

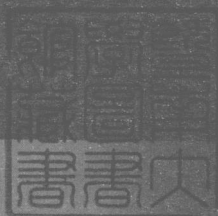


學習刑法—— 總則編

張明偉 著



學習刑法—— 總則編



張明偉 著

自序

時光飛逝，轉眼間竟也已教了三年的刑法總則。期間雖亦忙於其他的課程與活動，刑法總則的課程準備與資料整理卻仍一直持續地在進行。雖然近期的研究主要在於訴訟法制的探索，似仍未忘情大學與研究所時期對於刑法總則的熱情追求。因此當有機會出版過去所整理的刑法總則學習資料，也就不湍簡陋地勉力而為。原本出版社希望我能改寫由高仰止教授所出版的《刑法總則精義》，不過在嘗試改編之後，發覺架構與內容變更的幅度太大，不得不決定跳脫原書的框架，按照筆者自己對於刑法總則的認識，決定本書的篇幅與架構。正因本書之作源自於改寫高教授大作的初衷，因此關於架構與內容，不免深受到高教授大作的啟發。事實上，若非法制變革，筆者絕無資格在此狗尾續貂地損益斟酌。前人種樹、後人乘涼，在此謹向未曾謀面之前輩致上最高的謝意。

本書名為「學習刑法—總則編」，期能作為學習刑法總則的敲門磚，並希望讀者能透過閱讀本書進而初步掌握刑法總則名單元所內含的基本概念。惟因筆者學植未深，資短歷淺，書中所言難免一隅之偏，難登大雅；縱或有一己之得、自屬野人獻曝，實不收妄稱「精義」，以免僭越。如讀者能透過本書的鋪陳，較順利地入門學習浩瀚無垠的刑法總則，則本書之階段性任務即已告成；至若刑法總則的堂奧之妙，本應求諸名家之門，原非本書所得一窺究竟。

本書內容主要係以現行刑法為中心，除以法制沿革為論述基礎外，亦一併納入英美法制相關概念的初步介紹，期能讓讀者對相關刑法概念有更進一步與更完整的認識。此外，在犯罪競合部分，筆者延續長期以來的關懷，詳細地探討此部分法制因移植不完整所形成的特徵，期能在比較法差異的基礎上，正確地理解競合問題在本土實踐上所具有的意義與特色，而不再只是一味地採納外國法制的觀點，使本國法制在相關發展上只能淪為外國法制的殖民地，並喪失本土化的契機。蓋縱現行刑法之體例源自法制移植，本不表示刑法之發展也只能移植他山。

爲求簡省篇幅，本書關於引用之編排原則上採夾註（而不採同頁註）的體例，因此如讀者對於夾註中的引用資料有深入了解的必要，可參考書末的參考文獻。最後要感謝所有在刑法學習過程中曾給予教導的諸位老師，特別是引導入門的蔡墩銘教授，若非因曾在蔡老師刑總班上得到足堪告慰的分數，或許不會對於刑法產生濃厚的興趣。而一直以來給予諸多指導與協助的王兆鵬教授，也著實啓發了筆者開始思考將美國刑法概念注入我國刑法體系的可能性，本書初步介紹美國刑法相關基本概念的構想，實係來自某次與王老師交談所得。當然，倘若書中說明有所失焦，甚而引喻失義，自是個人思慮不周所致。

張明偉

97.08.20

contents 目錄

第一篇 緒 論 001

第一章	刑法的基本概念·····	003
第二章	憲法對刑法的限制：刑法規範的合憲性·····	011
第三章	刑法之理論·····	029
第四章	刑法之效力·····	033
第五章	刑法之解釋·····	053

第二篇 犯罪論 063

第六章	犯罪之概念·····	065
第七章	犯罪理論之演變與發展·····	083
第八章	犯罪構成要件·····	091
第九章	行為之違法性·····	115
第十章	罪責（行為之有責性）·····	143
第十一章	錯 誤·····	159
第十二章	未遂犯·····	183
第十三章	正犯與共犯·····	199

第三篇 數罪併罰（複數構成要件實現之併合處罰）

223

第十四章	概 說	225
第十五章	犯罪單數與複數	227
第十六章	複數犯罪之處罰	239
第十七章	競合問題之處理原則	249
第十八章	競合論之限制與內涵	255
第十九章	我國刑法之數罪併罰	263
第二十章	事後併罰	273
第二十一章	數罪併罰之法律效果	281

