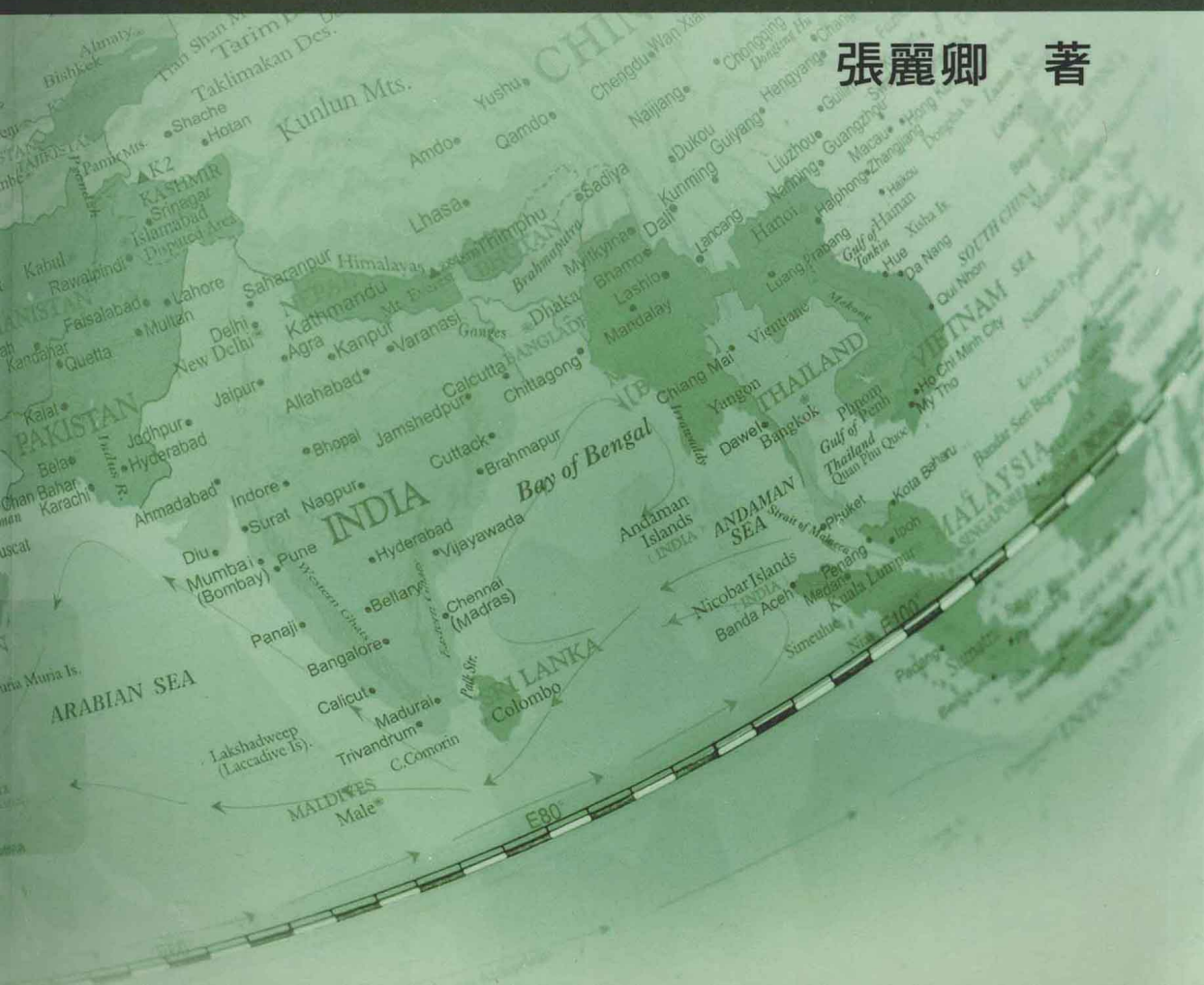


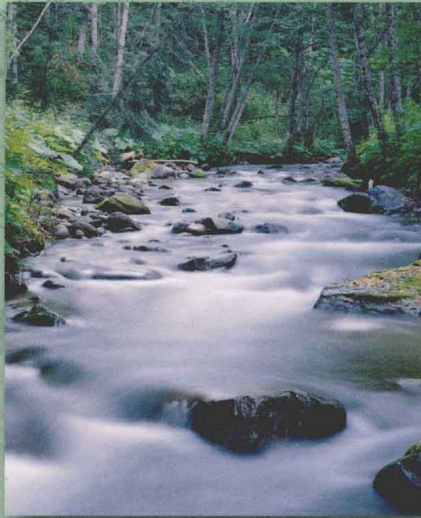
2012年增訂版

刑法總則理論與運用

Theory and Practice of Criminal Law

張麗卿 著





Wer lebensspendende Quellen gefunden hat,
soll sie auch anderen zugänglich machen.

Elisabeth Kawa

本書特色

刑法理論也許都會讓人覺得相當深奧與混亂，經常讓人無所循從。本書撰寫的目的，是想讓刑法的學習能夠避開「理論與爭議叢林」的困境，而能輕鬆愉快入門並深入掌握。寫作風格上，力求清晰易讀，因此本書盡量以案例引導及圖表綜合並陳的方式來敘述，應該可以減輕讀者在閱讀及理解上的困難。本書不但適合初學者閱讀，更能提供研究者參照及考試者攻略。

Theory and Practice of Criminal Law



五南文化事業

ISBN 978-957-11-6390-1 (585)



9 789571 116390 1

00650

五南圖書出版公司

問渠那得清如許，
為有源頭活水來。

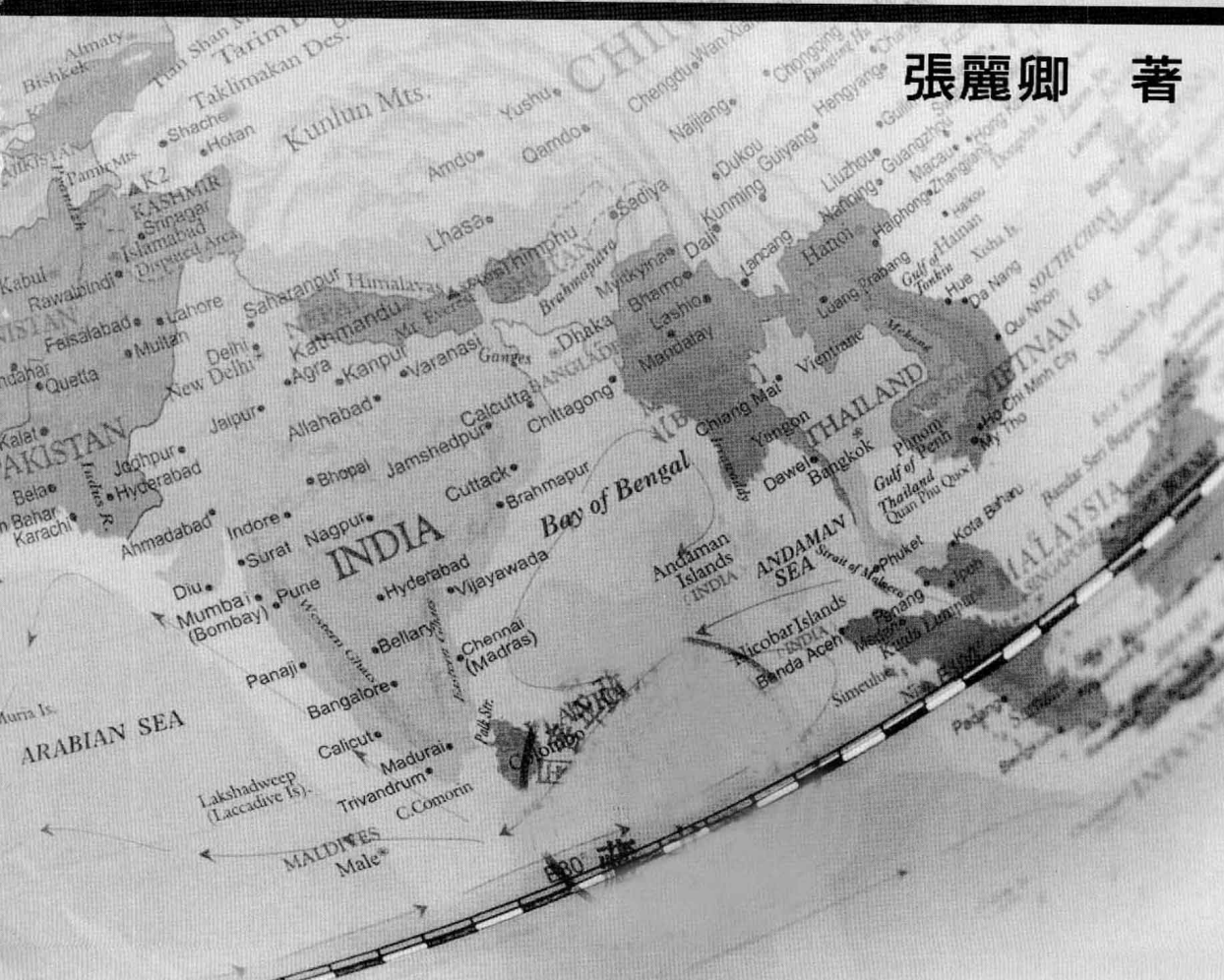
朱熹

2012年增訂版

刑法總則理論與運用

Theory and Practice of Criminal Law

張麗卿 著



五南圖書出版公司 印行

新版序

本書的上一版次距今已有四年，近四年刑法總則又有若干的微幅修正，新的實務意見與學說也紛紛出現，本書因而必須有所更動。近數年，有不少新的刑法總則教科書問世，讀者有了更多的選擇，但有些讀者偏愛本書，而且頻頻催促本書的改版。近幾年，我因兼行政工作繁忙，比較沒有餘暇照顧本書。儘管如此，我仍然斷斷續續利用時間，甚至於往返南北高鐵的途中，將本書作了一番修正。

