


台灣刑事法學會叢書 12

# 刑法總則 修正重點 之 理論與實務



台灣刑事法學會 主編

 元照出版

D927. 584. 104/1

2005

# 刑法總則修正重點

## 之理論與實務



蔡碧玉、林東茂、靳宗立、甘添貴  
柯耀程、曾淑瑜、鄭善印、余振華  
黃榮堅、劉秉鈞、張麗卿、余麗貞

合 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法總則修正重點之理論與實務 / 蔡碧玉等合著.

-- 初版-- 台北市：台灣刑事法學會出版：

元照總經銷, 2005 [民 94]

面；公分

ISBN 986-81167-1-6 (平裝)

1. 刑法 - 總則

585.1

94014331

## 刑法總則修正重點之理論與實務 5D61PA

2006年7月 初版第2刷

作者	蔡碧玉、林東茂、靳宗立、甘添貴 柯耀程、曾淑瑜、鄭善印、余振華 黃榮堅、劉秉鈞、張麗卿、余麗貞
出版者	台灣刑事法學會
總經銷	元照出版有限公司 100 台北市館前路 18 號 5 樓
網址	<a href="http://www.angle.com.tw">www.angle.com.tw</a>
定價	新台幣 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：局版台業字第 1531 號

ISBN 986-81167-1-6

# 序

我國刑法總則修正草案於民國九十四年一月七日經立法院三讀通過，同年二月二日經總統正式公布，將於九十五年七月一日起開始施行。此次修正，總則部分計修正六十一條、刪除四條、增訂二條，共六十七條；分則部分，基本上尚未作全盤之檢討，僅為配合連續犯規定之廢除及心神喪失、精神耗弱定義之修正，而對有關常業犯之規定併同檢討修正及其他少部分條文修正，計修正十五條、刪除七條，共二十二條。其中總則修正幅度達三分之二，係現行刑法自民國二十四年制定公布後，近七十年來最大幅度之修正，影響至為深遠。

由於刑法總則修正之幅度甚大，對於司法實務之運作以及刑法之教學，均有極為重大之影響。為使各界明瞭整個修法內容，台灣刑事法學會遂於今（九十四）年三月一及二日在臺北市公務人力發展中心二樓卓越堂與法務部共同舉辦「二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析」學術研討會，廣邀實務界及其他各界人士廣泛參與研討，與會人士約有七百人，盛況空前，足見此次刑法總則之修正，普受各界關注之一斑。為提供各界研究與適用之參酌，會後並將研討會論文及與會討論紀錄，匯集成冊，輯印出版，藉以共饗讀者。

嗣因此次總則修正之內容，無論係犯罪論、刑罰論、罪數論，以及保安處分等，均有極大幅度之變革。為使新修正刑法開始實施後，各界能深入掌握相關重要爭點問題之脈絡，台灣刑事法學會爰再邀集十餘位學者專家，分別針對修正之重要爭點，發抒己見，闡述其精義，並就解釋上及適用上可能出現之

疑義；相關判例、判決與解釋等可否再行援用等問題，加以探討與簡評，俾為各界研究與運用之參考。

刑法總則所規定之內容，為一切犯罪與刑罰之共通原理原則，性質上至為重要，故其修正工程甚為艱辛與複雜，此所以日本之刑法修正工作，雖歷經數十年，修正草案並數易其稿，仍屬功虧一簣之原因所在。處此民主社會與時代，個人之生活觀與價值觀，各有不同，每呈現多元化之發展，因而無論何種議題，均有各式各樣之相異見解存在。自總則修正公布後，各界贊同者有之，反對者亦復有之。惟不問贊同或反對，其所持理由均屬彌足珍貴，堪為新法解釋及運用之參酌。

