

刑 法 總 論

陳 樸 生 編 著

刑 法 總 論

陳 樸 生 編 著

正 中 書 局 印 行



翻印必究 版權所有

中華民國三十四年一月臺初版
中華民國五十八年十月臺六版

刑 法 總 論

全一冊 基本定價一元五角

(外埠酌加運費匯費)

生 機 陳 者 著 編
潔 樸 李 人 行 發
局 書 中 正 行 發 刷 印

(臺灣臺北市場陽路十二號)

海 外 總 經 銷 集 成 圖 書 公 司

(香港九龍亞皆老街一一號)

海 風 書 店

(日本東京都千代田區神田)

(神保町一丁目五十六番地)

內政部登記證 版臺業字第〇六七八號 (3519) 申

S20/9 (中 1-15/10)

刑法总论第6版

TC00160



目錄

第一編 緒論

第一章 刑法之本質	一
第二章 刑法之理論	三
第三章 刑法之地位及其適用	九
第四章 刑法之解釋	一一
第五章 刑法之效力	二〇
第一節 關於時之效力	二〇
第二節 關於地之效力	三五
第三節 關於人之效力	四四

第二編 犯罪論

第一章 犯罪之意義	四六
第二章 犯罪之主體	四七

第三章	犯罪之客體·····	四九
第四章	犯罪之時與地·····	五一
第五章	犯罪之要件·····	五二
第六章	行為之侵害性·····	五三
第一節	行為·····	五三
第二節	結果·····	六一
第三節	因果關係·····	六二
第七章	行為之違法性·····	七五
第一節	違法性之觀念·····	七五
第二節	阻却違法之事由·····	七八
第一款	依法令之行為·····	七九
第二款	依所屬上級公務員命令之職務上行爲·····	八六
第三款	依業務上之正當行為·····	八八
第四款	正當防衛行為·····	八八
第五款	緊急避難行為·····	九五
第八章	行為之有責任性·····	九九

第一節 責任能力	一〇二
第二節 責任意思	一一一
第一款 故意	一一二
第二款 過失	一一八
第三款 錯誤	一二三
第九章 犯罪之形式	一三九
第一節 未遂犯	一四一
第二節 共犯	一五六
第一款 共同正犯	一六二
第二款 教唆犯	一七三
第三款 從犯	一七八
第四款 共犯與身分之關係	一八一
第十章 犯罪之併合	一八二
第一節 想像競合犯	一八三
第二節 牽連犯	一九三
第三節 連續犯	二〇三

第四節 數罪之併合·····	二〇九
----------------	-----

第十一章 累犯·····	二二三
--------------	-----

第三編 刑罰論

第一章 刑罰之本質·····	二一八
----------------	-----

第二章 刑罰之種類·····	二一九
----------------	-----

第一節 生命刑·····	二二一
--------------	-----

第二節 自由刑·····	二二一
--------------	-----

第三節 財產刑·····	二二二
--------------	-----

第四節 能力刑·····	二三〇
--------------	-----

第三章 刑罰之適用·····	二三三
----------------	-----

第四章 緩刑·····	二五〇
-------------	-----

第五章 假釋·····	二五六
-------------	-----

第六章 刑期計算·····	二五八
---------------	-----

第七章 刑罰之消滅·····	二六〇
----------------	-----

第四編 保安處分論

第一章	保安處分之性質	二六七
第二章	保安處分之適用	二六八
第三章	保安處分之種類	二七〇
第四章	保安處分之宣告	二七三
第五章	保安處分之執行	二七五
第六章	保安處分之期間	二七六
第七章	保安處分之免除	二七七
第八章	保安處分之延長	二七八
第九章	保安處分之許可	二七九

