罪行爲。【九年非字第一〇八三號】

被告人等意圖詐取某甲財物，因而將某乙殺死，背負屍體以行，未及至所欲移置之某甲門首，亦未及以欺罔恐嚇使某甲因交付財物，即將所負屍體遺棄，是其殺人本爲詐財之方法，惟詐財未及著手不能論罪。【九年非字第五三號】

以上各例詳參郭衛編輯「大理院判決例全書」，頁三九五，民國二十年六月初版，六十一年六月台一版，台北，成文出版社。

（註五〇）詳參民國八年「刑法第二次修正案」，第一條修正理由說明，引白「法律草案彙編(一)」，頁二以下，民國六十二年六月，台北，成文出版社。

（註五一）綜觀本時期有關最高法院的判例及司法院的解釋例有：

單純偽造商號不成立偽造私文書之罪，其在刑法施行以前，除偽造目的爲欺罔取

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（註五二）；而撫今追昔，在強調個人主義與自由主義的當前，

財或妨害信用，應構成欺罔罪或妨害信用罪外，不能處罰。（十八年上字二四九號）

其行為在刑法施行前並無處罰明文，刑法施行後依不溯及之原則，自不能適用於其施行前之行為，刑法第一條之規定亦即此意。至其第二條規定，乃就舊法新法皆以為為罪之行為而定適用之標準。（十八年上字二四九號）

收買制錢鎔毀成銅變價營利，法律無處罰明文，其行為應不為罪。（十九年院字三二九號）

和姦已滿二十歲有夫之婦既未告姦，應不為罪。（司法院十八年五月十一日院字第八九號）

單純和誘，法無正條，應不為罪。（司法院十八年五月二十二日院字第九五號）
實行連保連坐案，連保中確無同謀幫助扶同隱匿，因不知情而未報，或於犯罪完成後知情未報，法無明文，不為罪。（司法院十八年八月三日院字第一一七號）
預備殺人以前之陰謀行為，不為罪。（司法院十八年十二月十四日院字第一八六號）

禁煙法第七條之器具，以專供吸食鴉片者為限，吸用鴉片代用品之紅丸所使用之器具，不包括在內，其製造或販賣之者，除有幫助他人使用鴉片代用品之故意與行為，應成立該罪之從犯外，法無處罰明文，應不為罪。（二十四年一月十二日院字第一一九四號）

（註五二）漢書高帝紀僅說：「廷尉所不能決，謹具奏，附所當比律令以聞。」比附的方法，完全沒有限制。到唐律，便有出罪舉重明輕，入罪舉輕以明重的辦法；這軌道本質上是比附權之縮小。然而依法比附了，就算完事。刑的輕重，也沒限制，到了明律，比附之後，還要擬定罪名，定刑之加減，再加議決，然後奏聞。這樣，比附者個人的恣意被禁止了。到了大清現行刑律，又加上了「若輒斷決，致罪有出入，以故失論。」這樣，擅斷成了犯罪。再進一步，變成大清新刑律第十條，絲毫不覺得不自然。至於刑法的形式由多元的命令，變成一元的法律，那是三權分立的理論必然的結果，無可避免的歷史宿命。詳參閱同上前註（二二）蔡

「罪刑法定」恐怕是不可能再走回頭路了（註五三）！

樞衡著，刑法學，頁一一四以下。關於上述見解與本文之論點略有不同。

（註五三） 惟一九七九年七月六日中共公布的「中華人民共和國刑法」第七十九條規定：「本法分則沒有明文規定的犯罪，可以比照分則最相類似的條文定罪判刑，但是應報請最高人法院核准。」採用類推適用，似乎又走了歷史的回頭路，凡此，因不在本文論列範圍，不多贅述。