

法律學實例研究叢書 7

林紀東 主編

陳樸生
洪福增 編著

刑法總則

五南圖書出版公司 印行

⑦ 書叢究研例實學律法

刑 法 總 則

生 樸 陳

授教學大灣台
官法大院法司

增 福 洪

授教學大治政前
師律任現

行印司公版出書圖南五

刑 法 總 則

中華民國 71 年 5 月初版
中華民國 72 年 3 月再版
中華民國 74 年 4 月三版

著 者 陳 樸 生
洪 福 增
發行人 楊 榮 川
發行所 五南圖書出版公司

局版臺業字第 0598 號
臺北市銅山街 1 號
電話：3 9 1 6 5 4 2
郵政劃撥：0 1 0 6 8 9 5-3
印刷所 茂榮印刷事業有限公司
臺北縣三重市重新路五段 632 號
電話：9711628 • 9713227

基本定價：3.34 元

(本書如有缺頁或倒裝，本公司員責換新)

法律學實例研究叢書

書目及撰著者

本叢書聘請

林大法官紀東先生擔任主編，分別敦聘權威學者，各就專攻，撰寫各書。書目及作者姓名如左：

一、憲法 李鴻禧教授

二、行政法 城仲模教授 古登美教授

三、民法總則 鄭玉波教授

四、民法物權 楊與齡教授

五、民法債編 王澤鑑教授 楊敦和教授

廖義男教授

六、民法親屬與繼承 戴東雄教授 劉得寬教授

七、刑法總則 陳樸生教授 洪福增教授

八、刑法分則 梁恒昌教授 林山田教授

九、公司法與票據法 梁宇賢教授（公司法）

王仁宏教授（票據法）

一〇、刑事訴訟法 蔡墩銘教授 朱石炎教授

一一、民事訴訟法 吳明軒教授

總序

——中國法律學新里程的開始——

弘揚法治，以鞏固國權，保障民權，不僅是政府的施政方針，亦是全國人民一致的要求。欲弘揚法治，要有良好的法律，識法守法的公務員和人民，也要有良好的法律書籍，闡述法律的理論，和實用的情形，以引導之。俾立法機關能夠制定良好的法律，公務員和人民都能識法守法，以收弘揚法治的效果。

我國法學一向不受重視，在大陸淪陷以前，因國家多故，出版業不甚發達，法律學書籍，並不甚多。所出版的法律書籍，又多為對於現行法的註釋，其中固然有很多佳作，但一般而論，尚欠詳密與深入。至於註釋現行法條文以外的書籍，更不多見，有志於法律學深入之研究者，咸感失望。良好法律書籍的刊行，既然是弘揚法治的基礎之一，而其情形如此，自難望法治

臻於健全，所以識者對於良好法律學書籍的撰述和刊行，多寄以厚望！

所幸近二十年來，由於經濟的發達，社會的安定，給學人一個安心著作的環境，也給出版家一個良好出版的機會。而國人熱望法治之殷，和政府厲行法治之切，更感到法律知識的需要。於是法律學書籍大量出版，各科法律的教科書，日臻齊全。這是前所未有的現象，是法律文化上的盛事，也是國家法治進步的象徵，令人欣喜！

不過現代社會現象複雜，為社會生活規範的法律，內容亦日見繁多，且有許多專門性、技術性的規定，法律學的研究，亦有更求深入細密的必要，固然不能只就法條的規定，為咬文嚼字的探討，粗知各種法律的原理原則，和略悉其解釋判例，亦未盡法律學研究的能事。於是法律學研究的方法，應該如何改變？法律學研究的目標何在？乃為學者所聚訟的問題。各家說法，雖有見仁見智的不同，但主張把理論和實例連成一氣，以研究法律學，不專注意抽象的理論，亦不專注意現有的實例，則為多數學者所公認。因為法律是社會生活的規範，法律學是以各種社會生活規範，為其研究對象的科學，

