

書 用 學 大

題問本基法刑代現

著 等 今 建 王
編 主 華 榮 刁

大 學 用 書

現代刑法基本問題

王 建 榮 主 編
今 華 等 著

東亞法律叢書

東亞法律叢書 刀榮華主編

現代刑法基本問題

基本定價：平裝肆圓

主編者 刁 榮 華

出版者 漢 林 出 版 社

臺北市重慶南路一段63號909室
電話 三七一九八七五
郵政劃撥一〇八八三二號

經銷處 三 民 書 局

印刷者 崙 進 印 刷 公 司

中華民國七十年元月初版
新聞局局版業字第一四九三號

S 8711 / 25 (中 1—15 / 141)

現代刑法基本問題

(東亞法律叢書 31) (大學用書)

BG 000890

現代刑法基本問題前言

刁榮華

刑法是維護國家安全、社會秩序、人民權益之主要法律，何種行為應構成犯罪，而犯罪行為應如何處罰，在罪刑法定主義原則下，均應由刑法加以規定，故刑法在國家法律體系中，所居之地位，極為重要，學者稱其為刑事實體法之基本法，自應以適應國家社會之需要，並配合現代刑法思潮而為立法，是其理論基礎，在法制上不可忽視，茲提出予以商榷。

蓋刑法之理論基礎，向有兩種不同主張，一種主張係基於一般人之道德觀念，認為刑法中規定之刑罰，乃是對於犯罪人的一種報復，亦即所謂善有善報，惡有惡報；另一種主張則認為刑法中規定之刑罰，並非對於犯罪人的一種報復，而係以教育措施來改善犯罪人之性格，亦即以刑罰作為強制教育，使犯罪人能改悔向上，適於社會生活。前者為報復主義（或稱為報應主義），以報復為手段，舊派學者稱之為絕對主義；後者為感化主義（或稱為預防主義），以預防犯罪為目的，故又稱為目的主義，新派學者稱之為相對主義。二者在刑法理論上甚為重要，以我國當前國情及社會狀況，究宜採何種理論為指導原則，或應如何將上述理論，加以折衷調和，均須詳加研究，作為立法之準繩（註①）。

（一）報應主義 謂刑罰乃對過去事實之反響，而為犯罪之法律結果。即指犯罪為刑罰之唯一原因，刑罰是犯罪的結果，別無相對目的。基本之原理，為罪惡必罰，及罪刑均等，此主義又分三說：

1 神意說：謂正義之根據基於神意，犯罪即違背神的命令，神代表國家施以報應。此在歐洲古代

宗教極盛時均主此說，但至今日刑罰不能以宗教信仰爲學理基礎，應不待言。

2 道德說：謂犯罪者侵犯道德規範，應受刑罰之報應，乃爲公理之要求。此說僅說明刑罰的一般觀念，尙未說明國家刑罰權之基礎，及刑罰之主體與實質，亦其缺失。

3 法律說：謂犯罰係違反法律之命令或禁止，故應以刑罰報應，指犯罪就是否認法律，而刑罰就是否認犯罪。又報應必須相等，始稱公平，殺人者死，姦淫者宮，故刑法爲絕對的命令。此說就刑罰言雖頗有力，但有罪必罰，罪刑均等之原則，在近代言已多例外，如緩刑、赦免等是。至於說刑罰專在報應，別無目的，就現時說尤不能相容。

(二) 預防主義 謂刑罰爲防衛社會之一種手段，不認刑罰自身爲目的，應注意未來之權利，不應注重過去或現在之事實，國家對犯人科刑，係保全國家及社會爲目的，非爲報應。亦即預防一般人之效尤，兼受刑罰者之再犯，此主義又分五說：

1 威嚇說：刑罰之執行，乃使社會一般公衆群起恐怖，以預防將來之犯罪。此說使人恐懼殘刑的觀點言，在人道及刑罰目的上，均非所宜。

2 預戒說：謂犯罪者皆由於慾望所驅使，必須加以較慾望重大之痛苦，俾有戒心，以抑制犯罪之慾望於未然，故鎮壓犯罪的心理，乃刑罰之目的，而刑罰之執行，則爲補充此目的耳。此說對刑事政策可供參考。