第一編 緒論

第一章 刑法之本質

社會隨時代之進步，而組成國家。人類羣居社會，為確保國家之存立，維持社會之安定，保障個人之生活，不能無一定之準則，以限制其自由。此項準則，與社會生活具有因果關係。社會生活愈發達，行為之準則愈複雜。因其內容及強制效力之不同，雖有法律、宗教、道德、風俗、禮儀之分；而其為吾人所共同遵守之準則則一。違背此項生活準則者，如無強制力，得科以一定之制裁，社會生活，仍難得以確保。且其所違背之準則，並不以法律規範為限；即其他規範，如道德、風俗、宗教、禮儀之類，亦係以維繫社會生活；故違背之者，如殺人、竊盜及姦淫之類，亦不能無罰。

犯罪，本為社會之產物，亦即隨社會生活而發生之現象。其規定違背社會生活準則，得科以制裁之法律，亦社會規範之一種。因其具有強制力，故或稱之為社會強制規範。刑法，即其一種。刑法係規定對於犯罪者科以刑罰制裁，與其他法律所具之強制力雖不相同；而其維持社會之秩序，實無大異。且刑罰制裁係與社會同時存在。稱此刑罰制裁之權能，為刑罰權。社會因時代之進化，生活方式之不同，何種行為，應構成犯罪，其內容並不一致；社會對於犯罪之反應，亦隨時代而異其觀感。在社會未發達為國家之時代，視犯罪為侵害個人之利益。故對於犯罪之反應，採取被害人之復仇，或加害

人之賠償等方法，藉以滿足個人之慾望。迨社會形成國家之時，初以刑罰權係屬於部族、酋長、地方大族或君主私人之事，即所謂私刑罰制度。刑事法思想逐漸發達，以爲犯罪所侵害者，乃國家社會之安全，實超在個人利益之上。社會對於犯罪之反應，應以國家之名義行之，遂形成公刑罰制度。國家所以握有刑罰權，其根據在學說上雖有社會契約說、社會功利說、純正正義說、神授說、進化說、及社會防衛說之爭；然社會上必然發生犯罪，國家爲確保社會之安全，防止犯罪所必要，自應有刑罰權，施以刑罰制裁。不過國家行使刑罰權，不能漫無限制。規定其範圍之法規，即爲刑法，刑法之形式，與國家之政治體制有關。在封建時代，刑事法思想基於專制國家之政治理論，採罪刑擅斷主義，其立法司法之職權並無一定之界限。故何種行爲，構成犯罪；對該犯罪應科以何種刑罰，一任國君及其裁判官之擅斷。因無法律爲其依據，人民之生命身體自由無從得其保障。十九世紀之法治國家，乃基於個人主義的自由主義之立場，採罪刑法定主義，以刑罰權之行使，應嚴守法律所規定之範圍。行爲之構成犯罪及其應科之刑罰，應以刑法或稱刑事實體法規定之。國家刑罰權並不及於刑法上規定爲罪以外之行爲，亦不得科以刑法規定以外之刑罰。遇有具體的犯罪案件發生時，對之應如何偵查，如何起訴及如何審判，即國家刑罰權應如何行使，其程序亦應依刑事訴訟法或稱刑事程序法之規定，並依監獄法或稱行刑法，執行其刑罰權，藉以保障個人之自由，防止國家刑罰權之濫用。舊學派即重在保障個人之自由；而新學派則重在保護社會之安全，二者各有所偏。近代刑事法思想之趨向，以刑法之機能有三：一爲保障的機能，即刑法上並無明文科以刑罰者，其行爲不罰，以限制國家刑罰權，即具

