

高大法學叢書 (10)

刑法之比較與繼受

謝開平 著

刑法之比

本書收錄作者過去發表有關比較刑法之論文，並綜合各篇論文之研究成果，作為全書之序文。透過各篇之研究，作者認為外國法制之認識，僅為研究之基礎與起點，並非最終之標準答案；對於本國之法律規定，不僅應加強內涵之認識，更應珍惜過去立法與司法之經驗；最終，則是應當讓本國學術生根，走出本國之法律制度乃至於學術上之理論方法。希望這些觀點，能成為日後國內刑法學界在比較法研究上之參考。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

www.lawdata.com.tw

ISBN 978-957-41-8899-4



9 789574 188994



5D227PA

定價：350元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

高大法學叢書(10)

刑法之比較與繼受

謝開平 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法之比較與繼受／謝開平著. -- 初版. --
〔新北市〕：謝開平出版；臺北市：
元照總經銷， 2012.01
面； 公分－（國立高雄大學法學叢書：10）
ISBN 978-957-41-8899-4（平裝）

1. 中國法制史 2. 比較刑法

580.92

101001701

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

刑法之比較與繼受

5D227PA

2012 年 1 月 初版第 1 刷

作 者	謝開平
出 版 者	謝開平
總 經 銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 350 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-8899-4

謝 辭

過去這些年，先後發表了一些文章，有些是教學性質，有些是研究性質。研究性質的文章，其中不免引用相當數量的外文資料，作為本國資料的對比，或是用以彌補本國文獻的不足。本國資料與外國文獻固然不能偏廢，但是，兩者之間應當呈現怎樣的關係，或者說，在我國法的探討上，國外法律制度或實證資料究竟應當扮演怎樣的角色，逐漸成為這些文章背後所關心的課題。外國制度、學說或實證資料，固然具有一定價值，但是終究不能取代本國制度規定與實踐經驗，因此，挑選內容具有代表性的文章，並綜合其中的想法，而成為本書。

陳之藩先生著名的「謝天」一文說：「無論什麼事，得之於人者太多，出之於己者太少。因為需要感謝的人太多了，就感謝天罷。無論什麼事，不是需要先人的遺愛與遺產，即是需要眾人的支持與合作，還要等候機會的到來。」這本論文集的完成又何嘗不是如此，如果沒有老師們的教導、朋友們的鼓勵、學生們的熱情，及元照出版公司全體同仁的協助等等，或許並不會有成書的一天。

此外，還要特別感謝高大法學叢書的兩位匿名審稿人，對本書提出的各種意見，讓作者因此有學習與成長的機會。

最後，僅以本書獻給養育並栽培我的父母，雖然他們都已經不在人世；並感謝帶領我走過人生中死蔭幽谷的上帝。

謝開平

二〇一二於高雄

目 錄

謝 辭

刑法之比較與繼受

——代序

壹、我國刑法之繼受背景.....	3
貳、繼受下之比較立場.....	4
參、本書所進行之嘗試.....	6
肆、結 論	10

內亂罪的過去、現在與未來

壹、前 言	15
貳、民國以來的內亂罪.....	16
參、現行規定的分析.....	25
肆、比較法之考察.....	31
伍、結 論	36

刑法第二百七十二條在立法上之檢討

壹、前 言	45
貳、法律沿革之觀察.....	50
參、犯罪學之觀察.....	59
肆、結 論	72

規範成長之軌跡

——以刑法第三百十五條妨害書信秘密罪為例

壹、前言	79
貳、我國妨害書信秘密罪之演變	79
參、比較法之觀察	87
肆、我國妨害書信秘密罪之未來發展	94
伍、結論	100

檢視我國販賣人口刑罰規定之演進

壹、前言	105
貳、民國以來刑法規定之演進與問題	110
參、聯合國人身交易議定書	132
肆、日本因應聯合國公約之修法經過與成果	137
伍、我國新訂人口販運防制法	144
陸、結論	156
附錄 日本刑法有關買賣人口規定之新舊條文對照表	158