3 感化說：謂國家對於人民，宜居保育地位，犯罪者爲無正當生活能力，在道德上法律上，須用刑罰感化方法，使其遷善改過，成爲良民，此說與近世刑事政策相合。

4. 保衛說：謂犯罪之行爲，不獨侵犯被害人利益，且破壞國家之法紀，國家對於亂紀之犯罪者，應加以刑罰之制裁，以保護權利，故刑罰目的，實國家之自衛，以防止將來之犯罪，此說過於重視國家刑罰權之行使。

5. 契約說：謂人民以契約定其相互自由行動之範圍，不可侵害，否則國家有刑罰之責任，犯罪人有受刑罰的義務，此說爲天賦人權觀念。

(三) 折衷主義 是結合報應、預防兩主義，取長棄短而成之主義。此主義中，學說分歧不一，觀念不同，其以報應主義爲基礎，而參酌預防主義者，謂之正統刑法學派，以預防主義爲基礎，而參以報應主義者，謂之社會刑法學派，近世言刑罰之目的，多以此兩派爲宗。

(四) 客觀主義 謂刑事責任之基礎，在於犯人之行爲責任輕重，以行爲所生之實害或危險之大小，來定量刑之輕重標準，此主義側重於犯罪之實害，故又稱爲事實主義，或稱之爲客觀學派。

(五) 主觀主義 謂刑事責任之基礎，不在犯人之行爲，而在其性格。責任之輕重，是不可不依其對社會之危險如何而定，並不重事實，而以犯人之惡性大小爲量刑之標準，故又稱爲個別刑罰主義，或稱之爲主觀學派。

以上是新舊學派對刑法之觀念及其主張，然舊派（絕對學派）以人類自由意思爲主，採報應主義與客觀主義的學理爲基礎；新派（相對學派）以科學的實驗方法爲主，採預防主義與主觀主義的學理爲基礎，就各異之主張中，非無共通之根本觀念，至今仍在學理上，受其重視。惟舊新二派各有其不同之論據，舊派注重過去，認刑罰乃對過去犯罪之報應，其目的在處罰犯人，故刑罰之本身即係目的

。新派則注重未來，認刑罰乃對於未來犯罪之預防，其目的不在處罰犯人，故刑法對於犯人科以刑罰者，乃欲改善犯人惡性耳（註②）

關於刑法理論之基礎，有的學者認為，刑法的基本思想，雖有報應主義與目的主義之分，客觀主義與主觀主義之別。但事實上二十世紀各國刑法，無純粹報應主義與客觀主義者，亦無純粹採目的主義與主觀主義者，多折衷其間，不過各有所偏重而已。我國現行刑法，較偏重於目的主義與主觀主義。亦即認為現行刑法，較偏重向教育、感化，而非報復。教育刑思想，合於時代潮流，故在報應刑思想甚濃之西德，最近公佈（一九七三年十月）的新刑法總則篇，即以教育刑思想為基礎。反觀日本之刑法草案，因猶多報應刑主義之痕跡，故受諸多學者嚴厲之批評。如此參照之下，可見我國現行刑法之偏向於目的主義與主觀主義，甚合時代之潮流，完全是因我國刑法於民國二十四年頒佈施行時，當時正值「九一八」事變之後，對日抗戰之前，全國上下，懷於國步艱難，勵精圖治，力求進取，社會間充滿朝氣，故有此進步之立法。但教育刑思想，並非婦人之仁，而不顧社會秩序之維護。其要點，消極方面，不以刑罰為本能之作用，直覺之報應，不只求一時感情之滿足，以「殺一姦之罪，而止境內之邪」，且不信刑法萬能，要與其他社會安全設施相配合，始能收防止犯罪之效。積極方面，為針對犯人惡性之由來，與其程度對症下藥，輕其所當輕，重其所當重，以保安處分與刑罰，配合為用，藉達預防再犯，防衛社會之目的（註③）。又有學者認為，我國刑法係受日、德法系影響，亦即所謂大陸法系。當時歐洲的新派刑法思想，又稱刑事事實主義，主旨是刑法不在於報復、懲罰，而着重於對犯罪者的教育改善。是種新思想加入刑法中，形成很多特點，最大者莫如賦予法官之裁量權。而法官

