

簡明 刑法總則



黃仲夫 編著



簡明 刑法總則

黃仲夫 編著

二〇一一年五月

國家圖書館出版品預行編目(CIP)資料

簡明刑法總則 / 黃仲夫編著. -- 初版. -- 臺北市：黃源盛, 2011.05
面；公分.

ISBN 978-957-41-8161-2 (平裝)

1. 刑法總則

585.1

10009281

簡明刑法總則

5C125PA

2011年5月 初版

編著者：黃仲夫

著作權人：黃源盛

發行人：李松萍

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：新臺幣伍佰元

訂購專線：(02) 2375-6688

傳真專線：(02) 2331-8496

郵政劃撥：19246890 元照出版有限公司

印刷：辰皓國際出版製作有限公司

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-8161-2

序

人與生俱來的無始貪、嗔、癡，製造了世間無窮無盡的「惡業」。惡業之為重而侵及生活利益者，不得不思有所對應，此或即世間刑法產出的緣由？而從犯罪與人的本性看，萬般歸元，人性，善乎？惡乎？不善不惡乎？趨利避害乎？這關係到七情六欲的流向。而世間之所以需要「規範」，追根究柢，或許因為，我們人是一種緊張地擺動於「神性」與「獸性」之間的存在？過去如此，現在如此，未來恐怕還是如此！

古往今來，刑法係規定「犯罪」與「刑罰」的人類社會生活規範，凡以規制犯罪構成要件與其法律效果為內容的國家法律屬之。時至近世，刑法內容一析為二：一曰「總則」，一曰「分則」。「總則」著重於一般犯罪成立重要基礎因素及其理論，在於揭示有關犯罪行為的本質，以及刑罰與保安處分制度的共同適用原則。而「分則」又稱「各論」，有似一部「犯罪制裁總目錄」，在於宣示各種犯罪行為的態樣，並釐定各種犯罪類型所附刑罰的種類及其範圍。

傳統中國刑律並無嚴格區分「總則」與「分則」，自繼受歐陸刑法的《欽定大清刑律》（1911）以來，經民國初元的《暫行新刑律》、民國十七年的「舊刑法」，以迄二四年的現行刑法，乃有此區劃，主要係為符合立法技術的需要。蓋互為經緯，其文相表裏而義實相貫串。關於犯罪與刑罰一般原理原則的闡發，乃「刑法總則」所應從事者，是本書所要討論的對象。至於就各種犯罪類型，或作法條詮釋，或援引學說、實務見解，藉以申明其體系內容者，是刑法分則的任務。

目前，「刑法總則」於大學法律系通常開設在「大一課程」，初學法律之人，對於此一科目的抽象與艱澀常心生困惑，面對紛繁的理論學說，也往往無從駕馭；為使初學者能樂於親近，本書儘可能避開煩瑣的學理之爭，儘量剔除枝蔓，而以言簡意賅的方式循序導進，除提綱挈領的體系架構說明外，另輔以「表解分析」、「問題研究」、「實例解題」等，以減少學習障礙，如此，或可若網在綱，而得入門刑法之樂。

本來，人文社會科學就沒有所謂的「絕對答案」，翻開一部近百年刑法史，眾家爭鳴的情景斑斑可考；為求通達，本書並不強求記憶獨門見解；為求簡要，所以不作嚴謹學術寫作規範的引註。不過，刑法終究有其嚴密的邏輯思維與完整的體系架構，基本功底的養成自是萬萬不可或缺的；而本書的主要用意不在深刻的學理探討，在於應世致用，為此，大凡有所論述，比較傾向於學界通說及實務見解，此或權宜之道也！

其實，本書衍自拙編《刑法精義》的前半部，並非純學術性的教科書，而係為教學之用的「講義式」彙纂；鑒於近些年來，刑法迭經修訂，乃依新修條文，詳加整編，增益原所缺漏者，但盼「書隨法轉」，而有助於莘莘學子的進學修業，如此而已！