有保障個人自由之作用；一爲保護的機能，即因犯罪被害之法益，加以刑罰制裁，以資保護，即具有保護社會安全之作用；一爲規律的機能，即刑法規定一定之行爲，構成犯罪及其應科之刑罰，從另一方面觀之，凡此行爲，均具有侵害性，既經禁止或命令，人民即應遵從，具有爲一般人民行爲規範之作用。此三機能，應求其合理之調和。未犯罪前，刑法固爲一般社會生活所共守之規律，實具有一般預防之作用，以收保護社會安全之效果；但既經犯罪，該犯人之遵守規律觀念，顯屬不足，自應重在特別預防，藉以養成其適合社會生活之性格，刑罰並非具有威嚇一般人之作用；其已被侵害之法益，既無從以刑罰使之回復，亦非具有贖罪作用。故刑法，乃規定國家對於犯人之犯罪行爲科以公法上制裁之實體的法規之謂，換言之，即規定國家行使刑罰權之實體的事項之法規。國家行使刑罰權，應以犯罪爲前提。何種行爲，構成犯罪，對該犯罪應科以何種制裁，均以法律爲其依據。是刑法之內容，乃規定犯罪行爲及其制裁，學者間有稱刑法爲罪刑法者，即斯理也。

第二章 刑法之理論

法治國家，因受康德(Kant)黑格爾(Hegel)哲學思想之影響，在十九世紀中期之刑事法理論，稱之爲舊學派，或稱古典學派。法治國家以法律爲其最高權威，法律之前，人人平等，且其政治體制本三權分立之原則，裁判官應適用立法者所制定之法律，爲其行使刑罰權之根據。故法治國家之法律，與道德宗教完全分離，法律專爲人之外部行爲而設之規範。故犯罪，係指發生一定實害或危險之外部

的符爲而言。換言之，即以實害或危險之發生，爲犯罪之構成要件。基於產業資本主義之理論，人人得依其自由意思，而爲經濟之競爭。凡達於一定年齡之人，且其精神健全者，本有其自由之意思。犯罪，即係基其自由意思而發生。法治國家應信奉正義，爲其法之秩序。故侵害法之秩序者，即應無條件受正義之制裁。至十九世紀末葉，意大利學者倫蒲羅梭（Lombroso）本達爾文（Darwin）進化論之理想，以科學方法，研究犯罪。倫蒲羅梭氏之犯罪人論（L'uomo delinquente），費利（Feri）之犯罪社會學（*Sociologia criminale*）、加洛華羅（Raffaele Garofalo）之犯罪學（*Criminologia*）等書相繼出版，利用實證方法，從犯罪人類學，犯罪社會學及司法方面研究刑法，奠定刑法之科學的基礎，因認犯罪，爲反社會性之產物，並非因其自由意思而發生。反社會的性格，係基於個人之素質及社會之原因而來。法律之作用，並非專爲消極的制止國家權力之濫用，應在積極的創造文化，藉以保障國民之文化的生活。對於犯罪之所以施以刑罰制裁者，乃爲保障社會之安全，唱社會責任論，而排斥舊學派之道義責任論；且以犯罪之重點，在犯人之反社會的性格，並不在實害之發生。乃犯罪之法律要件，應依主觀主義定之，而排斥舊學派之客觀主義。刑罰，係以改善犯人之反社會的性格，使之適合社會生活，具有教育刑之作用，與舊學派之探報應刑主義亦不一致，故一般認舊學派之犯罪理論，爲客觀主義，其刑罰理論，爲報應刑主義；新學派之犯罪理論，爲主觀主義，其刑罰理論，爲教育刑主義。因之刑法理論之爭，亦即客觀主義與主觀主義，報應刑主義與教育刑主義之爭。

（一）客觀主義（事實主義）與主觀主義（犯人主義）

客觀主義，重在實害（結果）之發生，即以實害之發生，爲犯罪之要件，機械的限制國家刑罰權之發動，藉以保障個人之自由。故刑罰之輕重，應以現實之具體的個別行爲爲斷，與行爲人之性格無關。主觀主義，則重在犯罪人之反社會的性格即惡性。行爲人既以行爲具體的表現其惡性，其行爲之本身即爲犯罪，因其有發生實害之危險，爲保護社會之安全，即應發動國家刑罰權加以制裁。故刑罰之量定，應依行爲人反社會的性格之性質及大小爲準。二者立場各有不同，其既遂與未遂之區別，共犯之劃分，着手實行之標準，未遂犯與不能犯之區別，犯罪事實之符合及其處罰程度等之結論亦互異。

