

大學用書

現代刑法思潮與刑事立法

蔡墩銘著

東亞法律叢書 ②



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

大學用書

現代刑法思潮與刑事立法

蔡墩銘著

東亞法律叢書²²



版權所有 • 翻印必究

東亞法律叢書 刁榮華主編

現代刑法思潮與刑事立法

特價：新台幣

著作者 蔡 墩 銘

發行人 刁 榮 華

出版者 漢 林 出 版 社

台北市重慶南路一段50號三樓

電話 三 七 一 九 八 七 五

郵政劃撥一〇八八三二號

印刷者 江 山 印 刷 公 司

中華民國六十五年十月初版

中華民國六十六年六月再版

新聞局局版業字第一四九三號

自序

各國最近刑法學由於受二次大戰後刑法修正之刺激，莫不有長足之進步。立法雖未必領導法學，但對於法學研究予以甚大之影響，却屬無可置疑。惟就另一方面言，法學之繼續發展，無論對於新立法與法律之修正，亦有相當之啓發作用，亦無庸否認。職故，如欲修改法律以適應社會變動，遂不能不鼓勵法學之研究。

每一時代有每一時代之社會背景，時代背景既不相同，則其所產生之學術思想，亦各自有異，此對於刑法學而言，其情形亦無不同。由於受社會背景影響之關係，現代刑法思潮自異於往昔，果如此，則無論刑法理論之運用或刑法之立法，難免不受現代刑法思潮所制約。因之，遠離當今之刑法思潮以從事於刑法學之研究，甚難有所收穫，自極顯然。

本書所蒐集之二十六篇論文，長短雖不一，但其內容莫不在於檢討刑法思潮之重點，雖個人一得之愚，未必完全正確無誤，然而各篇論文莫不注重各國刑法修正之動向及刑法理論之最新發展，故均非不可供關心刑法學之研究者參考。

不過本書倉促成編，舛誤或所難免，尚希賢明讀者有所指正！

蔡墩銘謹識

民國六十五年六月一日

於國立台灣大學法學院

目 次

一、 刑法與行爲科學.....	1
二、 社會行爲論序說.....	16
三、 刑法之立法主義.....	30
四、 刑法修正之路線.....	46
五、 中國刑法之現代化.....	61
六、 唐律之現代法特徵.....	76
七、 刑法之法益保護機能.....	92
八、 國際刑法之研討.....	101
九、 行爲人刑法之研討.....	125
十、 少年法之目的規定.....	151
十一、 少年責任年齡之規定.....	164
十二、 一時精神反常與刑事責任.....	180
十三、 犯罪成立要件與主觀要素.....	230
十四、 犯罪構成要件之立法.....	246
十五、 不通報罪之立法.....	261
十六、 未遂犯立法之變遷.....	275
十七、 共犯立法之變遷.....	291
十八、 數罪併罰立法之變遷.....	305
十九、 公務員犯罪之研討.....	320
二十、 常業犯之研討.....	375
二一、 結夥犯之研討.....	384
二二、 聚衆犯之研討.....	393

二三、結社自由與結社犯罪·····	413
二四、支票之偽造與偽造有價證券罪·····	471
二五、麻醉分析與傷害及其他犯罪·····	484
二六、刑事被告之權利與其濫用而成立之犯罪·····	493

刑法與行為科學

一、前 言

一般所謂行為科學(behavioral sciences)乃指利用實驗或觀察之方法，以研究人類或動物行為的社會學、心理學、社會人類學、及與此有關之其他社會科學，如經濟學、政治學、歷史學、與哲學等而言。法律學(jurisprudence)既被稱為法律之科學(the science of law)，則其似亦應屬於行為科學之一部分。然而法律學是否一概可視為行為科學，則不能不先瞭解各種法律學派(school of jurisprudence)之態度。按今日流行之法律學派，可分為二，即傳統與實證二學派。傳統法律學派(traditional jurisprudence)係建立於十八世紀啓蒙哲學，以自然法之理論為其構成之基礎，因之，其本質為理論之學，而非方法之學，故認為對法律之研究，祇研究法律理論即可。反之，實證法律學派(realistic jurisprudence)係建立於十九世紀之自然科學之基礎上，以生物學、人類學、社會學之方法，為其構成之基礎。因之，其本質非理論之學，而為方法之學，因其所採之方法，亦不外為一般行為科學所採用之實驗與觀察等方法。果爾，吾人倘謂法律學亦屬於行為科學之範疇，則其所採者必為實證學派之法律學。

