

陶龍生著

刑法之理論與實際

三民書局印行

D9

陶龍生著

刑法之理論與實際

三民書局印行

中華民國五十七年九月初版
中華民國六十九年一月三版

◎ 刑法之理論與實際

基本定價 貳元

行政院新聞局登記證版業字第〇二〇號

版權
所有
翻印
必究

著作
者
陶
龍
生
發行人
劉
振
強

出版者
三民書局股份有限公司
印刷所
三民書局股份有限公司
臺北市重慶南路一段六十二號
郵政劃撥九九九八號

38.00元

自序

本書是著者從民國五十五年以來在國內各法律學術刊物與報紙所發表的論文的選集。著者在撰寫這些論文時並沒有按照一種系統選擇題目，也沒有考慮將來收集成書的可能。民國五十六至五十七年，著者從美國回國在臺灣大學，輔仁大學及東吳大學執教，時有學生告以無法尋找其中幾篇論文，纔感覺有收集重印的需要。因此本書的編成，保留過去的論文是主要的目的。

本書所收集的論文，都以刑法理論上或實際上的問題為中心。理論應以實際為測驗，而實際應以理論為基礎，這是著者一向的信念。

著者在這裏，必須向林紀東教授致謝。林教授不但是著者的老師，而且不斷地鼓勵著者的研究與寫作。著者同時要對美國印第安那大學特績講座教授霍爾博士 (Jerome Hall) 及美國哈佛大學法律教授孔傑榮 (Jerome A. Cohen) 表示感激。前者是著者從事刑法研究時的指導教授，後者經哈佛大學法學院資助著者回國研究。

著者對於父母親的教養與鼓勵，及內子張國雲的各方面協助，是永生難忘的。

陶龍生謹識於臺灣大學

刑法之理論與實際 目錄

論罪刑法定原則·····	一
論刑法上的因果關係·····	二三
車禍案件中的過失問題·····	四三
精神病的法律問題·····	五一
無罪與因精神病而免刑責·····	六四
毛髮與犯罪證據·····	六六
酒醉駕車的法律問題·····	七二
對美軍在華地位協定的幾點疑問·····	七七
美軍地位協定上之執行公務行為·····	八一
評西德新刑法草案·····	八七
美國證據法則與中國刑事訴訟法·····	九八

刑事訴訟法與犯罪偵查·····	一一〇
刑法之科學與道德·····	一一九
關於犯罪控制法案·····	一三一

論罪刑法定原則

民國五十五年三月間發生了這樣一件非常上訴的案件。被告轉租房屋一間，經房屋所有人表示異議後，仍拒絕遷出。房屋所有人具狀自訴其非法竊佔，新竹地方法院以罪證不足，判決被告無罪。自訴人不服上訴，臺灣高等法院撤銷原判，改判被告竊佔罪成立。最高檢察署遂提起非常上訴，其理由有二：(一)依本案事實，應純屬民事糾紛，與刑法無涉；(二)判決書內事實與理由相互矛盾。最高法院認為非常上訴理由充分，宣判被告無罪（註一）。按竊佔罪以不動產為其犯罪客體，係「以意圖為自己或第三人不法利益，而竊佔他人之不動產」為其構成要件（註二），因而被告之主觀要件，即故意，對於本罪的構成極關重要。除主觀要件外，尤其重要的，是如何將刑法上的犯罪，與民事的、或不犯刑章的行為嚴格區分，應該有一個基本原則（Principle）。因為在民事案件中，例如侵權行為，有時侵權人的主觀要件與刑法所要求的犯意，極其相似。而何以有些構成犯罪？有些並不構成犯罪？足見僅犯意一端，並不能滿足刑法之要求。除了犯意以外，刑法上的因果關係（註三），犯罪的行為，以及其所造成的損害，均為任何犯罪所不可欠缺的基本要素。然則最足以區分犯罪行為與民事行為者，如上引案件所示，是刑法上的

「罪刑法定原則」。筆者於本文中主張罪刑法定 *Nulla Poena Sine Lege, Nullum Crimen Sine Lege* 爲「原則」，而不爲「主義」，因爲作爲學術研究的題目，主義通常指稱較廣泛之意義而常含有某種政治的主張，例如採民主共和政體之國家，大抵亦採「罪刑法定主義」(註四)。但罪刑法定的思想，因刑法條文和法院判決而具體化時，就成爲一個原則——「罪刑法定」原則，而與欠缺犯意(故意過失)不構成犯罪，無行爲(包括不作爲)不成犯罪等，共爲刑法上的基本原則(註五)。

