

刑法總則之比較與檢討

楊建華 著

中華民國七十七年九月印行

刑法總則之比較與檢討

楊建華 著

中華民國七十七年九月印行

中華民國七十七年九月版

刑法總則之比較與檢討

定價新臺幣肆佰元

有 著 作 權

著 作 人
兼 發 行 人

楊 建 華

總 經 銷

三 民 書 局

臺北市重慶南路一段六一號
郵政劃撥帳戶〇〇〇九九九八—五號

印 刷 者

廣 益 印 書 局

臺中市北屯路二九六號
電話：二一三三五六八七號

自序

我國刑法肇自唐虞，發揚於秦漢，至隋唐而燦然大備。宋、元、明、清雖或有增損，惟仍以唐律為基礎。在此時期，亞洲諸國，莫不深受我國法制之影響，日、韓、泰等國刑法，迄今仍有自首之規定，即係繼受我國法例。清末海禁大開，歐美文化東漸，社會情勢變遷，不得不變法圖強，乃參酌外國法例，制訂「大清新刑律」。其時因有日人岡田朝太郎參與其事，故我國刑法頗受日本刑法之影響。而日本刑法起草，原聘法國人玻阿梭那德為顧問，故我國刑法又因而歸入大陸法系。民初之暫行新刑律、民國十七年之舊刑法、民國二十四年之現行刑法，雖各有因革，惟均未脫離大陸法系之範疇。第二次世界大戰以後，刑法思潮與時俱進，大陸法系諸國，莫不配合新的理論趨勢，各就其刑法研究修正。同為大陸法系之我國，自當比較他國最新法例，參考我國刑法實際運用情形，斟酌當前國家社會需要，作通盤研究，以供學理上、實務上、立法上之參考。

著者於三十餘年前習律之初，原對刑事法有濃厚興趣，從事審判實務，亦曾辦理刑事案件。嗣感於研習法學，必須對於法律有整體體認，如能對民、刑、商法以至行政法，均能兼而顧之，寧非佳事。乃復對民商法及行政法作多方涉獵，民商法並各有著作問世。其間既從事民事審判實

務與民商法之教學，又曾一度從事行政訴訟之審判。而承乏前司法行政部刑事司長六年，適逢研究修正刑法期間，因職務關係，得參與末議，親聞各學者專家之高論，獲益良多。為期教學相長，並應輔仁大學之聘，講授「刑法總則」與「刑事法問題研究」。遍讀各權威學者之著作，或就理論多所發明，或就實務各有創見，極為欽佩。惟追本溯源就大陸法系之刑法作通盤比較與檢討者，尚未之見。且前司法行政部草擬之刑法修正草案初稿，完成立法程序亦尚有待，其中不乏可資研究之處，宜有進一步之推闡。此均為寫作本書之緣由。

本書內容係以我國刑法為主，與德、瑞、奧、義、法、日、泰、韓等國刑法作綜合比較，以明他山之石，是否可以攻玉，然後分就我國刑法之修正，提出具體建議，若就前述刑法修正草案初稿而言，既不完全附和雷同，亦不故為立異鳴高，願明達君子，有以鑒諒。

本書寫作於公餘之暇，雖歷時五年，總因學力未逮，所持見解，必多未當之處。如承學者專家惠予指教，自當銘感無既。

本書承郭君勳兄、管高岳弟校閱原稿。高仰止兄、陳耀東兄賜借參考資料，內子惠慈二十餘年來不僅主持家務，使無內顧之憂，且歷年所有文稿，均係由其一手謄抄校勘，助益良多，均併致謝。

楊 建 華

中華民國七十一年
三月一日

刑法總則之比較與檢討 目錄

第一章 罪刑法定主義	一
壹、罪刑法定主義之淵源	一
貳、罪刑法定主義在各國刑事立法上之概況	二
參、罪刑法定主義在我國法制史上之發展	五
肆、罪刑法定主義之檢討	九
一、罪刑之法定	十
(一)、概括規定	十一
(二)、空白刑法	十二
二、刑法法源與習慣	十四
三、刑法與溯及既往	十四
四、刑法與類推解釋	十五
五、刑法與不定期刑	十六
伍、結語	十七