這個新版次的修正內容，主要是加入刑法總則的新規定，增添新學說與實務意見，並將全書文字整理潤飾，同時也添加一些案例的分析解答，此外，爲了讓本書的編排更加精美，全書的印製格式與版面，也做了大幅度的更動，希望讀者能以更愉悅的心情閱讀本書。我每個學年同時講授刑法總則與刑事訴訟法，我自己的上課經驗是，刑法總則的案例變化無窮，案例內容微小的更動，答案就會不同，所以刑法總則的趣味性更高，也因爲如此，我對於刑法總則的修正用心很多。

我參與很多國家考試的命題及閱卷工作，清楚知道國考題目都不是太難，大致上都是基本觀念及其變化。如果只是爲了準備考試，基本觀念的把握最爲關鍵。不要鑽牛角尖，在不疑處有疑，長篇大論，有時反而吃力不討好。讀書也是如此，各家學說鋪陳的書本未必適合考生，反而比較適合研究者；此外，爲了因應國家考試的新變革，本書於書末附錄一些選擇題型，供讀者參考。

本書的生命得以不斷延續，很大部分依靠讀者的厚愛與督促，所以最應該感謝。書的修正，除由衷感謝東海大學法研所博士候選人王紀軒講師

的細心斧正外；高雄大學法研所碩士生莊琬婷、廖紫喬；東海大學法研所碩士生韓政道、陳旻甫、李依蓉及東海大學法律學系學生李睿祥、曾曄庭；以及五南圖書出版公司的劉靜芬與李奇綦的協助，也必須一併致謝。

張麗卿

寫於南北往返高鐵上

2011年7月10日

2011年的改版，是本書的體系與內容，歷年最大幅度的一次修正，書中難免缺漏，排版上也多少存有錯誤。適逢再刷，本人針對書中些許內容進行修正，也調整排版上的疏忽。感謝五南圖書公司的費心，以及研究助理們東海大學法研所博士王紀軒講師，以及法研所博士生韓政道，碩士生陳旻甫、李依蓉、林士勛，以及高雄大學財經法律研究所碩士生李睿祥的細心校正；更重要的是，感謝各位讀者的厚愛，如有發現本書尚待改進之處，請不吝指正，是幸。

張麗卿寫於2012年9月

三版序

刑法總則於2005年修正後，2005年9月本書已經跟著更改過了。不過，當時的改版主要是針對修法的理由及舊法過渡到新法時期的法律適用，由於新法的實務意見與學說的最新反應都還沒有形成，所以沒有增列進去。

今年二月我離開公平交易委員會，回到東海寧靜校園，沒有公務上的壓力，所以此次改版的幅度更甚於前次，除了新的實務意見與學說予以引用外，也增寫許多內容及增修許多圖表。

本書的圖表能讓讀者迅速掌握學習重點及學說意見的爭執，具有引導方向的功能。圖表的形成是我教書的心得，也有部分參照德國學者Fritjof Haft刑法總則第八版（以Haft, AT, 8. Aufl.之形式附註）中的內容，雖然Haft教授於第九版的書中已刪去許多圖表，然為了本書的一貫性及讀者閱讀上的便利，我仍保留一些原來第八版中的圖表呈現方式。

教書多年，我發現學生對於案例的作答常常不知所措，法律原理原則的學習不能在實際運用上正確的發揮，因此，除了本書末篇原有的「理論與運用」的實例講習外，此次更於每一章的最後增列「實例講座」單元，希望提供學生對於案例作答的參考。

如初版序所言，本書是本人教授刑法總則多年的心得，所以並沒有遵循嚴格學術規範，在必要的地方附加註腳。寫作風格上，力求清晰可讀簡單易懂，不希望陷入「教科書專論化之窠臼」，因此本書不但適合初學者研讀，更能作為考試者攻略及研究者參照的多項功能。讀者如果有意更加深入探究刑法理論，可參照我的專書：「交通刑法」（新學林）、「新刑法探

索」(元照)、「司法精神醫學」(元照)及本書所附之參考書目中之專論書籍。

這一版的附錄，將我的法律與文學相關作品之一的「曹雪芹《紅樓夢》中王熙鳳四個事件的古事今判」收錄進去，當作讀者閱讀上的樂趣。這篇文章討論王熙鳳曾經涉入四個人命事件的是非曲直。事實上，文學伴隨人生，刑法的學習也能感覺身處文學天地裏，讀者或許不曾察覺，但當我們隨著曹雪芹看盡人生百態，流連古事今判而清夜不眠時，就會發現已在文學的國度。

此次改版，主要係因三版問世後廣受讀者歡迎，現即將售罄，加上2009年所兩次公布之條文皆涉及刑罰論之修改，本書除將新條文附上外，並擇要列出立法理由，俾使讀者充分掌握修法內容。值得注意的是，釋字第662號（2009.6.19）宣告2005年2月2日修正之刑法第41條第2項（2009.6.10立委修法挪至41條第8項）違憲，是立法院上一會期尚來不及修法，基於大法官解釋有拘束全國機關及人民的效力，有關機關應盡速提案修法為宜。

新版完成，要特別感謝：東海大學法律系助教陳美蘭及林芳瑜的協助排版，研究助理林弘毅、王紀軒及劉蕙綺的細心校正。本書如果能夠更臻完善，除了許多不斷關懷支持的讀者外，本書歷次協助改版的助教及助理，是最大的功臣。

張亞卯

寫於

東海大學大度山研究室

2009年9月

修訂版序

2005年1月7日刑法大幅修正，規模之大，堪稱空前。雖然本次修正是刑法實施七十年以來最大幅度的變動，但早在刑法修正通過前，我已陸續修改本書，除了改正內容有疑義的部份外，全書內容針對新法的適用及新舊法比較的問題加以修正，希望這個大幅度的更新內容，能夠符合讀者在新舊法過度時的需求。

自從刑法修正案通過後，最高法院、司法院、法務部、律師公會先後邀請我在北、中、南各地法院、檢察署、律師公會巡迴演講，與法界的先進朋友們上課討論新法的適用與困境。這些上課討論的發現，我也盡可能的納入這個修正版。我另有行政院公平交易委員會的工作負擔，可利用的時間非常有限，但爲了這本書的新生命，只好壓縮休閒時間，全力以赴。

這本書不但適合初學者研讀，也可提供研究者參照。寫作風格上，我希望這本書不要陷入「專論書化」的窠臼，因此力求清晰可讀、簡單易懂，讓刑法的學習能夠避開理論與爭議的困境，愉快入門並深入掌握。新版頁數雖足可分成上下兩冊，但考慮讀者購書成本與易於攜帶，全書仍以一冊出版。

初版問世後，東海學生溫婷婷及許多匿名讀者即展開校對書中錯漏；研究助理王士帆、王紀軒仔細比對新舊法；東海助教陳美蘭、林芳瑜幫忙電腦編輯及排版，如果沒有他們的投入與協助，我也無力單獨完成新的修正與改版，致上由衷謝忱。

張亞卿

寫於公平會
2005年8月

初版序

這本書是我多年來刑法總則授課的心得。刑法總則的重要性不待多言，但是學生卻視爲畏途。拙書希望可以退怯初學者的恐懼感，甚至還能夠給人研讀的喜悅。創造快樂當然不是作者主要的任務，八卦新聞更可以給人短暫的官能上的雀躍，但終究不能提供知識上的進境。本書主要還是希望有助於建立讀者的刑法體系。

刑法體系主要有兩個部份，犯罪論與刑罰論。犯罪論探討在何種條件下，一個行爲可以評價爲犯罪。刑罰論處理構成犯罪的行爲，該如何適用刑罰，並思索國家以刑罰對付犯罪人，究竟有何意義與目的。法律系的教學幾乎都以犯罪論爲重心，刑罰論多三言兩語帶過。本書雖以犯罪論爲核心，但仍用了不小的篇幅說明刑罰理論，亦即，報應、一般預防與特別預防。熟知刑罰理論，就能清楚掌握占刑法總則多數條文的刑罰論。在考場上，爲數不少的人不能有條理的解答案例，因此也難以獲得理想的分數。本書在最後一篇列舉了十則案例說明理論與運用間之關係，應該可以幫助讀者解題的思維方式。

本書不是專論，所以沒有遵循嚴格的學術規範，在必要的地方附加註腳，若干議題也未鉅細靡遺的詳談。對於各有關主題的詳細討論，讀者可以循本書的建議，自行查閱。這類詳細引註各家意見的書，市面上已經很多。拙書只是希望讓讀者簡潔清楚的瞭解刑法體系的整個面貌，所以有關的爭點也不涉入。讀者如果太早踩在意見的爭執裡，只會增加負擔，不能歡喜的讀書。

