

第

1

章

基本原則與法例

壹

重點提示

刑法制裁之效果乃係對人民基本權利之限制與侵奪，包括生命（死刑）、自由（無期徒刑、有期徒刑、拘役）與財產（罰金）等，本於憲法第23條法治國原則適合性與必要性之要求，應於最小限度之範圍內實施，亦即惟當民法或行政法對不法行為尚不足以導正或實現公平正義時，方有刑法之適用，此即刑法謙讓抑制之本質，學理稱之以謙抑思想。

貳

重點提示

基於刑法之核心價值——謙抑思想，刑事立法上乃循此建立罪刑法定主義為其基本準則，即對任何不法行為施以刑罰制裁，均須以法律明文規定為前提，何種行為構成犯罪，復應科予如何之刑罰，皆以法律明確規範之。罪刑法定主義並衍生有包括：絕對不定期刑禁止原則、禁止溯及既往原則、習慣法禁止原則、類推適用禁止原則等。茲就其意涵分別說明如下：

- 一、**罪刑法定主義**：人民之何種行為構成犯罪，該犯罪行為應科處如何之刑罰，均須以法律明文規定，使人民之行為有遵循之準則與依據，否則如有司法或行政機關任意決定刑罰之適用範圍，不啻對人民形成無可預期之侵犯與剝奪，憲法於人民基本權利之保障必將蕩然無存。因之既然犯罪之法律要件及其法律效果，皆須預以法律明確規範之，則法律未明文規定處罰者，即無成立犯罪並接受處罰可言。另保安處分雖屬為預防犯罪行為及侵害社會行為為目的，而對行為人施以再社會化取向之矯治、醫療、教育或保護管束等作為，性質與刑罰有間，惟其實施如有拘束人身自由者，即為對人民基本權之侵奪，故宜有罪刑法定主義之適用，俾使人民有可預測性。刑法第一條乃規定：行為之處罰，以行為時法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。
- 二、**絕對不定期刑禁止原則**：刑罰之種類與範圍應於法律明確規範，以使審判者適用刑法對犯罪行為人為裁罰時，不致因個人之偏見或好惡而專擅獨斷。
- 三、**禁止溯及既往原則**：行為受刑罰處罰既以行為時法律有明文規定者為限，則行為當時法律倘無處罰或較重處罰之規定，縱嗣後因法律變更而有處罰或加重處罰之規定，亦不得溯及適用於法律變更前之行為。
- 四、**習慣法禁止原則**：本於罪刑法定主義之要求，未形諸於法律明文之人類社會反覆慣行而具法確信之習慣法，自未得為刑罰之直接依據。惟通說與實務仍肯認習慣得作為構成要件內容解釋與違法性判斷之依據。
- 五、**類推適用禁止原則**：某行為於刑法規範上並無適當條文可資適用，即不得援引其他相關條文予以論罪科刑，以避免刑罰之創設或加重。然本於刑法謙抑思想之精神，若類推適用之結果係限縮刑法之適用範圍而有利於行為人者，即應容許之。

參

名詞解釋

- 一、稱以上、以下、以內者，俱連本數或本刑計算。
- 二、稱公務員者，謂下列人員：(一)依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。(二)受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。修正理由：

「第一款前段所謂『依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關』係指國家或地方自治團體所屬機關中依法令任用之成員。故其依法代表、代理國家或地方自治團體處理公共事務者，即應負有特別保護義務及服從義務。至於無法令執掌權限者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，例如僱用之保全或清潔人員，並未負有前開特別保護義務及服從義務，即不應認其為刑法上公務員。」又「如非服務於國家或地方自治團體所屬機關，而具有依『其他依法令從事於公共事務而具有法定權限者』，因其從事法定之公共事項，應視為刑法上的公務員，故於第一款後段併規定之。此類之公務員，例如依水利法及農田水利會組織通則相關規定而設置之農田水利會會長及其專任職員屬之。其他尚有依政府採購法規定之各公立學校、公營事業之承辦、監辦採購等人員，均屬本款後段之其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限之人員。」「至於受國家或地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者，因受託人得於其受任範圍內行使委託機關公務上之權力，故其承辦人員應屬刑法上公務員」，本此，大法官會議釋字第8號、第73號解釋，以政府股權占百分之五十以上之股份有限公司，即屬公營事業機構，其從事於公司職務之人員，應一律認為係刑法上公務員之見解，即有修正之必要。