（二）報應刑主義與教育刑主義

主報應刑主義者，以刑罰係對於犯罪之害惡行爲所爲之報應，即善因善果，惡因惡果之意；主教育刑主義者，則以犯罪係犯人反社會性格之表現。刑罰，爲防止犯罪之手段，藉以改善犯人之性格。報應刑主義係基於啓蒙刑事法思想之罪刑均衡主義之理論，受十九世紀德意志哲學思想之影響，而採絕對的報應刑主義，爲適應一般報應道義觀念之要求，藉以維持社會秩序，與教育刑主義之係基於主觀主義之立場，而論刑罰之本質，互相對立。且在刑罰之機能上尙有一般預防主義與特別預防主義二種。一般預防主義，係以刑罰爲威嚇或警戒社會上一般人民，以收預防犯罪之效果。在此主義之下，刑罰，乃一種苦痛，比較嚴酷，有罪必罰，其執行方法，重在公開；反之，特別預防主義，則着眼於犯罪人之反社會的性格；其特別預防之方法，係在改善或淘汰犯罪人。一般預防主義，以刑罰係對於

犯罪施以苦痛，以威嚇一般人。報應刑主義，即以一般預防主義為基礎，因認死刑之存在為合理，且刑罰與保安處分之本質並不相同；而特別預防主義重在犯人本身，與教育刑主義相結合，即以特別預防主義為基礎，因認死刑之廢止有其必要，且主張刑罰與保安處分之一元化。絕對的報應刑主義因時代之進化，已不合時宜，故有唱相對說者。以刑罰之本質，雖在報應；而其目的，則為一般及特別預防。其主法益說者，則以刑罰之目的，在保護法益，稱之為保護刑，但其本質，係立於國家道義之上，並非單純功利主義之可比，與一般道義的責任論，為個人主義的道義報應，亦不相同。

舊學派，以犯罪探客觀主義，係基於保障一般人自由之立場，藉以防止罪刑之擅斷；然其刑罰理論之採報應刑主義，則忽視犯人本身的基本自由。新學派以犯罪探主觀主義，係基於保障社會之安全，其刑罰之本質，又採教育刑主義，則重視犯人本身之自由。十九世紀之刑事法，固在防止刑罰權之濫用，但其刑罰理論，採報應刑主義，於防止犯罪之效能上甚感薄弱。二十世紀，以刑事法之效能，在創造文化，使犯人適合於社會生活。故對於犯人本身之基本的自由，亦不忽視，即在保障社會安全及個人自由上求其合理之調和。是刑事法之理論，有下列之趨向：

（一）由機械而機動

一 罪刑法定主義，初因受專制政治的教訓，為保障一般人之自由，故對於何種犯罪及應科之刑罰，均以法律為機械的規定，即所謂絕對的罪刑法定主義。因其刑罰具有一定性，並無伸縮之餘地，致裁判官無從審酌案情的輕重，惡性之大小，為適當之裁量。二十世紀之國家以刑事法之機能在創造文化

，裁判官之職責，在求如何使犯人適合社會生活，乃採相對的罪刑法定主義，僅就刑罰之範圍，加以規定，俾裁判官得機動的運用其刑罰權，爲自由之量定。

(二) 由抽象而具體

犯罪，本屬社會之一種病態。客觀主義本自由意思之理論，認爲凡達於一定年齡之人，且其精神健全者，均有其自由意思，卽具有抽象的理性。犯罪，乃基此自由意思而發生，以客觀的事實，來抽象的判斷犯人之惡性，因以犯罪所生之損害，爲衡量刑罰之標準，殊不足以發現其病源，加以根絕。主觀主義，乃本其科學經驗，認犯罪之發生，乃犯人反社會的性格之表現。反社會的性格，卽基於個人的素質及社會之環境所促成。故法律之作用，在創造文化。近代刑事法思想，乃不注重實務之形式，並不以法官能做到有罪必罰之地步，應尋求犯罪之原因，卽具體的發見犯人反社會性格之類型，求其改善之方法，使再適合於社會生活。