我獲得傅爾布萊特（Fulbright）的獎助金，今夏將去史丹福大學法學

院進行訪問研究半年，每週八小時的英文課及爲了趕在行前完成本書，我真正嚐到什麼叫做心力交瘁。教學、趕稿、開會等等事情之外，我需用更多的時間和精力，與正值青春期的兒女相處，還要用盡心思去抵禦一股力量，避免兒女被誤導了人生的方向。我曾經徬徨外望，也曾內求自省，雖有時顯得悵惘恐懼、奇罕落寞，但我深知，我終將堅毅地不斷試探前行。

這本書最後的定稿，已是溽暑，與我一起揮汗爲此書催生的人，包括：法律系助教陳美蘭與范薰方，東海法研所學隸李宛珍、吳彥鋒、詹東益、劉清彬、季凱群，東海法律系陳重安、蘇淑華、周志樺、黃麒勳，法研所碩丙組林義龍醫師、陳志宏醫師、陳世杰醫師不斷給我醫療上的諮詢與協助。沒有他們的幫忙與關懷，這本書很難如期面世。在此併致謝忱。

我要把這本書獻給我的刑法啓蒙恩師甘添貴教授，如果不是他啓迪我學習刑法的樂趣，在我從事教職後的鼓勵與提攜，我沒有勇氣把這本書拿出來。尤其，從他身上我見到生命原來是可以半懂的，他那種不屑於世人拘謹、小心翼翼，而是任情恣性、擔待包容，不露山峰卻處處是山的半半人生哲學，是我終生學習的榜樣。謹以本書祝他六十歲生日快樂！

張亞卯

於大度山
2001年7月

凡例

本書所使用的法律名稱，有的用略語，有的用全名。使用略語的方法是，只寫上法條號，未冠以法條名稱，即為中華民國刑法。例如：第二十一條或§21或（§21），均指中華民國刑法第二十一條。其中羅馬數字及阿拉伯數字表示法條號數、項數及款數。舉例說明如下：

§10	中華民國刑法	第十條
§10 I	中華民國刑法	第十條第一項
§10 I ①	中華民國刑法	第十條第一項第一款
§§10-30	中華民國刑法	第十條至第三十條

使用全名的情況，大都冠上法律名稱，主要是該段中有兩個以上的法律名稱，為了避免混淆而冠上的。例如：槍砲彈藥管制條例§3指槍砲彈藥管制條例第三條、少年事件處理法§3指少年事件處理法第三條、民法§3指民法第三條等。此外，本書也以略語引用司法院解釋及最高法院判例、判決及決議。舉例說明如下：

釋字569解釋：司法院大法官釋字第569號解釋

93台上2033判例：最高法院93年台上字2033號判例

92台上215判決：最高法院92年度台上字第215號判決

目錄

CONTENTS

第一篇 緒 論.....	001
第一章 刑法之沿革.....	003
壹、暫行新刑律.....	005
貳、1928年的刑法.....	005
參、1935年的刑法.....	005
肆、2005年的刑法修正.....	006
伍、2006年後的刑法修正.....	006
第二章 刑法總則在法律體系中之地位.....	007
第三章 刑法之概念.....	011
第一節 刑法之基本概念.....	015
壹、定義.....	015
貳、犯罪與非犯罪.....	015
參、刑法和刑事訴訟法間之關係.....	016
第二節 刑法之分類.....	017
壹、普通刑法與特別刑法.....	017
貳、形式刑法與實質刑法.....	017
參、完備刑法與空白刑法.....	019
第三節 刑法學和其他刑事科學之關係.....	020
壹、犯罪學與刑法學.....	020

貳、犯罪偵查學與刑法學	020
參、刑事政策與刑法學	021
肆、小結	022
第四節 刑法之功能	022
壹、保護法益	023
貳、壓制與預防犯罪	023
參、保障人權	023
肆、矯治犯罪人	024
第五節 刑法之特色	024
壹、刑法之道德性	024
貳、刑法之不完整性	024
參、刑法之高度政治性	025
肆、刑法之最後手段性	026
第六節 刑法之性質	026
壹、公法	026
貳、司法法	026
參、實體法	026
肆、強行法	027
伍、國內法	027
陸、繼受法	027
實例講座	028
第四章 罪刑法定原則	031
第一節 罪刑法定原則	033
壹、概說	033
貳、根據	034

參、內容.....	036
肆、罪刑法定之於犯罪與刑罰.....	038
第二節 刑罰之意義與目的.....	038
壹、應報理論.....	039
貳、一般預防理論.....	040
參、特別預防理論.....	042
肆、刑罰的綜合理論.....	048
實例講座.....	051
第五章 刑法法典.....	055
第一節 刑法之解釋.....	057
壹、解釋之方法.....	057
貳、解釋之原則.....	058
第二節 刑法之用語.....	060
壹、以上、以下、以內.....	060
貳、公務員.....	061
參、公文書.....	062
肆、重傷.....	063
伍、性交.....	064
陸、電磁紀錄.....	064
第三節 刑法總則之適用範圍.....	065
第四節 刑法之效力.....	066
壹、時之效力.....	066
貳、地之效力.....	069
參、人之效力.....	071
肆、外國法院裁判之效力.....	072

實例講座.....	074
第二篇 犯罪論.....	077
第一章 犯罪之意義與犯罪成立之階層理論.....	079
第一節 概說.....	081
第二節 犯罪之意義.....	081
壹、形式之犯罪定義.....	082
貳、實質之犯罪定義.....	082
第三節 犯罪成立之階層理論.....	085
壹、三階論.....	085
貳、二階論.....	086
參、四階論.....	088
肆、五階論.....	088
伍、小結.....	089
第二章 行為理論.....	091
第一節 行為之理論.....	093
壹、因果行為論.....	093
貳、目的行為論.....	094
參、社會行為論.....	094
肆、人格行為論.....	095
伍、小結.....	095
第二節 刑法之行為.....	097
壹、刑法意義之行為.....	097
貳、行為檢驗在刑法上的實益.....	099

實例講座.....	100
第三章 犯罪論體系之演進及內容.....	103
第一節 概說.....	105
第二節 古典犯罪理論.....	106
第三節 新古典犯罪理論.....	109
第四節 目的犯罪理論.....	110
第四章 犯罪類型.....	117
第一節 概說.....	119
第二節 種類.....	119
壹、作為犯與不作為犯.....	119
貳、故意犯、過失犯與意圖犯.....	120
參、舉動犯、結果犯與結果加重犯.....	121
肆、實害犯與危險犯.....	124
伍、狀態犯與繼續犯.....	125
陸、自然犯與法定犯.....	126
柒、一般犯、特別犯與親手犯.....	127
捌、單一犯與結合犯.....	128
玖、單行為犯與複行為犯.....	128
拾、著手犯.....	129
實例講座.....	130
第五章 構成要件.....	133
第一節 構成要件之概說.....	137
壹、定義.....	137
貳、功能.....	137

參、種類.....	138
肆、構成要件要素.....	139
第二節 客觀之構成要件.....	141
壹、行為主體.....	141
貳、行為客體.....	142
參、行為.....	143
肆、行為結果.....	144
第三節 因果關係與客觀歸責.....	144
壹、概說.....	144
貳、因果關係之學說及評價.....	145
參、因果關係之類型.....	154
肆、不作為犯之因果關係.....	159
伍、疫學之因果關係.....	160
第四節 主觀之構成要件.....	161
壹、前言.....	161
貳、故意.....	161
參、過失.....	169
第五節 構成要件錯誤.....	175
實例講座.....	176
第六章 違法性.....	179
第一節 違法性之概念.....	183
壹、違法性之意義.....	185
貳、違法性之判斷.....	185
參、可罰之違法性.....	188
第二節 法定阻卻違法事由.....	191

壹、正當防衛.....	192
貳、緊急避難.....	206
參、依法令之行為.....	214
肆、業務上正當行為.....	218
第三節 超法定阻卻違法事由.....	218
壹、定義.....	218
貳、種類.....	218
第四節 構成要件該當與違法性的組合.....	227
實例講座.....	231
第七章 罪責.....	235
第一節 罪責之基本概念.....	237
壹、概說.....	237
貳、罪責之意義.....	237
參、罪責之本質.....	239
肆、罪責之理論.....	240
第二節 罪責之內涵.....	242
壹、罪責能力.....	242
貳、原因自由行為.....	246
參、罪責型態.....	251
肆、不法意識.....	251
伍、期待可能性.....	252
陸、小結.....	253
實例講座.....	255
第八章 不法與罪責以外之犯罪成立要件.....	259
第一節 客觀處罰條件.....	261

壹、意義	261
貳、現行法上之例子	262
第二節 個人阻卻或解除刑罰事由	264
壹、個人阻卻刑罰事由	264
貳、個人解除刑罰事由	264
實例講座	266
第九章 錯 誤	269
第一節 錯誤之基本概念	271
第二節 錯誤之分類及其處理	271
壹、構成要件錯誤	273
貳、禁止錯誤	277
參、包攝錯誤	287
肆、反面錯誤	289
伍、錯誤案例之綜合結構圖	289
實例講座	292
第十章 行為階段與未遂犯	299
第一節 行為階段	303
壹、決意	303
貳、陰謀	303
參、預備	303
肆、著手實行	304
伍、結果	304
陸、預備及著手實行（未遂）之界線	305
第二節 未遂犯之基本問題	309
壹、定義	309