傳統法律學對法現象之研究，祇限於部分，未能及於全體，是其所檢討者不外如對裁判規範、制定法或判例之解釋，故法律學之本質祇具備教義學(dogmatic)之性格，崇尚理論，不務實

2 現代刑法思潮與刑事立法

際。於是法律學遂與其他社會科學隔絕，成爲孤立之天地。與此相同，法律學者與法律實務家亦僅浸淫於法律之典籍，對於近代社會科學之飛躍進展，採取漠不關心之態度，故就社會科學之發展而言，以法學之進步，最爲緩慢，法律之不能適應社會與時代之要求，不爲無因。顧法現象既爲社會現象，則法律學者或法律實務家自無法忽視時代趨勢而運用其法律理論。故爲適應社會需要與時代趨勢，不可認爲法律解釋之研究，始爲研究法律學唯一途徑，毋寧應從行爲科學之觀點，研究法律之社會過程，瞭解司法之形態，並藉此所得之知識解決司法之問題。倘能如此，司法之科學化可期，不再爲一種口號而已。

本文鑒於二十世紀中葉以來，歐美學者以社會學或經驗科學之方法，從事於法律學之檢討，使法律學從其固有之領域向前邁進一大步，對於法學之科學研究，有其不可忽視之貢獻。尤其對於國內之司法界，頗具啓示作用，故擬在此予以簡單之介紹，以供參考。

二、法律之三大機能

如所周知，司法係對立法而言，然而，此非謂法院所適用之法，必先經立法，如習慣法，其未經過立法，但仍爲司法所適用。因之，檢討司法行爲之前，不能不先知其所適用之法的性質與機能，蓋二者息息相通，有其不可分離之關係。

關於法律所具有之機能如何，言者不一，但其中有二種機能，却爲學者所公認，此即社會控制機能與社會傳達機能。因之，如言法律之機能，則應先檢討斯二種機能。茲分述於次：

(一) 社會控制機能 社會控制之方法，可大別爲二，即物理之社會控制與心理之社會控制。此二種社會控制在今日之社會，並行不悖，例如在城市之十字路口，須有交通警察指揮交通，搭乘火車須先買票，然後由剪票員剪票入站；又欲觀看電影，亦須先買票，然後由服務員撕票進場，均屬於物理社會控制之例。至於子女之尊敬父母，參加考試不作弊，及上學不遲到，均屬於心理社會控制之例。

就二種社會控制以觀，在現代文明社會，心理之社會控制遠較物理之社會控制重要，而且心理之社會控制之範圍，亦較物理之社會控制之範圍爲大。其次，心理之社會控制，莫不藉言語爲媒介，因之，言語遂成爲社會控制之重要手段。言語控制他人之行動，較藉其他之手段控制他人有效，蓋其具有社會性之特徵，且可以直接表示一種客體與情況。

法律之存在不失爲一種心理之社會控制，故法律條文亦不能不藉言語而爲表示。雖法律所以能發揮社會控制之作用，乃由於其係國家權力統制作用之重要的一環，即政治或國家權力爲其後盾，是其在形式上雖係心理之社會控制，但就其終極之意義以觀，乃係物理之社會控制。惟對此我人應認識者，即在法律發揮物理之社會控制機能之前，先有心理之社會控制機能，否則，此種法律所代表者，僅爲暴力而非正義。

法律不但控制受法律適用之人，亦控制適用法律之人。徒法不能以自行，故法律之施行有賴於執法者。此種執法之人，乃使法律之社會控制予以積極之實現，但當其適用法律之際，仍不免再受法律之控制。執法者受必依法嚴格執行法律之社會控制，此

4 現代刑法思潮與刑事立法

尤以採制定法國家之情形爲然。

在制定法國家，法律以言語爲其媒介，故欲知法律之真義，須對於法條予以解釋適用。執法者解釋法律不能恣意爲之，即應循一定之解釋原則。從另一觀點而言，解釋法律，亦即在於瞭解法律之社會作用，由此可見言語所具有之社會控制機能。舉例言之，審判官科竊盜犯五年以下有期徒刑，乃由於刑法條文以言語表示對竊盜犯科以此種刑罰，倘刑法非藉言語爲此種表示，實無法對竊盜犯宣告此種刑罰。因之，審判官適用刑法條文時，須具備三種條件，即(1)對言語之瞭解。(2)對法律之瞭解。(3)對案件本身之瞭解。其中言語無論對法律之解釋或案件之認定，皆屬不可或缺者。