黃仲夫 謹識

民國百年初夏

於外雙溪犁齋

目次

第一章 刑法的基本概念	5
第一節 刑法的涵義及其分類	5
第二節 刑法的歷史與理論	11
第二章 法例	17
第一節 罪刑法定原則	17
第二節 刑法的效力	25
第三節 刑法的用語	41
第四節 刑法總則的適用範圍	50
第三章 犯罪的概念	55
第一節 犯罪的成立要件	55
第二節 犯罪的分類	59
第四章 構成要件該當性	65
第一節 構成要件概說	66
第二節 行為主體	68
第三節 行為客體	71
第四節 行為	72
第五節 行為與因果關係	80
第六節 構成要件的故意	89
第七節 構成要件的過失	95
第八節 加重結果犯	107
第九節 構成要件的錯誤	110
第五章 違法性	123

第一節	違法的概念	123
第二節	阻卻違法事由（正當化事由）	124
第三節	超法規（律）阻卻違法事由	151
第四節	可罰之違法性理論	160
第六章	有責性（責任、罪責）	169
第一節	責任原則與責任之本質	170
第二節	責任能力	172
第三節	責任條件	179
第四節	違法性認識	182
第五節	期待可能性	186
第七章	未遂犯	191
第一節	犯罪行為的階段	191
第二節	未遂犯之成立要件及其處罰	197
第三節	未遂犯之分類	199
第八章	正犯與共犯	217
第一節	正犯概念與分類	217
第二節	共同正犯	219
第三節	教唆犯	233
第四節	間接正犯	243
第五節	幫助犯	249
第六節	犯罪之參與與身分	255
第七節	正犯與共犯之競合	262
第九章	犯罪的單複與競合	267
第一節	罪數論（競合論）的基本概念	267
第二節	數罪併罰	271
第三節	不罰之前行為與不罰之後行為	276

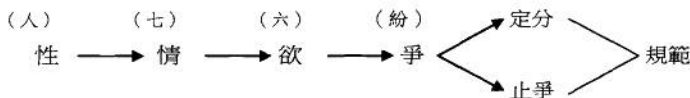
第四節	想像競合犯-----	279
第五節	牽連犯及連續犯-----	288
第六節	實質上一罪（包括上一罪）-----	289
第十章	刑罰論-----	301
第一節	刑罰的意義與作用-----	301
第二節	刑罰之種類-----	304
第十一章	刑罰之適用-----	321
第一節	各種刑罰之適用-----	321
第二節	刑罰之加重-----	326
第三節	刑罰之減輕-----	334
第四節	刑罰之免除-----	344
第五節	刑罰之加減例-----	347
第十二章	刑罰之易科及折抵-----	353
第一節	刑罰之易科-----	353
第二節	刑期之計算與羈押之折抵-----	361
第十三章	緩刑與假釋-----	365
第一節	緩刑-----	365
第二節	假釋-----	372
第十四章	刑法上之時效-----	383
第一節	追訴權時效與行刑權時效-----	384
第二節	刑法上時效的法律效果-----	388
第十五章	保安處分-----	391
第一節	保安處分的意義、種類與宣告-----	391
第二節	保安處分與刑罰之區別-----	401

第一章 刑法的基本概念

刑法學是一門以「犯罪」與「刑罰」為探討對象的人文社會科學。翻開古今中外的法制歷史，凡有人類社會的地方，必存有人之「性」，而「性」流於「情」，「情」縱放而為「欲」；有「欲」，不得其滿足，就有「爭」，「爭」則往往侵及他人的生活利益；為此，須要有「規範」來加以定分止爭，而諸種生活規範中，起源最古老者，應屬被稱為「法中之王」的刑律，它以規範國家刑罰權的行使為重心，或表現出統治者支配人民的手段，或展現出人類社會想要實踐「正義」的意志。

萬般歸元，人的本性，善乎？惡乎？無善無惡乎？趨利避害乎？這關係到七情六欲的流向。而世間之所以需要「規範」，歸根究柢，或因我們人是一種緊張地擺動於「神性」與「獸性」之間的存在？過去如此，現在如此，未來恐怕還是如此！圖示如下：