本書承 元照出版社慨允協助出版，特在此表達十分感謝之意。

甘添貴 謹誌

2005.8.1於挹翠山莊半半齋

# 目 錄

## 序

- 二〇〇五年新刑法修正綜覽…………… 蔡碧玉 …… 1
  - 壹、前 言…………… 3
  - 貳、刑法修正之政策考量…………… 6
  - 參、刑法總則修正之重點…………… 14
  - 肆、刑法分則之修正…………… 54
  - 伍、新刑法對司法實務之重要影響…………… 58
  - 陸、結 語…………… 64
  - 參考文獻…………… 65
- 刑法修正重點評釋…………… 林東茂 …… 69
  - 壹、法 例…………… 70
  - 貳、犯罪論…………… 75
  - 參、刑罰論…………… 83
  - 肆、分則的修正…………… 91
- 罪刑法定原則與法律變更之適用原則…………… 靳宗立 …… 95
  - 壹、概 說…………… 96
  - 貳、罪刑法定原則與法治國原則…………… 97
  - 參、刑法之規範性質與刑法之適用…………… 105
  - 肆、法律變更之適用原則…………… 115
  - 伍、結 語…………… 131

• 刑法新修正之公務員概念	甘添貴	133
壹、前  言		133
貳、界定公務員概念之基準		135
參、新修正之公務員概念		137
肆、相關判例可否再行引用		149
伍、實務研擬新法適用疑義		172
• 排除責任缺陷規定明文化之衝擊	柯耀程	183
壹、概  說		183
貳、原因自由行為可罰性基礎		191
參、明文化之衝擊		198
肆、結  語		204
• 中止犯修法前後之檢討	曾淑瑜	207
壹、九十四年刑法修正中止犯之重點		208
貳、中止犯減免刑罰之法律根據		212
參、中止犯之成立要件		219
肆、準中止犯之成立要件		231
伍、共犯之中止（準中止）		234
陸、修法後之問題		238
柒、結  論		242
參考文獻		244
• 正犯與共犯概念之修正對於實務運作之 衝擊	鄭善印	247
壹、前  言		248
貳、有關正犯與共犯之各種法律概念		250

參、我國歷年刑法對於正犯與從犯相關概念之規定及其特色 .....	256
肆、德日立法例及新修正刑法之特色 .....	264
伍、正犯與共犯概念之修正對於實務運作之衝擊 .....	270
陸、結 論 .....	276
<b>• 教唆未遂之廢止與間接正犯之界定 .....</b>	<b>余振華 ... 279</b>
壹、前 言 .....	279
貳、「新法」有關教唆犯之解釋 .....	282
參、「新法」有關教唆未遂之解釋 .....	289
肆、間接正犯明文化之問題性 .....	294
伍、「新法」有關間接正犯之界定 .....	300
陸、結 語 .....	312
<b>• 數罪併罰量刑模式構想 .....</b>	<b>黃榮堅 ... 315</b>
壹、連續犯與牽連犯的廢除理由 .....	316
貳、修正後的問題 .....	323
參、數罪併罰量刑實務觀察 .....	326
肆、責任原則下的檢視 .....	334
伍、責任原則下的量刑模式構想 .....	340
陸、結 論 .....	348
柒、附論：一個被推翻的假設 .....	349
<b>• 論緩刑 .....</b>	<b>劉秉鈞 ... 357</b>
壹、緩刑於刑罰制度之思考 .....	358
貳、緩刑之沿革 .....	367
參、舊法緩刑之適用 .....	376
肆、新法緩刑之適用 .....	387
伍、結論（新法之評析與建議） .....	396



• 原因自由行為適用疑義之分析 .....	張麗卿 ...	399
壹、前 言 .....		399
貳、原因自由行為之立法沿革 .....		400
參、原因自由行為之意義 .....		401
肆、原因自由行為之可罰性基礎 .....		403
伍、新法及增訂理由 .....		406
陸、新法適用上之限制 .....		407
柒、結 語 .....		411
• 二〇〇五年刑法保安處分章修正 之說明及對實務運作之影響 .....	余麗貞 ...	413
壹、序 言 .....		414
貳、第十二章保安處分修正之說明 .....		415
參、現行實務執行保安處分狀況——兼論新法拘束 人身自由與非拘束人身自由保安處分之定位 .....		433
肆、其他與保安處分相關之修正 .....		442
伍、新法施行後，偵查、審判、執行案件之處理 .....		445
陸、結 語 .....		450

