

大 學 用 書

刑 法 學 說 與 案 例 研 究

謝 刁 兆 榮 吉 華 合 著

東 亞 法 律 叢 書 ②

PDG

大 學 用 書

刑 法 學 說 與 案 例 研 究

謝 刁 兆 榮 吉 華 合 著



東 亞 法 律 叢 書 ②



究必印翻 · 有所權版
編主華榮刁 書叢律法亞東

S31/24 (中 1-15/41)
刑法學說與案例研究
T000440

刑法學說與案例研究

著作者 刁謝 榮兆 華吉

發行人 潘 維 和

發行所 漢 林 出 版 社

台北市重慶南路一段50號三樓
電話 三七一 一九八七五
郵政劃撥一〇八八三二號

經銷處 各 大 書 局

中華民國六十五年十月初版
新聞局局版業字第一四九三號

自序

我國現行刑法，分列兩編。第一編爲總則，共十二章，都九十九條，爲一切判罪科刑之通則，適用至爲廣泛，所有依據各種刑事法規以爲偵判時，均有其適用，可稱之爲一切刑事實體法規之普通法，本書所論述者，多爲此編之範疇。第二編爲分則，內分三十五章，都二百五十八條，每章所列之罪名，諸如內亂外患等罪是，而各罪名中，更分列若干條項，每一條項罪名，均定有本刑，作爲論罪科刑之基準，除適用準則之加減得予變更外，不能超越其本刑之範圍，學者間稱之爲法定刑，此乃我刑法內容之大略，在刑法地位上，則屬於公法中之刑事實體法。

著者濫竽各大學法學教授有年，講課與研究，均以刑事法爲主。本書定名爲「刑法學說與案例研究」，係應教學之需而爲編撰，學理與實用並存，不加偏重，使明學理之根源，得作深入之研究；而明實用之線索，期能作偵判之準繩。爰

於緒論中略爲一般分述外，再於總論中依據法典次第編列，先予闡釋，以作適用之說明，次之以申論，求學理之探討，復援引「中外刑法」，俾作斯學之比較，以探索刑法之真諦。又本書所列案例研究，藉事例引伸其理論基礎，代之以解決實務上之執疑，庶幾學用兼收，因應有則，其有裨於法治者，誠非淺鮮。至中國刑法修正要旨，日本改正刑法準備草案，德國刑法改革第二法案，以及奧國刑法草案等，供我現行刑法修正之參校，特附編之。

本書列入東亞法律叢書之一，除作大學法律科系之用外，亦可爲法官律師辦案之參考。惟因付印倉促，舛誤當所難免，尙祈讀者諸君，不吝指教。

中華民國六十五年十月十日

著者謹序於臺北漢林書室

刑法學說與案例研究目錄

第一篇 緒論

第一章 中國刑法之特質	一
第一節 法律源流之探討	一
第二節 中國刑法之沿革	三
第三節 中國刑法之特質	五
第二章 各國刑法之源流	一〇
第一節 刑法進化之原理	一〇
第二節 政治觀念之劃分	一〇
第三節 刑法時代之演進	一一
第四節 刑法主義之倡立	一三
第五節 古代刑法概述	一五
第六節 日本刑法之今昔	一九
第七節 瑞德刑法之進步	二二
第八節 各國刑法概述	二六

第三章 中國刑法與外國刑法之比較……………四二

第一節 思想觀念之不同……………四二

第二節 文化淵源之各別……………四三

第三節 現行中外刑法之比較……………四四

第二篇 總論

第一章 法例……………四六

第一節 法例之內容……………四六

第二節 刑法關於時之效力……………四七

第三節 刑法關於人及地之效力……………五〇

第四節 刑法關於外國裁判之效力……………五一

第五節 刑法關於重要名詞之解釋……………五三

第六節 刑法關於其他刑罰法令之效力……………五三

第二章 刑事責任……………五五

第一節 刑事責任之概述……………五五

第二節 我國刑法關於刑事責任之規定……………五六

第三節 外國刑法關於刑事責任之概述……………六四

第三章 未遂犯	七一
第一節 未遂犯之概述	七一
第二節 有關未遂犯之學說	七二
第三節 中外刑法有關未遂犯之比較	七三
第四章 共犯	七七
第一節 共犯之概述	七七
第二節 有關共犯之學說	七八
第三節 中外刑法有關共犯之比較	七九
第五章 刑	八三
第一節 刑之概述	八三
第二節 我國刑法有關刑之規定	八四
第三節 外國刑法有關刑之比較	八八
第六章 累犯	九一
第一節 累犯之概述	九一
第二節 我國刑法對累犯構成之要件	九二
第三節 外國刑法對累犯所採之法制	九三
第七章 數罪併罰	九六

