

刑法總論釋義

——修正法篇(下)

柯耀程／著



元照出版

本書簡介

本書名為「釋義」，就是以逐條詮釋的方式所撰寫，但也是一本教科書，以德國學術的概念上，或許可以稱為「Kommentarisches Lehrbuch」，亦即是一本逐條詮釋的教科書，當然因刑法整體性概念的關係，並非完全是依照條文之順序編排，但主軸並無變動。其撰寫的範圍，係以刑法修正的法律規範，為主要內容，其他未修正的法律規定者，僅與所論述者具有相關的部分，會納入書中。其他部分，例如行為理論、犯罪理論、構成要件論、犯罪類型及正當事由與容許性規範的部分，則不在其中。

本書的內容是教科書的體系，且是以修法為主軸，故涉及的體系範圍，包括：一、法定原則規範；二、刑法變更適用的基礎；三、刑事責任；四、未遂；五、參與；六、競合；七、法律效果；八、刑罰裁量；九、緩刑與假釋；十、保安處分。分成上、下二冊，上冊的內容，包括修正法的介紹、刑法法定原則、刑法的變更適用關係論述、禁止錯誤與刑事責任能力、未遂與中止及參與論；下冊的內容，有競合論、法律效果的刑罰、刑罰裁量、緩刑與假釋、時效及保安處分。

本書最主要的特色，乃在於修正法與原刑法規定間的變更適用關係，新舊適用的判斷，以及適用法律的概念基礎，本書皆有詳細的論述，在論述所及的概念內容，力求精要，並顧及學理理論的基礎，特別是對於實務的適用用法，除對於各修正法的部分，均加上新舊法之適用判斷與適用關係之外，對於適用基準的法理詮釋，亦力求周延，故也是一本實務適用法律用書。

ISBN 957-41-3138-6



9 789574 131389



5C56PA

定價：720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

D927.585/1

:2

2005

刑法總論釋義

修正法篇（下）

柯耀程 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法總論釋義—修正法篇 / 柯耀程著. — 初版 —
[嘉義縣民雄鄉] : 柯耀程出版 ; 臺北市 :
元照總經銷, 2005[民 95]
冊 : 公分

ISBN 957-41-3137-8 (上冊: 平裝).
——ISBN 957-41-3138-6 (下冊: 平裝)

1. 刑法

585

94018144

刑法總論釋義—修正法篇 (下) 5C56PA

2006 年 3 月 初版第 2 刷

作 者 柯耀程
出 版 者 柯耀程
總 經 銷 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 720 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 957-41-3138-6

ISBN: 9789574131389

人民幣價: 450

中文譯名:

序

刑法是所有制裁法之極，在法治國家中，其法律的穩定性要求，都要比其他的法律規範來得高，即使對於刑法規範欲作修正與調整，也是一件相當重大的事，特別適當要全盤性檢討的時候，更是必須審慎其事。在二次世戰之後，各國都全面性地檢討刑法的規範，而我國刑法全面檢討的構想，也始於 1974 年，當時所組成的刑法修正的成員，都是時代之菁英，刑事法專業一時之選，經過相當長時間的深思辯證、反覆推敲，其審慎精細之程度，幾已是空前絕後，經歷十五年審慎嚴謹的思維與理論的辯證，終於在 1990 年提出整部刑法的修正草案，惟卻因立法機關之「一語喪邦」，逕將草案退回，所有的努力，就是一紙「退回重提」而劃下句點，此不禁令人想起杜牧之詩句「商女不知亡國恨，隔江猶唱後庭花」。待嗣後重提的草案，不論規範的完整性與相對應之理論的周延性，皆無法與之相提並論，更不可能再出其右。之後的草案，甚至有如春秋戰國時代，百家爭鳴，卻是各唱各的調，刑法修正之意見，更形分歧，乃至光怪陸離、無奇不有。其中最令人擔憂的是，修法與立法的心態上，一直都欠缺一份自主性與自身的自信心，在心態上常存有一個失衡的認知，亦即「當別人有、而我們沒有的，要趕快搬回來用；當別人沒有、而我們有的，一定是我們錯；當別人有、而我們也有的，一定是別人的比較好」，這樣的偏差心態，在這次刑法的修法中，完全顯露無遺。這是一種隱憂，也是一種自我認知的被殖民，不知欲待何時，方能尋回法制的自信？

2005 年刑法總則修正的範圍與幅度，逾既有規範的三分之二，修正幅度之大，歷來僅見，但修法的品質，卻無法與修正幅度

成正比，甚至令人有該修的未修、不該修的亂修的感覺。不過，刑法既經修正，總須將新法的內容與法理的相容性關係，重新加以定位與詮釋，這樣的工作，其實是相當煎熬的事，畢竟「見不到美好的事物，毋寧閉眼不看」，有時真想揮一揮衣袖，將所有雲彩全部帶走，也想何不長匣歸來乎，法亂修、無以對、不想寫。然而，「放不下」正是人最大的致命傷，至少我是。只好邊寫邊慨嘆地將這本釋義完成。