貳、未遂犯之處罰依據	310
參、未遂犯之型態	313
第三節 普通（障礙）未遂犯	316
壹、須有故意	316
貳、著手實行構成要件之行為	317
參、欠缺構成要件之完全實現	317
肆、法律明文處罰	317
伍、意外障礙所引起	317
第四節 不能未遂犯	318
壹、概說	318
貳、有無危險	319
參、不能未遂之型態	320
肆、幻覺犯與不能犯	321
伍、迷信犯與不能犯	322
第五節 中止未遂犯	323
壹、意義	323
貳、法律規定	323
參、中止犯減免之理由	324
肆、要件	325
伍、多人犯罪情形之中止	329
實例講座	332
第十一章 正犯與共犯	337
第一節 正犯之概說	341
第二節 共同正犯	347
壹、共同正犯之意義	347

貳、共同正犯之本質	348
參、共同正犯之成立要件	348
肆、共同正犯之類型	350
伍、共同正犯之未遂與既遂	351
陸、共同正犯之錯誤	351
第三節 間接正犯	352
壹、間接正犯之意義	352
貳、間接正犯與教唆犯之區別	353
參、不能成立間接正犯之犯罪類型	354
肆、間接正犯之類型	355
伍、間接正犯之錯誤（支配錯誤）	360
第四節 共犯（參與犯）	362
壹、概說	362
貳、教唆犯	365
參、幫助犯	377
肆、共犯之競合	381
伍、共犯之共犯（連鎖之共犯）	381
陸、身分犯之共犯	382
實例講座	387
第十二章 過失犯	393
第一節 過失犯之基本概念	395
壹、過失之意義	395
貳、過失犯體系地位之演變	396
第二節 過失作為犯之構成要件	398
壹、客觀之構成要件	398

貳、主觀之構成要件.....	403
第三節 過失作為犯之違法性與罪責.....	404
壹、違法性.....	404
貳、罪責.....	405
第四節 過失作為犯之未遂犯、正犯與共犯.....	408
壹、未遂犯.....	408
貳、共同正犯.....	408
參、間接正犯.....	409
肆、共犯.....	410
第五節 過失犯之其他問題.....	410
壹、過失型態.....	410
貳、過失程度.....	413
實例講座.....	415
第十三章 不作為犯.....	419
第一節 不作為犯之基本概念.....	421
壹、純正不作為犯.....	421
貳、不純正不作為犯.....	421
第二節 不作為犯之構成要件.....	424
壹、故意不純正不作為犯之構成要件.....	424
貳、過失不純正不作為犯之構成要件.....	430
第三節 不作為犯之違法性.....	433
第四節 不作為犯之罪責.....	433
壹、不作為犯保證人義務之錯誤.....	434
貳、不作為犯之期待可能性.....	437
第五節 不作為犯之行為階段與未遂犯.....	439

壹、純正不作為犯之未遂犯.....	439
貳、不純正不作為犯之未遂犯.....	439
第六節 不作為犯之正犯與共犯.....	440
實例講座.....	442
第三篇 競合論.....	449
第一節 概說.....	453
第二節 競合論.....	456
壹、行為單數與行為複數.....	456
貳、罪名之宣告.....	459
參、刑罰之宣告.....	459
第三節 法條競合.....	460
壹、法條競合之意義.....	460
貳、法條競合之型態.....	461
參、不罰（與罰）之前後行為.....	468
第四節 真正競合.....	470
壹、想像競合.....	470
貳、實質競合.....	474
參、新刑法施行後競合適用之新面貌.....	476
實例講座.....	479
第四篇 刑罰與保安處分.....	485
第一章 概說.....	487
第二章 刑罰之種類.....	489

第一節 刑罰之種類	491
壹、主刑	491
貳、從刑	494
第二節 主刑重輕之標準	494
壹、不同之刑之重輕	495
貳、同種主刑之重輕	495
參、不能依前項定重輕之補充規定	496
第三節 罰 金	497
第四節 沒 收	497
第五節 褫奪公權	499
壹、褫奪公權之種類及其要件	499
貳、褫奪公權之效力	500
參、褫奪公權之內容	501
第六節 追徵、追繳或抵償	501
第三章 刑罰之適用	503
第一節 各種刑罰之適用	505
壹、刑罰適用之意義與階段	505
貳、刑法上量刑之標準	506
第二節 刑罰之加重	508
壹、刑罰之加重	508
貳、累犯之加重	508
第三節 刑罰之減輕	511
壹、刑罰之減輕	511
貳、自首之減輕	513
第四節 刑罰之免除	516

壹、審判上之免除	516
貳、法律上之免除	518
第五節 刑罰之加減方法與順序	518
壹、主刑加減之方法	518
貳、同時併加減之情形	519
參、刑罰加減之順序	519
第四章 刑罰之執行	521
第一節 易刑處分	524
壹、易科罰金	525
貳、易服勞役	526
參、易以訓誡	528
肆、易服社會勞動	528
第二節 刑期之計算與羈押之折抵	531
壹、刑期之起算	531
貳、羈押折抵之方法	532
參、羈押折抵之立法理由	532
肆、另案羈押之折抵	532
第三節 緩刑	533
壹、緩刑之意義及立法理由	533
貳、緩刑之要件	533
參、緩刑之撤銷	536
肆、緩刑之效力	537
第四節 假釋	537
壹、假釋之意義及立法理由	537
貳、假釋之要件	538

參、假釋之撤銷	540
肆、假釋之效力	541
伍、假釋與緩刑之區別	542
第五章 刑罰之消滅	543
第一節 赦免	545
壹、大赦	545
貳、特赦	544
參、減刑	546
肆、復權	546
第二節 時效	546
壹、時效之意義及立法理由	546
貳、刑法規定之時效	547
參、追訴權時效之相關問題	549
肆、行刑權時效之相關問題	552
第六章 保安處分	555
壹、保安處分之意義及立法理由	557
貳、保安處分與刑罰本質之區別	557
參、保安處分之特點與要件	558
肆、保安處分之種類	559
伍、保安處分之宣告與效力	565
附錄一 曹雪芹《紅樓夢》中王熙鳳四個事件的古事今判	567
壹、曹雪芹的《紅樓夢》	569
貳、永遠的王熙鳳	571
參、現代法律情境裡的王熙鳳	573
肆、王熙鳳的四個事件	574

伍、結語	592
附錄二 選擇題	595
壹、選擇題	597
貳、參考答案	602
名詞索引	603
主要參考書目	615

第一篇

緒論

第一章

刑法之沿革

第一章 刑法之沿革

【目次】

壹、暫行新刑律.....	5
貳、1928年的刑法.....	5
參、1935年的刑法.....	5
肆、2005年的刑法修正.....	6
伍、2006年後的刑法修正.....	6



我國現行刑法法典，是民國成立之後，經數度制定與修正而成，茲分述如下：

壹、暫行新刑律

我國刑法的現代化，是從清末變法時（1902~1912年）延聘日本學者岡田朝太郎所完成的《新刑律草案》開始。該草案採當時歐陸法系的刑事立法例，並於1910年以《大清新刑律》公布，但因清廷被推翻而未施行。民國以後，政府以滿清未曾施行的新刑律為藍本，於1912年公布施行《中華民國暫行新刑律》，冠以「暫行」兩字，是因當時未經國會通過，而由總統令暫准援用。

貳、1928年的刑法

暫行新刑律完成於清末，並非理想的刑法，故於北京政府時期，就已開始著手修訂。1927年國民政府定都南京後，認有刑法重修的必要，乃以北京政府的刑法草案為藍本，由法學大儒王寵惠提出《中華民國刑法草案》，經修正後於1928年以《中華民國刑法》為名公布施行，計分為總則與分則二編。總則14章，102條；分則34章，285條，總共合計387條。

參、1935年的刑法

1928年所公布施行的刑法，仍有許多不完善之處，立法院於是在1931年成立「刑法起草委員會」，負責草擬刑法，亦分總則與分則二編，總則計12章，99條；分則計35章，258條，合計357條，仍定名為《中華民國刑法》，經立法院通過，於1935年公布施行。

肆、2005年的刑法修正

由於社會快速變遷，刑法暨刑法施行法部分條文修正草案於2005年1月7日經立法院三讀通過，同年2月2日經總統正式公布，於2006年7月1日起施行。此次修正條文，刑法總則部分，修正61條、刪除4條、增訂2條（共67條）；分則部分，配合總則廢除連續犯及心神喪失、精神耗弱的定義修正規定，對常業犯的規定併同檢討修正，及立法委員所提修正案，總計修正15條、刪除7條（共22條）；此外，刑法施行法則配合修正1條、增訂4條（共5條）。

值得注意的是，這次修法，刑法總則修正幅度達三分之二，可謂自1935年的刑法制定公布以來，最大幅度的修正，由於涉及重要刑事政策的採行，以及諸多人民權利規範的變動，為刑事立法與司法史上的重要大事，對於我國刑法的影響至為深遠。

伍、2006年後的刑法修正

在2005年刑法修正之後，刑法陸續進行修正。2006至2008年，分別針對海盜罪、妨害投票正確罪、酒醉駕駛罪進行修正。2009年的修正，主要是針對易刑處分制度，如易科罰金、易服社會勞動等相關規定，另外針對緩刑的相關規定修正。2010年1月，對於遺棄罪部分的修正，增訂阻卻遺棄罪的成立事由，並修正遺棄直系血親尊親屬罪的規定。最近一次的刑法修正是在2011年1月，對於加重竊盜罪的規定，參酌學界長期的建議進行修正，以合時宜。