可以審酌犯罪者之性格，有無再犯的可能性，來作爲量刑之尺度，如我國刑法第二百七十一條殺人罪，嚴重者可判死刑，最輕的可判十年，如果一減再減，可以減到二年六個月，此與報復思想之舊刑法，相去甚遠，進步亦多。在我國訂定刑法之當時，此種思想是非常之進步，其他各國尚未實施，由於我國當時一派蓬勃之朝氣，所以能夠立刻施行。目前之刑事政策，根本之立場應該折衷調合，一九三〇年代完全注重教育刑，以預防犯罪爲主，未免矯枉過正，但亦不應回復到報復主義之態樣。監獄再進步亦不能視爲學校。國家當庭將被告判罪，即爲對犯罪者之一種非難，只要非難之方法合理，教育的功能，即會積極之發揮。而刑事之根本，應放在道德之非難上，否則即無是非公道，如偏重於教育，便完全忘却刑法之非難性。因此，刑法思想應既不偏重於教育，亦不絕對的報復，應走折衷之路線（註④）。又有學者認爲，刑法之主要目的，在維持社會上公共之秩序，在罪犯本身而言，相當於一種醫療作用，凡是對社會上有不適合性質之人，將以刑法予以治療。同時，刑法亦關係着國家、社會及個人之法益，目的都是爲維持社會之安寧，生活之秩序，使不正常之人恢復健康，進而適合於社會，有益人群，亦是吾人生活行爲之一種規範。法院的法官，實無異於醫院中的醫生。醫生是醫治身體上不健康之人，而法官則是醫治人格上不健康之人，對國家、社會有着相同之貢獻。法院中的判決書，比喻爲醫院中的處方箋，犯罪事實恰如病歷，在開庭時找證人，去作某種鑑定，亦如病理上之檢查，等到將病的原因找出後，再仿效醫生的引用藥典，以刑法條文來用藥。將被告送監獄執行，正相當於病人住院，監獄人員亦負有教化之責，彼等之工作亦可視爲醫護人員。法院對少年犯與成年犯之處罰規定，亦不相同，因此，這又如兒童醫院與成年人醫院之分。醫生的責任是將病人醫好，而法院中

引用刑法，對症下藥，則是使犯人改過遷善。有些犯罪，如詐欺、竊盜，在表面上看來，除被騙被偷者為被害人，好像與一般直接的影響不大，但反過來說，如果能將詐欺、竊盜根絕，就會使整個社會得到安寧，則每一個人都將為此受益。因此，凡是社會上一份子，都有被刑法約束之義務。從學理上言，不論是報復主義，抑感化主義，刑罰實不能脫離嚇阻作用，別人觀察某一罪犯受到懲罰，由於這種前車之鑑，自己才可以免於犯罪。我國刑法對於同一案件，量刑尺度之彈性很大，如上述殺人罪可判死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑，可以說非常進步，不像外國，刑期無限制，直至認為罪犯變好為止。不過，亦正由於我國刑法對於刑期之幅度太大，常常會使社會上發生誤解，認為法院不夠公平，因此，刑法之本身雖然完備，執行之人，經常彼此溝通法理上之見解，至為重要，對於同一案件量刑之尺度，在標準上應該有一種默契，如此始不會有太大之距離（註⑤）。綜上可知，刑法基本理論之抉擇，應依善而從，以之與實務相配合，俾達國家用刑之旨，實不容忽視。

刑法是人類生活行為之軌範，尤其是今日之社會型態，似應着重於經濟犯罪之預防，因其破壞性遠超過普通犯罪，為保障國民大眾之利益，有增訂專法必要。按經濟犯是典型的「白領犯罪」，犯罪者利用其聲勢與高度的經濟社會地位，從事犯罪行為，所着眼的法益，是一種超越個人的利益，並不似財產犯。財產犯雖與經濟秩序有關，但主要是以個人財產上之法益保護為主。因此，經濟犯罪對於整體的國民經濟、經濟團體、企業界與消費者所共營合理之生活秩序，都將給予極大的破壞，並且導致經濟道德與競爭風度之泯滅，在爭取銷路及技術競賽之中不擇手段的結果，亦將使自由經濟制度之機能陷於癱瘓。面對這種問題，經濟刑法乃應運而生，它的保護對象是國家制度，以及國民經濟的總