既然是一種科學，自然有其繁複的理論，假如於研究某種法律之際，不注意其有關的理論，則於法律產生的背景，條文的含義，和立法的得失，均難獲徹底的認識。但法律又因其為社會生活規範之故，以現實的社會生活為其研究對象，並非不食人間烟火，遺世而獨立者，故法律學的研究，不能只徘徊於理論的境界，亦應注意實際的情形。所以多數學者，都主張法律學的研究，應該把理論和實例，連成一氣，融會而貫通之，纔能獲得豐富的成果。從而合理論與實際為一體的法律書籍，是對於學法律者，幫助極大，需要甚切的書籍。

五南圖書出版有限公司，近年出版法律書籍甚多，法學界多予讚美。發行人楊榮川先生，得此鼓勵，且鑒於上述書籍的重要，乃於刊行各種法律教科書之外，更進一步，邀約各科專家，編印法律學實例研究叢書，分別就憲法、行政法、民法、刑法、商法、民刑訴訟法各種法律，為深入的研究和敘述。其內容則如凡例所云：『本叢書旨在求法律理論與實際之貫通，融法理於實例之中，於事例之中瞭解法律理論與概念，期使學者於研讀法學專書之

後，能學以致用。故各書一律由具體事例出發，進而闡述事例中所蘊藏之法律問題。『觀此說明，足見這是一部合理論與實例為一體的書，使讀者於實例中，了解有關的理論；又從有關的理論上，知道某些有關的事例，應該怎樣得到妥切的解決。這種寫法，和只就現行法條文，註釋評論者，固不同；跟只以判例解釋為題材，略加分析評論者，亦大有差異。而是依照多數學者所主張的法律學研究方法，撰寫而成者，自是對法律學貢獻甚大的一部好書。

尤其可貴者，撰寫本叢書各科的作者，都是各大學的教授，各該科的專家。各位作者，本其多年研究的心得，駕輕就熟，精選實例，詳析理論，而後成書。他們所提供於讀者者，讀者於本叢書所得者，不僅是各書的內容，而且是各位專家的觀點，敘事論斷的方法，倘能慎思明辨，舉一反三，讀後當有更多的收穫。

總之，本叢書是約集各科專家，就各種法律，合理論和實例為一體，撰寫而成的。不但對讀者有許多裨益，其體例之新，冊數之多，均為前此法律

書籍所鮮見。它的出版，使我國法律學進入新的里程，於我國法治的弘揚，亦必有所貢獻。我因從事他書的寫作，未克參加本書作者的行列，但曾受榮川先生之託，共同決定書目，洽商體例，邀請作家，於本叢書之成，亦得追隨諸君子之後，共與其盛，至為欣喜，故於付印之時，略述所見於此。尤盼我國的法律學，由此新里程的開始，進入更完美的境界，各科專家，更多精采的著述，出版家，刊行更多的好書，以供各方閱讀，而共赴於弘揚法治的大道。

中華民國七十年四月廿二日

林 紀 東 序於臺北念菴書室

凡 例

一、本叢書旨在求法律理論與實際之貫通，融法理於實例之中，於事例之中瞭解法律理論與概念，期使學者於研讀法學專書之後，能學以致用。故各書一律由具體事例出發，進而闡述事例中所蘊藏之法律問題。

二、本叢書各書先就各該科之重要內容，選出二十至三十則單元課題，然後就每一單元課題，構設事例，闡析內涵。

三、本叢書各書每一單元課題，均包括下列各項：

(一)單元名稱：每科以二十至三十則單元為原則，務期包含各該科實用上之重要內容，力求周遍。而其順序，則盡量配合法典及教科書章節之順序排列，俾使學者對照閱讀。

(二)事例：每一單元，分別擬構一件具體「事例」，作為引導。此項具體事例之擬構，盡量以社會生活中可能發生或經常發生者為主，其情節除配合該單元內涵外，並旁及他法、判解，或法理上之論爭，避免過於單純，一見即知，俾於錯綜複雜之事例中，訓練學者分析問題、適用法條之能力。

