

二〇〇五年

刑法修正總評

林山田 著



元照出版

本書簡介

本書係針對二〇〇五年的刑法修正，分別就其修正的實體內容與整個修法過程，做深入的探討與評論，使人瞭解本次修正在實體規定內容上與修正程序中，存在的諸多問題，以及針對這些問題的解決之道。

本次修正中，較具重要性的立法紀錄，本書將其列為附錄，以做為研讀本文的參證。其中司法委員會的「會外協調會」的會議紀錄，更是值得有意研究本次刑法修正者的參考與深思。

ISBN 978-986-6842-09-2



9 789866 842092



1C052PA

定價：420元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

D927. 584/3

2007

二〇〇五年刑法修正總評

林山田 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法修正總評. 二〇〇五年 / 林山田著. -- 初
版. -- 臺北市 : 元照, 2007 (民 96)
面 : 公分

ISBN 978-986-6842-09-2 (平裝)

1. 刑法 - 論文, 講詞等

585.07

96006756

二〇〇五年刑法修正總評

IC052PA

2007年5月 初版第1刷

作 者 林山田
出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 420 元
訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890
訂購傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle Publishing Co., LTD.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-6842-09-2

序

行政院與司法院於二〇〇二年十一月七日提出「刑法部分條文修正草案」，會銜函送立法院審議，經立法院審議後，於二〇〇五年一月七日三讀通過，並決議自二〇〇六年七月一日施行。

在現制下，刑法的修正事宜由行政院所屬的法務部負責，而刑事訴訟法則由司法院負責。本次的刑法修正，司法院似乎認為事不關己，故完全置身事外，而主管刑法修正事宜的法務部，除草擬法案外，並且在法案審查與審議過程中強力運作，主導立法院司法委員會的法案審查工作。在一些刑法教研者的義助下，法務部從法案草擬者的角色，蛻變成為法案審議者的角色，使立法院淪為法案審議的「橡皮圖章」。在立法院完成審議修正草案後，法務部宣稱本次的刑法修正為「刑事政策史上之重要大事」，或是「世紀大事」。事實真相究竟為何？實有分就修正的實體內容與修法程序，加以深入探討的必要與研究的價值。

今將曾在月旦法學雜誌與台灣法學雜誌發表過的四篇論文，即：針對二〇〇二年的刑法部分條文修正草案的評論，以及針對二〇〇五年三讀通過該部分條文修正草案的修法實體內容與修法程序的評論，詳加增訂與修正，使其連成一體，集結印行成書。

在本次修法中頗具研究價值的立法紀錄，包括：

- 一、刑法部分條文修正說明（修法理由）。
- 二、與二〇〇五年刑法修正最具關鍵性與最富實體討論內容的立法院司法委員會的協調會的會議紀錄。
- 三、本次修法中立委所提二十八個刑法部分條文修正草案之中，內容最完整，堪稱行政院版的修正對案的立委提案。
- 四、立法院司法委員會的審查意見等。

本書分別將其列為四個附錄附於書後，除做為研讀本文的參證外，並為刑法的法制史，留下一筆寶貴的史料，以供深入研究二〇〇五年刑法修正者參考，並期盼本書能夠做為未來熱心參與修法的學者專家們的殷鑒。

感謝元照出版公司印行出版雖具學術研究價值，但似不具市場價值的本書。



2007.3.6於礁溪抗癌中

目 錄

序

第一篇 評二〇〇五年的刑法修正內容

壹、前 言.....	3
貳、值得肯定的修正.....	4
參、不當的修改與增刪.....	17
肆、宜刪而未刪的規定.....	27
伍、尚待修正與增訂之處.....	31
陸、結 論.....	42

第二篇 對「共犯」刑章之刑法修正的檢討

壹、刑章名的修正.....	49
貳、共同正犯的修正.....	51
參、教唆犯與幫助犯的修正.....	59
肆、特別犯的參與問題.....	66
伍、結 論.....	69

第三篇 刑法改革與刑事立法政策

——評二〇〇二年刑法部分條文修正草案

壹、刑法全面修正的必要性	75
貳、刑法草案的提出	75
參、刑法改革的遲緩與冷落	78
肆、刑事立法政策	79
伍、刑法全面修正應予審酌的刑事立法政策	89
陸、結 論	96