體及其各部門之組織、發展、作用等所匯集而成的經濟秩序，藉以維持社會正義。經濟刑法，即是將經濟秩序有關之法益，透過政治上的立法確定，加以維繫。目前西德已有獨立的經濟刑法，規定其適用範圍與通則。惟同樣的問題亦會發生於我國，我國縱不能仿此單獨立法，但至少亦應在刑法修正時，將其主要原則予以確定，以顯示我國法律上已將若干與經濟秩序有關之法益，加以考慮。

(一)法人團體亦應列為共犯對象：譬如某一奶粉公司的產品發生中毒情事，此為嚴重的營業過失，但刑事責任應由何人負擔？事實上董事長或總經理單獨負責，並不實際，經濟「共犯」之判斷，應將該一企業體整個納入，作為處罰之對象。

(二)經濟詐欺應與一般詐欺有別：舉保險公司為例，保險公司如發生詐欺行為，事涉相當多人的利益及社會公共福利，甚而危及國家經濟之成長，此種詐欺行為必須與一般的量刑有別，予以單獨並從重處分，方足為戒。

(三)證券交易可否透過廣告方式爭取：如果證券交易透過廣告方式，作不實資料的宣導，其侵害之法益界限，已突破個人，而牽涉到整個國家經濟，此非一般詐欺與背信可比，亦應在刑法上規定處罰。

(四)電腦詐欺之制裁：由於電腦之發達，一般企業家投資時往往借助電腦的分析結果，以為企業決定之基礎，如果對手蓄意在電腦作業上提供不正確的情報與分析，使之發生錯誤投資，蒙受損失，此對經濟發展之危害不言可喻，亦是值得注意的經濟犯罪行為。

(五)其他可視為經濟犯罪者有：動產擔保交易上之詐欺行為、商標上之財產犯、詐欺破產、違反限價或平價之交易、違反法定方式之營業等。諸多刑法上之犯罪類型，例如重利罪、背信罪、侵占罪、

賄賂罪及詐欺罪等等，固然在概念上已有一定之型態，但往往被廣泛應用，加上經濟社會關係愈趨錯綜複雜之發展結果，使得此些類型之行爲，已逾越侵害個人財產法益之範圍。而經濟犯罪之行爲，常由典型的財產犯轉化而成，例如上述詐欺、背信等行爲，形式上是財產犯罪，其結果却爲經濟犯罪。又有諸多經濟犯，其行爲同時或犯罪之後果，亦經常觸犯其他附隨性之罪名，例如：偽造文書、偽造證據、賄賂、瀆職等，因此與普通刑法不無關係，乃不必俟諸將來經濟刑法單獨立法，似應在普通刑法中卽予增訂，作原則性的確立。不可否認的是，經濟犯之侵害性，多屬抽象之危害，較難具體證明其侵害之範圍，亦很難找出一定的客觀評價標準。比如「囤積居奇」與「儲備物資」之間，便很難劃分明確、具體之界限。因此有此經濟刑法在立法上往往採空白刑法之形式，授權行政機關，配合經濟政策具體的條件與情勢，決定違法性之標準。

(六)結論：罪刑法定主義之原則，仍爲現代刑法的基本指導原理，「法官依法裁判」之法治原則，亦應當切實把握，所以刑法中對於經濟刑法之規定，應根據「社會相當性」的衡量標準，多採列舉原則，以補充概括規定之不足，此可避免反而妨礙經濟之正常發展（註⑥）。