第一節 數罪併罰之概述.....	九六
第二節 我國刑法有關數罪併罰之規定.....	九七
第三節 外國刑法有關數罪併罰之比較.....	一〇一
第八章 刑之酌科及加減.....	一〇四
第一節 科刑標準之概述.....	一〇四
第二節 我國刑法規定刑之酌科及加減之內容.....	一〇四
第三節 外國刑法關於科刑加減之比較.....	一〇七
第九章 緩刑.....	一一一
第一節 緩刑之概述.....	一一一
第二節 我國刑法有關緩刑之大要.....	一一一
第三節 外國刑法關於緩刑之比較.....	一一四
第十章 假釋.....	一一七
第一節 假釋之概述.....	一一七
第二節 我國刑法有關假釋之規定.....	一一八
第三節 外國刑法關於假釋之比較.....	一二〇
第十一章 時效.....	一二三
第一節 時效之起源及作用.....	一二三

第三篇 案例研究

第二節 我國刑法有關時效之規定	二四
第三節 外國刑法關於時效之比較	二七
第十二章 保安處分	三〇
第一節 保安處分之概述	三〇
第二節 我國刑法有關保安處分之規定	三一
第三節 外國刑法關於保安處分之比較	三五
第一章 限時法問題	三九
第二章 期待可能性問題	五一
第三章 競合犯問題	六三
第四章 財產犯罪問題	七四
第五章 法律競合問題	八一
第六章 強制工作問題	九一
第七章 人工授精問題	九五
第八章 安樂死問題	一〇〇
第九章 人工器官移植問題	一〇二

第十章 非法使用工具問題·····	二一三
第十一章 民間合會問題·····	二一六
第十二章 工商團標問題·····	二一八

第四篇 附編

一 中國刑法修正要旨·····	二二一
二 日本改正刑法(總則)準備草案·····	二二四
三 德國刑法(總則)改革第二法案·····	二五五
四 奧國刑法(總則)草案·····	三一〇

刑法學說與案例研究

第一篇 緒論

第一章 中國刑法之特質

第一節 法律源流之探討

一、事由人而起 何以有法，法從何而生，實爲學法者首先應認識之課題，夫個人在世間，本無法在，第世間人類，爲數萬千，不可數計，雖上古時代，地廣人稀，但仍不失爲人類，有多數之人口存在。正因成爲多數之人類，不祇僅有我一人，因而人與人之間，無形中不知發生多少事物，而形成此亦一是非，彼亦一是非，究竟誰是誰非，自然莫由斷定，基於事要求得明白正確，因而理以生焉。理合則事正，衆所同趨，理不合則事乖，衆所同棄，遂僉認理爲人類行爲之鵠的，毋敢或違。是所謂理也者，實事物之準繩，行爲之軌範也。依此說明，從可知先有人類，因人與人間，便發生事物，期使事物得正，而生出事理，作爲人類共同遵守之軌範。

二、理由事而明 理如何爲正，其因素有二。一屬先天，即萬物自然生長之理。一屬後天，即人群共認爲正之理。前者如人之不可殺死是，書曰，好生之德，治予民心。後者如親親而仁民而愛物是

。至其共認之所由，仍源出于先天之原理，二者並無不同，以故可稱前者為天理，後者為事理，其同為真理，則無殊焉。我總統蔣公有云，窮理于事物始生之處，研幾于心意初動之時，斯二語實足吾人求理研法之發省。雖然，理以順天應人為合，惟人類之所以為人類，其所具智慧，超越萬物之靈，基於種族、氣候、地理不同，因而風俗、習慣、生活各異，正因其風俗習慣生活各異，故所認為合理之事務，亦有不盡同者，例如有承認多夫制者，有承認多妻制者，而在其各時代中，亦自有其理由在。然此僅從小節言之，而其大體上仍以天理為是，群趨共守而不疑。

三、禮因理而制 斯理既明，且共認為是，其如何是忠，如何是孝，何者為仁，何者為愛，自宜先有行動表示，以促其成，用是有禮為之記傳，俾遵守而勿替，人從禮之表示，以證其理為合，為可行而且不悖，故從演進上言，禮是代表理，而以行動表達之，人毋敢或失於禮者。在此時代中，禮就是人類行動之準則，分尊卑，明上下，敬長老，憐孤寡，都屬禮之所宜。且須終身守之，如對父母，必須事之以禮，死葬之以禮，祭之以禮，斯可謂孝是。人類獲此禮之準則，亦步亦趨，有條不紊，社會秩序，于焉整然。此一時期，純然以禮維護一切人類，乃至精神思想行動，一以禮為依歸，是以非禮勿視，非禮勿聽，非禮勿言，非禮勿動，而世道人心，受禮之薰陶，流傳至今，仍有其價值存在，且尚具有堅強之無形效力。

