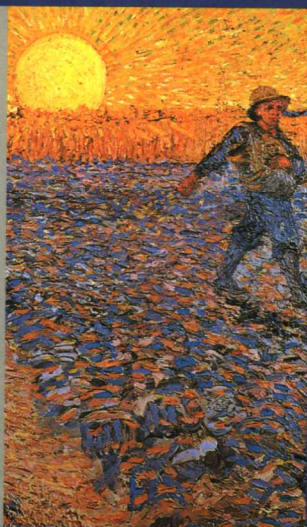


學術著作 ◆ 大專用書

一個知識論上的 刑法學思考

林東茂 著

五南圖書出版公司 印行



D914.00

一個知識論上的 刑法學思考

國立成功大學法律學研究所專任教授

國立中正大學法律系兼任教授

五南圖書出版公司 印行

自序

I

自
序

好的電影深深觸動觀眾的心靈，使之落淚。優美的音樂與文學作品，都足以讓人震動不已。法律論述，能有如此的張力與感染力嗎？多年來我一直這麼問。

電影、音樂與文學觸探人的情感，處理技巧可以不拘一格，可以豐富多樣；法律談的是嚴肅的權利保護，利益的衡量，在內容上，已經遠離了生命的感動。至於法律意見的表達，幾乎沒有異議，多認為必須中規中矩，端出法律人森冷枯索、晦澀深奧的獨具風貌。所以，我的提問似無討論必要了。

法律論述，當然無法散發如鍾理和文章的巨大感動，讓人讀之久久難以自己；也不能如普契尼的詠歎調，令人低迴不已。不過，法律既然是人的學問的一種，至少不應該失去它的親切吧。為什麼讀了法律，寫出的東西就要不親切，甚至，人也不親切了？是誰規定的？何時規定的？為什麼如此規定？

法律論述要呈現美的感動，給人無目的的快樂，給人的性靈救贖，恐怕真有困難。

但是，依我看，應該還有層層向上發展的可能。

首先，要設法說清楚想說的話，不能介紹外國學說時受制於外國人的幽靈，以一種幼兒學語的腔調兼帶可笑的嚴肅，述說沈悶含混的事物。其次，清楚的話要有意義，要有厚重的感覺，厚重才有綿延的生命力。標榜清晰而不具思想厚度，可能是分析哲學的致命傷，偏偏有優秀的法律人把分析哲學當作典範。再其次，是把清楚厚重的話，優雅的說出。這是美的層次。法律論述如果可以像一首詩，如一篇優美而感人的散文，像一部「紅色警戒」那樣如詩的電影，該會多麼迷人。最後一層，我認為最難的一層，是善。優雅厚重的清楚話語，如果心存不仁的說出，也會令人生厭。善，是人的世界的終極歸向。

我在警大服務時，與友人提過我觀念中法律論述的前三境。轉來成大任教，重讀羅曼羅蘭原著，傅雷翻譯的托爾斯泰傳記，品味托翁所說「最崇高的藝術，是以愛的力量來直接完成這事業的藝術」，才領會到善的深意。這領會，不表示我做到了，或做得到。我把它懸掛在高處仰望，讓我有羞愧的

可能。

距離一個完成自己的人（指的是，從心所欲不逾矩），我還很遙遠。我的不惑之年早過，不可解的疑惑卻越來越多。知天命之年逐漸迫近，可是依我的能力，那種形上的智慧以及宇宙秩序的把握，確定的不可能了。孔子六十歲的瀟灑，對我更是難上加難。我還很在意別人偶而的栽贓構陷，耳根不清靜。我很自信，有足夠的勇氣承擔自己犯過的錯誤，但對於惡意的構陷仍無法一笑置之。