# 二〇〇五年新刑法修正綜覽

蔡 碧 玉\*

## 要 目

### 壹、前 言

### 貳、刑法修正之政策考量

- 一、理論與實務整合困難的修正
- 二、刑事政策的抉擇

### 參、刑法總則修正之重點

- 一、將拘束人身自由的保安處分納入罪刑法定原則（刑法第一條）
- 二、將「從新從輕」原則改為「從舊從輕」原則（刑法第二條）
- 三、修正限縮第十條公務員之定義（刑法第十條第二項）
- 四、修正違法性錯誤之罪責（刑法第十六條）

五、修正責任能力中有關精神狀態之用語及增訂原因自由行為（刑法第十九條）

六、修正不能犯之行為不罰（刑法第二十六條）

七、修正「共犯」章名為「正犯與共犯」（刑法第四章）

八、教唆犯改採「限制從屬」理論（刑法第二十九條）

九、罰金單位由「銀元」修正為「新臺幣」（刑法第三十三條第五款）

十、限縮褫奪公權適用範圍（刑法第三十六條）

十一、修正得易科罰金之條件（刑法第四十一條）

\*

政治大學法律研究所碩士，現任臺灣高等法院檢察署主任檢察官。

- 十二、修正提高罰金易服勞役之期限（刑法第四十二條第三、四項）
  - 十三、提高數罪併罰執行刑之上限（刑法第五十一條）
  - 十四、廢除連續犯、牽連犯（刑法第五十五、五十六條）
  - 十五、自首改為「得」減輕其刑（刑法第六十二條）
  - 十六、增設附條件之緩刑（刑法第七十四條第二、三、四項）
  - 十七、修正緩刑之效力不及於從刑（刑法第七十四條第五項）
  - 十八、提高無期徒刑之假釋門檻（刑法第七十七條第一項）
  - 十九、增訂重罪累犯及有再犯危險之性侵害罪犯不得假釋之規定（第七十七條第二項）
  - 二十、修正追訴權時效停止進行之時點，並延長追訴權及行刑權時效期間（刑法第八十、八十三、八十四條）
  - 二一、修正性侵害罪犯強制治療之規定（刑法第九十一條之一）
  - 二二、其他保安處分之修正（刑法第八十六至九十條、第九十三、九十四條、第九十六至九十九條）
- 肆、刑法分則之修正
- 一、廢除常業犯
  - 二、配合「心神喪失」及「精神耗弱」用語之修正而修正相關條文之同一用語
- 伍、新刑法對司法實務之重要影響
- 一、新舊法之比較適用問題
  - 二、公務員定義改變後之貪瀆罪追訴及審判程序問題
  - 三、連續犯、牽連犯廢除後對審、檢、警辦案方式之改變
  - 四、刑法上「一行爲」與刑事訴訟法上「同一案件」判準之建立
  - 五、追訴權時效起算點變更導致偵查時效緊迫
  - 六、執法人員對刑事政策之理解及適用
- 陸、結語
- 參考文獻

## 壹、前 言

中華民國刑法暨刑法施行法部分條文修正草案於民國（以下同）九十四年一月七日經立法院三讀通過，同年二月二日經總統正式公布，將於九十五年七月一日起施行。總計此次修正條文，刑法總則修正六十一條、刪除四條、增訂二條（共六十七條）；而分則部分，配合總則廢除連續犯及心神喪失、精神耗弱之定義修正規定，對有關常業犯之規定併同檢討修正，及委員所提修正案，總計修正十五條、刪除七條（共二十二條）；刑法施行法則修正一條、增訂四條（共五條）。其中刑法總則修正幅度達三分之二，可謂自民國二十四年中華民國刑法制定公布以來，近七十年來最大幅度之修正，由於涉及重要刑事政策之採行及諸多人民權利事項之變動，為刑事司法史上之重要大事，影響至為深遠。<sup>1</sup>