第四篇 評二〇〇五年刑法修正的修法程序

壹、前 言	101
貳、司法委員會的審查	102
參、院會的審議	112
肆、修法過程評述	114
伍、結 論	137
後 記	140
附 錄 二〇〇五年刑法修正過程之國會觀察 （徐立信律師）	142

附錄一

二〇〇五年刑法部分條文修正說明（修法理由）149

附錄二

立法院司法委員會協調會會議紀錄

- 一、立法院司法委員會第五屆第五會期「中華民國刑法及施行法部分條文修正草案」協調會會議紀錄(一).....201
- 二、立法院司法委員會第五屆第五會期「中華民國刑法及施行法部分條文修正草案」協調會會議紀錄(二).....274
- 三、立法院司法委員會第五屆第五會期「中華民國刑法及施行法部分條文修正草案」協調會會議紀錄(三).....304

附錄三

立委針對行政院版所提出的修正對案337

附錄四

立法院司法委員會審查意見437

第一篇

評二〇〇五年的

刑法修正內容*

目 次

壹、前 言

貳、值得肯定的修正

- 一、本法總則適用範圍的規定
- 二、因精神障礙而影響責任能力的問題
- 三、未遂犯的結構體系與中止犯的規定
- 四、將從犯正名為幫助犯
- 五、增設追徵或追繳與抵償的從刑
- 六、易科罰金的修正
- 七、罰金改以新台幣計並明定分期繳納制
- 八、刪除牽連犯的規定
- 九、刪除連續犯的規定
- 十、在刑罰裁量上增列罪責原則

十一、酌量減輕的規定

十二、緩刑的修正

十三、刪除常業犯的規定

參、不當的修改與增刪

- 一、罪刑法定原則增加規定
- 二、刑法的時間效力的規定
- 三、不純正不作爲犯的依據規定
- 四、禁止錯誤的條文化
- 五、原因自由行爲的規定
- 六、不能未遂或不能犯的規定
- 七、自首從必減改爲得減

肆、宜刪而未刪的規定

- 一、拘役宜刪除
- 二、褫奪公權沒有保留的必要
- 三、易以訓誡的規定宜予刪除
- 四、強制工作與驅逐出境宜刪除

*

原刊載於台灣法學，67期，2005.2，73~102頁，今加修訂。

伍、尚待修正與增訂之處

一、不當的章名尚待修正

二、不罰的用語

三、責任年齡的規定

四、全面重新調整分則編中的罰金數額

五、實質競合的規定

六、裁判確定後發覺餘罪的問題

七、數罪經兩個以上裁判的問題

八、增設限縮使用短期自由刑的原則規定

九、未來的新法宜增設一些新的刑罰手段

十、增訂宣付保安處分的原則規定

十一、保安處分制度有待具體落實

陸、結 論

壹、前 言

二〇〇五年一月七日立法院三讀通過刑法部分條文修正案，大幅度地修正多年未修的刑法總則編，修正的主要內容，係照二〇〇二年十一月七日行政院與司法院會銜函送立法院審議的「刑法部分條文修正草案」（政府提案第八八五四號，以下引用，簡稱「草案甲」，亦即是下述第三篇所評論的草案）¹所提出的條文通過，或就草案條文修正通過。

本次的修正，就草案總說明與草案內容可知，草案甲應該是自一九七四年以來對刑法通盤檢討修正的結論，可是草案仍一如近年來流行的「片斷零星式」的修法，標上「刑法部分條文修正」的名銜，並且與會的立委們分批連署提出的二十八個「刑法部分條文修正草案」併案審查，其中除委員提案第四八三三號與第四九七九號，係檢討現行規定或政府草案內容，而屬政府草案的對案（以下引用，簡稱「草案乙」與「草案丙」）²之外，其餘的二十六個委員提案則係針對一、兩個

¹ 見立法院第五屆第二會期第十次會議議案關係文書，2002.1.16印發（以下引用，簡稱「議案文書一」）。針對本草案，學界有相當深入與廣泛的討論，見〈檢視刑法修正草案〉，刊：月旦法學，92期，2003.1，8～76頁；93期，2003.2，74～113頁。〈刑法修正草案〉，刊：台灣法學，45期，2003.4，65～109頁；46期，2003.5，83～154頁。