以上是刑法學者之具體意見，是供吾人研究發展之參考。然經濟犯罪如被認爲是現代社會中，最具危險性的犯罪型態，卽應制定統一的法律，作有效的控制，在方式上，似宜另行制定單一的經濟刑法，作爲處罰之依據，並加重罰則。法務部最近對於刑法之修正，持以上看法，惟修正刑法，各方提出意見甚多，有主張應將經濟犯罪納入刑法修正案中，可以避免特別法與普通法、廣義法與狹義法、實害法與危險法、後法與前法、重法與輕法間，在適用時法條競合之爭議，及罪刑不能平衡之困擾。

例如：在普通刑法中，有妨害農工商罪，含義較廣，所定罰則較輕，其後又訂定非常時期農礦工商管理條例，所定犯罪構成要件比較仔細而狹小，罰則較重，致一件犯罪事實的起訴與判決，是依照刑法所定，還是引據這項條例，容易發生困擾。一項犯罪行為可適用於多種法律，實有統一編纂這些法律之必要。所謂經濟犯罪，學者間還沒有共同一致之見解，大體說來，這是一件職業上犯罪，利用參加經濟活動之機會，以不法方法獲取暴利，此項行為，足以擾亂經濟秩序，破壞正常經濟活動，使大眾蒙受損害，從維護公益與求得平衡的眼光來看，不能不加處罰，以目前經濟犯罪的案件之多，與犯罪技巧用心之奇，更應加重罰則。

經濟犯罪有其特別構成要件，我國現行法制，有的在與經濟有關的法律中，附帶訂定罰則，成為經濟附屬刑法，如票據中之危害票據交易安全罪，破產法中之詐欺破產罪、詐欺和解罪，所得稅法之詐欺逃漏所得稅罪，管理外匯條例之非法買賣外匯罪，動產擔保交易法之損害債權人罪、損害抵押權人罪，證券交易法之妨害證券交易安全罪，公司法之公司設立登記有違法或虛偽情事罪等是。現行法律中，有制定單一之刑事特別法，如妨害國家總動員懲罰暫行條例，非常時期農礦工商管理條例及違反糧食管理治罪條例等是。社會現況中，還有利用政府獎勵投資及對外貿易假借出口或進口之名，而騙取沖退稅，以非法方法剝奪同業之工商秘密，工程招標與物品標售之圍標，以及於工商融資時蓄意貸借鉅額款項而延不歸還等事實與問題，在修訂刑法時，均應法定其罪刑，作為處罰之依據。

經濟犯罪，近代先進國家之立法例，多採經濟保安處分之措施，如禁止犯罪者從事某項職業，解散其公司組織，或公告其犯罪事實，西德經濟刑法於沒收之外，尚規定法院得命令將犯罪所得財物充

公，或退給被害人。此種事實無法兼收並蓄於普通刑法中，何況刑法所規定之處罰，應以違反社會一般自然義務犯罪爲對象。至於違反行政上義務之法定犯，應在行政法規中規定，不宜一併納入刑法法典，如將有關經濟犯罪之法條，另訂於單一的經濟刑法中，在形式上或較合法理之平而完美。

茲附言者，本書就作者已往發表之刑法專題，加以整理而成，執筆先生，如王建今、周治平、韓忠謨、林彬、俞叔平、何任清、林紀東、洪福增、張甘妹、曹文彥、林山田、林天予、李元簇、吳正順、楊大器、高仰止、曾紹勛、刁榮華、陳漢生、孫德耕、梁恒昌、趙琛、謝兆吉、陳弘毅、陳煥生、蘇俊雄、洪力生、謝瑞智、吳祥麟、蔡墩銘等，除編者濫竽其間外，均爲當代名家，法學素養精深，特各選一篇，以饗讀者，其編列順序，先實體法而後程序法，先普通法而後特別法，並以法條次第排列，全書凡三十餘萬言，類多精心偉構，謹向作者致敬感佩之忱。又本書所選之論著，少數作者已作古，其生前之精心選述，自不因時序之遞嬗，浮生之存息而有所變異，後之學者，可重聆前輩之議論，知所追踪而發揚之，則豈止於青出於藍而深於藍，抑以宏揚我法學，俾光芒照耀於寰宇，則刊佈之事小，而啓發之意大，中華文化之復興，實利賴之，於此動盪之大時代中，吾儕習律者仍應負斯積極之使命（註⑦）。編者謹此精錄，期以共勉。