三、稱公文書者，乃公務員職務上製作之文書。

實務認為，所謂公文書，係指公務員本其職務上（基於公法上之關係）所製作之文書。如非基於職務上關係所製作者，仍不得以公文書論（二十年上字第六六八號判例）。至於公文書其內容係關於公法上之權利義務或是私法上之權利義務關係，均非所問，例如地政機關發給之建物所有權狀，雖係證明私權之存在，但仍為本於公權力所發之公文書。另郵政儲金簿、公務員代表國家與私人訂立之私法契約，甘添貴教授認屬公文書，實務見解（最高法院二十八年刑庭決議）則採否定說。

四、稱重傷者，謂下列傷害：毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅能。毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。毀敗或嚴重減損生殖之機能。其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。所謂毀敗，係指該器官之機能完全喪失，而且永遠不能恢復。所謂嚴重減損，係指該器官之機能雖未完全喪失，但其效用已達永遠嚴重減損之程度而言。若僅一時喪失或嚴重減損但將來可恢復者），則不屬之。

五、稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合行為。修正理由：所謂「非基於正當目的所為之」，係為避免基於醫療或其他正當目的所為之進入性器行為，被解為係本法之「性交」行為。例如婦產科醫師以鴨嘴器為孕婦內診，即屬基於正當目的所為。為顧及女對男之「性交」及其他難以涵括於「性侵入」之概念，故修正第五項第一款、第二款，增訂「或使之接合」之行為，以資涵括。

六、稱電磁紀錄者，謂以電子、磁性、光學或其他相類之方式所製成，而供電腦處理之紀錄。

修正理由

有關電磁紀錄之定義，係規定在第 15 章偽造文書印文罪章中第 220 條第 3 項中，然有關電磁紀錄亦適用於該章以外之偽造有價證券罪（§201-1、§204、§205）、第 28 章妨害秘密罪章（§315-1）、刑事訴訟法（§122、§128）、陸海空軍刑法（§20、§31、§63、§78）、軍事審判法（§111）等，已非單純於分則編之偽造文書印文罪章適用之，故將現行第 220 條第 3 項有關電磁紀錄之定義，增列「光學或其他相類之方式所製成」之紀錄後，再移列於本條第 6 項，以資概括適用。

• 釋字第 5 號 •

實務見解

行憲後各政黨辦理黨務人員，不能認為刑法上所稱之公務員。（41 年 8 月 16 日）

• 釋字第 7 號 •

實務見解

行憲後各政黨、各級黨部之書記長，不得認為公務員。（41 年 9 月 29 日）

• 釋字第 8 號 •

實務見解

原呈所稱之股份有限公司，政府股份既在百分之五十以上，縱依公司法組織，亦係公營事業機關，其依法令從事於該公司職務之人員，自應認為刑法上所稱之公務員。（41 年 10 月 27 日）

（註：此號解釋因刑法第十條公務員定義之修正而不再適用）

• 釋字第 73 號 •

實務見解

依公司法組織之公營事業，縱於移轉民營時已確定其盈虧及一切權利義務之移轉日期，仍應俟移轉後之民股超過百分之五十以上時該事業方得視為民營。惟在尚未實行交接之前，其原有依法令服務之人員仍係刑法上之公務員。（46 年 3 月 13 日）

（註：此號解釋因刑法第十條公務員定義之修正而不再適用）

• 69 台上 2685 •

實務見解

刑法第五條第五款所指犯刑法第二百十四條，第二百十六條之罪，其所謂公務員職務上所掌之公文書，係指我國公務員（如駐外使、領館人員）職務上所掌管之我國公文書而言。至於在我國境外使外國公務員在其職務上所掌之外國公文書為不實之登載，自不在我刑法保護範圍之內。