藉此以觀，言語與司法有其極爲密切之關係，因之對於法律之研究，不但須注意法律條文之內容，更應重視將法律條文予以表示之手段，此所以另需要研究行爲科學。按傳統之心理學，僅從事於人類意識之研究，故以內省觀察與分析心智狀況爲心理學之方法，是其對於人類之言語行爲自不寄以關心。但現代之行爲主義心理學(Behaviorismus)之最大貢獻，即說明語言與思想之關係，如行爲主義心理學大家華生(Watson)，以爲一切之內隱心智現象，雖不如肌肉收縮之易於觀察，但其爲客觀之機能作用則一，故將思考與幻想均命爲「內隱之肌肉行爲(Implicit-muscular behavior)」，此尤以語言行爲及其他代表外現行動之機構行爲屬之，故在行爲主義心理學，語言之研究所佔之地位頗爲重要。對此應附帶一言者，即行爲主義雖在表面上爲心理學運動，但事實上其爲普通科學運動之一種表現，可見其在行

爲科學所佔之地位。因之，吾人倘欲瞭解法律之社會控制機能，自不能不以行爲主義心理學之知識，爲其研究基礎。

(二) 社會傳達機能 社會中之規範、價值與社會化等，莫不經由傳達而獲致。所謂社會作用即係交互作用，此乃暗示社會活動端賴言語或行動之傳達或溝通。故就其反面而言，不能傳達時，社會活動無由出現。故社會交互作用應爲社會過程之基礎。

依心理學之說明，人類行爲乃對刺激之反應。依刺激與反應之原理，刺激體產生動作或意義後，傳遞感受者之認知機構，刺激體與感受體之間，遂建立傳達之形式。然而感受體之人非對一切之刺激爲毫無條件之反應，亦即人類於反應時，尚能對其反應爲合目的、積極且有效之控制。人類不但能對其學習產生新反應，且亦能將舊反應連結於新反應之內。

人類之反應應遵守法律，不可違反法律，此亦即人類反應所積之經驗。人類所反應出來之行爲，符合社會之規範，稱爲社會行爲；不符合社會之規範者，則稱爲反社會行爲。法律爲社會之重要規範，故違反法律之行爲，必爲反社會行爲，當無可疑。按人類有羣居之習性，故人類不斷尋求伴侶，無論其爲同性或異性，倘已獲致伴侶，可以滿足其需要，並得心理之安全。基於此一現象，人類產生順從他人或規範之特性。規範或法律在此意義上，有鼓勵彼此之間滿足與行爲之正常化，阻止彼此間之不滿與行爲之不正常化。

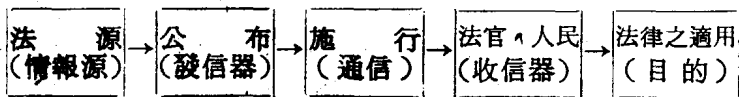
順從法律既爲人類之共同意願，則法律應將其規範意義傳達於個人。由於法律爲行爲之基準，是其所傳達者自屬於基準傳達。按基準傳達依其受傳達者爲何人，尚可分爲二：即對於決定者

6 現代刑法思潮與刑事立法

(審判官)之基準傳達，與對於法的集團(人民)之基準傳達。今日大多數之制定法，實具有二種基準傳達，亦即其不但對審判官予以傳達，亦傳達於一般人民。將法律傳達於審判官，固極重要，但將其傳達於一般人民亦至為重要。為規律社會行爲，使人民之行爲不致違反法律，法律知識之普遍，法令之宣揚，乃為防止或阻止不法行爲發生之方法。觀各國交通違規案件之層出無窮，可見法律對人民之基準傳達，尙未普及。因之，倘欲提高法律之效果，對於法律傳達機能之問題，頗值從不同之側面，予以研究改進。

願法律之基準傳達亦與一般之傳達無異，以使用言語為傳達之手段，果如此，即言語傳達之基本過程，自亦應適用於法律之基準傳達，倘將一般傳達之基本過程適用於法律之基準傳達，則吾人可將此項傳達用左圖予以表示：

傳達之基本過程共分五個，對此更可分述如次：



(一) 法源 心理學之情報源 (Information source)，在法律學上可稱為法源。法源之意義不一，自制定法律之資料 (草案)，至完成立法之資料 (開會紀錄) 皆可稱之。但就廣義者而言，學說亦可成為法源。

(二) 公布 心理學上之發信器 (Transmitter)，在法律學上可謂為法律之公布。此包括基準意思之表示與言語之選擇。法律之公布為要式行爲，是其通常應經過一定之程序。