【表解】犯罪與人的本性



第一節 刑法的涵義及其分類

◇ 刑法的意義

「刑法」係規定犯罪與刑罰的一種強制社會生活規範，凡以規定犯罪

6 簡明刑法總則

成立要件及其法律效果為內容的國家法律屬之。申言之，刑法乃規定國家在何種要件下，於何種範圍之內，可以具體行使刑罰權；亦即認定某人犯某罪，而得處以某種刑罰的法律。例如我國刑法第二七一條規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」其中，「殺人者」為「法律要件」，是為「犯罪」；而「處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑」為「法律效果」，是為「刑罰」，犯罪與刑罰呈現密切的對應關係。

因之，刑法可以分為兩大部分：第一部分規定何種行為成立犯罪，亦即有關犯罪的一般成立要件的理論，此部分學說上稱為「犯罪論」；第二部分規定對於犯罪行為應賦予何種法律制裁的理論，此即刑法用以制裁或處遇犯罪行為人的法律手段，包括「刑罰」與「保安處分」，學說上稱此部分的探討為「刑罰論」。茲再析述其意義如下：

(一)刑法乃規定犯罪行為的法律：有社會斯有規範，自古已然，而何種行為為犯罪，倘無明文規定，必至無所準據，故現代世界各文明國家多以成文法，將犯罪的類型及其構成要件與法律效果，詳加規定，而成為刑法的基本原理。

(二)刑法乃對於犯罪行為規定刑罰以為制裁的法律：刑法不僅規定何種行為構成犯罪，且兼及刑罰的準則，亦即何者為刑罰，以及何種犯罪應科何種刑罰，皆一一明定，以資遵守。而刑法所定的制裁並不以傳統的刑罰為限，凡為預防犯罪、維護社會秩序所必需的各種保安處分亦皆納入刑法範圍，此或可稱為「刑法法律效果的雙軌制」。

◇ 刑法的性質

刑法在整個法律體系中究竟屬性如何？以我國現行刑法為例，分述如下：

(一)公法：凡規定國家與國民之間權力服從關係的法律，一般稱之為「公法」；刑法為規範刑罰權主體（國家）和犯罪行為主體（個人）間之關係的法律，故為公法。

(二)實體法：實體法乃規範權利與義務本體的法律，而刑法係規定犯罪行

為的法律要件及其法律效果的實質內涵，故為實體法。它必須依照關於實現權利與義務之手續的《刑事訴訟法》所規定的一定程序規則，才能具體實現。詳言之，「人的行為事實」，在經刑法成立要件之評價滿足時，稱為「犯罪」，而「犯罪」在依《刑事訴訟法》追訴審判之過程，則稱為「案件」。可以說，犯罪乃「人的行為」，而案件則是「被告的犯罪事實」。實體法上的「人」與「行為」，在程序法上分別轉換為「被告」與「犯罪事實」。圖示如下：

人 + 行為 = 犯罪 → 實體法的概念

被告 + 犯罪事實 = 案件 → 程序法的概念

(三)實定法：刑法係以國家的立法作用，根據社會倫理道德與習慣等經驗事實而制定的法律，是屬於「實定法」；觀乎我國現行刑法分成「總則」與「分則」兩篇，有完整體系的條文，係經立法院制定，並由政府明令公布施行，故又稱為「成文法」。

(四)強行法：就法律的適用言，凡不問各人的意思如何，必須均受其適用者，是為強行法；而刑法的規定，皆與「法益」有關，苟犯罪即科之以刑，除告訴乃論之罪外，行為人或被害人均無法左右或變更刑法的適用，因具絕對適用的效力，且為法律體系中制裁力最為激烈者，故為強行法。

(五)繼受法：凡一種法律，非本土性、非自根生性，而是由外移植來的，一般稱之為「繼受法」。我國現行刑法公布施行於民國二十四年，主要係淵源自清末沈家本及日籍修律顧問岡田朝太郎所主導變法修律的《欽定大清刑律》（1911.1），幾經蛻變而來，率多沿襲自德、日等國的立法例，已偏離傳統中華法系法律文化的色彩，故為「繼受法」，或稱「移植法」。