我國學者於討論刑法問題時，嘗以「法有限，情無窮」，以有限之法條，理無窮之人事等語爲其基礎。實則這一看法似不够深入。因爲刑法並不是用以管理全社會所有的人類行爲，而只是受理那些由國家經立法者之考慮所認爲犯罪而應受處罰的行爲。人類日常之事，只要未犯刑法所定之罪，並不涉及刑法之任何問題。而其中將普通行爲與犯罪相分隔的最重要觀念，便是罪刑法定原則。廣義的說，罪刑法定原則不僅需要完整的刑事實體法，更要求有相互協調的司法制度，訴訟程序和社會價值。有些學者在討論此原則時偏重於其訴訟方面的意義，特別是審判之公平與司法之獨立(註六)。但罪刑法定原則的中心意義更可以從其發展史看出。簡單的說，這個原則的歷史意義，便是對主權者刑罰權的嚴格限制。

罪刑法定原則是全部刑事法的總合，而將刑法作爲實證法(Positive Law)與其他法律區分。在形式上，「實證法」可以認爲是主權者的「任何命令」(註七)，而在邏輯上，也沒有理由主張刑法條文應該特別確定而明晰；因爲主權者可以概括的命令法院處罰任何其認爲具「社會危險性」或「違反國民利

益」之行爲。因此，形式的與實質的罪刑法定原則，也許可以分開看，特別是從西方文明的角度和經驗，可探討其在刑法上的功能與含義。

在中華民國，與西歐各國和英美相同，罪刑法定原則正是上述任意而廣泛的主權者命令的反對物。這個原則的主要意義就是以刑法條文或條款之詳細規定及其適用，限制政府官吏對人民可能任意行使的刑罰權。在歐洲，它表現於「無法律無刑罰」*Nulla Poena Sine Lege* 的法諺中。罪刑法定原則可以用幾種不同的方式表達。其較窄狹的意義以「刑罰」(*Poenae*) 一詞爲中心，而指稱刑法的科刑面，即在沒有法律明定刑罰的情況下，無人應受任何刑罰。另一方面，「無法律無犯罪」*Nullum Crimen Sine Lege* 則以「犯罪」的觀念爲中心，即除非有法律明文，沒有任何行爲構成犯罪。從上述兩法諺中，再推演出兩項法則，就是刑法條文應從嚴解釋，和刑法除有利於被告外，不得溯及的適用。

一、起 源

有些歐洲學者主張，雖然罪刑法定原則用兩句拉丁法諺表達，却不是羅馬時代的產物，而發源於十八世紀的自由主義 (*Liberatism*) (註八)。事實却並非這樣簡單。據歐洲典籍所載，罪刑法定的思想，早在羅馬帝國便已有萌芽的線索(註九)。雖然在羅馬對於某些犯罪之官方的刑罰權是無限制的，但同樣不可否認的，當時的刑法大部分都具有對犯罪和刑罰的詳細明文，雖然部分律文明定的刑罰可予酌減，却

不得有任何增加。當然，對於羅馬市民和萬民來說，嚴格遵照法律明文科加刑罰也許是若干年以後的事。但羅馬學者如蘇拉 (Sulla) 曾竭力主張罪刑之法定。並且刑法溯及既往之禁止，亦源於這些學者的倡導^(註十)。奧古斯丁大帝時代 (約值西元四四〇年) 已經明白宣稱刑法之適用不得溯及既往。我們也許不必多追問中古時代，教會法懲罰所謂「良心的犯罪」，對於罪刑法定主義的影響。中古神學思想的影響根深蒂固，直到十七、八世紀纔被興起的現代國家思想所取代。然而另一方面，當我們站在民權時期的立場來解釋罪刑法定原則時，不應遺忘了它在中古以前，特別是羅馬時代的特殊意義。在英國，亨利第一王朝便曾宣佈這個原則，而大憲章自然是英國罪刑法定主義 (The Rule of Law) 的第一部成熟文件。值得注意的是，大憲章第卅九款除了制定程序法方面的人身保護以外，並兼具實體法 (刑法) 的意義。這個主義一再體現於人權保護律 (The Bill of Rights) 和布萊克頓 (Bracton) 的刑法著作中^(註十一)，加上國會的重要法案，使其成為刑法上具體而確定的基本原則。同時，國會和法院對刑法條文解釋的技巧和規則，亦漸臻成熟。