(三) 施行 心理學上之通信 (Message)，在法律學上可謂

爲施行。通信介於發信器與收信器之中間，故倘無通信，收信器自無法獲知情報源。然而在通信或施行之過程，其受無數情況之干擾，致使情報或法令甚難完全到達於法官或人民，尤其法令無法下達於人民。

(四) 法官·人民 心理學上之收信器 (Receiver)，在法律學上可稱爲法官或人民。法官或人民因法律之施行而知法律之存在，則其可能有所反應。然而受信者之爲法官或爲人民，對於法律接受之程度並非相同，亦即法官可望爲全部之瞭解與接受，但人民却未必能瞭解法律，更不必說其能接受全部之法律。

(五) 法律之適用 心理學上之目的 (Destination)，在法律學上可稱爲法律之適用。法官解釋法律，即在於適用法律，至此，法律之基準傳達之目的，可謂爲業已達成。

由是觀之，法律之存在影響法官或人民之選擇決定，就中法院之判決在大體上所以尚能維持其一致性，乃由於法律有其基準之社會傳達機能。然而，在成文法國家之司法，其所適用之法律畢竟以經立法爲主要，故爲求法律基準之一致，法律之安定性尤不可忽視，倘法律朝令夕改，失去其安定性，則司法實難以達到一致之結果。關於審判之不一致，有其種種之原因，擬在下面再分別述之。

三、刑事司法之三大問題

在刑事司法方面，其最引人注意與重視者爲對犯人之判決問題。由於刑事判決之結果對人民權益之影響至大，是其自然成爲人民關心之所在。因之，茲所謂刑事司法之三大問題，自以關於

刑事判決爲主要，此卽判決之基準、量刑之歧異，與司法裁判之錯誤等。茲分述如後：

(一) 判決之基準 法律爲判決之基準，故依法判決之結果，對同一案件所爲之判決，本不應發生歧異，然而事實不然，刑事判決所發生之歧異，屢有所見，遂導致同罪異判極不公平之現象。何以有此現象之發生，吾人認爲其原因不外下列數端：

(1) 法律用語不盡妥適 法律以言語表示其所規定之內容，而法律所用之言語，有屬於日常之普通用語，亦有屬於法律之專門用語，倘其所使用者爲法律用語，則由於其有一定之界說，是其較爲明確，設其所使用者爲日常之普通用語，則因日常之普通用語，可能爲多義者，不但使人民不知所從，亦使法官費於解釋。其次，法律之專門用語之義意猶非毫無可疑，蓋爲使法律對於多數案件得以適用起見，一般法律用語至爲抽象，是對於此種用語之意義，每每有待解釋。如前所言，解釋法律爲法官之任務，然而法官於解釋法律之際，頗受各方面因素之干擾，例如審判官個人之特性，使法源之內容與接受之內容，不能成爲相等量，是其結果各個法官對法律之解釋，難免不生歧異，此爲法律所以發生不同解釋原因之一。其次，外界之壓力對於法律解釋所予之影響，亦屬不可忽視，此亦卽情況之干擾，如政治、輿論與其他因素之壓力，皆足以改變法官對法律之解釋。

(2) 法律不合時宜 立法當時未曾預料之社會情事，於法律公布施行後不斷發生，則法律無法適應時代之要求而爲適用，在此情況之下，對於法律之變通解釋，無法救濟法律之不足時，則在新法律未公布之前，使法律適用於新發生之事實，必感格格不

入，法律遂失去其為基準之意義。

(二) 量刑之歧異 刑法對於犯罪所規定之刑種與刑度愈寬大，則審判官之量刑愈費斟酌。反之，刑法對於犯罪所規定之刑種與刑度愈狹窄，則審判官對於刑罰之量處，可不必多加考慮。然而各國現行刑法莫不擴大量刑之範圍，是其結果同種犯罪却受不同刑罰之科處。關於量刑之不一致，可謂為採定期刑制度國家普遍出現之現象。何以有此現象出現，其原因至為複雜，如都市不同之情況（甲地法院對竊盜之判決量刑輕，而乙地法院對竊盜之判決量刑重），各種形態之被告（甲被告之惡性重大，而乙被告之惡性輕微），及各個法官所依據之刑罰理論（甲法官採刑罰個別處遇理論 theory of individualized treatment，而乙法官採傳統之刑罰理論）等，皆足以影響量刑之統一，對於判決之不一致，外國學者曾就被告特性對判決歧異所予之影響予以調查。例如馬丁（Roscoe Martin）氏依據一九三〇年美國德克薩斯州地方所處理重罪案件百分之十為範例，調查被告特性與判決歧異之關係。依其調查所得之結果顯示，被告特性有對於量刑之輕重予以影響者，亦有對於量刑之輕重未予以影響者，茲分別述之。