想像競合與實質競合

——由刑法內躍升為公法間之一般原則

壹、前言	165
貳、符合多數法律規定在刑法上之處理	168
參、刑法原則在輔刑法之適用	178
肆、刑法原則在社會秩序維護法之適用	181
伍、刑法原則在行政罰法之適用	197
陸、結論	204

輕微案件在刑法上之處理

——以最高法院七十年台上字第七三二三號裁判 作為檢驗對象

壹、前 言	209
貳、搶奪構成要件之適用	213
參、隱藏在裁判背後之可能想法	217
肆、比較法上之參考	219
伍、結 論	226

成見產生歧視、無知導致恐懼

——重新檢視刑法第二百八十五條

壹、法制演進與立法目的	231
貳、花柳病與麻瘋——法事實之描述	232
參、規範本身之問題	243
肆、我國有關規範之比較	254
伍、比較法之觀察	261
陸、結論——刑法第二百八十五條之刪除	265

非醫師之醫療行為在刑法上之評價

壹、前 言	271
貳、醫療行為之獨占與禁止	272
參、自我之醫療行為	283
肆、對他人之醫療行為	287
伍、結 論	295

刑法之比較與繼受

——代序



壹、我國刑法之繼受背景

貳、繼受下之比較立場

- 一、法律規定本身
- 二、法學理論與方法
- 三、立法與司法實踐

參、本書所進行之嘗試

- 一、內亂罪
- 二、尊屬殺
- 三、書信秘密
- 四、販賣人口
- 五、競合
- 六、輕微案件
- 七、醫事刑法

肆、結 論

- 一、對於比較法之態度
- 二、對於本國法之態度
- 三、本國學術之生根與發展

壹、我國刑法之繼受背景

我國歷史悠久，為文明古國之一，典章制度淵遠流長，並曾為東亞各國所模仿之對象。雖然史料保存不易，遠古時期之具體法律制度，多已亡逸失傳，但是經由考古上之發現，目前仍可以得知兩千年前秦朝之部分具體法令規定。隋唐以降，我國法令制度已發展相當完備，歷朝因襲唐律直到清朝，我國法律制度始從固有法走向繼受法。

由於清朝末年受到外國領事裁判權之壓迫，以及本國變法圖強之需要，我國開始意識到應當轉變因襲千年以上之法律制度。其後，先是於中日甲午戰爭中戰敗，其後又受到歐美各國對於日本相繼放棄領事裁判權之刺激，加上日本與我國在文化與法制上之相近性，我國因而決定仿倣日本經驗，大量引進日本與歐美各國之法律制度。

就刑法而言，清末刑事立法主要是以日本刑法作為模仿對象。雖然日本自明治維新以來，曾模仿法國法制定公布「舊刑法」，但為期不久，就改採當時同樣採行帝制之普魯士法（即日後之德國法）作為模仿對象，並於明治晚期公布「現行刑法」。清朝晚期之「大清刑律草案」，即以日本仿效普魯士刑法之「改正刑法」作為主要參考對象。

由於法制演進之歷史因素，日本與德國刑法學不僅影響我國刑事立法，同時影響我國刑法理論與實務運作，並成為認識我國刑法規定之重要參考。不過，我國刑法典終究沒有全盤照抄日本或德國刑法之規定，並非直接、完全移植日、德既有之法律規定，而是經過我國立法者選擇後之產物。因此，日、德之法律規定與該國之學說、實務，固然是認識我國目前刑法規定之重要參考資料，然而，既非唯一之參考，更應非最終之解答。並且，在

4 刑法之比較與繼受

我國刑法之繼受過程中，畢竟經過我國立法者之選擇，所以，我國舊律、傳統文化價值乃至於我國社會之實際狀況等，皆為影響我國立法者選取、繼受外國法之重要因素。因此，在探究我國刑法之內涵時，日、德等國之比較法文獻，固然為重要之參考資料，但是，我國法制沿革、文化價值、歷史背景以及社會生活實際狀態等，亦為重要之參考因素。