◆ 刑法的作用與刑法的謙抑思想

(一)保障人權的功能：刑法因明確規定國家刑罰權的範圍，可免於刑罰權的恣意發動，而足以保障人權。同時，也用以保障犯罪行為人的人權，使其免受刑法規定以外的不當刑罰，可說兼具雙重保障機能。

(二)防衛社會的功能：因刑法採罪刑法定原則，明確規定罪與刑，使人民可以預知何種不法行為為犯罪；若犯罪會受何等刑罰的制裁，而產生刑罰威嚇功能，藉以制壓與預防犯罪，維護社會秩序。同時，示以一般人於參與社會群體生活過程中的意思決定與行動準則，以發揮其「定分止爭」的功能。

(三)保護法益的功能：刑法係以保護國家、社會、個人等生活上的利益及其基本價值為主要任務，惟並非任何法益均受刑法保護，必於依其他法律猶未能充分保護該法益時，始宜以刑法介入，此即刑法「謙抑思想」或「刑罰節約思想」的表現。既然如此，便不可輕易動用刑法來制裁一個人的不法行為。換言之，同樣是一個不法行為，如果可以用「民法」或「行政法」等其他法規妥善加以處理，已足以維持整個社會秩序時，就沒有必要輕易啟動刑法；因此，刑法只有在合理、必要的最小限度內，才加以適用。

(四)矯治犯罪行為人的功能：刑法對犯罪行為人科予一定的法律效果，並儘量利用執行刑罰的機會加以矯治、教化，促使其再社會化，並期使於接受刑罰執行後能更生向善。

◆ 刑法的分類

(一)普通刑法與特別刑法：刑法就其適用對象與範圍的不同，以及適用的優先順序，可分為普通刑法與特別刑法。「普通刑法」係指適用於一般人或一般刑事案件，或適用於平時或普及全國各地適用的常典。「特別刑法」則係針對特定的人、事、時、地的特殊需要而制定的刑法。申言之，國家對於犯罪和刑罰的規定，無論何時、何人、何地及何事，均應適用此一類型法律者，是為「普通刑法」，如現行的《中華民國刑法》是。倘國家對於犯罪和刑罰的規定，只是適用於某種特定的範圍者，是為「特別刑法」，如《陸海空軍刑法》、《貪污治罪條例》、《毒品危害防制條例》等是。普通刑法屬於原則法，特別刑法屬於例外法；依據例外法排斥原則法的法理，遇有普通刑法與特別刑法均設有處罰規定的法條競合情況，自應

優先適用特別刑法。

(二)單一刑法與附屬刑法：就法規範的體例來說，有純屬刑罰規定的法規，即其內容純為規定犯罪與刑罰的法典，如我國現行刑法及《陸海空軍刑法》，是為「單一刑法」。有以規定民商事事項——如《公司法》、《證券交易法》，行政事項——如《稅捐稽徵法》、《森林法》、《商標法》、《工廠法》等，各該法律本以民商事或行政法律關係為主體，而於違反某項規定時，附帶規定科以刑罰的條文者，是為「附屬刑法」；簡言之，附屬刑法是指刑罰的規定，附屬在非刑法的規定領域裡。

(三)完備刑法與空白刑法：「完備刑法」乃指刑罰法規所規定的犯罪，在法條上明白列出其完整構成要件的内容者，我國刑法大多數的犯罪類型，均屬完備刑法，如刑法分則各本條絕大部分的規定是。「空白刑法」則指為符合社會環境的變遷，保持較富彈性的立法空間，基於特定的立法政策考量，而將刑罰法律所定的犯罪，其構成要件的某一部分事項，委諸其他法律或命令為之補充者，例如《懲治走私條例》第二條第一項規定：「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，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」第三項規定：「第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之。」上述構成要件中有關管制物品為空白，有待行政命令的補充才能完備，所以稱為「空白刑法」。此外，如現行刑法第一一七條違背局外中立命令罪規定：「於外國交戰之際，違背政府局外中立之命令者，處……」，以及第一九二條第一項「違背關於預防傳染病所公布之檢查或進口之法令者，處……」等規定，其中所謂「政府局外中立之命令」、「預防傳染病所公布之檢查或進口之法令」等均屬之。