第四篇 刑罰論

293

第二十二章	刑罰之概念	295
第二十三章	刑罰之種類	301
第二十四章	刑罰之適用	311
第二十五章	累 犯	327
第二十六章	刑罰之執行	341
第二十七章	緩 刑	357
第二十八章	假 釋	367
第二十九章	刑罰權消滅	383

第五篇 保安處分論

397

第三十章	保安處分之沿革	399
第三十一章	保安處分之種類	411

第三十二章 保安處分之宣告執行與消滅·····	427
-------------------------	-----

參考資料

431

第一篇

緒 論

第一章

刑法的基本概念

第一節 刑法的規範基礎

自從人類社會開始經營群體生活以來，人們難免因人際間磨擦與衝突而產生各種型態的糾紛；惟不論何種類型的衝突糾紛，由於此際行為人之行為均不免對群體社會生活利益造成一定程度之影響或侵害，人類社會勢必將面對「如何妥適處理（對待）那些已經犯錯（或即將犯錯）的行為人」此一問題。基本上，在各種糾紛類型中，有些侵害行為似乎比其他類型的侵害行為更令人感到惡劣（或是過份）；例如，相較於民事契約違反或是財產侵害等糾紛類型，兇殺或強姦等直接侵害人身利益之行為應屬於令人更加無法忍受的侵害行為。如果某種具體類型之侵害行為或危險行為被公認為是「真正」的錯誤行為而被歸類為社會大眾普遍無法容忍的「犯罪行為」，那麼此時就需要動用到強調刑事制裁的法律系統來處理這類的侵害行為或危險行為。換句話說，並非所有錯誤的社會侵害行為均應受到刑事處罰，那些被社會大眾（特別是立法機關）視為較輕微而非無法忍受的侵害行為（非犯罪），因無對其施加刑事處罰的必要，則將此種較輕微的侵害行為交由法律體系中的民事法或行政法部分予以處理即已足夠。

傳統上認為刑法乃規定犯罪與刑罰之法律，亦即規定「何種行為屬於犯罪，對於犯罪行為人應科以何種程度刑罰」之法律即可歸類為刑法。然而近代刑法在傳統之「犯罪與刑罰」概念以外，尚包括「社會危險行為與保安處分」，故就現代意義之刑法而言，刑法乃規定犯罪或社會危險行為之構成，並賦予其法律效果之刑罰或保安處分的法律規範體系。關於何種類型的社會侵害行為屬於「真正」的過錯行為而無法被社會大眾普遍的容忍，事實上是立法機關在刑法分則或特別刑法部分必須加以處理的工作；

相對於刑法分則係將犯罪予以類型化的規定，刑法總則只是在闡述「在什麼情形下刑事不法的侵害行為不構成犯罪」以及「如何運用刑法處理刑事不法之行為（刑罰或保安處分）」等問題。

刑法有廣狹二義，凡一切規定犯罪與其處罰之法律皆屬廣義之刑法，廣義之刑法包含刑法法典以及散見於其他各種有罪名與刑罰規定之法律，故亦稱實質的刑法；狹義之刑法則專指國家的刑法法典而言，又有形式的刑法之稱，其內容通常分為總則及分則兩部分，總則規定犯罪與刑罰之一般原則，分則規定各種犯罪之構成要件及其刑度。

第二節 刑法的功能

刑法在解決人際糾紛的同時，除了積極地宣示「某種具體類型之侵害或侵害危險行為已被公認為真正的過錯行為，而屬於無法被社會大眾普遍容忍的犯罪行為」外，其負面地表列出哪些社會侵害或侵害危險行為類型屬於當代社會所禁止的犯罪行為類型，亦描繪出社會共同生活基本價值之輪廓。一般認為，刑法是所有法律中法律效果最嚴苛的法律，也是非戰時社會秩序維護的最後一道防線。刑法嚴苛本質的主要目的在於保護法益，並對將來可能犯罪的行為人來產生威嚇作用，抑制犯罪的產生。除了站在法益保護的角度觀察刑法的功能，我們還能站在加害者與被害者兩方面角度來觀察刑法的功能。對於被害者而言，因加害者已遭法律制裁，其身心所受的傷害某種程度也會得到撫平；而對加害者來說，其因犯罪受到刑罰宣告，可藉服刑矯正其行為，以利其再社會化，而對於良知未泯的行為人，藉由服刑也能衡平其罪惡感，達到贖罪的效果。刑法可說是人類社會共同生活所不可或缺之基本秩序，本質上可認刑法具有四大功能（蔡順雄）：