第二章

刑法總則在法律體系中之地位

緒論

第二章 刑法總則在法律體系中之地位

【圖次】

圖1：刑法總則在整個法律體系之地位 9

圖2：刑法總則內容之鳥瞰 10



我國刑法，在清末變法時仿效歐陸法系（或稱大陸法系）新法時代的法律體系，特別是德國法，故屬於歐陸法系（大陸法系）刑法。

與其他主要的法律，如行政法、民商法等相較，刑法有最嚴厲的法律效果，因此刑法在法律制度中，扮演制裁者的地位；也因為刑法的嚴厲性，導致對於犯罪的成立與否（犯罪論）及是否處罰（刑罰論）的解釋，有最嚴格的推論過程。

由圖1可知，刑事法屬於公法，而刑事法又分為刑法（刑事實體法）、刑事訴訟法（刑事程序法），刑事實體法的抽象規定，有賴刑事訴訟法的追訴途徑，方得具體實踐國家的刑罰權；而刑法總則僅是刑法的一部分。另外，圖2顯示，刑法總則主要內容規範的概梗。

圖1：刑法總則在整個法律體系之地位

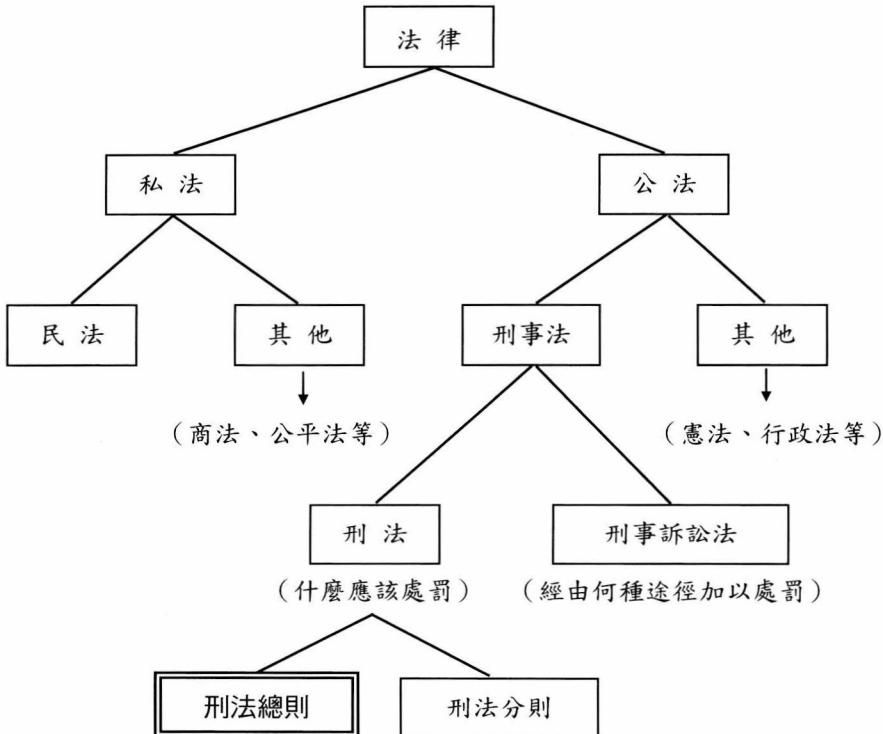
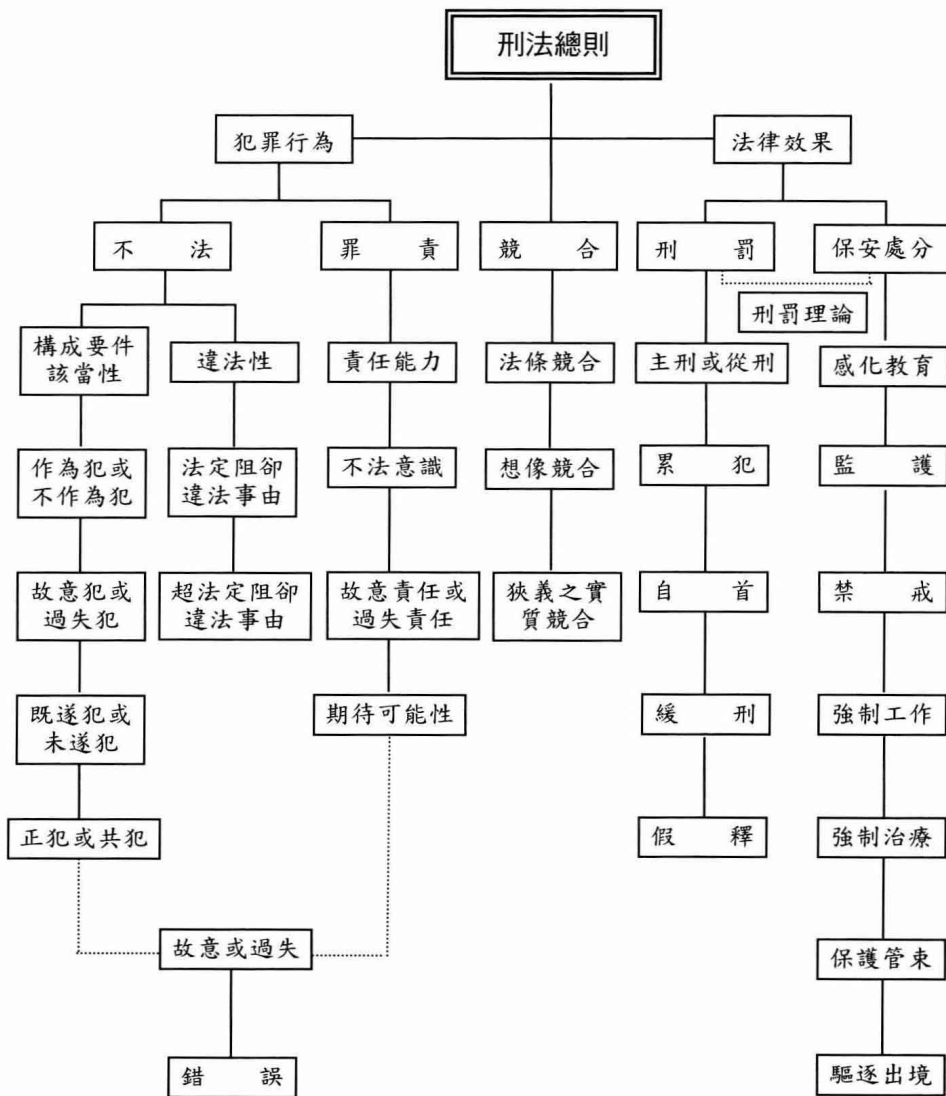


圖2：刑法總則內容之鳥瞰



第三章

刑法之概念

第三章 刑法之概念

【目次】

第一節 刑法之基本概念.....	15
壹、定義.....	15
貳、犯罪與非犯罪.....	15
參、刑法和刑事訴訟法間之關係.....	16
第二節 刑法之分類.....	17
壹、普通刑法與特別刑法.....	17
貳、形式刑法與實質刑法.....	17
參、完備刑法與空白刑法.....	19
第三節 刑法學和其他刑事科學之關係.....	20
壹、犯罪學與刑法學.....	20
貳、犯罪偵查學與刑法學.....	20
參、刑事政策與刑法學.....	21
肆、小結.....	22
第四節 刑法之功能.....	22
壹、保護法益.....	23
貳、壓制與預防犯罪.....	23
參、保障人權.....	23
肆、矯治犯罪人.....	24

第五節 刑法之特色.....	24
壹、刑法之道德性.....	24
貳、刑法之不完整性.....	24
參、刑法之高度政治性.....	25
肆、刑法之最後手段性.....	26
第六節 刑法之性質.....	26
壹、公法.....	26
貳、司法法.....	26
參、實體法.....	26
肆、強行法.....	27
伍、國內法.....	27
陸、繼受法.....	27
實例講座.....	28
【圖次】	
圖3 犯罪追訴之流程.....	16



第一節 刑法之基本概念

壹、定義

刑法規定「犯罪」與「刑罰」，也就是規定國家在何條件下，於何範圍內，得具體行使刑罰權的法律。簡言之，刑法是認定何人犯何罪，應如何刑罰的法律。

刑法對犯罪行爲進行抽象的規定，並同時規定犯罪所生的法律效果，也就是刑罰。以§271爲例：「殺（行爲）人（客體）者（主體）」是抽象的規定（犯罪）；「處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」是國家具體行使刑罰權的法律效果（刑罰）。

由於刑法是規定犯罪和刑罰的法律（刑法＝犯罪＋刑罰），故犯罪是刑罰的前提，刑罰是犯罪的結果。刑法學的二個領域，就是犯罪論與刑罰論。

貳、犯罪與非犯罪

從形式上區分，有刑罰後果的不法行爲，是犯罪；沒有刑罰後果的不法行爲，不是犯罪，如交通違規、違反社會秩序維護法的行爲、少年虞犯等。非犯罪的行爲後果可能是罰鍰、拘留、訓誡、感化教育、保護管束、假日生活輔導等。