四、法濟禮之窮 禮是教人正道而馳，有違之者，在客觀上不恥于人，在主觀上良心受罰，其效力僅及此為止。設有越軌行動，胆大妄為，罔不顧禮時，在禮之本身，並無懲罰力量，申言之，即禮僅具有維護人心趨循正道防範未然之無形力量，而並無懲罰已然不正行動之有形力量。故遇有越禮時

對於如何足以防止不幸事件再見發生，斯則禮之所窮而無能爲力矣，用是有法以濟其窮。從可知法之所由生，係補禮之未備，要亦出于自然趨向，爲迫不得已之舉，非好爲立法以制民，而係使民知法守法畏法，群趨于正，復歸于禮。故出于禮者卽入于刑，其目的與用意，原不在刑，而在于禮，書曰：辟以止辟，刑期無刑，其義正同。

第二節 中國刑法之沿革

一、刑法之沿革 我國因孔子刪書，斷自唐虞，故三王五帝之世，已無文足徵，無可紀述。唐虞三代之刑法名稱，見之于書者，當推堯典：「象以典刑，流宥五刑，（卽墨、劓、剕、宮、大辟）鞭作官刑，朴作教刑，金作贖刑，眚災肆赦，怙終賊刑」。周禮秋官所適用之刑法，則有三典五刑，其五刑中之野刑，爲治郊野之刑，以糾督人民勦力農功，增加生產，較之現行刑法規定妨害農工罪之純屬消極性，尤爲進步。其中軍刑，爲治師田軍旅之刑，與現行陸海空軍刑法同。其中鄉刑，爲治鄉里之刑，以維鄉之六德，卽知仁聖義中和是也。其刑有八，一曰不孝之刑，二曰不睦之刑，三曰不嫺之刑，四曰不弟之刑，五曰不任之刑，六曰不恤之刑，七曰造言之刑，八曰亂民之刑，能將立國之四維八德，納入刑法中，似較現行法爲進步。其中官刑，爲懲戒官吏使毋忝厥職，與現行公務員懲戒法同。其中國刑，係適用於全國民，與現行普通刑法同。此爲古法足供今法參考者。戰國時魏李俚作法經六篇，一盜法，二賊法，三囚法，四捕法，五雜法，六具法。後商鞅變法相秦，法更殘酷，秦至二世而亡。漢高祖入關，轉從寬簡，約法三章，爲殺人者死，傷及盜抵罪。又嫌太簡，乃增戶，與，廄，

三律，由法經六篇，變爲漢律九章，至魏修訂爲新律十八篇，一刑名，二盜律，三賊律，四囚律，五捕律，六雜律，七戶律，八劫掠律，九詐僞律，十毀亡律，十一告劾律，十二繫訊斷獄律，十三請賊律，十四興擅律，十五乏留律，十六警事律，十七償贓律，十八免坐律。至晉又改爲新律二十篇。至梁又改爲梁律凡二十篇，後周大律凡二十五篇。隋律初改爲十二篇，後採寬刑主義，刪除十惡之條，復益增篇目，共成十八篇。唐代法典，分爲律、令、格、式、四種，其中僅律一種爲刑罰法典，餘爲行政法規，至貞觀十一年頒行新律，定爲十二篇，所定刑名有五，一死刑，二流刑，三徒刑，四杖刑，五笞刑，五刑之外，更有八議，（議親，議故，議能，議功，議貴，議賓，議勳）諸條。復有唐律疏義一書，可稱爲中國刑法全盛時期。至宋，乃倣唐，襲用律、令、格、式，後更律爲勅，成爲勅、令、格、式，以勅代律之名。其法書更有，刑統，條約，條令，條式，條貫，條法，斷令等稱，以刑統爲刑書。元代刑法，有大元通制，凡二十篇。明代洪武六年更定刑律，亦爲十二篇，篇目一如唐律。至洪武三十年，乃定爲大明律，依所設六部而定律名，分一名例律，二吏律，三戶律，四禮律，五兵律，六刑律，七工律。此外尚有問刑條例，以補刑律之不足，其刑律凡十一卷，目分盜賊，人命，鬪毆，詈罵，訴訟，受贓，詐僞，犯姦，雜犯，捕亡，斷獄。而刑名仍與唐宋相同，分爲笞，杖，徒，流，死，五種。集古代刑法之大成，標未來系統之範疇，蔚爲刑法之大觀。清代初期，定有大清律例，律則一成不變，例則五年一小修，十年一大修，至宣統二年四月初七日所頒，定爲大清現行刑律，凡三十篇。所可紀者，爲將原襲用明代之刑名笞，杖，徒，流，死，五刑，大加改革，廢除笞，杖之身體刑，而代以罰金，直沿秦典金作贖刑之仁法。民國成立，於中華民國元年三月十日頒行新