一、保護法益

社會共同生活中，無論個人、社會或國家，均存有值得保護之生活利益。凡以法律手段而加以保護之生活利益，即稱法益。由於對較為重要之

法益破壞，或對於一般法益較為重大之破壞，將足以減低個人之安全感，並危及社會之安寧秩序，故乃以刑罰作為制裁法益破壞行為之法律手段。因此，制裁對法益有侵害或危險之違法行為，乃為刑法之保護機能。刑法之功能乃在於法益保護，亦即保護法益不受他人非法之侵害。刑法具有保護「法益」不受犯罪行為侵害之機能，此時法益概念具有「決定刑罰必要性與處刑規定合理性」之功能。

二、制壓與預防犯罪

犯罪為最嚴重之不法行為，國家乃以最嚴厲之法律效果加以處罰，給予行為人相當之刑罰制裁，藉刑罰之威嚇力，產生制壓與遏阻犯罪之功能。同時，更由於刑法對於行為人之公正制裁，不但足以滿足社會大眾對於正義感之需求，而且昭示社會大眾，法益與法律秩序之不可破壞性，亦產生社會教育之作用，使刑法除具制壓犯罪之功能外，尚具有預防犯罪之功能。

三、保障人權

刑法明定應予刑事制裁之犯罪行為及其法律效果，具有限制國家刑罰權發動，保障國民活動自由之機能，其一方面保證凡是未違反刑法規範者，均不受國家權力機關之干涉與侵犯；另一方面則保證行為人不受法律規定外之處罰，以及不受有違人道與藐視人性尊嚴之殘虐刑罰。易言之，如不是刑法明定之犯罪類型，刑法即不能對之加以處罰，國民個人之活動自由因此獲得保障，而不受法律之干涉。刑法由於此等雙重之保證作用，而產生保障人權之功能。

四、矯治犯罪人

刑法以其法律效果科處犯罪人應得之刑罰，並利用執行刑罰之機會矯治犯罪人，促使犯罪人再社會化，使其在接受刑罰之執行後，能改過遷善，安份守己，而不再犯罪。刑法之所以較其他法律與道德規範間具有更為密切的關係，在於其保障基本人權，藉由追訴及預防犯罪之手段保護法

益，並滿足社會大眾之正義感，昭示大眾產生警示效果及矯正犯罪人。

第三節 刑法的性質

刑法之性質及其在法律上之定位為何，本應於學習刑法前亦應先予瞭解，茲分別說明於後：

一、刑法為公法

凡規定國家主權本體自身以及國家與人民間權力服從關係之法律，通稱為公法；凡規定人民相互間，或國家與個人間私權關係之法律，則為私法。刑法既為規定何種行為應受何種處罰之國家與人民間權力服從關係，且為規範國家對犯罪人刑事制裁權存否之法律，自應屬公法而非私法。

二、刑法為實體法

凡規定權利義務關係本體的法律，為實體法；凡規定實體法運用之手續者，為程序法。刑法在實質上屬規定犯罪之種類及刑罰範圍之法律，自為實體法。

三、刑法為國內法

凡規定國家相互間權利義務關係之法律，為國際法；凡規定國家與人民或人民相互間權利義務關係之法律，為國內法。刑法之效力，原則僅能及於一國領域之內，故為國內法。

四、刑法為強行法

凡具有絕對適用之效力，不容人民自由變更或選擇，而必須絕對遵守者，為強行法，否則即為任意法。刑法規定犯罪之處罰，除告訴乃論及請求乃論之罪外，只要有犯罪即應追訴、處罰，非當事者意思所得左右，故為強行法。

五、刑法為成文法

凡按照立法程序，作成法典，並經公布施行等手續之法律，稱為成文法；倘非依立法程序制定公布，而由國家有權機關承認之習慣，同樣具有法律之效力者，稱為不成文法。刑法之內容，與人民之自由權利，息息相關，基於罪刑法定主義，必經立法程序之制定公布，故為成文法。