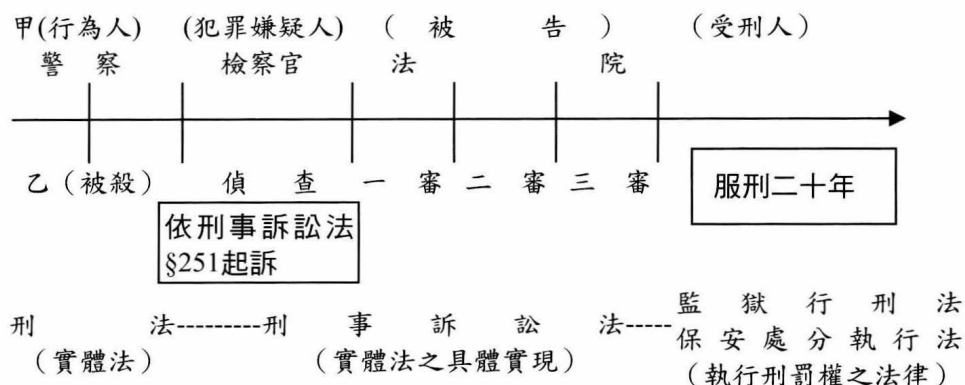
刑罰分主刑與從刑，用來對付一般犯罪人。主刑是指：死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金；從刑是指：沒收、褫奪公權、追徵、追繳或抵償。除了刑罰之外，另有保安處分。

保安處分與刑罰不同，其具有教育思想，用來對付特殊的犯罪人，例如§18無責任能力人、§19精神障礙或其他心智缺陷人、§20瘖啞人等。保安處分規定於§86以下，手段有感化教育、監護、禁戒、強制工作、保護管束等。

參、刑法和刑事訴訟法間之關係

刑法是規定「何種行為是犯罪，對於何種犯罪應科以何種刑罰」的法律，其必須有刑事訴訟法的配合，才能真正實現刑法的規範功能。刑事訴訟法將刑法所規定的犯罪行為，具體的加以追訴，而犯罪的追訴，一定要經過合法程序。下以圖3說明犯罪被追訴的流程。

圖3：犯罪追訴之流程



從圖3可知，與刑罰相關的法規，包括三階段。此三階段的法律組成，目的在於維持社會秩序。

1. 實體法：規定何種犯罪應科處何種刑罰的法律（普通刑法、特別刑法、附屬刑法）。
2. 程序法：使刑事實體法的刑罰權具體實現的程序法（刑事訴訟法、軍事審判法、少年事件處理法）。
3. 矯治法：實際執行刑罰權的法律（監獄行刑法、保安處分執行法、受刑人累進處遇條例、外役監條例）。

以上三者各有其特殊性，並互相關連、彼此合作，如此一來，國家的刑罰權才得以具體實行，故統稱為「刑事法」。

第二節 刑法之分類

壹、普通刑法與特別刑法

一、普通刑法

《中華民國刑法》是普通刑法，也就是原則法。在立法的體系上，可以分爲刑法總則（§§1~99）與刑法分則（§§100~363）；學理的體系上則分爲犯罪論與刑罰論。普通刑法的規定，原則上對任何人事時地均適用。

二、特別刑法

特別刑法是針對特定的人事時地而制定的刑法，特別刑法部分是對普通刑法已有規定的事項重複規定，如《毒品危害防制條例》是對刑法的鴉片罪重複規定，《貪污治罪條例》是對刑法的瀆職罪重複規定；此外，亦有基於特別需要而制定者，如《陸海空軍刑法》是針對軍人犯罪的特殊規定，《殘害人群治罪條例》《懲治走私條例》則規範特定的犯罪類型。在適用順序上，依據「特別法優於普通法」的原則，故特別刑法優於普通刑法。

貳、形式刑法與實質刑法

一、形式刑法

就體例而言，形式刑法是純屬刑罰規定的法規，從法律的名稱，就可知悉其爲刑事法規，普通刑法與特別刑法均屬之。通常形式刑法除犯罪構成要件的規定之外，亦規定法律效果，例如《中華民國刑法》、《陸海空軍刑法》、《貪污治罪條例》等。

二、實質刑法（附屬刑法）

實質刑法是，普通刑法及特別刑法以外，具有刑罰制裁規定的法律條款總數。這類刑罰制裁規定的數量相當繁多，例如：建築法§85是附屬刑法；但是《建築法》本身不是附屬刑法。其他如公平交易法§35、證券交易法§171、銀行法§125、稅捐稽徵法§41、貿易法§27、公司法§9 I、保險法§167、野生動物保育法§40、森林法§51、文化資產保存法§94、國家公園法§24、著作權法§91、破產法§152、動產擔保交易法§38、勞動基準法§75等。這些法規是披著其他法律的外衣，裡面卻蘊含有行為人違反某項規定時，附帶規定科以刑罰的條文。

附屬刑法的制定，通常並非保護個人法益，而是要保護抽象的制度或機能，所以被處罰對象，大多沒有反倫理色彩或社會危險性。在立法政策上，立法者較常用抽象危險的構成要件來保護法益，且欲以威嚇手段，阻止人民犯法，所以刑法的手段性，容易過分被強調。

此外，應注意的是，附屬刑法與特別刑法並不相同，二者的差別主要可以分為下列幾點：

1. 特別刑法本身就是刑法，例如《陸海空軍刑法》、《毒品危害防制條例》、《槍砲彈藥刀械管制條例》等。可是，附屬刑法所依附的法律並不是刑法。例如「破產刑法」依附在《破產法》裏，但《破產法》本身不是刑法。
2. 特別刑法的條文通常都非常簡略，主要是因為特別刑法只是疊床架屋的立法。若特別刑法是對於普通刑法的重複規定時，一個行為若符合特別刑法的描述，也會同時符合普通刑法的描述。相反的，附屬刑法所依附的法律，則是自成體系的法律，有繁複的規範內涵。
3. 特別刑法的制定，明顯是為了一般預防目的，是心理強制說的極端表現。附屬刑法常常是為了保護某種特殊的文化、社會或經濟價值，也有一般預防的作用。不過，兩者基本上是有差異的：特別刑法主要在對應本體惡；而附屬刑法主要在對應禁止惡。所謂「本體惡」是指，行為人

本身行爲，是道德上所不能容忍的，大部分的刑事法規定，是本體惡的犯罪行爲。另外，「禁止惡」則是指行爲本身並不惡，有較低的反社會性，但因侵害國家所特別規定的事項而動之以刑，其保護的法益，通常沒有特定的被害人。

4. 立法政策上，特別刑法可以廢除不要，因爲法秩序的建立，普通刑法已經足夠。反之，附屬刑法通常有保留必要，因爲有些反社會倫理與社會危險性較低的犯罪行爲，由於立法技術上的關係，無法全數移植到普通刑法裡面。

參、完備刑法與空白刑法

一、完備刑法

對於犯罪及刑罰的規定，在法條上已明白規定構成要件及其法律效果。刑法分則上的規定，大多是完備刑法。

二、空白刑法（不完備刑法）

對於犯罪及刑罰的規定，其構成要件中某一部分事項，須委諸其他法規加以補充規定，才能使刑法的空白部分得以完整。例如懲治走私條例§2規定，「私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處七年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金（Ⅰ）。」「第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之（Ⅲ）。」本條的「管制物品及其數額」，即是不完備的構成要件，有待行政院的公告補充才能完整。

值得注意的是，刑法條文上，有些構成要件也是空白的，須藉由解釋加以填補，同樣是不完備的構成要件。例如褫母照顧嬰兒，卻基於餓死小孩的故意而不餵食，導致小孩死亡。因爲褫母與小孩父母訂立契約，有照顧的義務，竟不餵食（不盡義務），故可能成立不作為殺人罪（§§15、271）。其中，§15Ⅱ不純正不作為犯的構成要件，涉及褫母作為義務的範

圍，以及是否成立保證人的地位，必須委由法官判斷加以充足，就是空白刑法。

第三節 刑法學和其他刑事科學之關係

壹、犯罪學與刑法學

一、犯罪學

研究犯罪現象並加以解釋，是價值中立的事實科學。例如，少年犯罪或老人犯罪、何時犯罪、可能犯何罪等問題。

二、刑法學

從事價值判斷的研究，研究某種行為是否構成要件該當，是否違法、是否有責任等問題，也就是評價行為人的行為是否構成犯罪。例如甲打傷乙，該行為具有構成要件該當（§277 I）；但是甲若是正當防衛（§23）：則構成要件該當，但不違法（不罰）；又如甲年僅12歲（§18）：則構成要件該當、違法、但無罪責（不罰）。判斷甲的行為是否成立犯罪的過程是刑法學研究的重點。

貳、犯罪偵查學與刑法學

一、犯罪偵查學

研究如何在法律行為的框架內，對已發生的犯罪行為加以偵查，從事事實判斷，是價值中立的學科。因為，有效的犯罪偵查才可達到威嚇的目的，亦即一般預防的目的。

二、刑法學

研究哪些不法行爲應成立犯罪，對已成立的犯罪行爲應如何處以刑罰或保安處分，是價值判斷的學科。

參、刑事政策與刑法學

一、刑事政策

因社會變遷快速，立法腳步緩慢，常不能制定因應社會需要的法律，故需要刑事政策，研究犯罪的應然。刑事政策是從事價值判斷及價值選擇的學科，選擇何種不法行爲應加以除罪化或犯罪化的研究過程。

如何將已構成刑事不法程度，但未在刑法典中規範的行爲納入刑法典，在刑事政策學上，稱爲「犯罪化」或「入罪化」；相反的，將某種現行刑法有處罰的行爲，因爲時代的變遷、社會習慣改變或司法實務認定不同，而已經沒有處罰的必要時，透過刑事政策將之刪除，是「除罪化」。例如，環境犯罪行爲，對社會已造成嚴重危害，但刑法典尚無處罰的規定，故刑事政策須從事價值選擇，或許可以考量將某些環境不法行爲予以犯罪化。又如：1987年以前，亂開空頭支票要處以刑罰，但後來認爲此僅是民事不法行爲，故加以除罪。由此可知，立法者對於某行爲除罪或入罪的改變，會影響犯罪相關統計資料。