第二章 刑法關於時之效力……………二一

壹、刑法關於時之效力所採取之原則……………二一

貳、刑法關於時之效力在各國立法例上之概況……………二二

叁、我刑法關於時之效力規定之檢討……………二四

肆、限時法與時之效力……………二七

伍、空白刑法與時之效力……………三一

陸、保安處分與時之效力……………三五

第三章 刑法關於地之效力……………四一

壹、刑法關於地之效力在立法例上之原則……………四一

貳、各國刑法關於地之效力在立法上之概況……………四二

叁、我國刑法關於地之效力在立法上之檢討……………五〇

一、屬地主義……………五〇

二、屬人主義……………五八

三、保護主義……………六〇

四、世界主義……………六三

五、其他特別刑法關於地之效力……………六五

肆、外國法院判決之效力·····	六七
一、外國法院判決效力在各國立法例上之概況·····	六八
二、我國刑法關於外國法院判決之效力之檢討·····	七三
第四章 故意、過失及錯誤·····	七七
壹、故意與過失·····	七七
一、處罰故意之原則·····	七七
二、故意與過失之意義·····	八〇
貳、錯誤·····	八五
一、構成要件之錯誤（構成事實錯誤、事實錯誤）·····	八六
二、違法性之錯誤（法律錯誤、禁止錯誤）·····	九〇
第五章 不純正不作爲犯·····	九七
壹、不純正不作爲犯之意義·····	九七
貳、不純正不作爲犯在立法例上之概況·····	九八
參、不純正不作爲犯在立法例上值得商榷之問題·····	一〇一
第六章 結果加重犯·····	一〇七
壹、結果加重犯之意義·····	一〇七

貳、結果加重犯之範圍有關學說……………一〇七

參、結果加重犯在立法例上之概況……………一〇九

肆、結果加重犯在立法例上值得商榷之問題……………一二二

第七章 責任能力……………一七

壹、責任能力之本質……………一七

貳、影響刑事責任之年齡……………一八

一、概說……………一八

二、刑事責任年齡與少年年齡……………一九

三、各國立法例規定刑事責任年齡之概況……………二〇

四、我國刑法刑事責任年齡之檢討……………二四

參、影響刑事責任之精神障礙……………二九

一、概說……………二九

二、精神障礙在各國立法例上立法方式之概況……………三〇

三、我國刑法關於精神障礙立法方式之檢討……………三五

四、原因中之自由行為……………三七

肆、瘡啞影響刑事責任能力之檢討……………四七

第八章 阻却違法.....一五七

壹、概說.....一五七

貳、阻却違法事由之正當行爲.....一五九

一、依法令之行爲.....一六〇

二、依所屬上級公務員命令之職務上之行爲.....一六一

三、業務上之行爲.....一六三

四、其他正當行爲.....一六五

參、阻却違法事由之緊急行爲.....一六七

一、正當防衛.....一六七

(一)、正當防衛概說.....一六七

(二)、正當防衛在立法例上之概況.....一六八

(三)、正當防衛在立法上值得商榷之問題.....一七〇

二、緊急避難.....一七七

(一)、緊急避難概說.....一七七

(二)、緊急避難在立法例上之概況.....一七九

(三)緊急避難在立法上值得商榷之問題.....一八三

第九章 未遂犯.....一九五

壹、未遂犯史的發展.....一九五

貳、未遂犯之着手.....一九七

一、客觀說與主觀說之爭論.....一九七

二、各國立法例上未遂犯之概況.....一九九

三、我國刑法規定未遂犯之檢討.....二〇二

叁、不能未遂.....二〇三

一、概說.....二〇三

二、不能未遂在各國立法例上之概況.....二〇四

三、我刑法關於不能未遂在立法上之檢討.....二〇七

肆、中止未遂.....二一〇

一、概說.....二一〇

二、中止未遂在各國立法例上之概況.....二一一

三、我刑法關於中止未遂在立法上之檢討.....二一五

第十章 正犯與共犯.....二二三

壹、正犯之概念與正犯共犯之立法概況.....二二三

一、正犯概念之學說·····	二二三
二、正犯、共犯立法之溯源·····	二二六
三、正犯、共犯立法之概況·····	二二七
四、我國刑法正犯與共犯立法之檢討·····	二二九
貳、間接正犯·····	二三一
一、間接正犯與正犯、共犯之理論·····	二三一
二、間接正犯在立法例上之概況·····	二三三
三、間接正犯應否明文化·····	二三五
四、間接正犯之形態·····	二三六
叁、共謀共同正犯·····	二三九
一、共謀共同正犯在理論上之依據·····	二三九
二、共謀共同正犯在實例上之趨勢·····	二四三
三、共謀共同正犯應否立法·····	二四六
肆、教唆犯與幫助犯·····	二五二
一、共犯從屬性與共犯獨立性·····	二五二
(一)、概說·····	二五二