² 委員提案第四八三三號係由委員陳根德等四十四人連署提出的修正對案（共123頁），見立法院第五屆第三會期第六次會議議案關係文書（更正本），2003.4.2印發（以下引用，簡稱「議案文書二」）。本草案係由國會助理徐立信律師參酌學者論著，用心草擬而成，甚值立法者參酌，可惜在審查會中受到忽視，而湮沒在其他的二十六個委員提案中。本書特將其列為附錄三，以供研究刑法修正者參考。

委員提案第四九七九號係由委員蘇盈貴等五十人連署提案的修正草案（共56頁），見立法院第五屆第三會期第十二次會議議案關係文書，2003.5.14印發（以下引用，簡稱「議案文書三」）。

條文所提出的「刑法部分條文修正案」。

立法院司法委員會併案審查二十九個「刑法部分條文修正草案」，舉行二次公聽會，三次會外協調會，並召開八次委員會審查，終於二〇〇四年十二月二十三日將草案審查完畢，完成一讀，而於同年同月二十七日提報院會³。院會於二〇〇五年一月四日二讀審議通過，並於同月七日三讀通過。

本文就這次大幅度修正的內容，兼顧刑法論理學與刑法實務的觀點，分就：一、值得肯定的修正。二、不當的修改與增刪。三、宜刪而未刪的規定。四、尚待修正或增訂之處等四部分，提出下述的評論。

貳、值得肯定的修正

本次修法，值得肯定的部分，主要的計有：

一、本法總則適用範圍的規定

在罪刑法定原則或法律保留原則的支配下，國家刑罰權的界限，只能以法律定之，故在現行法制中，不可能以行政命令制定出具有刑罰法律效果的制裁規定。又本法係採刑罰與保安處分的雙軌制，而本法第十一條原僅明定刑罰，而缺保安處分的明文，故宜修正為：「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限⁴。」

³ 見司法委員會2004年12月27日函，立法院第五屆第六會期第十三次會議議案關係文書，收文編號：09300050214，2004.12.29印發（以下引用，簡稱「議案文書四」），本書摘錄其中「審查會」的審查意見，列為附錄四。

⁴ 見林山田：刑法的革新，2001，30頁。

上開修法芻議，經立委的修正對案提出（見草案乙 § 11），雖草案甲並未提出修正，但司法委員會的審查照草案乙通過，使總則適用範圍的規定，符合罪刑法定原則與法律保留原則的意旨，故值得肯定。

二、因精神障礙而影響責任能力的問題

由於本法第十九條的原規定，係依行為人的精神障礙程度，區分為心神喪失人與精神耗弱人。而何謂心神喪失或精神耗弱，本法則未置一詞。刑法實務的判斷過程也未嚴格分別兼就行為人在行為當時的辨別適法或非法的辨識能力，以及依其辨識而選擇適法或非法的行事能力而為判斷，故本法的規定有修正的必要。

草案甲將第十九條修正為：「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。」（第一項）。「行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑。」（第二項）。其提案理由是認為依當今通說的犯罪理論，構成要件該當性、違法性及罪責所判斷的對象，均有客觀及主觀事實，尤其故意犯的構成要件該當性，對於客觀的構成犯罪事實，行為人主觀上必須具備認識及意欲，始足當之，故責任能力的範圍有必要將其具體標準予以明文化。又關於責任能力的內涵，依當前刑法理論，咸認包含行為人辨識其行為違法的能力，以及依其辨識而行為的能力⁵。

事實上，本法第十九條原規定的修正要點，乃在於對因精神障礙而影響責任能力的問題要如何比較精確地加以規定。這不但與犯罪理論，而且亦與將責任能力的範圍具體標準明文化

⁵ 見議案文書一，52頁以下。

無關。難怪草案甲會誤以為將辨識能力與行事能力引進條文，即解決了現行法對於責任能力規定的缺陷。

司法委員會的審查贊同政府草案的條文，並以草案的提案說明，做為立法理由，使草案條文成為新法第十九條第一項與第二項的規定。如此的修正，已較本法的原規定有所進步，故勉予肯定。

新修正條文對於影響辨識能力與行事能力的原因，僅只規定為「精神障礙或其他心智缺陷」，如此亦如本法原規定的「心神喪失」或「精神耗弱」一般（舊§ 19 I、II），過於簡略，故宜就本國精神醫學、生理學與心理學的用語，並參酌德國刑法第二十條的規定，將精神障礙與心智缺陷的內涵，予以明文規定。