對於政府權力的限制，英國也許走在歐洲大陸的前面。一七二一年的普魯士法典規定除了特殊案件由國王裁定外，凡未經明文規定者，應依誠信原則決定之。一七五一年巴伐利亞法典，亦規定未經明文規定禁止之行爲，得以類推方法決定其可罰性。同樣的，一七六九年的奧國刑法典亦作類似之規定。這時候的中國法律雖以明文規定每一犯罪的條件與情節，但仍可比附援引，類推適用，且附有「不應爲」

律，使審判者得以其主觀意思處理其所不喜的輕微事件。

法國大革命以前，刑法典化運動在歐洲已經提供了罪刑法定原則的條件。也許在歐洲大陸第一部嚴格禁止「司法官法」(Judicial Legislation)的是一七八七年奧國刑法典。然而，是英國的傳統「罪刑法定主義」思想，經歐洲思想家和革命者的鼓吹，滙合上述法典化運動的成果，才實際上產生刑法上的罪刑法定原則。法國大革命時期，司法權的至高無上和廣泛，幾乎從未被置疑。一七八九年的人權宣言，其部分靈感或源自美國的佛琴尼亞宣言(Virginia Declaration)。八月廿六日，著名的人權宣言發佈，宣佈了罪刑法定主義的理想(註十)。宣言不僅奠定了人民在憲法上受保護的基礎，並且提供了刑法上最重要原則的實質。一七九一年法國共和憲法和刑法典，以及一八一〇年刑法典，成為許多現代刑法的楷模，例如一八一三年費爾巴哈(Feuerbach)編纂的巴伐利亞法典，和一八五一年普魯士刑法典，均取材於法國法典，一八七一年德國刑法典以及同一時期的日本刑法典也明文規定罪刑法定原則，亦成為我國新法典的藍本。

德儒費爾巴哈被認為是罪刑法定原則之現代形態的製造人。他的「刑法教科書」出版於一八〇一年，正當自由放任主義和革命思潮的最高峯(註十三)，他宣稱三句法諺：「無法律無刑罰」；「無刑罰無犯罪」和「無法律無犯罪」。他的基本理論是很簡單的：只有違反由刑法保護的社會契約的行為，才是犯罪。和英國功利主義者邊沁(Bentham)一樣，費氏主張刑法的最重要作用，是對潛在罪犯的心理威嚇與鎮

壓。他嚴格排斥類推適用。也許費氏的刑法理論，以現代的標準來看稍嫌偏狹，但無疑的他是把罪刑法定主義帶入西方文明，體現於刑法的最傑出而有貢獻之一人。

罪刑法定原則在我國的發展，是本世紀的事。一九〇七年起草，民國元年公佈施行的暫行新刑律，其第一條規定「法律無正條者不爲罪」是我國歷史上第一個明文宣佈罪刑法定原則的刑法典。這一條的文字，在歷次修訂中均曾略有變化，但罪刑法定主義之被採用於中國，殆無疑問。也許我們不應該忘記，第一次刑法草案完成後所引起的鉅大爭論，其中最重要兩點，是守舊派竭力反對類推適用之廢除，與刑法溯及效力的禁止（註十四）。歷史被他們一再的引證作爲立論之基礎。然而對於完整的刑事理論而言，歷史事實並不能完全據爲立論的依據。並且事實可以證明，今日除極權與共產國家外，罪刑法定原則是諸文明國家的共同原則。

二、無法律無犯罪

罪刑法定原則牽涉的最主要問題之一，便是刑事法，尤其是刑法，必須以詳細的文字具體而確定的規定和表達。歐洲大陸法系國家，除東歐極權主義者外，大都禁止「刑法之類推」，但這種情形並不阻礙法院就有關法條，參閱立法者的原意，作有效而合理的解釋（註十五）。在英美法系國家，罪刑法定原則要求法院對有疑義的刑法條文或條款，從嚴解釋，而禁止所謂「司法的立法。」