(三)法律問題：就具體事例之各種情況，提出數則法律問題，作為探討解說之綱領與脈絡。

四解說：針對所列「法律問題」，逐一闡述其主要論點，有關之法令規定、學說判解，並附己

見。必要時，並就有關之判解學說，加以評論，以引導學者作深入分析

四、本叢書各書每一單元之後，均附列相關例題三、四則，以啓發讀者之思索。各例題所述之事件，如何適用法律，亦有一簡單之提示，以引導學者探索之方向。

五、本叢書各書引用法規時，其條、項、款及判解之表示如下：

條：一、二、三……

項：I、II、VI……

款：1. 2. 3. ……

但書規定：但

前段：前

後段：後

司法院三四年以前之解釋例：院……

司法院三四年以後之解釋例：院解……

大法官會議解釋：釋……

最高法院判例：……台上……

行政法院判例：行……判……

民刑庭總會決議：民刑議……

刑法總則 目次

* 一〇五 章：洪福增先生編著
* 六〇十九章：陳樸生教授編著

1 次 目

1 刑法之類推解釋與擴張解釋之差別·····	一
2 不純正不作為犯·····	二三
3 因果關係·····	五七
4 加重結果犯·····	九七
5 客體錯誤與方法錯誤·····	一二一
6 着手實行與預備之差距·····	一四五
7 危險犯之未遂·····	一五九

8	未遂犯之性格·····	一八一
9	未遂行為·····	一八九
10	犯罪行為之共同實施·····	二〇一
11	共同正犯之共同性·····	二一三
12	共謀共同正犯之共犯性·····	二二三
13	間接正犯與親手犯·····	二三五
14	間接正犯之錯犯·····	二四九
15	教唆犯之正犯性·····	二五七
16	身分於共犯性之影響·····	二六九
17	一行為與數行為·····	二八七
18	方法行為與結果行為·····	三〇一
19	同一罪名·····	三〇九

1 刑法之類推解釋與擴張解釋之差別

農夫甲於中華民國三十八年十一月二十四日夜間前往A地溪畔，使用靜電捕魚法捕魚，得魚數斤，歸途中被警截獲，逮同捕魚之電器及魚具於翌晨一併移送法辦。

問 題

一、本案發生在漁業法於中華民國五十九年四月三十日修正公布以前。行為時之舊漁業法第四十五條所規定之滅害魚類罪，雖僅規定以投放藥品、餌餅或爆裂物於水中，以麻醉或滅害魚類者為限，並無如五十九年四月三十日修正公布施行之漁業法第五十一條第一項第三款有處罰使用電氣或以其他麻痺之方法捕魚之明文；但使用電氣方法以麻痺魚類，在麻痺之方法上言，與使用藥物之麻痺方法，並無二致，且有過之而無不及，是否可以擴張解釋的方法將之包括於投放麻醉藥品以麻醉、滅害魚類之內耶？抑如最高法院三十九年度臺非字第七號刑事判決所示「漁業法（舊）第四十五條之滅害魚類罪，以投放藥品餌餅或爆裂品於水中，以麻醉或滅害魚類者為限，並不包括投放電流在內。原確定判決事實欄載：某甲於民國三十八年十一月二十四日夜間，在竹東頭前溪畔用貯電池發電，以導電桿接通電流，投放水中，使魚類觸電麻痺，浮出水面以撈魚網捕之，得魚

約半斤等語。依上開說明，並無適用漁業法（舊）第四十五條處罰之餘地，第一審法院竟以接通電流投放於水中以麻醉魚類之方法，較之用藥品，其結果有過無不及，乃類推解釋，依該條處斷，原審未加糾正，仍予維持，駁回被告之上訴，其適用法律顯有違誤」云云之見解耶？

二、類推解釋與擴張解釋暨與當然解釋以及與目的論的解釋，其意義各若何？其間之差別及界限各如何？

三、如可以適用類推解釋者，則是否將與罪刑法定主義之原則相違背耶？

四、再者，本事例某甲行為時係在舊漁業法施行有效期內，其法定刑為一年以下有期徒刑，併科一百元以下罰金，而裁判時修正之漁業法第五十八條所規定之科刑，除罰金提高為一千元外，其餘所科徒刑同為一年，依刑法第八十條第一項第三款之規定，其追訴權之時效早已消滅。偵查中應為不起訴處分，審判中應為免訴之判決。在審判程序上言，原不至發生適用法律之解釋問題；但為使讀者研習題示之問題起見，故引作為討論之事例。