修法通過後，真正的問題才在醞釀、才正要開始，對於用法之人而言，這或許是苦難的開始，特別是對於法律先後之適用問題更是一種折磨。基於此故，本書特將所有修正法中，具有法律適用檢討的關係，均在每一概念論述之後，加上修正法前後間適用關係，以便實務與學理在檢視法律適用關係時，有所參照與思考，就當作修法之後，黑暗時期中，那一個微弱得幾乎看不見的燈光吧！。

這本釋義的完成，並不是一個雄心壯志，也沒有一分雀躍的心情。其實原本並無撰寫的想法，但修法幅度如此之大，實務必然會在適用上，發生誤解與困擾，於是一直構思，要如何對於修正法的適用問題，加以詮釋，同時又要說出一番道理，而不是「理所當然式」的法律認知而已。動了撰寫的念頭之後，主意雖定，是否有能力，則是問題。此時六祖壇經中的一段話，頓時浮現心頭，要義是：大師要諸門人弟子提偈，以顯智慧便傳衣鉢，神秀上座所提「身是菩提樹，心如明鏡台，時時勤拂拭，勿使惹塵埃」，弘忍大師言「僅到門外、未入門內」。這一句「僅到門外、未入門內」，就成了寫這本書的心情寫照，也就是以這種對於刑法的認知「僅到門外、未入門內」的心態，來完成此書。

刑法總論釋義一書的篇幅，就如同修法的篇幅一樣，該算是相當龐大，撰寫的工作，其實只是一種情緒與理念的抒發，並非苦事，真正難為的，應該是校對的工作，必須在艱澀的語句中，反覆斟酌、輾轉推敲，從一片字海中，找出隱藏的錯誤，這不是一件容易的事。對此，俊宏、銘仁、俊偉、文宗與龍吉在校對的過程中，備極辛勞，悉心校正並提供意見反覆辯證，衷心感謝。並感謝元照出版公司全體工作伙伴的辛勞，慨允出書事宜。

柯耀程

2005 年 9 月 2 日于嘉義



刑法總論釋義

修正法篇（下冊）

目次

序

目次細目-----	III
第七章 競合論-----	1
第八章 刑罰-----	285
第九章 刑罰裁量-----	473
第十章 緩刑與假釋-----	535
第十一章 時效-----	613
第十二章 保安處分-----	653

刑法總論釋義

修正法篇（下冊）

目次細目

序

目次-----I

第七章 競合論 -----1

第一節 導論 -----4

第二節 基本概念 -----12

第一項 競合論基本結構 -----13

第二項 行為數或罪數？ -----17

第三項 體系定位 -----20

第四項 法律效果處理原則 -----31

第五項 處刑原則個別適用關係 -----46

第三節 競合論的本體 -----50

第一項 基本前提 -----51

第二項 真實競合的本體問題 -----53

第三項 複數規範形成與程序關連性 -----55

第四節 行為數之判斷 -----59

第一項 行為數的概念定位	61
第二項 「行為單數」概念	64
第三項 「行為單數」概念的謬誤與修正	71
第四項 行為數判斷的思考	82
第五節 想像競合	94
第一項 想像競合的本質	98
第二項 想像競合的形成要件	108
第三項 想像競合之法律效果	120
第六節 實質競合	123
第一項 概念界定	124
第二項 實體條件	125
第三項 同一程序處理	130
第四項 法律效果形成之思維	133
第五項 實質競合之法律效應	138
第七節 事後競合	143
第一項 基本概念	144
第二項 事後整體刑形成之條件	146
第三項 已執行刑問題之處理	148
第八節 法律競合	150
第一項 基本概念	151
第二項 構成要件相互關係	153
第三項 形成法律競合的關係	164
第四項 法律競合重新認知	193
第五項 誤用法律競合的問題	197
第九節 牽連關係之廢除	198
第一項 基本概念	200
第二項 判斷標準之爭議	210

第三項 牽連關係概念的重新思考	217
第四項 牽連關係之應然	224
第五項 修正法評釋與概念展望	233
第十節 連續關係之廢除	240
第一項 存廢之爭議	249
第二項 廢除連續犯之後的認定結構	272
第十一節 適用關係	273
第一項 五十一條之適用關係	274
第二項 牽連關係廢除之法律適用問題	277
第三項 廢除連續關係的適用問題	281
第八章 刑罰	285
第一節 引論	287
第二節 刑罰的基本概念	289
第三節 刑罰基本構想	291
第一項 制裁基本思維	292
第二項 刑罰正當性思維	295
第三項 刑罰正當性構想的反思	311
第四節 刑罰種類	322
第一項 刑罰的存在形式	324
第二項 各種刑罰手段的內容	330
第五節 刑之輕重比較	362
第一項 基本原則	365
第二項 併科之比較	367
第三項 比較順序	370