上述分類也許是曖昧的，因為各人對於刑法條文所應包含的意義和範圍，常因其立場而具不同的見解，這尤其牽涉到司法人員的態度。罪刑法定原則既經明文規定於我國刑法典，站在這個基本立場上，也許值得作進一步的分析。

（一）刑法之解釋與類推適用

刑法能否，或應否容許類推適用，是各法治國家共同的問題。在邏輯上，什麼叫類推法呢？設甲乙二物在本質上有某種特徵相似，這相似並非偶然，而相似處在比例上多於或重要於其不同點。一個命題對於甲物是正確的，而命題所指稱的是甲乙的共同或相似點，於是我們可斷定這命題對乙也是正確的。因此，類推適用並不存在於兩個完全相同的物體或命題之間，而只有當發現實質的不同點時，類推才有意義。如果一個條文對於甲情況能被適用，而乙情況雖不全同於甲情況，但具有實質的相同點，而其相同處多於相異處時，則該條文可「類推」適用於乙情況。但假設甲乙情況雖然有若干相似處，但其相似對於其情況的本質而言，並無實質的關係，則將該條文强行適用於乙情況將發生邏輯的問題和刑法上「故入」的弊病。這也就是近一百年來在歐洲法學界引起鉅大爭論的一點。（註十六）

我們可以說，沒有兩個案件是完全一致的；但所有的刑事案件均有某些共同點。因此，用什麼標準來衡量兩案的相似與相異點，是類推與否的決定因素。換句話說，如果用極寬的尺度或甚至無限制或沒

有標準，則類推適用可以羅織任何種刑事事件而入於罪。另一方面，任何條文的適用於事實，均不免使用邏輯的類推法；一種犯罪行為也許同時俱備了兩個以上刑法條文所規定的某些要件，在此情況下，法官的問題是，那一條最爲適用於案情？用什麼標準？類推法可以曖昧的，亦可嚴格的左右上述情況而影響及於裁判。

因此，罪刑法定原則所包含的類推適用問題，同時牽涉了立法與司法兩方面。對於司法方面而言，罪刑法定原則要求法官於解釋與適用刑法時，持確定而共同的態度，尤忌任意擴張刑法條文之解釋而歪曲有關之立法政策與原旨，而須遵從就該條文文字的明白而普通意義，適用於有關案情。實際上在歐洲，尤其在法國引起爭論的「嚴格解釋」與「政策解釋」的分類（註十七），並無深刻意義，因爲對於法律的解釋，無論採用那一種標準，均不能脫離該條文背後的政策，尤其是立法目的。反之，罪刑法定原則並不忽略法律之目的或政策，而僅限制該政策於條文文字明示而確實表達的範圍之內，才予以充分的適用。由上所述，罪刑法定原則就法院解釋刑法條文應採的態度而言，有下列諸要件：

甲、法官對於文義清晰的刑法條文或條款，應充分就其所已表達的意義，作正確而客觀的解釋與適用，所謂「從嚴解釋」在此場合，並無必要。

乙、就一個條文有兩種或兩種以上的解釋同時存在時，則依刑法「從嚴解釋」的規則，作最有利於被告之解釋。

更進一步，對有疑義之條文，作有利於被告的解釋又有兩種限制：第一，就有關刑法條文或條款文句所明示表達的意義為確定之解釋，而不得以「立法原意」補充文字之欠缺，遺漏或曖昧處。第二，對於詞意不清晰之文句，取其最窄狹，包羅範圍最小之意義而適用之。

我國刑事判例，大致亦採上述態度。學者間則仍有爭論。例如最高法院對於強姦罪的構成要件，遇有疑義時，於「接觸說」與「接合說」之間，從嚴解釋而以「接合」為成立要件，宣判被告無罪（註十八）。或有論者譏評其為「不近人情的判決」，指接觸接合二說之分別，並無意義（註十九）。實則有接合則必同時有接觸，而縱有接觸，亦未必即有接合，不得強謂二者沒有分別，其一出一入間，何止「分寸」而已。