解 說

一、刑法與一般法律相同，為力求簡化能適應於複雜的具體事實起見，不能不作一般的、概括的、或抽象的法規範之規定；從而其規定之內容，自不免缺乏明確性及具體性。同時，由於成文法規之各法條，具有文章之形式，故其所表現之文字或語言的意義，亦難免不發生晦澀不明之處，運用之際

，常能發生疑義。加以科學之進步，一日千里，社會生活隨之而發生重大的變化，應適用的一定法規之具體事實，亦千態萬樣，欲以有限之法文，應付層出無窮之事實的變化，自不免有短絀之虞。而法文一經制定公布施行，非經立法程序又不能輕易更改，尤以對於國民生活具有重大影響之刑法，更不能時常輕易修改，以失其安定性。欲求其能適切的、妥當的適用於某一具體事實，必須先使刑法所規定的內容與意義趨於明確，於是刑法的解釋，遂應運而生。刑法之解釋在於使所發生之具體事實，能適當的、妥善的獲得解決，以達到制定刑法之目的；是故解釋之於刑法，猶如營養之於生物，至少可延長其生命，使其適用成為可能。亦可謂為刑法係由解釋而生長而發展而醇化。

刑法之解釋既亦為法解釋之一種，然則，何故僅在刑法解釋之下，所謂禁止類推解釋成為問題耶？此蓋因刑法之解釋，直接對於國民之生命、身體、自由、財產所及之影響至深且鉅之故也。因此，向來對於刑法之解釋適用，莫不採取慎重之態度，以防止法官之擅斷，藉以保障個人之生命、身體、自由及財產之安全，此為刑法解釋特殊性之所由生（註一）。

註

一：木村龜一謂「刑法之解釋，必須依據指導刑法根本目的之理念為依歸。刑法之目的，在於調和社會的利益與個人的利益。而表現此目的者，乃係刑法之條文，故刑法之目的論的解釋，不能脫逸刑法明文之形式的界限，如超越此界限，即絕非所能容許。在此意義上，刑法之解釋，乃係被條文文字所拘束之拘束的解釋，而非自由法論。此為刑法解釋之根本要求，同時，亦係刑法解釋之特殊性。（見氏著「刑法解釋之本質」一文第四十四頁，該文收集於氏著之刑法之基本問題一書中）。

刑法的解釋，與一般法律的解釋相同，亦可分爲「就條文之本文，依其文義及詞義，釋其文理，以求其內涵之真實意義」之文理解釋，與「置重於法文論理的意義，使用演繹、歸納以及類推等方法以發現法精密的概念及法則，探求條文真意所在」之論理解釋，以及「基於法成立的歷史沿革，以闡明法真實的意義」之沿革解釋；與夫以「達到規定條文之目的意識及價值意識爲必要，而將條文之意義較通常之語義及日常用語例更擴大的加以解釋」之目的論的解釋（註二）等四大類。而論理解釋類中，又可細分爲(1)「以條文規定之目的及意旨爲依據，擴張法文的意義，或超越法文的文理，以探求法真意」之擴張解釋。及(2)「以條文所規定之文字失諸寬泛，而將其意義加以縮小或限制，使其合於立法真意」之縮小解釋或稱嚴格解釋。(3)「條文在文字上雖未明白表示，但該事實實際上已包含於條文規定精神之內，依當然的道理，以闡明條文真意」之當然解釋或稱勿論解釋。(4)「對於法無正條的事實，援引類似條文，比附適用」之類推解釋（註三）。(5)「依據條文規定的結果，推論其反對的結果，以闡明條文真意」之反對解釋；(6)「在條文規定不完全時，爲保持其明確性而不致有矛盾起見，統觀法規定之全文，加以補正」之補正解釋等六種。文理解釋僅就條文的文義及詞義加以解釋，以探求立法者在立法當時之意思，其範圍雖較爲狹；但條文的文句，乃立法者表示其意思之符號，欲知立法者創立條文之真意，自應先行探究條文之文義及詞義。苟條文之文義及詞義甚爲明白，則可明確其真意及內容。故在條文的文義及詞義表現甚爲明確之情形，使用文理解釋方法，即足以明白法文真意之所在時，固毋須再行使用其他解釋方法以補充之；然文理解釋，一般除數字及固有名詞外，有雖