六、刑法為普通法

凡法律施行於一般地區、一般人民、一般時期以及一般事項者，稱為普通法；凡施行於特定之人、地、時、事者，稱為特別法。刑法之效力，及於一般的人、地、時、事，故為普通法。

七、刑法為司法法

國家之法律，可分為立法法、司法法及行政法。憲法之主要部分，為立法法，因其為立法之準據。刑法，則為裁判上應適用之法律，故為司法法。

第四節 刑法之分類

刑法因其適用範圍及其內容與形式之不同，亦得為各種分類，茲述之如後：

一、普通刑法與特別刑法

普通刑法係適用於一般事項及一般人之法律，原則上無論何人、何時、何地，均有其適用，如本書所指之刑法。至於特別刑法，相較於普通刑法而言乃特殊適用之刑法，每因適用對象之人、地、時、事等不同而有差異：如人方面有陸海空軍刑法；事方面有懲治盜匪條例、懲治叛亂條例、殘害人群治罪條例、槍炮刀械管制條例等；時方面有許多以往戡亂時期的條例；地方面有臺灣省內菸酒專賣暫行條例等。一般而言，特別刑法所規定的犯罪，大多可見於普通刑法中，其特別立法之目的或為加重刑

罰，或為更詳盡規定犯罪類型的要件。雖然有謂特別刑法不能超越普通刑法處罰範疇，而僅能將成立範圍更加限縮（並對應於較高的刑度），但是現實上擴張普通刑法處罰範疇的特別刑法規定，反倒是屬於多數。

二、永久刑法與限時刑法

永久刑法並未規定施行期間，如普通刑法。限時刑法純為適應一時的特別情況，施行於一定期間之刑罰法規，例如已廢止之懲治貪污條例第16條規定施行期間為二年。又依照民國88年9月25日發布之緊急命令第11點規定：「因本次災害而有妨害救災、囤積居奇、哄抬物價之行爲者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。（第一項）以詐欺、侵占、竊盜、恐嚇、搶奪、強盜或其他不正當之方法，取得賑災款項、物品或災民之財物者，按刑法或特別刑法之規定，加重其刑至二分之一。（第二項）前二項之未遂犯罰之。（第三項）」與第12點規定：「本命令施行期間自發布日起至民國八十九年三月二十四日止。」所制定之九二一震災重建暫行條例第71條：「於緊急命令施行期間內，犯緊急命令第十一點所規定之罪者，於緊急命令施行期滿後，仍適用緊急命令第十一點之規定處罰」規定亦具有限時刑法之性質。

三、形式刑法與實質刑法

所謂形式刑法，有成文法典可資依據，外形上一望而知其為刑罰法規，如刑法、陸海空軍刑法。至於實質的刑法則不具備刑法法典之形式，而在其實際的內容中定有罪名及刑罰，例如破產法、公司法、勞工安全衛生法等定有刑罰罰則規定之法律，凡此具有刑法性質之規定，即為實質刑法。

四、廣義刑法與狹義刑法

凡法律中有犯罪與刑罰之規定者，均可稱為刑法，此乃廣義之刑法，如懲治走私條例、妨害兵役治罪條例。凡具有法典形式，而以刑法之名稱公布者，為狹義刑法，此專指刑法法典而言。

五、單一刑法與附屬刑法

所謂單一刑法，即單純規定犯罪與刑罰之法律，如刑法及陸海空軍刑法。所謂附屬刑法，係以行政事項或其他法律關係為主體，而於違反某項規定時，始附帶科以刑罰之規定，換言之，附屬刑法乃為輔助刑法規定不足而存在的刑罰規範，如工廠法、礦業法中所規定之罰則，此通常是行政刑法，但亦有屬於特別刑法的特例。

六、完整刑法與空白刑法

凡對於犯罪之構成要件與刑度在法條中有明確之規定者，謂之完整刑法，如刑法分則各條之規定，絕大多數之犯罪，均屬完整刑法。其以犯罪構成要件之一部或全部，委諸其他法律或命令者，謂之空白刑法。如刑法第117條之局外中立命令，刑法第192條關於預防傳染病所公布之檢查或進口之法令，均為空白刑法之適例。至於補充部分之法律或命令，稱為補充規範。