(一)、各國立法例上之概況·····	二五四
(二)、我國刑法規定之檢討·····	二五六
二、共犯之共犯·····	二六〇
伍、共犯(廣義)與中止·····	二六三
陸、共犯與身分·····	二六六
一、概說·····	二六六
二、處罰無身分之共犯應否在法律上明文規定·····	二六七
三、各國立法例上之概況·····	二六八
四、我刑法規定之檢討·····	二七〇
柒、共同正犯、教唆犯、幫助犯與過失·····	二七四
一、共同正犯與過失·····	二七四
二、教唆犯與過失·····	二七七
三、幫助犯與過失·····	二七七
捌、正犯、共犯之處罰·····	二七八
一、共同正犯之處罰·····	二七八
二、教唆犯之處罰·····	二七九

三、幫助犯之處罰	二八〇
四、共同加功於身分犯者之處罰	二八一
第十一章 刑罰制度	二八七
壹、概說	二八七
貳、生命刑	二八八
一、生命刑存廢之爭	二八八
(一)、生命刑廢止論	二八八
(二)、生命刑存置論	二九〇
二、世界各國廢止死刑之概況	二九二
三、我刑法死刑之規定及實際運用之情形	二九五
四、生命刑存廢之檢討	二九六
叁、自由刑	二九七
一、自由刑之發展	二九七
二、自由刑之種類在各國立法例上之概況	二九九
三、我刑法規定自由刑之檢討	三〇三
(一)、自由刑之分類	三〇三

(二)、無期徒刑存廢論·····	三〇四
(三)、短期自由刑之適用與拘役刑應否廢止·····	三〇五
(四)、不定期刑應否採取·····	三〇六
肆、財產刑·····	三〇八
一、罰金刑·····	三〇八
(一)、罰金刑制度之演進·····	三〇八
(二)、罰金刑在刑罰效果上之檢討·····	三〇九
(三)、罰金刑額數之檢討·····	三一〇
(四)、罰金之分期繳納·····	三一四
二、沒收·····	三一六
(一)、沒收之本質·····	三一六
(二)、沒收之客體·····	三一八
(三)、沒收物所有權之屬於犯罪行為人時間之認定·····	三二三
(四)、數人共犯一罪應如何宣告沒收·····	三二三
(五)、沒收物上存有第三人他項權利時之處置·····	三二四
伍、資格刑——褫奪公權·····	三二七

一、褫奪公權之本質及其存廢·····	三二七
二、褫奪公權在各國立法例上之概況·····	三二九
三、我國刑法關於褫奪公權立法方式之檢討·····	三三二
四、褫奪公權之客體·····	三三四
五、褫奪公權之期間及其生效時期·····	三三五
六、在監所之人犯得否行使公權·····	三三六
七、褫奪公權之復權·····	三三七
陸、易刑處分·····	三三九
一、自由刑易科罰金·····	三三九
二、罰金易服勞役·····	三四三
三、拘役罰金易以訓誡·····	三四四
第十二章 累犯·····	三四九
壹、概說·····	三四九
貳、累犯之範圍·····	三五一
一、累犯範圍在各國立法例上之概況·····	三五一
二、累犯範圍在我國立法上之檢討·····	三五六

叁、累犯之處遇·····	三六四
--------------	-----

一、以加重刑罰爲累犯處遇之方法·····	三六四
----------------------	-----

二、對常習累犯兼以保安處分爲處遇方法·····	三六五
-------------------------	-----

三、以不定期刑爲累犯處遇方法·····	三六九
---------------------	-----

四、我刑法對累犯處遇方法之檢討·····	三七〇
----------------------	-----

第十三章 數罪併罰在立法上之比較與檢討·····	三七三
--------------------------	-----

壹、數罪併罰之意義·····	三七三
----------------	-----

貳、數罪併罰在各國立法例上之概況·····	三七四
-----------------------	-----

叁、數罪併罰章名之檢討·····	三七八
------------------	-----

肆、數罪併罰之範圍·····	三七九
----------------	-----

伍、數罪併罰之事後併合·····	三八二
------------------	-----

陸、數罪併罰之處斷·····	三八五
----------------	-----

柒、數罪併罰處罰之方法·····	三八八
------------------	-----

捌、數罪併罰之裁判·····	三九四
----------------	-----

第十四章 處斷上一罪·····	三九六
-----------------	-----

壹、一罪數罪區別之標準·····	三九九
------------------	-----