二、刑法學

研究犯罪行爲，應接受何種刑罰或保安處分，此爲研究犯罪的實然。例如，殺人犯在刑法上，應該受到如何的處罰，或有無保安處分適用的可能。

* 規範的應然與規範的實然

應然 (sollen)：刑事政策研究犯罪的應然。因刑事政策研究不法行為是否應處罰，如何處罰，或除罪入罪的決擇。

實然 (sein)：刑法學研究犯罪的實然。因刑法學要研究已經存在的規範，依循該規範應如何處罰，是判斷與評價實際存在的行為。

肆、小結

最後以竊盜為例，說明刑法學與其他刑事科學之關係：

1. 刑法學：研究行為人的行為是否成立竊盜罪，若成立竊盜罪則應受如何的處罰，是否有受保安處分的可能。
2. 犯罪學：研究竊盜總體現象及客體現象的消長，為什麼某個時段的竊盜案件頻傳，竊盜罪發生的原因等。
3. 犯罪偵查學：研究如何勘察現場、搜集證據、佈線捉人、建立竊盜犯的檔案等。
4. 刑事政策：研究應該如何處罰竊盜犯才能夠防止再犯，而且希望能預防一般人去模仿竊盜犯；輕微的竊盜犯，是否有必要再加以處罰，如果沒有必要加以處罰，該如何處理，或者除罪化等。總之，就是思索立法上，如何對付竊盜犯是最恰當的方式。

第四節 刑法之功能

刑法的功能在於，規範人與人間的關係，用來確保社會共同生活的和平秩序。其功能如下：

壹、保護法益

以刑法的手段，對一定犯罪加以處罰，可遏阻犯罪，保護可能受到犯罪侵害或威脅的共同生活利益。亦即保護法益免受侵害。由保護個人法益進而有維護社會秩序的功能。

法益是法律所要保護的利益，是國家和社會公認應該用國家強制力加以保護的，社會共同生活不能或缺的利益或社會秩序中所想像的價值。

刑法的法益是每個刑法構成要件的核心。每個該當構成要件的行為，都有其所侵害的法益，因此法益有架構、解釋與運用構成要件的功能。依照法益持有者的不同，大抵可分為個人法益、社會法益及國家法益三種。法益具有以下功能：

- (1)解釋刑法的重要工具（刑法解釋指導的機能）。
- (2)刑事立法上的重要依據（犯罪體系確立的功能）。
- (3)違法性的決定機能。
- (4)罪數的認定機能。

貳、壓制與預防犯罪

犯罪為最嚴重的不法行為，國家以最嚴厲的法律效果加以處罰。藉刑罰的威嚇力，產生壓制犯罪，進而有預防犯罪的功效。

參、保障人權

明定應予刑事制裁的犯罪行為及法律效果，藉此限制刑罰權的濫用，以收保障人權之效。對人民而言，凡未違反刑法規範者，均不受國家權力機關的干涉侵犯；對犯罪人及受刑人而言，保障其不受逾越刑法規定外的處罰，避免遭受違反人道及藐視人性尊嚴的殘虐刑罰對待。這也是「罪刑法定原則」的最重要貢獻。

肆、矯治犯罪人

以法律效果科處犯罪人應得的刑罰，並利用執行刑罰的機會矯治犯人，促使犯人再社會化。刑罰制裁，不但滿足犯罪人內心的贖罪需求，而且多少亦能衡平犯罪人的罪惡感。不過，僅對於一般罪犯而言，較有贖罪功能；對於習慣犯則較無贖罪功能。

第五節 刑法之特色

刑法與其他法律相較，具有一些其他法律所沒有的特色，分別是刑法的道德性、不完整性、高度政治性及最後手段性。

壹、刑法之道德性

法律淵源於道德規範，但兩者並不相同。法律是制約人外部的自由，有明顯的強制性、手段性，是一連串分析的過程，具有道德的政治外殼，即遵守法律，才能實現道德。相反的，道德是約束人內部的自由，是自願性、自發性的遵守，是綜合的觀念，形塑刑法規範的基礎。

刑法是最低標準的道德規範，因犯罪人的行為已經違反最低的道德標準，並且危及法益，故有必要加以處罰。然而刑法僅能維持最低程度的道德，不能期待其提高道德或倫理水準，例如刑法要求人民不偷不搶，這是低程度的道德規範；但無法要求人民不亂丟垃圾，這是相對較高程度的道德表現，不在刑法的規範之內。

貳、刑法之不完整性

刑法雖以保護人的生活利益為任務，但是人的生活利益極多，無法盡受刑法保護，刑法僅干涉對於侵害人類重大生活利益的行為。刑法的不

完整性顯現在規範內容及規範功能上：

一、規範內容不完整

因犯罪實質內涵，會隨社會狀況及價值觀而改變。但立法效率緩慢，時常未能加以規範新興的犯罪型態，或不合時宜的犯罪未能適時除罪化，足見其規範內容的不完整。例如，許多公害犯罪尚欠缺相對應的刑罰法規；反之，通姦（1961年德國已經將之除罪化，1974年日本亦同）應只是民事糾紛，而不必以刑罰手段對付，但立法方面卻未能配合。由實質的犯罪內涵可以檢驗立法者是否盡職。

二、規範功能不完整

法律秩序的整體維護，有賴所有法律及其他非正式的社會控制手段，萬不能單靠刑法來建立法律秩序。與刑法相較，其他的社會控制手段，如民法、行政法、宗教信仰等，都顯得和緩，也因為刑法是最嚴厲的社會控制手段，所以具有「補充性格」與「寬容性格」，只能當作最後的手段，補充其他法律或非法律的社會控制手段的不足。由於刑法不能介入全部的不法行爲，對於某些不法行爲，刑法只能加以放任或寬容其存在，可見刑法有規範功能上的不完整性。

參、刑法之高度政治性

政治體制的改變，常會影響刑法的改變。改變的情況，例如：增新條款、廢除條款或加重原條款的刑度，藉此從事社會控制。例如希特勒執政後，改變政治體制為專制獨裁，並廢除罪刑法定原則，建立許多特別刑法，並且准許類推，取消法律救濟程序，大量簡化訴訟程序。希特勒時代的德國刑法相當混亂，可見政治制度與刑法關係密切。此外，刑法亦因其最嚴厲性與強制性，時常淪為獨裁統治者的政治或統治工具。

肆、刑法之最後手段性

刑法是所有法律中最嚴厲、強制、痛苦的法律手段，它以刑罰、保安處分的法律效果，為規範社會共同生活秩序的最後防線。若刑罰以外，尚有其他可以有效防制不法行為的社會控制手段時，應避免使用刑罰，因刑法具有最後手段性，只有在其他法律效果皆未能有效防制不法行為時，才使用刑罰。換言之，刑法具有補充性格，用來補充其他法律效果之不足，此即「刑法的謙抑性」。

第六節 刑法之性質

刑法的性質，是指刑法在整個國家法律體系中的地位如何，可分為以下幾點說明：

壹、公法

刑法為規定行使刑罰權的國家與犯罪人之間的法律，是規範國家和個人間關係的法律，而非規範人民相互間權利義務關係的法律，故屬公法性質。

貳、司法法

依三權分立的法理，因刑法是國家裁判的規範，故基本上屬於司法法。

參、實體法

刑法是規範權利與義務關係的本體法律，是規定發動刑罰權的實質

法律，因其規定犯罪行為的要件及效果的實質內涵，故原則上屬於實體法。然而刑法典中亦有一些行政法及程序法的規定，例如，假釋規定屬於行政法的性質；告訴乃論的規定屬程序法上的性質。

肆、強行法

刑法具有絕對適用的效力，除告訴乃論及請求乃論之罪外，行為人或被害人均無法左右或變更刑法的適用。故我國刑法中，除告訴乃論及請求乃論之罪為任意法外，任何人均受其拘束，若違反刑法中強行法的規定，則須依法科處刑罰。

伍、國內法

刑法是基於國家主權發動，所制定行使刑罰權的準據法，適用於國家主權所及的範圍，也就是適用於中華民國領域內的法律，故為國內法。

陸、繼受法

刑法的立法體系及其內容，大體是仿效外國的立法例制定而成，保留我國固有法內容者少，非直接根據我國固有文化、風俗民情等而制定，故刑法為繼受法，而非固有法。

◆ 實例講座 ◆

附屬刑法或特別刑法

甲經營雞排攤維持生計，未料知名連鎖店「好大雞排」在甲的雞排攤旁開業，造成甲生意嚴重虧損。甲的弟弟乙在第一土地銀行任職，負責辦理授信。甲商請乙無擔保授信放款。乙見兄長有難，立刻放款。

乙的同事丙知悉後，向乙表示「你對兄長無擔保授信放款，構成銀行法§127-II對利害關係人無擔保授信罪，這是特別刑法要特別加重！」一旁的同事丁則說「應是附屬刑法才對！」乙聞之，驚問「不管是特別刑法或附屬刑法，為什麼犯罪行為沒有規範在刑法，卻規定在銀行法？」試問：丙丁所言，何者正確？