單 選 題

- () 1. 本於罪刑法定主義之要求，未形諸於法律明文之人類社會反覆慣行而具法確信之習慣法，自未得為刑罰之直接依據，此稱之為：
- (A)絕對不定期刑禁止原則 (B)禁止溯及既往原則
(C)習慣法禁止原則 (D)類推適用禁止原則
- () 2. 某行為於刑法規範上並無適當條文可資適用，即不得援引其他相類條文予以論罪科刑，以避免刑罰之創設或加重，此稱之為：
- (A)絕對不定期刑禁止原則 (B)禁止溯及既往原則
(C)習慣法禁止原則 (D)類推適用禁止原則
- () 3. 刑罰之種類與範圍應於法律明確規範，以使審判者適用刑法對犯罪行為人為裁罰時，不致因個人之偏見或好惡而專擅獨斷，此稱之為：
- (A)絕對不定期刑禁止原則 (B)禁止溯及既往原則
(C)習慣法禁止原則 (D)類推適用禁止原則
- () 4. 行為受刑罰處罰既以行為時法律有明文規定者為限，則行為當時法律倘無處罰或較重處罰之規定，縱嗣後因法律變更而有處罰或加重處罰之規定，亦不得溯及適用於法律變更前之行為，此稱之為：
- (A)絕對不定期刑禁止原則 (B)禁止溯及既往原則
(C)習慣法禁止原則 (D)類推適用禁止原則
- () 5. 下列關於刑法內涵與原則之敘述何者不正確：
- (A)刑法之實行效果乃係對人民基本權利之限制與侵奪，包括生命、自由與財產
(B)本於憲法第 23 條法治國原則適合性與必要性之要求，應於最小限度之範圍內實施，亦即惟當民法或行政法對不法行為尚不足以導正或實現公平正義時，方有刑法之適用
(C)謙抑思想為刑法之中心理念
(D)刑法具有公法與強行法之性質，故藉由法院之強制執行以實現刑法有罪判決之內容
- 刑罰執行由檢察官指揮行之，法院強制執行係對民事判決。
- () 6. 最高法院 47 年台上字第 1399 號判例：「甘蔗內白露筍尾稍，如果類同什草並無經濟價值，且依當地農村習慣，任人採刈，即無構成竊盜罪之餘地。」，試問此判例說明之意義內涵為何：
- (A)禁止類推適用 (B)禁止習慣法 (C)容許習慣法 (D)容許空白刑法
- () 7. 基於刑法之核心價值——謙抑思想，刑事立法上乃循此為其基本準則，即對任何不法行為施以刑罰制裁，均須以法律明文規定為前提，何種行為構成犯罪，復應科予如何之刑罰，皆以法律明確規範之，此稱之為：
- (A)相對不定期刑原則 (B)溯及既往原則
(C)罪刑法定主義 (D)類推適用原則

() 8. 下列敘述何者不正確：

- (A) 人民之何種行為構成犯罪，該犯罪行為應科處如何之刑罰，均須以法律明文規定，使人民之行為有遵循之準則與依據，否則如有司法或行政機關任意決定刑罰之適用範圍，不啻對人民形成無可預期之侵犯與剝奪，憲法於人民基本權利之保障必將蕩然無存
- (B) 犯罪之法律要件及其法律效果，皆須預以法律明確規範之，則法律未明文規定處罰者，即無成立犯罪並接受處罰可言
- (C) 保安處分乃屬為預防犯罪行為及侵害社會行為為目的，而對行為人施以再社會化取向之矯治、醫療、教育或保護管束等作為，性質與刑罰有間
- (D) 保安處分其實並未對人身自由有所拘束或侵奪，故無須有罪刑法定主義之適用

() 9. 下列何項原則於法律變更時，違反罪刑法定主義：

- (A) 從舊原則 (B) 從新原則 (C) 從輕原則 (D) 從寬原則

() 10. 下列何項原則係本於罪刑法定主義：

- (A) 從舊原則 (B) 從新原則 (C) 從輕原則 (D) 從寬原則

() 11. 下列何項原則係本於刑法謙抑思想：

- (A) 從舊原則 (B) 從新原則 (C) 從輕原則 (D) 從寬原則

法律變更時，依罪刑法定主義之精神，採從舊原則即行為時之法律為斷，惟若變更後之新法較有利於行為人時（行為已除罪化不處罰或減輕處罰），本於刑法謙抑思想，則例外從輕，適用較有利於行為人之裁判新法。

() 12. 本於罪刑法定主義之精神，刑法之效力僅適用拘束刑法生效後所發生之行為，不應溯及追究刑法生效前之行為。故行為當時法律所未處罰者，即不得在行為後認定其可罰性；另行為時雖法律明定應予處罰，倘行為後法律變更為加重處罰，該行為仍不得依加重之刑處斷之。惟若行為時雖法律明定應予處罰，倘行為後法律變更為減輕處罰者，則依減輕之刑處斷之。此稱之為：