【附註】

- ①參照刁榮華著刑法之事例與理論第一〇八頁。
- ②參照前揭刑法之事例與理論第二頁。

- ③參照刁榮華編刑法修正若干問題第二七頁（見林紀東氏主張）。
- ④參照前揭刑法修正若干問題第一八頁（見韓忠謨氏主張）。
- ⑤參照前揭刑法修正若干問題第二九頁（見錢國成氏主張）。
- ⑥參照前揭刑法修正若干問題第五一頁（見蘇俊雄氏主張）。
- ⑦參照中國法學論著選集姚序第二頁。

現代刑法基本問題目錄

現代刑法基本問題前言

一	刑法理論之基礎及其進化	王建今	一
二	刑法理論之史的發展	周怡平	二二
三	從行為刑法及責任刑法觀點論現代刑事立法趨勢	韓忠謨	五〇
四	論吾國刑事立法要則的轉變	林彬	五六
五	刑事法學的新趨勢	俞叔平	七三
六	刑事法學與其他科學之關係	何任清	八〇
七	罪刑法定主義之發生與發展	林紀東	八四
八	犯罪論之體系	洪福增	九五
九	犯罪被害者之諸特性	張甘妹	一一五
一〇	刑罰個別化之歷史背景	曹文彥	一三二
一一	論刑罰的特性	林山田	一四四
一二	論生命刑存廢問題	林天子	一六〇
一三	精神耗弱減輕刑事責任能力之研究	李元簇	二〇二

一四	障礙未遂犯立法例之比較考察	吳正順	二二九
一五	論共謀共同正犯	楊大器	二四六
一六	教唆犯論	高仰止	二五二
一七	累犯論	曾紹勛	二六一
一八	刑法上之競合犯	刁榮華	二六六
一九	論結合犯之結合關係	陳樸生	二七六
二〇	論刑之酌科	孫德耕	二九〇
二一	緩刑制度之商榷	梁恒昌	二九九
二二	假釋論	趙琛	三一〇
二三	中外刑法有關保安處分之比較	謝兆吉	三一四
二四	現代安樂犯問題之研究	陳弘毅	三二三
二五	減刑的意義及其效果	陳煥生	三三三
二六	經濟犯在刑法概念上的基本問題	蘇俊雄	三四九
二七	藐視法庭的研究	洪力生	三五九
二八	更生保護之研究	謝瑞智	三六九
二九	刑事訴訟法之基本原則	吳祥麟	三八八
三〇	刑事被告之訴訟權與其濫用之檢討	蔡墩敏	三九九

一 刑法理論之基礎及其進化

王建今

一、刑法的發生與發展

刑法正如其他法律一樣，是爲適應社會生活之需要而發生。人類因爲要求生存，同時要求進步之理想的生存，所以必需組織社會，來經營共同生活。人類自社會生活形成以後，就發生兩種社會現象，一種是生存互助，一種是生存衝突。因爲互助之結果，就會產生進步的文化，又因爲衝突的結果，人類的社會生活，就會發生無數的障礙與危險，因爲要消除這種障礙和防止其危險的發生，所以對於若干衝突的行爲，就不能不認爲是犯罪行爲，而予以適當的處罰。這便是刑法的起源。

現行刑法，乃是經過悠久之歷史的變遷後，才達到今日的地步；而將來的發展，仍屬永無窮盡。我們對於現行刑法雖不能不承認其距離理想的目標還是很遠，然而不能不向着這個目標努力前進，以期終有達到的一日。刑法一經制定以後當然必須有相當時間的固定性，然而社會的進步，是由於人類要求進步的生存，人類不斷的要求進步的生存，所以社會就有不停止的進步，刑法既是爲適應社會生活的需要而制定，因此在刑法的形式未變動以前，而刑法的解釋，那就不能不適應時代的精神來妥爲活用。換句話說，當我們研究現行刑法的時候，一方面緊接着過去的事實，他方面迎接着未來的希望。也就是——一方面考察刑法過去的沿革與其進化，他方面順着刑法未來的發展而追求其理想，簡單的說