三、未遂犯的結構體系與中止犯的規定

未遂犯可以區分為：普通未遂犯、不能犯與中止犯。本法原以第二十五條規定廣義的未遂犯；以第二十六條規定普通未遂犯的處罰，並以但書規定不能犯；以第二十七條規定中止犯，而顯現結構體系的紊亂。新法調整結構體系：以第二十五條第一項規定普通未遂犯，並將原第二十六條前段的處罰規定，改列為第二十五條第二項，即：「未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。」以第二十六條規定不能未遂，第二十七條規定中止犯與準中止犯，使未遂犯的規定符合邏輯體系⁶。

新法採行一九九〇年的「刑法修正案」⁷（以下簡稱「刑

⁶ 如此的結構體系，本人早於1989年提出，見國家政策研究中心：刑法總則修正對案之研究，1989，第二十五條至第二十七條，及其說明。

⁷ 本修正草案係行政院與司法院會銜於1990年2月13日函送立法院審議的一部

草」)的條文，增設第二十七條第一項後段：「結果之不發生，非防止行爲所致，而行爲人已盡力爲防止行爲者，亦同。」而將學說上的準中止犯條文化，而能落實罪刑法定原則。

對於共同正犯與共犯的中止未遂問題，學說與刑法實務均認爲共同正犯必須發生防止犯罪結果的後果，始能依中止犯處斷，而且共同正犯與共犯亦與單獨正犯同樣存有準中止犯的現象。對於這兩個問題，新法均將其條文化，而依一九九〇年的刑草條文，規定於第二十七條第二項：「前項規定（即單獨正犯的中止未遂），於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防止行爲所致，而行爲人已盡力爲防止行爲者，亦適用之。」同樣亦與同條第一項後段，具體落實罪刑法定原則，而值得肯定。

惟新法的規定，仍有下述兩點缺失，即：

(一)共同正犯與共犯的中止未遂與單獨正犯的中止未遂有所不同，即：前者必須己意中止行爲，而且有效防止犯罪結果的發生，後者只須己意中止行爲或防止發生犯罪結果的發生。亦即前者是累積關係，而後者則是擇一關係。第二十七條第二項僅規定「因己意防止犯罪結果之發生」，未能彰顯兩者的區別。

(二)同條第一項後段與第二項後段有完全相同的文字：「結果之不發生，非防止行爲所致，而行爲人已盡力爲防止行爲者」，重複贅述，實屬立法技術上的瑕疵。

因此，新修正的第二十七條宜調整規定順序，即：第一項

刑法全面修正的草案。對該草案的評論，參閱林山田：刑事法論叢(二)，1997，121~202頁。關於此一草案在立法院的審議及其下場，參閱林山田，前揭(註4)書，169~175頁。

規定單獨正犯的中止未遂，第二項規定共同正犯與共犯的中止未遂，第三項始規定準中止犯（單獨正犯、共同正犯與共犯均可適用），並稍做文字修正。茲提出修法芻議如下：

「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」（第一項）。

「共同正犯或共犯中之一人或數人，因己意中止而防止行為結果之發生者，亦同。」（第二項）。

「前二項之情形，於行為結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。」（第三項）。

四、將從犯正名為幫助犯

本法一向將幫助犯規定為從犯，從犯自字面的意義，極易使人誤會是指聚眾犯的首謀者（即主犯）以外的其他附從違犯之人，故有正名的必要。惟草案甲仍舊規定為從犯，幸經審查會將其正名為幫助犯，故新法的修正，值得肯定。

五、增設追徵或追繳與抵償的從刑

由於本法分則編中設有追徵（如§§121Ⅱ、122Ⅵ、131Ⅱ等等），〔公職人員選舉罷免法〕第八十八條第三項亦設有追徵，〔組織犯罪防制條例〕第七條設有追繳與追徵，〔貪污治罪條例〕第十條與〔毒品危害防制條例〕第十九條則設有追繳、追徵或抵償。對於這三種現行法制已有的從刑，自宜在總則編中，加以明定，使其符合刑事立法體例。新法增設這三種從刑（§34(3)），並增設：「法律有規定追徵、追繳或抵償者，於裁判時併宣告之。」（§40-1）的規定，落實罪刑法定原則，故值得肯定。