不能一笑置之，是因為一種沈重的疑惑。這個疑惑是，受過法律訓練的人常自認為有俐落的思考，可以辨別事情真偽；可是，更廣闊更真實的思考戰場在日常生活上，為什麼很多人在這裡潰敗得難以想像？舉一個簡單的例子。日常生活上我們會聽到流言，或不知傳播幾手的黑函，許多人立刻興奮起來加入圍攻的行列，連最簡單的查證都不做，所持的是一個低劣的判斷標準：「為什麼別人不會有流言，偏就是他？」流言與黑函裡面有極其粗糙的故事，可是，多少人在這種粗糙之前謙卑的下跪了。我們的法律論述，我們的法律教育與考試，能教人

在真實的思想戰場不敗下陣來嗎？

應該是善吧。善，對於刑法這個領域尤其重要。無罪推定、罪疑唯輕的原則，不都從善念出發嗎？有善念，才不會放任情緒羅織，羅織一個沒有辯解機會的人。有善念，清明的思慮才不至於被扼殺，才能找到真正修持的道場，學佛才不會只是生活上的一個裝飾、襯托與虛矯。我在其他文章寫過，刑法是一門惡的學問，這學問裡用的都是惡的語言，處理的都是惡的因緣，接觸多了，如果少了一些法律以外的自省，會被這門學問反過來影響自己的人格。法律外的自省，比較重要的是善念與包容。

人與人的關係多麼閃爍飄忽，人的情感世界多麼複雜，利益糾葛多麼難解，法律人如果用單元簡易的標準決斷人間的是非，只會帶來遺憾，甚至悲劇。避免遺憾與悲劇，除了努力於「學問的生命」之外，「生命的學問」的涉足，也是必須的。這兩者的共通源流，是善。

林東茂

1999.5.14.成大敬業樓

林秉文

學歷：

中央警察大學法學士、法學碩士

德國慕尼黑大學法學博士

經歷：

中央警察大學犯罪防治系講師、副教授、教授

中央警察大學法律系教授兼系主任

國防管理學院軍法官班兼任副教授

東海大學法律系及法律學研究所兼任教授

政治大學法律系兼任教授

東吳大學法律學研究所兼任教授

現職：

國立成功大學法律學研究所專任教授

國立中正大學法律系兼任教授

目 錄

1. 一個知識論上的刑法學思考

■ 1 ■

壹·前言 3

貳·社會科學非實證不可？ 4

參·法律的基礎是實證 16

肆·立法除了實證之外，還兼顧價值 18

伍·法律解釋除了實證之外，還兼顧價值 21

陸·刑法體系由經驗主義轉向文化價值的重視 25

柒·結語 44

2. 刑法分則修正草案評估—侵害個人法益

部分

■ 47 ■

壹·前言 49

貳·建議刪除殺害直系血親尊親屬罪 49

參·刪除普通過失與業務過失的區分 50

肆·保留墮胎罪 52

伍·刪除介紹墮胎罪 56

陸·加重常業犯的法定刑 56

柒·重新規定聚眾鬥毆罪	57
捌·改傳染疾病罪為抽象危險犯	59
玖·將普通遺棄罪清楚規定為具體危險犯	61
拾·增列劫持人質罪	64
拾壹·修正強制罪的構成要件	67
拾貳·限制誹謗死人罪的告訴期限	68
拾參·增列竊聽竊錄非公開談話罪	71
拾肆·對於機器設備的竊取，改為特殊竊盜罪	72
拾伍·修正加重竊盜罪的構成要件	74
拾陸·增列使用竊盜罪	76
拾柒·使用竊盜與輕微竊盜均須告訴乃論	77
拾捌·無須擴大強盜罪的動產概念	78
拾玖·刪除利用電腦侵占罪	80
貳拾·增列詐騙機器勞務罪	81
貳拾壹·建議增列濫用信用卡罪	82
貳拾貳·建議擴張重利罪的規定	84
貳拾參·建議增列洗錢罪	85