刑律，以未經國會通過故，乃定名為暫行新刑律，嗣後迭經改進，於民國十七年改稱為刑法，至民國廿四年復頒行現行之刑法，成爲今日中國之刑法典。

二、現行刑法之修正 我國現行刑法分總則與分則兩編，自民國二十四年一月一日國民政府公布，同年七月一日施行，迄今四十餘載，除第五條，係於三十七年十一月七日由總統令修正；同法第七十七條，係四十二年七月一日由總統令修正；同法第一百六十條第一項，係四十三年十月二十三日由總統令修正；同法第二百三十五條，係五十八年十二月二十六日亦由總統令修正外，均未作大幅度之更動，今時代變遷，現行法已不足適應，爲使其充分發揮安定社會保護個人之功能，故現行刑法之修訂，實刻不容緩。

第三節 中國刑法之特質

一、早具法治精神 我國古時之法，多屬刑法而非民法。又雖屬封建時代，施行人治之專制政體，其實則已具有法治精神。觀夫易經：「雷電，噬嗑，先王以明罰敕法」。又云：「師出以律，失律凶也」。書經：「不識不知，順帝之則」。又云：「惟茲臣庶，罔或于予正，汝作士，明于五刑，以弼五教，期于予治，刑期于無刑，民協于中，時乃功，懋哉」。更觀周禮秋官司寇，其司掌建邦三典，以五刑糾萬民，(一)三典：(1)刑新國：用輕典。以新辟地立君之國，民未習於教，故用輕典。(2)刑平國：用中典。以立國日久，承平無事，宜用常行之法，允執厥中，所謂刑罰不輕不重是也。(3)刑亂國：用重典。以弑篡叛逆之國，其罪大惡極不悛，非嚴刑峻法，無以壓止暴亂，故用重典。所適用之

五刑爲：(1)野刑：上功糾力。以此爲治郊野之刑，糾督人民勳力農功，使增生產。(2)軍刑：上命糾守。以此爲師田軍旅之刑，糾繫其守衛國土，使免侵犯。(3)鄉刑：上德糾孝。以此爲鄉里之刑，糾維鄉之六德，使遵仁孝。(4)官刑：上能糾職。以此爲懲戒官吏之刑，供謹守其功能，毋忝厥職。(5)國刑：上惠糾暴。以此爲全民之刑，糾正其不法之行，使臻平治。又觀夫周禮秋官所設之刑官，除司寇分大司寇，刑官之正；小司寇中大夫，刑官之貳；士師下大夫，刑官之考；及鄉士掌國中之六鄉訟獄外，尚有遂士，縣士，方士，訝士，朝士，乃至朝大夫，都則，都士，等官名，計凡五十九種，均屬因人，因時，因事，因地，而設之刑官，其早具法治精神，殊未遜於今日。從上說明，中國古時雖屬人治封建時代，多認爲係屬君主專制者，然其法治精神，實早經建立，一以法爲準，卽歷代相承，朝綱迭變，而仍均有成文之法典，足資依據，其具有一脈相承之法治精神，於斯更益信而有徵焉。

二、早具民主法治 中國古代，不但早具法治精神，其所具者，且實爲民主法治，蓋我國文化，胚胎數千年，文物鼎盛，代有其人，依其整個歷史文化之時代背景，誠不失爲禮義之邦，歷代相沿，一仍依其一貫不移之文化，因愛好王道，故能以仁義和平爲依歸，而有親仁卹鄰之善政；因以民爲貴，故能以天下爲公相昭告，而有保民卹民之仁風，此實滯源於一貫之優良文化，係以教民養民保民爲鵠的，而非以懲民爲快。故雖刑，而實期無刑，雖辟，而實以止辟，以民爲本，以民爲重，此種崇高可貴之民主風範，實爲中國歷史織成而獨有，殊非他國所可比擬者，徵諸史乘，不乏其證，禮云：「凡聽五刑之訟，必原父子之親，立君臣之義，以權之；意論輕重之序，慎測深淺之量，以別之；悉其聰明，致其忠實，以盡之。疑獄，汜與衆共之。衆疑，赦之。必察大小之比以成之。」此言聽訟決獄