空白刑法的構成要件所規範的事實，涉及人民權利之限制，其刑罰之構成要件，本應由法律定之；若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，其授權之目的，內容及範圍應具體明確，而自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。（釋字 522）申言之，空白刑法具有「委任立法」的性質，惟必須滿足罪刑法定原則中之構成要件明確性原則的要求。

(四)恒久刑法與限時刑法：「恒久刑法」，通常並未明定施行期間的永久性刑法，如我國現行的刑法是。「限時刑法」，又稱「一時刑法」，乃與恒久刑法相對立的名詞，純為適應一時的特殊情況需要，而限制施行於特定期間內的刑罰法律；其施行期間由法律加以明定，特定的時間經過後，即失其效力。關於限時法的立法方式，通常有下列兩種類型：

1.狹義的限時法：凡特定法律規定，其字義本身已明白表示，該法律僅適用於特定期間者，其立法形式，包括：

(1)明定施行期間：例如 1944 年頒布而於 2002 年廢止的《懲治盜匪條例》，就明文規定：「本條例施行期間為一年」。

(2)設定落日條款：例如法律條文明定「本法施行至○○年○○月○○日止」。

2.廣義的限時法：從法律規定本身看，並未明定該法律僅適用於特定的期間，但從該法律的立法意旨或規範目的，可以推知，該法律僅於特定期間內有效。例如我國早期許多冠上「動員戡亂時期」的各項刑事立法，即屬之。

問題是，當限時法失效後，對於在限時法有效適用期間內的犯罪行為，應如何適用法律？學說不一。

1.甲說：除非法律明文規定，特定之限時法失效後，對於限時法適用期間所為的犯罪行為仍有溯及的效力，仍應適用該限時法，據以論罪科刑；否則仍應適用刑法第二條「從舊從輕」的規定，不得以該限時法作為論罪科刑的基礎。

2.乙說：不論有無追及效力的明文，為確保限時法在有效適用期間的規範效力，縱於限時法失效後，仍應適用該限時法的規定。蓋限時刑法的失效乃因制定法律的特別情況與立法目的的消失，而非因為法律見解的變更；也非因社會客觀因素、社會價值觀以及倫理道德觀等的變更，而為法律的修正，故限時刑法雖已因法定有效期限的經過而失效，但為確保限時刑法在有效期間內的規範效果，仍應適用該限時刑法來論罪科刑，不宜適用刑法第二條「從舊從輕原則」，否則，即有違限時法的本質。

依通說，因我國刑法並無針對限時刑法特設時間的效力規定，故限時刑法倘已因時間經過而失效，對於有效施行期間內違犯的行為，即應依刑法第二條「有利原則」規定處理，不能再援用限時法作為對行為人於限時法有效施行期間內之犯罪行為的論罪科刑基礎，亦即採上述甲說的見解。

第二節 刑法的歷史與理論

一、歐陸近代刑法理論與刑法學派

泛泛來說，凡所有的法律規範，背後均有其制度產生的緣由，而制度的背後更有其思想為其導引。歐陸近代刑法學派的論爭，對於犯罪理論與刑罰理論產生深刻且廣泛的影響。限於本書係屬「入門」性質的教科書，此處無須，也無法奢談過度，僅列表勾玄其要，並簡述如後：

【表解】古典學派與近代學派之比較

	古 典 學 派	近 代 學 派
自由意思	意思自由論	意思決定論（意思不自由論）
處罰之對象	行為（行為主義）	行為人（行為人主義）
犯罪成立基本的態度	重視行為的客觀結果（客觀主義）	重視行為人反社會的性格、動機等主觀面（主觀主義）
刑罰處罰根據	反道義的行為選擇（道義責任論）	行為人反社會性格的社會危險性（社會責任論）
刑罰的本質	應報刑論	教育刑論
刑罰的目的	一般預防	特別預防
刑法的機能	維持法秩序	對危險性格的社會防衛

(一)古典學派（舊派）

古典學派乃是相對於近代學派而言，其理論發端於近代啟蒙及合理主義的刑法精神，以自由主義的法治國思想為基礎，其中可再分為兩大流派：