(1) 對於量刑予以影響之被告特性 馬丁氏發見法院對美國人之量刑，輕於對黑人與墨西哥人或其他地區出生之人（如在歐洲出生之美國人）；如依其次序言之，即在審判地出生之被告最受優遇，非在審判地出生之被告次之，非德克薩斯籍，但在美國出生之被告再次之，最差為在外國出生之人。就被告所從事之職業以觀，從事高級職業之被告所受之待遇優於從事低級職業之人

10. 現代刑法思潮與刑事立法

(如工人、機械匠或僕人)。就被告之財產狀態以觀，有財產之被告所受之待遇，優於無財產之被告。就被告之納稅能力以觀，繳納人頭稅(poll tax)之被告所受之待遇，優於不繳納人頭稅之被告；納稅之被告所受之待遇，優於不納稅之被告。就被告之家庭狀況以觀，已結婚者所受之待遇，優於未婚者；鰥寡之被告所受之待遇，優於離婚者。

(2) 對於量刑未予以影響之被告特性 馬丁氏認為被告之性別、年齡、教育程度，以及父母是否健在，對於其所受科刑判決之輕重不生影響。

其次西林(Thorsten Sellin)氏，於一九三五年亦依據美國之資料就本地生之白人、外國生之白人，及黑人犯十種不同罪名所得判決之徒刑期間予以調查。依其調查之結果顯示，在採定期刑之州，僅十種罪名中之三種，黑人所受之徒刑判決平均長於白人；但在採不定期刑之州，除殺人罪(homicide)外之一切犯罪，黑人均受較長之最低度刑之科處；又除暴行罪(assault)與夜盜罪(burglary)外，黑人亦受較長之最高度刑之科處。由於大多數之定期刑判決為南方各州所賦科，又大多數之不定期刑為北方各州所賦科，因之，西林氏認為南方各州比北方各州對黑人之犯罪寬大。

一 (三) 刑事司法之錯誤 人類有判斷則難免有錯誤，而判決乃人類之法官適用法律所為之裁判，是其發生錯誤，在所難免。由於刑事判決之結果，影響於受判決人之權益，至深且鉅，不祇財產上之損害而已，以故刑事判決錯誤之嚴重性，自較民事判決錯誤大。按刑事判決錯誤可分為二，即一為積極錯誤，另一為消極

錯誤，前者乃對於無罪清白者，誤予以有罪之判決；後者乃對於有罪犯法者，誤予以無罪之判決。既屬於刑事判決之錯誤，則無論其為積極或消極之錯誤，皆應避免，其中尤以積極之錯誤判決切不可使其發生。惟徵諸事實，無論何國之刑事司法，刑事判決之積極錯誤，不斷出現，在監獄內未犯罪而受刑罰之執行者，不知凡幾。

刑事司法何以發生錯誤，冤獄案件何以無法避免，其癥結何在，對於以上之問題，學者僉認為依現行之裁判程序而為刑事裁判，刑法司法之錯誤實不可免。蓋依各國今日之司法制度，裁判上之證明僅為蓋然性證明，即僅滿足於高度可能性之證明，而非絕對可能性之證明，則知對於犯罪事實之認定，法官所採用者為依刑事程序之方法，而非依經驗科學之方法。

依刑事程序之方法而認定犯罪，其通常之程序為祇有其證據為合法被提出於法院，而可認為無合理懷疑之存在（beyond-reasonable doubt），即可以此認定被告犯罪，但依經驗科學之方法而認定犯罪，即無論所提出之證據屬於在某種條件之下始屬於真實，而或僅為蓋然性之真實，犯罪證據僅可視為相對之真實而非絕對之真實，故對其真實性仍值懷疑。再對於作為證明之資料，務須毫無遺漏予以搜集，俾能證明被告犯罪或未犯罪。易言之，依客觀之方法搜集而得之證據，以計算其證明被告犯罪之資料多或證明被告未犯罪之資料多，如屬於前者，須再對其證據價值予以判斷，以形成被告有罪之心證。以經驗科學之方法認定被告之犯罪，可以使犯罪之認定接近客觀之確實性與真實性，是其有助於刑事司法錯誤之防止，所不待言。