在繼受法之背景下，透過以下各篇有限之主題，希望能夠找出、並印證一些可行之學術方法，作為國內學術思考上之參考。本文在（貳）提出基本立場，並且在本書後續各個篇章中分別具體實現這些思惟辯證過程；（參）則是整理後續各篇之核心內涵，作為基本立場之佐證；並因此在（肆）提出自己一點淺見，供作國內學界參考，希望能為我國刑法學之未來發展，放置一塊有用的墊腳石。

貳、繼受下之比較立場

考慮我國刑事立法之背景，學術方法或許可以分為三個面向：

一、法律規定本身

探索法律規定，首先應當明白法律規定本身之涵義，如果不能明白規範本身之意義，等於欠缺討論前提。對於法律規定之理解，不宜因為個人好惡之立場，而脫離本國法律文字之束縛，或者對於法律所規定之文字內容採取視而不見之態度。

無論我國規定，或是作為比較參考之外國規定，均應從目前被廣泛認可之理解內容作為認識的出發點。不過，由於我國法律未必全盤移植自他國法律，所以，對於彼此規定內容並不相同之

情形，無論他國法律之規定或解釋，擁有多少值得作為我國現行法參考之優點，乃至未來修法改進之方向，均不宜逕自將他國法律之規定與解釋，直接套用在我國之法律規定上。

二、法學理論與方法

相較於法律規定，法學理論與方法則得以脫離法律文字之侷限，而得不受拘束之引進與移植，但是，仍應配合本國法律規定進行檢驗。自現行刑法於一九三五年公布施行以來，雖然我國刑法大部分之規定，均呈現靜止不變之狀態，但是，其間即因為刑法學理之變化，經歷學界自古典犯罪理論以降，以各種不同之理論體系對我國刑法進行檢驗與詮釋，因此，研究對象雖然是相同之法律規定，卻產生出不同體系架構之學術論著。

法學方法有時存在有對錯問題，有時個別方法之間卻僅有優劣比較之相對差異。在引進各種理論與方法時，應先檢視理論本身是否存在有對錯問題，而不宜貿然援引本身立論尚屬可疑之理論或方法。其次，法律雖然不是與價值判斷無涉之自然現象，而是涉及價值內涵之人類行為標準，但是，法律仍非是全然與事實隔絕之規範而已，因此，在規範層面之理論與方法之外，有時仍應考慮事實現象之層面，以免流於個人主觀之好惡或猜測。

三、立法與司法實踐

繼受法律之優點，不僅在於規範層面上之法律規定、解釋與理論等，可以供作我國立法與司法上之參考，此外，就實證層面而言，他國制度運作之經驗與成效，亦可供作我國避免重蹈覆轍之借鏡。

不過，自清末開始繼受外國法制已有百年以上歷史之我國，過去亦有許多自身立法與司法之經驗。在與他國進行橫向之法制

比較之外，無論是現行法制在過去運作上之實證經驗，乃至從法制沿革觀察過去立法與司法之轉變與經驗，本國立法與司法在過去實踐上之經驗與教訓，更是相當重要與珍貴之資料，而不宜輕忽。

參、本書所進行之嘗試

本書各篇分別就不同主題，除基於上述立場，透過本國法與外國法之比較、本國法律之沿革，或有關事實之探討外，各篇分別就以下主題進行各種方法上之嘗試：

一、內亂罪

該篇除就法規範層面進行本國歷史沿革之考察，以及日、德外國立法例之比較外，在方法上特別就構成要件進行結構分析，因此發現客觀構成要件要素之欠缺乃是本罪構成要件之主要問題所在。內容空洞之構成要件，配合預備犯之處罰，更可能廣開無遠弗屆之處罰大門。此外，相對於內亂罪於民國初年之演進，該篇並配合考察當時重要之國內歷史事件，不僅可以看見政治實力對於內亂罪在實際適用上之箝制，更發現我國獨有之和平內亂罪的可能來源。