(三) 由消極而積極

依報應刑主義之理論，以刑罰具有報應的作用，卽回顧犯人以往的害惡，以解除其因犯罪所負之道德上責任。因之刑罰多近殘虐，並不能收預防之實效；教育刑主義，以刑罰之作用，不在刑罰之本身，而在刑罰以外之目的；不在消極的予犯罪者以報應，而在積極的求改善犯人之反社會的性格；不在毀滅其固有的理性，而在創造人類的新生；不在咎及既往，而在來者可追。

(四) 由觀念而現實

刑罰的量定，客觀主義重在實害或危險之發生。故刑罰之輕重，應以因犯罪所生損害之大小為準，力求罪刑均衡。但主觀主義，則重在犯人的反社會的性格，故刑罰之輕重，應以惡性之大小為準。「刑亂國用重典」之威嚇理論，固非現時代刑事法之思想；且在相對的罪刑法定主義下，其法定刑之最高度與最低度往往相差甚遠。在法定刑度範圍內，其量刑究竟宜重宜輕，自應本此趨向，不宜專憑法官個人之性癖或意氣。

我國刑法雖鑒於近來刑事立法政策之由客觀主義側重於主觀主義，由報應刑主義側重於社會防衛主義；然按刑法第二十五條「已着手於犯罪行為之實行而不遂者，爲未遂犯」「未遂犯之處罰，以有特別規定者爲限」之規定觀之，仍以客觀主義爲其立法原則；其第二十六條前段規定，未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之，則又斟酌主觀主義之理論。且監獄行刑法第一條定曰：徒刑拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活爲目的云云，亦其明證。刑法理論，客觀主義與主觀主義間，報應刑主義與教育刑主義間，本非絕對對立，互不相容。近代刑事法思想之趨向，以刑法之機能，固在保證社會之安全及保障個人之自由上求其合理的調和；而犯罪之發生，係因行爲人規律觀念之不足，致不能適合社會生活。刑罰之目的，即在改善犯人，重在特別預防；而其效果，自足以收保護社會安全之實效。

第三章 刑法之地位及其適用

刑法，係規定國家對於犯人之犯罪行為科以制裁之實體的法規，已見前述，其所規定之事項，具有命令或禁止之作用，強制人民遵守之，實爲公法，強行法固不待言。且刑法，在國權所能及之範圍內，不問何人，何地、何時、何事項，凡具備法定構成要件者，均適用之，乃普通法，與特別刑罰法令之係就特定之人、地、時或事項而設之規定者不同。特別刑罰法令之制定，係爲補充普通法之不備，或以適應時代之需要。依特別法優於普通法之原則，自較普通法優先適用。特別刑罰法令未規定者，仍適用普通刑法至爲明顯。惟刑法總則，乃刑法上之共通規定。對於特別刑罰法令有適用之效力否？本法第十一條就此特加規定。法文定曰：本法總則於其他法令有刑罰之規定者，亦適用之。但其他法令有特別規定者，不在此限云云，其所謂其他法令，在刑事刑法固勿論；而行政刑法是否亦該條所指之法令，應視其有無刑罰之規定爲斷。蓋行政刑法中有定有刑罰者，有屬於行政上之秩序罰者。行政刑法中之定有刑罰者，本不失其爲刑罰法令；其因懈怠行政上之義務所科之罰鍰，則爲秩序罰。秩序罰，因其目的之不同，又有一般秩序罰（即對於違反訴訟上或行政上之義務所爲之科罰，如民刑事訴訟法上之罰鍰，或對於警察財政軍政等法定義務上之科罰，如違警罰法所得稅法，印花稅法之類是）執行罰（強制其執行行政上之義務，如行政執行法上之罰鍰）及懲戒罰（即具有懲戒作用者，如工會法等之罰鍰）之分。故行政刑法所規定者，包括刑罰與秩序罰二種，其適用之原則與刑事刑法亦不