3. 評刑法修正—妨害性自主罪

■ 91 ■

壹·前言	93
貳·鳥瞰修正內容	93
參·值得肯定的修正	99
肆·不盡圓滿的修正	102
伍·還有討論餘地的修正	108
陸·結語	115

4. 詐欺罪的財產損害

■ 117 ■

壹·前言 119

貳·鳥瞰詐欺罪的基本結構 120

參·關於財產的概念 124

肆·與使用目的重大的背離，是一種財產損害 127

伍·具體的危險，是一種財產損害 130

陸·國內實務意見與檢討 131

柒·結語 133

5. 竊盜或詐欺——一個案例的檢討

■ 135 ■

壹·前言：從一個真實的案例談起 137

貳·成立詐欺與竊盜以外的罪？ 138

參·詐欺罪是否可能？ 144

肆·為什麼是竊盜罪？ 148

伍·後語：誤做處分的警察有罪否？ 153

6. 重利罪的構成要件

■ 155 ■

壹·前言（爭點所在） 157

貳·重利罪構成要件的保護法益 157

參·被害人經濟上的弱勢，指的是什麼？ 160

肆·「與原本顯不相當之重利」究竟何所指？ 162

伍·現行法的保護充分嗎？（代結語） 165

7. 信賴原則的適用範疇與界限 ■ 167 ■

- 壹·超越容許的危險，才有過失 169
- 貳·信賴原則的概念及其適用範疇 173
- 參·信賴原則的界限 175
- 肆·我國實務意見 176

8. 誤想防衛 ■ 179 ■

- 壹·前言 181
- 貳·誤想防衛的概念 181
- 參·誤想防衛的處理 183
- 肆·總結與本文立場（代結語） 189

9. 教師懲戒行為的刑法問題 ■ 191 ■

- 壹·序言 193
- 貳·懲戒行為可能成立傷害罪 195
- 參·懲戒的結果可能成立強制罪 201
- 肆·懲戒行為可能成立妨害行動自由罪 204
- 伍·懲戒行為可能成立毀損罪 205
- 陸·關於學校生活公約的刑法效果 206
- 柒·結語 210

10. 校園暴行的法律問題 ■ 213 ■

- 壹·序言 215

貳·學生對學校設施加以破壞的法律問題	216
參·學生對於學生施加暴行的法律問題	218
肆·學生對老師施加暴行的法律問題	224
伍·老師對學生施加暴行的法律問題	225
陸·校園暴行防治法有用嗎？有必要嗎？	227

11. 經濟犯罪的幾個現象面思考 ■ 231 ■

壹·摘要	233
貳·前言	234
參·什麼是經濟犯罪？	234
肆·經濟犯罪與其他類似現象	240
伍·形成經濟犯罪的相關原因	248
陸·經濟犯罪的抗制（代結語）	255

12. 信用卡濫用的刑法問題 ■ 259 ■

壹·前言	261
貳·信用卡濫用是典型的經濟犯罪	262
參·無給付意願與能力濫簽信用卡	263
肆·偽造信用卡並持以消費	272
伍·冒用他人的信用卡	276
陸·偽造身分證件等資料申請信用卡	278
柒·結語	279

13. 評少年事件處理法修正 ■ 281 ■

壹·前言	283
------	-----

貳·鳥瞰少事法結構	284
叁·少事法的思想根源	287
肆·值得稱許的一些修正	292
伍·失妥的修正	296
陸·對於矯正學校的一些疑慮	300
柒·結語	303

14. 刑事政策及其相關學科

■ 307 ■

壹·序言	309
貳·刑事政策的核心意義	310
叁·犯罪學與刑事政策	313
肆·刑事法學與刑事政策	316
伍·犯罪偵查學與刑事政策	320
陸·以竊盜罪為例，說明不同刑事學科的研究重心	321
柒·比較法學與刑事政策	323
捌·法哲學與刑事政策的基本原則	327
玖·結語	335