中華民國刑法修正草案自六十三年起由當時之司法行政部成立刑法修正委員會，聘請專家、學者，及實務界人士共同參與修正，經十五年研議始行定稿，迄七十八年九月間完成「中華民國刑法修正草案」暨「中華民國刑法施行法修正草案」，於七十九年送請立法院審議。惟該草案歷經立法院六年審議仍未能完成立法，經立法院司法委員會於八十五年間決議請法務部重新檢討上開草案。法務部即組成「刑法研究修正小組」、「法務部檢討暨改進當前刑事政策研究小組委員會」、「刑事政策研究小組」等小組，邀集學者、專家，及實務界人士，研提具體可行之刑法修正草案，並召開公聽會及舉辦學術研討會，聽取各界及學者對草案之意見，迄九十一年十月經行政院

---

<sup>1</sup> 參見94年1月7日法務部新聞稿，<http://www.moj.gov.tw>。

院會審查通過，與司法院會銜送立法院審議。<sup>2</sup>

於立法院司法委員會審議上開草案期間，該委員會為期集思廣益、周延立法，以博採周諮、察納學者專家意見，曾於九十二年五月五日舉行公聽會，邀請學者專家、民間團體及政府機關代表參與討論，彙集各界意見<sup>3</sup>；法務部並於九十二年十一月一日與台灣刑事法學會共同舉辦「連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題」學術研討會，針對連續犯與牽連犯廢除問題進行比較法及實務問題之深度研討<sup>4</sup>，俾供委員會審議時參考。由於提案版本多達三十一案（刑法二十九案，刑法施行法二案），審查困難，為凝聚修法共識，法務部除主動邀集學者專家整合意見外，並促請立法院司法委員會決議由陳召集委員進興主持召開會外協調會，邀請立法委員、行政機關及刑法學者多人<sup>5</sup>共同協力討論，歷經三次協調會之充分討論，始整合各修正版本，建立修法共識，由委員陳進興、高育仁、陳健

2 參見行政院、司法院函請審議「中華民國刑法部分條文修正草案」總說明，立法院議案關係文書，91年11月16日印發，院總第249號，政府提案第8854號。

3 詳參立法院第五屆第三會期「中華民國刑法及其施行法部分條文修正草案」等案公聽會報告，立法院司法委員會編製，92年6月。

4 研討會相關論文及討論內容，詳見「連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題」，台灣刑事法學會，92年12月。

5 當時司法委員會邀請參與會外協調會之人員，除立法委員外，尚有司法院、法務部、國防部、內政部警政署、中華民國律師公會全國聯合會、台灣大學（黃榮堅、陳志龍教授代表）、中正大學（柯耀程教授代表）、輔仁大學（甘添貴教授代表）、東海大學（張麗卿教授代表）、東吳大學（陳子平教授代表）、中央警察大學（余振華教授代表）、台灣刑事法學會（新宗立教授代表）、高等法院法官高鳳仙等人。另政治大學及臺北大學雖均有受邀，但並未派代表參加。協調會討論過程及內容，詳參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，93年5月18日、93年5月27日、93年6月7日會議紀錄。

民、蘇盈貴、周錫瑋、尤清、陳宗義、陳勝宏、江昭儀等人共同提出共識版本之修正動議案<sup>6</sup>，經司法委員會委員之努力，積極審查，終獲各黨委員支持，於九十三年十二月二十三日經司法委員會順利審查完成中華民國刑法暨刑法施行法部分條文修正草案之重大立法工程，並分別於九十四年一月四日及七日經院會二、三讀完成審議<sup>7</sup>，正式通過。

此次刑法修正，廢除了實施超過半世紀的連續犯、牽連犯，及刑法分則的常業犯，並提高數罪併罰定執行刑之上限及無期徒刑假釋門檻、新訂重罪累犯三犯及性侵害罪犯治療無效果者假釋之限制，同時修正了實務界適用已久的公務員定義、心神喪失與精神耗弱之定義、共犯從屬關係、違法性錯誤及不能犯的有責性、追訴權時效之起算及期間、褫奪公權之範圍、性侵害罪犯之強制治療制度、保安處分等規定，不論對刑法理論及刑事司法實務均產生重大影響。筆者之前在法務部服務期間，全程參與本次刑法修正之草案研擬及立法過程，前後期間長達八年，得以有機會見證刑法修正案從「懷孕」到「生產」的過程，爰利用撰寫此文之機會，將個人所瞭解的立法過程與主管機關的政策思維及主要修法內容略加整理，提供有興趣的研究者參考。