第六節 刑之加重與減免	371
第一項 加重事由	376
第二項 加重限制	381
第三項 刑之減輕或免除	383
第四項 加減事由競合之處理	394
第七節 易刑處分	396
第一項 易科罰金	401
第二項 易服勞役	410
第三項 易以訓誡	417
第四項 易刑處分與數罪併罰之關係	418
第八節 自首	422
第九節 刑之折抵	426
第一項 基本條件	429
第二項 折抵對象與方式	433
第三項 折抵刑罰之應然	437
第十節 累犯	438
第一項 累犯之範圍	441
第二項 累犯存在正當性之質疑	446
第十一節 適用關係	451
第一項 刑罰規範之適用	452
第二項 刑罰比較規定	458
第三項 刑罰之加減規範	458
第四項 自首規定	463
第五項 易刑處分規範	464
第六項 折抵刑罰規定	468
第七項 累犯規範	468

第九章 刑罰裁量	473
第一節 概說	474
第二節 基本概念	478
第三節 指導原則	480
第一項 罪責	481
第二項 制裁的目的觀	487
第三項 指導原則之調和	494
第四項 重複引用禁止	499
第四節 裁量理論之爭議	501
第一項 原點理論	501
第二項 精確刑理論	503
第三項 裁量空間理論	505
第五節 裁量方法	506
第一項 前提事項	508
第二項 刑度範圍確認	510
第三項 量刑事由之審酌	513
第四項 刑罰必要性與適應性	514
第五項 評價具體化	516
第六節 個別裁量事由	516
第一項 前提節制	520
第二項 行為事實相關的裁量事由	525
第三項 行為人相關的裁量事由	529
第七節 適用關係	532
第十章 緩刑與假釋	535

第一節 引言	536
第二節 緩刑	542
第一項 基本前提	547
第二項 附條件緩刑	554
第三項 緩刑期間與效力	557
第三節 緩刑之撤銷	560
第一項 撤銷條件	565
第二項 撤銷之效應	568
第四節 假釋	569
第一項 假釋條件	575
第二項 假釋之限制	581
第三項 假釋程序	583
第四項 假釋期間與期滿效應	584
第五節 撤銷假釋	588
第一項 撤銷條件與限制	589
第二項 撤銷之效應	592
第三項 刑期計算	593
第六節 適用關係	598
第一項 緩刑規定	601
第二項 撤銷緩刑規定	604
第三項 假釋規定	606
第四項 撤銷假釋規定	608
第十一章 時效	613
第一節 引言	614
第二節 追訴時效	618

第一項 追訴時效的本質	623
第二項 追訴時效期間	627
第三項 時效停止與續行	629
第四項 時效完成效應	633
第三節 行刑時效	634
第一項 行刑時效期間	638
第二項 時效停止與續行	641
第三項 時效完成效應	646
第四節 適用關係	647
第一項 追訴時效規定之適用	647
第二項 行刑時效規定之適用	649
第十二章 保安處分	653
第一節 引論	654
第二節 基本概念	657
第一項 適用對象	658
第二項 雙軌制裁體制	659
第三項 雙軌制調和關係	662
第三節 科處原則	664
第一項 法定原則的要求	665
第二項 比例原則	665
第三項 替換原則	667
第四節 保安處分的種類	668
第五節 保安處分之宣告與執行	691
第六節 時效規範	697
第七節 適用關係	699

第七章 競合論

第一節 導論	4
第二節 基本概念	12
第一項 競合論基本結構	13
第二項 行為數或罪數？	17
第三項 體系定位	20
第四項 法律效果處理原則	31
第五項 處刑原則個別適用關係	46
第三節 競合論的本體	50
第一項 基本前提	51
第二項 真實競合的本體問題	53
第三項 複數規範形成與程序關連性	55
第四節 行為數之判斷	59
第一項 行為數的概念定位	61
第二項 「行為單數」概念	64
第三項 「行為單數」概念的謬誤與修正	71
第四項 行為數判斷的思考	82
第五節 想像競合	94
第一項 想像競合的本質	98
第二項 想像競合的形成要件	108
第三項 想像競合之法律效果	120
第六節 實質競合	123
第一項 概念界定	124

第二項 實體條件 -----	125
第三項 同一程序處理 -----	130
第四項 法律效果形成之思維 -----	133
第五項 實質競合之法律效應 -----	138
第七節 事後競合 -----	143
第一項 基本概念 -----	144
第二項 事後整體刑形成之條件 -----	146
第三項 已執行刑問題之處理 -----	148
第八節 法律競合 -----	150
第一項 基本概念 -----	151
第二項 構成要件相互關係 -----	153
第三項 形成法律競合的關係 -----	164
第四項 法律競合重新認知 -----	193
第五項 誤用法律競合的問題 -----	197
第九節 牽連關係之廢除 -----	198
第一項 基本概念 -----	200
第二項 判斷標準之爭議 -----	210
第三項 牽連關係概念的重新思考 -----	217
第四項 牽連關係之應然 -----	224
第五項 修正法評釋與概念展望 -----	233
第十節 連續關係之廢除 -----	240
第一項 存廢之爭議 -----	249
第二項 廢除連續犯之後的認定結構 -----	272
第十一節 適用關係 -----	273