15. 徘徊於有效性與法治國之間的犯罪

控制

■ 337 ■

壹·犯罪這個現象	339
貳·刑事訴訟法的任務	339
叁·刑事訴訟處於有效性及合法性之間	341
肆·刑事訴訟的偵查與強制手段	345
伍·展望	353

一個知識論上的刑法學思考

——刑法體系的思想根源試探

◀ 目 次 ▶

壹·前言

貳·社會科學非實證不可？

參·法律的基礎是實證

肆·立法除了實證之外，還兼顧價值

伍·法律解釋除了實證之外，還兼顧價值

陸·刑法體系由經驗主義轉向文化價值的重視

一 以經驗主義為基礎的古典體系

二 以新康德哲學為基礎的新古典體系

三 以目的行為論為基礎的目的體系

四 新古典與目的體系的結合，承續新康德的價值思考

五 近代崛起的目的理性體系，是新康德哲學的徹底實踐

柒·結語

壹 ■ 前言

國內有些刑法體系書，用了一些篇幅談到德國刑法體系（或稱犯罪論）的演變^①。這個體系的演變，可能沒有引起一般讀者太大的興味^②。對於準備考試的人，目前的體系通說才最重要；體系的發展經過，不太可能成為考試的題材。對於刑法總則的教師，或礙於進度，或礙於初學者的理解有限，或礙於其他原因，體系的演變不會在課堂上稍加詳細的說明。

事實上，當我們對於刑法知識的獲取到了一個階段，會不期然的生出一種好奇心，那就是：「人類史上對於犯罪概念的零星提出，最少有千百年，這些多雜的概念為什麼被串起成為一個體系？用什麼中心思想去串成體系？建立體系的目的是什麼？體系的建立究竟有什麼優缺點？體系建立後，何以會發生革命性的變動？」這個好奇心的滿足，可以使我們對於刑法知識的理解，更加的穩妥與深刻，甚至對於刑法的知識發生感動。當我們對於一個知識不發生感動時，我們對於這個知識的投入，其實是有限的；如果這個知識本身實在無法令人感動，那麼，這個知識的魅力也很有限。

① 例如：林山田，刑法通論，第5版，1995年，第80至85頁；蔡墩銘，中國刑法精義，1991年，第37至40頁。

② 有知識熱情的人對於體系的思想根源，可能會比較願意深究。年輕一輩的研究者，已經不乏這樣有知識熱情的人。例如：靳宗立，犯罪論體系之構成原理，國立中興大學法律研究所碩士論文，1997年。

依羅克新（Claus Roxin），刑法體系的演變有幾個重要的階段，分別是：古典體系、新古典體系、目的論體系、新古典與目的論的結合體系（目前德國通說）、1970年代以後的近代體系（主要指羅克新自創的目的理性論）。我認為，古典體系是建立在經驗主義的基礎上；新古典以後的體系，則是建立在新康德哲學的基礎上（重視文化價值的哲學）。威爾采（Hans Welzel）的目的論體系，雖然根源於「現象學的本體論」，可是，體系內涵仍留有清晰的新康德哲學的價值思想。因此，可以這麼說，要對於刑法體系的演變有貼切的了解，必須清楚知識論上的經驗主義，也必須理解新康德哲學的背景。

本文試圖把刑法體系演變的內容，以及背後的思想根源，作一個比較清晰的呈現。在談到刑法體系的發展之前，我對於經驗主義的基本觀念，著墨稍多。這個討論是必要的，因為有助於理解古典體系的形成背景。在正式討論刑法體系的發展以前，我對於法律的制定與解釋要借重價值的思考，也做了許多說明；這是為了銜接往後要討論到的新康德哲學。

貳 ■ 社會科學非實證不可？

一般社會科學的研究者有一種看法，以為法律之為物，是純理的思辯，沒有實證的基礎。他們質疑：法律人在一個封閉的概念體系打轉，法律意見沒有經驗上的檢證，這種知識算是知識嗎？