---

<sup>6</sup> 參見93年12月29日立法院第五屆第六會期第十三次會議議案關係文書，頁（討）34。

<sup>7</sup> 立法院於94年1月4日二讀程序進行中，因許舒博委員質疑本次修法所應有之配套措施未盡周全，反對進行三讀，要求法務部說明，並表示對部分條文仍有修正意見，爰於二讀程序完成後，未立即進行三讀，其間經法務部提出有關矯正、觀護等方面之相關配套措施說明後，始於同年1月7日順利進行三讀。

## 貳、刑法修正之政策考量

### 一、理論與實務整合困難的修正

依筆者記憶所及，刑法修正案是個人在法務部服務近十年的期間，所參與處理過的無數法案中，立法過程最艱辛的一項法案，即使是近幾年變動甚鉅的刑事訴訟法修正案，也不及刑法修正案牽動層面的複雜與困難。原因在於傳統刑法理論艱澀難懂，各家學說互相爭鳴，難以統合；實務與理論時有歧見，常顧此失彼；而刑法內容的變動影響每一個國民的具體權益與社會生活規範，現代刑法思潮與社會民情的差距、立法委員主導法案的意識增強、刑事政策的變遷等因素均在在影響刑法修正案的進程與範圍。更重要的是，近幾年來，由於受到全球化浪潮的影響，強勢的美國文化及司法制度也隨著全球化的腳步，大舉入侵承襲大陸法系的我國，從刑事程序法開始，我國刑事司法制度的傳統思維明顯受到衝擊<sup>8</sup>；而即使是刑事實體法，有關「三振法案」之引進、性侵害強制治療模式，及性侵害犯罪之刑事立法規範等，無一不受到美國法制的影響。美國刑法沒有如大陸法系一般的嚴謹理論體系，讓絕大多數受德、日刑事法體系薰陶的習法者，無法以既有的理論體系來理解刑法修正的新架構，諸多學者對於美式的刑事立法也多所質疑及批評，同樣也造成推動立法過程的障礙。這次刑法修正案終能完成立法程序，修正通過，實在是歷經多年漫長時間的研究討論及整合各界不同意見，才能在最後立法階段達成修法共識；不論政府部門、刑法學者、民間團體或立法委員之參與深度與

---

<sup>8</sup> 92年9月1日實施之新刑事訴訟法，改採改良式當事人進行主義，與傳統大陸法系的職權進行主義分道揚鑣，是一典型的受美式刑事司法影響的著例。

廣度，事實上是筆者多年來推動各項法案所僅見，絕非閉門造車之產物<sup>9</sup>，部分論者質疑其立法過程草率、法案的專業性未被堅持、看不出學者對學術的堅持等，實在是與事實不符的推斷。<sup>10</sup>