解析

1. 丁所言正確，銀行法§127-II為附屬刑法，而非特別刑法

特別刑法本身就是刑法，係針對特定的人事時地而制定的法律，原則上是對普通刑法已有規定的事項重複規定。特別刑法的規範主要應對本體惡，且條文架構通常較為簡略，因為尚有普通刑法可加以補充，在立法政策上，特別刑法可以選擇廢止而回歸普通刑法處理。

相反的，附屬刑法是將具刑罰制裁的規定，納入於其他法律的某條文之中，其所依附的法律並非刑法，而是自成體系的法律，本身可能就已經有相當繁複的規範。附屬刑法則主要針對禁止惡進行規定，這些較不具反社會倫理，與社會危險性較低的犯罪行為，礙於立法技術的有限，並無法全數移植到普通刑法，所以有制定的必要性。

綜上，銀行法§127-1I所附麗的法律非刑法，而是自成體系的銀行規範，本身自存有相當複雜的規定；且違反無擔保授信放款相關規定的犯罪行為，並不具有反倫理的色彩，故非本體惡，是禁止惡。由此可知，丁之言正確，銀行法§127-1I應是附屬刑法。

2.礙於立法技術的有限性，附屬刑法實難回歸普通刑法

對於本案，應先瞭解銀行法§32規定，「銀行不得對其持有實收資本總額百分之三以上之企業，或本行負責人、職員、或主要股東，或對與本行負責人或辦理授信之職員有利害關係者，為無擔保授信。」所謂無擔保授信是指，無任何擔保品或信用保證的授信，在本案是指對客戶的資金支持。甲乙是兄弟，據銀行法§33-1的規定，是利害關係人，故乙不得對甲無擔保授信。又銀行法§127-1I規定違反同法§32者，處以刑事制裁，乙違反銀行法禁止對利害關係人無擔保授信的規定構成犯罪。

由此可知，銀行法本身是相當複雜的規範，用以維護銀行的運作及經濟秩序。對於部分違反銀行法規定的行為，其若破壞社會經濟或侵害銀行法益重大，達刑事不法的程度，且具應刑罰性、刑罰必要性時，立法者自得動之以刑。但是，這項違反銀行法的刑事制裁規定，與銀行法的內容非常密切，立法技術上實難脫離銀行法。是故，附屬刑法實難與的依附的法律，這也就是銀行法中為何會有刑罰規定的原因。

第四章

罪刑法定原則

第四章 罪刑法定原則

【目次】

第一節 罪刑法定原則	33
壹、概說	33
貳、根據	34
參、內容	36
肆、罪刑法定之於犯罪與刑罰	38
第二節 刑罰之意義與目的	38
壹、應報理論	39
貳、一般預防理論	40
參、特別預防理論	42
肆、刑罰的綜合理論	48
實例講座	51

【圖次】

圖4：刑罰理論之結構	47
圖5：刑罰綜合理論之結構	50



第一節 罪刑法定原則

§1：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」本條是罪刑法定原則的規定。此原則的存在，使刑法具有安定性，亦即，犯罪的法律要件及其法律效果，均須以法律明確加以規定；法律若未明文規定處罰者，則無犯罪、無刑罰。

壹、概說

1813年德國刑法學家費爾巴哈以「無法律即無犯罪，無法律即無刑罰」(nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)來表示罪刑法定原則，並將此原則規定於巴伐利亞邦的刑法典中。其後，費爾巴哈提出的罪刑法定原則，逐漸成為歐陸法系各國刑法的重要原則。罪刑法定的精神，源於啓蒙思想，為尊重個人自由，乃對於中世紀以來封建制度下罪刑擅斷的反動，打破封建勢力，反對國家濫用刑罰權，保障人類最基本的權利。

此外，拘束人身自由之保安處分（如強制工作），以剝奪受處分人的人身自由為其內容，其性質具有濃厚的自由刑色彩，同樣應受罪刑法定原則約束，而以行為時的法律有明文規定者為限。是故，2005年刑法修正時，§1後段增訂「拘束人身自由之保安處分，亦同。」

由於「罪刑法定原則」是刑法的最高基本原則，所以特別說明其由來過程：

1. 英王約翰大憲章：1215年的英國大憲章（Magna Carta）§39規定：「任何自由人，非依其同僚的合法裁判，或非依國家法律及適法之裁判，不得逮捕、監禁、羈押、流放、剝奪領土或剝奪法律之保護。」該規定是文獻上最早規定罪刑法定原則精神的條文。
2. 美國憲法：1788年美國憲法規定，事後法的禁止及禁止制定權利剝奪法與溯及處罰法等規定。1791年美國憲法修正案§5規定「正當法律程序」，也是罪刑法定原則的條文。

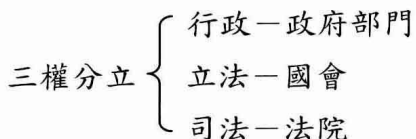
3. 法國人權宣言：1789年法國大革命後，組成議會的法國人民代表決定將自然的、神聖不可侵犯的人權以宣言方式表達。法國人權宣言§8即宣示「法律必須只規定絕對明白且必要的刑罰，任何人非依犯罪前已制定公布，且經合法適用之法律，不得處罰。」此時確立罪刑法定原則的意涵。其後，1810年拿破崙刑法§4更直接規定，「無論違警罪、輕罪或重罪，均不得使用犯罪前法律所未規定之刑罰予以科處。」使罪刑法定原則具有刑法條文之形式。
4. 聯合國世界人權宣言：1948年的世界人權宣言§11 II，「行為時依國內法或國際法並非可罰者，任何人不得因其作為或不作為而被判有罪，對於犯罪不得科處較其違法時應受刑罰更重的處罰。」本條說明罪刑法定原則的內涵。
5. 德國基本法與德國刑法：德國於1949年的基本法§103 II及1975年的刑法§1，均明文承認「罪刑法定原則」。
6. 我國刑法§1明文規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者，為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」可見我國刑法明白承認罪刑法定原則，且認拘束人身自由的保安處分亦應遵循本原則。

貳、根據

對於罪刑法定原則的理論根據有下列幾種說法：

一、民主主義的原理

基於法儒孟德斯鳩的觀點，權力分立是將國家權力分散，避免集中於一處而產生獨裁，一般來說，「三權分立」是最普遍的權力分立類型，行政、立法與司法三權之間相互獨立對等且彼此牽制。代表司法權的法院，僅適用國會所預先制定的法律，法律所未規定的行為，法院不得加以處罰。



國會在三權分立的架構下，是立法權的展現。在現代民主國家裡，國會是由人民選舉而生的國會議員而組成，我國的國會就是立法院，由民選的立法委員組成。刑法由國會制定，也就是由國會劃定犯罪的範圍與刑罰的輕重，而國會議員是民主選舉而生，議員們在國會的意志就是人民意志的延伸，亦即民主的展現。

二、自由主義的原理

自由主義隨著時代一同前進，最早是對於言論自由與政治權利的追求，爾後自由主義進入文化、經濟與社會等面向，雖然在各領域的自由主義探討之中有分歧，但有共同特色是，講求個人、重視平等，認為社會制度或法律規章應以個人為基礎，並且會因改革而走向善的一面。

自由並非放任，許多人誤以為自由不受管束，但事實上自由是生長在秩序之中。在自由主義之下，人民要求法律明確地說明什麼行為是犯罪並且必須接受處罰，以便讓人民對於刑罰規定有預測可能性，並且禁止事後法。換言之，立法者先將犯罪與刑罰規定得很明確詳細，使人民不致犯罪，因人民知道什麼行為會遭刑罰制裁，為避免處罰乃於行為時將更謹慎行事，心理強制隨之形成。

三、保障人權的法理

罪刑法定原則，是人民對抗國家權力濫用的堡壘，並且是犯罪人的大憲章。其能防止國家刑罰權的恣意行使，確實保障人民的基本權利與自由。

在罪刑法定的要求之下，構成犯罪行為的要件及其法律效果都必須

先以法律明文規定，不許國家罪刑擅斷，任何莫須有的罪名或超度的制裁都將因罪刑法定原則而絕跡，以達到保障人權的功能。相對的，若立法不遵循罪刑法定原則，或司法未能實踐，都會造成人權的戕害，例如德國希特勒時期在立法上破壞罪刑法定原則，而使刑法成爲統治工具。

參、內容

罪刑法定原則的內容計有：罪刑之安定性、罪刑之明確性、禁止溯及既往，以及禁止類推適用。前二項是對於立法者的要求；後二項是對於司法者，也就是對法官的要求。

一、罪刑之安定性

犯罪與刑罰均須法律明文規定，不能以行政法規或命令充任。因爲刑罰權源自國家主權，且刑法的規定與人民權利關係重大，當然應經代表最高民意的國會循法定程序制定；同樣地，刑法若要修正，也必須由國會爲之，萬不得單以行政機關的法規或命令而改變。

法律是立法機關依法律形式所制定的狹義法律，也就是成文法，故習慣法不包含在內。習慣法並未經立法程序，只是該習慣因長期的存在，且反覆被施行，使人民對之有法的確信。在罪刑法定原則下，習慣法不得作爲刑事判決的依據，禁止以習慣作爲可罰性的基礎。

二、罪刑之明確性

在罪刑法定的原則下，立法者應力求構成要件及法律效果的明確。簡言之，法律規定何種行爲成立犯罪（犯罪的明確性），犯罪行爲應如何處罰（刑罰的明確性），必須是一般國民可以預測的，否則易造成司法擅斷。

例如《檢肅流氓條例》中的「欺壓善良、品行惡劣、遊蕩無賴」等