法院對什麼罪行，以何種行為與事實為其構成要件，並不是問題的全部。最重要的是，罪刑法定原則要求法院於解釋與適用刑法條文時，不得比附援引，深文羅織，而於遇有兩種或兩種以上之可能解釋時，應從嚴而取其最有利於被告之意義。例如，「賭具並非禁制品，單純私藏者，即非犯罪行為」（註二十）。又買賣軍用槍炮原指整個而言，則販賣零件者，「法無明文，應不為罪」（註二十一）。再如妨害國家總動員懲罰暫行條例所謂貨幣，與刑法分則第十三章所謂貨幣，專指政府所發行具有強制通行力之貨幣，被告買賣美鈔時既無相當法令為處罰之依據，自難遽予處罰（註二十二）。此類判解，不勝枚舉，均可支持上述見解。然而學者間亦有力主「從嚴解釋」之不可取，而代之以其他解釋法則，如「論

理解釋」，「邏輯解釋」，「文義解釋」或甚至「擴張解釋」等。這些看法的缺點，在於混淆前面提出的兩種法則，而未能把握「從嚴解釋」的正確意義。因為凡刑法條文或條款其文句毫無疑義時，法院對其解釋，自應就其真實而普通的意義，作客觀的解釋，在此場合，並不發生從嚴解釋的必要。惟有當文句之意義發生疑義，而有二種或多種可能意義而各具學說之支持時，法院即應遵守「從嚴解釋」的法則，作最有利於被告的解釋。這一理論，不僅符合歐美現代刑法的精神，亦為我國傳統「罪疑惟輕」的表現（註二十三）。

歐美對於嚴格解釋刑法的實例，亦是很多的。在美國一主要判例中（註二十四），名法官荷姆斯Holmes認為列舉規定所未列舉之事項，不得解釋為亦在規定之中。因此，禁止越州非法運輸「汽車，卡車，摩托車或任何自動而不行走於軌運之運輸工具」，不能包括被告所私運的飛機在內。同樣的，著名大法官馬歇爾Marshall說：「欲將一條文包羅某特定事實，應為該條文之文字所許可與授權。以立法旨意或事件之危險性為藉口，處罰一個未列舉於刑法條文內的行為，與進行那些列舉禁止的犯罪行為，一樣是危險而不可嘗試的」（註二十五）。這並不是說解釋條文時應嚴格到歪曲立法原意，而是在刑法條文的正常意義許可之下，充分表達其刑事政策與立法原意。因此，非法「使用」工廠設備並不在「竊盜」的範圍之內，因為「使用」不同於「移取」（Asportation）（註十六）。竊盜罪亦不包括「侵占」行為（註二十七）。刑法條文稱「男」時，不包括女性，但稱「配偶」時，則包含男女雙方。

德國在納粹取得政權以前，各級法院對於刑法條文之解釋極為嚴格。最著名的如最高法院解釋「財產」不包括無體物，因此以電線偷取電流或電氣，因所使用者為電力而已，並不構成竊盜（註二十八）。我國刑法第三百二十三條之制定，亦鑑於德國法院嚴格解釋的經驗。又如竊盜被解釋為不包括不動產之非法佔據，因為竊盜罪的構成要件之一，是移動被竊物（註二十九）。雖然一九三五年以後，德國因政治原因而廢除罪刑法定原則，其法治的傳統並未遭破壞，因此戰後西德刑法重申罪刑法定，而上述法條解釋的規則，仍為德國法院所遵從。例如最近一案（註三十）被告因酗酒在持會員證方可進入之俱樂部中有不軌行為被控擾亂「公共場所」之秩序，因事關法律問題，經一再上訴至聯邦最高法院（Bundesgericht）。法院認為「既有非會員不准入內之限制，該俱樂部不應認為是公共場所。被告之擾亂行為既非於條文所稱之公共場所中，則縱有不軌之態，仍不能據此而認為犯罪。」

刑法從嚴解釋的法則，雖然繼續的被各國法院所採用，但一百年來，在學界也曾引起許多爭論和反對。例如，一八六三年柏洛克 Pollock 說「嚴格與自由解釋之間的區別，已逐漸消弭於無形。現在吾人面對的問題是：什麼是條文的真實解釋？」（註三十一）在賽其維克 Sedgwick 的「條文法」Statutory Law 裡，也有這樣的主張：「刑法條文和其他法律，如民法，並無一致，法官應該就其文字所表現之立法意旨而為解釋。」（註三十二）近年來許多美國學者主張淘汰嚴格解釋的規則，而採「真實解釋」「正當解釋」甚至「自由解釋」（註三十三）。我國學者亦有力主張嚴格解釋而取「論理解釋」或「擴張解釋」