當然，此次刑法修正通過後，學界持不同評論者所在多有<sup>11</sup>，這也反應出刑法理論統合的不易<sup>12</sup>。個人倒是樂見不同

<sup>9</sup> 主管刑法修正的法務部為忠實記錄此一重要刑事基本大法歷年研修之經過，以利學界及實務界之研究，針對上述研修過程，已分別出版了「刑法總則研究修正資料彙編(一)~(四)」(87年3月再版)、「刑法分則研究修正資料彙編(一)~(四)」(87年3月再版)、「法務部檢討暨改進當前刑事政策研究小組研究資料彙編」(88年8月出版)、「中華民國刑法總則修正草案公聽會會議紀錄彙編(一)~(三)」(90年12月出版)、「行政院審查中華民國刑法總則修正草案暨中華民國刑法施行法部分條文修正草案會議資料彙編」(92年2月出版)。此次又經由立法院司法委員會的協助，完整蒐集2005年刑法修正案自91年11月起在立法院審議過程中的全部會議(包含公聽會、審查會、會外協調會及院會)紀錄及所有相關修正提案，予以彙編成二大冊，目前正在編印中，未來將會提供各界研究參考。由上述刑法研修之相關紀錄及資料，各界應可充分瞭解刑法修正草案在不同階段的修法意見均有調整，也可看出主管部門已納入刑法學界及社會各界有多數共識之意見而修正，當非閉門造車之產物，法案研修過程公開透明，可受公評。

另本次刑法修正案研修經過，請參考蔡碧玉，「刑法之修正與刑事政策」，台灣刑事法學會、法務部合辦之《二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析》研討會會議資料，94年3月1日、3月2日。

<sup>10</sup> 徐立信，「二〇〇五年刑法修正過程之國會觀察」，臺灣本土法學雜誌，2005特刊《新修正刑法評論》，94年4月，頁79-82。徐氏在該文內指出本次立法院審議的刑法修正草案中，陳根德委員所提之版本受到主管部門阻撓，未受審查委員青睞云云，因而對本次刑法修正過程多所質疑。然而筆者全程參與刑法修正所有議程，卻從未見過提案的陳根德委員來開過會或表示過意見，更遑論就其提案之條文提出說明或與其他委員、官員或學者討論，反而是在司法委員會會外協調會時，法務部於說明各提案時，均將陳委員之修正條文及意見逐條說明，其中並有部分修正意見經審查委員採納，徐氏之上開意見顯然與事實不符。

<sup>11</sup> 參見林山田，「二〇〇五年新刑法總評」；許澤天，「對二〇〇五年一月刑



意見能儘早出現，讓學界及實務界能及早因應、討論並建立共識，透過學界與實務界的交互對話，減少解釋及適用上的歧見，讓新刑法可以有嶄新的生命。

## 二、刑事政策的抉擇

本次刑法修正的主要政策方向為「寬嚴併進的刑事政策」，所謂寬嚴並進的刑事政策，就是寬容的刑事政策（soft criminal policy）及嚴格的刑事政策（hard criminal policy），前者是對涉犯短期自由刑的罪犯，不再以傳統的刑罰處罰，而應適當對這類行為人予以「轉向」，例如以易科罰金、緩刑、緩起訴、職權不起訴處分或其他社區處遇等方式矯正其偏差行為，替代傳統自由刑之處罰，此部分之政策大部分在之前刑事訴訟法修正時，已逐項修法納入新制的刑事程序中。而此項「寬嚴並進的刑事政策」形成之背景如何？茲略述如下：

### （一）刑事司法輕重失衡的現象

按犯罪增加、監獄日趨擁擠、刑事司法的負荷日益沈重，

---

法總則編刑事責任、未遂犯及正犯與共犯章修改之評釋」；黃榮堅，「未遂犯之基本邏輯——評刑法未遂犯概念之相關修正」；均收錄於臺灣本土法學雜誌，2005特刊《新修正刑法評論》。另參見許玉秀，「第16次修正刑法之總檢討(1)——刑事政策、刑法理論與具體適用」；鄭逸哲，「二〇〇六年七月一日施行之新刑法修法簡評」，均收錄於司法院司法人員研習所94年第1期新修正刑法研討會講義，94年4月18日。

12

日本1974年改正刑法草案提出超過三十年，始終無法完成立法，與我國刑法修正案過去三十年一籌莫展之情形頗為相似，想必也是無法整合各家不同意見所致。筆者認為這是大陸法系國家執著於自身所建構的理論體系，致無法在實存的、變動的政經脈絡中找到彈性的立論基礎所致。筆者推斷，如果這次刑法修正案未能通過，則新國會開議後，重行進行立法程序，再重新溝通、整合學者意見、建立各界共識，恐怕再過個十年都不會修正通過，我國刑法修正案終將步上日本1974年改正刑法草案之後塵。