二、尊屬殺

該篇先從歷史觀點觀察「殺害直系血親尊親屬罪」之演進，探討該規定所保護之倫常價值觀是否繼續存在於當前社會，並基於價值相對主義之立場，認為不宜就價值觀或生命平等之立場，直接得出該規定違憲或應廢除之立場。所以，該篇跳脫價值觀之立場，改從實證角度訴諸事實現象之考察，觀察犯罪總量與個別

尊屬殺犯罪之事實面向，而從加重處罰得否達成立法目的之觀點，得出規範是否恰當之結論。

三、書信秘密

從我國法規本身演進之歷史，對照外國立法例之演變，發現各國共同之法規演化方式，都是從最核心之類型，逐漸透過行為方式或客體之增加，而拓展規範適用之範疇；同時，又隨著行為手段與客體之增加，使得規範目的逐漸轉變。不過，在規範轉變之外，我國卻因為新增將電磁紀錄擬制為文書之規定，將既有規定塑造為跨越有形文書與無形資料之全能規範，不僅賦予法條不應擔負之超量機能，更破壞了「文書」在文字涵義上所能涵蓋之解釋範圍，而有修改之必要。

四、販賣人口

雖然我國早在一九二八年舊刑法時代即設有處罰販賣人口之一般性規定，並為現行刑法所繼受，但是，卻先後於一九九九年新增買賣質押人口等罪、二〇〇九年新定人口販運防制法，令人懷疑其中是否存在有法規範疊床架屋之不當現象。

面對此項國內少見探討之問題，該篇不僅就刑法立場探究法規範本身之意義，並參考我國所加入之一九二六年「禁奴公約」，作為解釋其中關鍵概念「奴隸」與「居於類似奴隸之不自由地位」之重要參考，並指出國內依循之實務見解實有錯誤。在此基礎下，檢驗一九九九年新增之規定，並試圖調和內容重疊之新舊規定關係。其次，則是介紹聯合國於二〇〇〇年通過之「人身交易議定書」，並與刑法既有規定進行比對。然後，則是介紹日本面對聯合國「人身交易議定書」所進行之刑法修正活動與成果，作為我國刑事立法之借鏡。並在前述基礎之下，對於我國因

為國際壓力剛完成立法之「人口販運防制法」，檢視其中之罰則規定。經過刑法規定之重新認識、國際公約內容之說明與外國立法之借鏡後，販賣人口刑罰規定之演進過程，正好顯示出我國刑事立法為何出現新規定未必能夠解決舊問題，但卻肯定製造新問題之原因所在。

五、競 合

就立法時間來看，對於行為人觸犯多數應發生法律效果之規定時，刑法最早設有處理之規定，亦即想像競合與實質競合之規定。對應晚近立法之行政罰法，刑法處理多數法律效果之競合規定，得否跨越刑法之範圍，成為公法領域所共通之原則，則為該篇所欲檢驗之對象。

本篇從刑法本身之處理原則作為起點，逐漸將檢驗對象向外擴大至輔刑法、社會秩序維護法乃至行政罰法。考慮刑法本身就刑罰與保安處分兩種效果之差異，並就刑事不法與行政不法之區別，提出「類型化質量區別理論」，比較社會秩序維護法與行政罰法之相關規定，得出刑法本身區別刑罰與保安處分兩種效果，並採取區別原則之競合模式，應當得以成為我國公法領域之一般原則。

六、輕微案件

本篇雖然是以最高法院之舊判例作為討論之出發點，但是，藉由法學方法檢驗案例事實是否涉及法院判決所認定之不能未遂時，卻發現該案根本不屬於未遂犯之範疇，遑論不能未遂之適用，其背後則隱藏有輕微案件在刑事司法上應如何尋找較輕處罰之出路問題。

因此，本篇在進行檢驗之後，藉由比較法之方式觀察日本、