- (A) 從新從輕原則 (B) 從舊從輕原則 (C) 從舊從新原則 (D) 從新從寬原則

() 13. 按法條之文字與用語惟字義之解釋，以闡明條文之法律涵義，在刑法解釋上稱之為：

- (A) 文義解釋 (B) 目的解釋 (C) 限制解釋 (D) 歷史解釋

() 14. 綜合法制史及該法律於立法過程中有關之草案研議、相關學說意見、形成之立法理由、立法機關審議紀錄等，以探求條文之法律涵義，在刑法解釋上稱之為：

- (A) 文義解釋 (B) 目的解釋 (C) 限制解釋 (D) 歷史解釋

() 15. 依法條規制之目的性為條文涵義之解釋，在刑法解釋上稱之為：

- (A) 文義解釋 (B) 目的解釋 (C) 限制解釋 (D) 歷史解釋

() 16. 不論採用何種解釋方法，任何對刑法條文之擴張解釋或限縮解釋，均不得違背謙抑思想與罪刑法定主義之精神，在刑法解釋上稱之為：

- (A) 文義解釋 (B) 目的解釋 (C) 限制解釋 (D) 歷史解釋

- () 17. 刑法所稱之公務員：
- (A)依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限
(B)其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者
(C)受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者
(D)以上皆是
- () 18. 關於「類推適用」與「擴張解釋」，下列敘述何者不正確：
- (A)罪刑法定主義之目的在避免突襲性刑罰之出現，故類推適用與擴張解釋倘若使刑法擴大適用，將違反刑法謙抑思想之精神，應為法所不許
(B)使用竊盜之行為人，得類推適用刑法第三二〇條之普通竊盜罪予以處罰
(C)超法規阻卻違法事由，如推測承諾或義務衝突等，使本具構成要件該當之行為合法化，致行為人不受刑罰之處罰，因而限縮刑法適用之範圍，當無違反罪刑法定主義
(D)以上皆非
- () 19. 刑法規定中就某犯罪之部分成立要件，本於現實需要上之考量，委之於其他法律或行政命令進行補充之刑法規定，稱之為：
- (A)委託立法 (B)空白刑法 (C)委託命令 (D)空白命令
- () 20. 為因應一時社會情況之特殊需要，明定短暫有效施行期間而頒定之特別刑法，凡於施行期間內違犯之行為，縱裁判時該法已廢止失效，仍適用行為時之特別刑法予以處罰，學理上稱之為：
- (A)限時法 (B)臨時法 (C)普通法 (D)時效法

複選題

- () 1. 下列何者為刑事法的內涵：
- (A)普通刑法 (B)軍事審判法 (C)刑事訴訟法 (D)通訊及保障監察法
- 刑事法包括普通與特別之刑法與刑事訴訟法。
- () 2. 關於刑法之敘述何者正確：
- (A)刑法係對犯罪行為之法律要件，及對犯罪行為應科處如何刑事制裁之法律效果之法律規範
(B)刑法規範之內涵包括有犯罪論（何種人在何種情形下所為何種行為成立何種犯罪）、罪數論（行為人犯罪行為構成多數犯罪時，應如何論斷其罪名暨其刑罰效果）、刑罰論（對成立犯罪之行為人應科予何種刑罰之制裁）
(C)刑法規範不包括保安處分（為預防犯罪行為及侵害社會行為為目的，施以再社會化取向之矯治、醫療、教育或保護管束等）
(D)保安處分不具刑罰性質，未對人民之基本權形成侵犯或限制
- () 3. 下列何者非屬於刑法之性質：

(A)公法 (B)強行法 (C)空白補充法 (D)刑罰之程序法

() 4. 下列關於我國刑法於法律變更時所採行之原則，敘述何者正確：

- (A)行為後法律有變更者，適用行為時之法律
- (B)行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律
- (C)保安處分適用裁判之法律
- (D)處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更，依行為時之法律

III ► (C)限未拘束人身自由之保安處分。(D)有罪判決確定後，即具有值得人民信賴之確定力與執行力，應以公權力落實刑罰權之內容。惟若嗣後法律已將該行為除罪化或免除保安處分之執行，本於刑法謙抑思想之核心價值與矯治化需求性之考量，即再無處罰該行為或使其受保安處分之必要，故應免其執行。

() 5. 下列敘述何者正確：

- (A)保安處分本質非屬刑罰制裁
- (B)拘束人身自由之保安處分，採從舊從輕原則
- (C)非拘束人身自由之保安處分，採從舊從輕原則
- (D)非拘束人身自由之保安處分，採從新原則

III ► (B)因仍對人民之基本權形成限制，而有罪刑法定主義之適用。

() 6. 下列關於從舊從輕原則之敘述，何者正確：

- (A)適用於普通刑法與特別刑法之法律與事實變更
- (B)程序法原則採從新主義，即不屬之
- (C)空白刑法之變更有無適用，應視其究竟屬事實變更或法律變更而定
- (D)實體法中之保安處分均不適用此原則

III ► (D)拘束人身自由之處分仍適用。

() 7. 下列敘述何者正確：

- (A)有罪裁判確定後，法律變更者，得非常上訴救濟
- (B)有罪裁判確定後，法律變更者，得免其刑之執行
- (C)有罪裁判決定前，法律變更者，雖原判決無違背法令，亦得上訴第三審
- (D)有罪裁判確定前，法律變更者，得免其刑之執行

() 8. 刑法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者，應如何為之：

- (A)刑法總則於該其他法律亦適用
- (B)刑法總則於該其他法律不適用
- (C)刑法總則於其他法律有特別規定時，亦適用
- (D)刑法總則於其他法律有特別規定者，不適用，而應適用特別規定