

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。

傳統上認爲刑法乃規定犯罪與刑罰之法律,亦即規定「何種行爲屬於犯罪,對於犯罪行爲人應科以何種程度刑罰」之法律即可歸類爲刑法。然而近代刑法在傳統之「犯罪與刑罰」概念以外,尚包括「社會危險行爲與保安處分」,故就現代意義之刑法而言,刑法乃規定犯罪或社會危險行爲之構成,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爲屬於「眞正」的過錯行爲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,其內容通常分爲總則及分則兩部分,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。由於對較爲重要之

法益破壞,或對於一般法益較爲重大之破壞,將足以減低個人之安全感, 並危及社會之安寧秩序,故乃以刑罰作爲制裁法益破壞行爲之法律手段。 因此,制裁對法益有侵害或危險之違法行爲,乃爲刑法之保護機能。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」不受犯罪行爲侵害之機能,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

犯罪爲最嚴重之不法行爲,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,法為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;另方面則保證行爲人不受法律規 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爲何,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 稱爲公法;凡規定人民相互間,或國家與個人間私權關係之法律,則爲私 法。刑法既爲規定何種行爲應受何種處罰之國家與人民間權力服從關係, 且爲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,爲實體法;凡規定實體法運用之手續者,爲程序法。刑法在實質上屬規定犯罪之種類及刑罰範圍之法律,自 爲實體法。

三、刑法為國内法

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

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,爲強行法,否則即爲任意法。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 爲強行法。

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,稱爲成文 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,稱爲不成文法。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,故爲成文法。

六、刑法為普诵法

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,稱爲特別法。刑法之效力, 及於一般的人、地、時、事,故爲普誦法。

七、刑法為司法法

國家之法律,可分爲立法法、司法法及行政法。憲法之主要部分,爲 立法法,因其爲立法之準據。刑法,則爲裁判上應適用之法律,故爲司法 法。

刑法之分類 第四節

刑法因其適用範圍及其內容與形式之不同,亦得爲各種分類,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爲加重刑 罰,或爲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。限時刑法純爲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條規定施行期間爲二年。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,外形上一望而知其爲刑罰法規,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,即爲實質刑法。

四、廣義刑法與狹義刑法

凡法律中有犯罪與刑罰之規定者,均可稱爲刑法,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,爲狹義刑法,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爲主體,而於違反某項 規定時,始附帶科以刑罰之規定,換言之,附屬刑法乃爲輔助刑法規定不 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,均爲空白刑法之適例。至於補充部分之法律或命令,稱爲補充 規範。

第二章 憲法對刑法的限制: 刑法規範的合憲性

第一節 憲法與刑法之關聯

由於刑事法規範包含剝奪生命或自由財產的刑事制裁體系,其存在 與實行勢必會對個人受憲法保障的基本人權造成重大的影響,因此關於刑 法究應如何規範本身,若不從憲法的觀點來考慮,似乎不免出現僅由刑事 政策學來處理刑法規範內涵之不當(王乃彥,4)。關於憲法與刑法的關 聯,「在法治國家中,憲法爲國家之根本大法,是一切法令之母,一切法 令依據憲法而產生,
目不得違反或牴觸憲法,法律命令之違反牴觸憲法者 無效,這是憲法和一切法令之關係,刑法也不能獨外,所以近代以後,刑 法是由於憲法的產生而產生,跟著憲法之變遷而變遷的。故憲法的整個精 神,和其中有關刑事法的規定,應該是刑法立法的基本原則,也是刑事法 令的解釋基礎。憲法這一部分的變化,則爲刑事法變化的先驅。刑事法 是和人身自由關係最密切的法律,它規定適當與否,和人身自由關係很 大,故由這一角度看,憲法和刑事法之間,尤有密切的關係,亦可反轉 過來,由刑事法的發生和發展,看出憲法一部分變遷的情形(林紀東I, 1-2)」。簡單來說,憲法為人權保障的基礎,刑法的立法與解釋,均須 符合憲法的精神。任何違反憲法精神的刑事立法與司法解釋,均不被允 許。

然而自人類營社會生活以來,刑法即存在於各個國家社會當中,歷來各個王朝也大都以刑法規範作爲統治的工具之一,由於現代憲法的概念 乃起源於西元1776年的美國獨立革命與西元1789年的法國大革命,因此相較於刑法概念與原則的古老,現代憲法所包含的諸原則可以說是相對新穎 的法律概念。雖然如此,現代憲法的理念與已發展超過千年以上的刑法概念相互之間,並非絕不相容甚或彼此排斥;反之,許多刑事法領域中長期累積的基本原理原則,因其具高度的社會生活重要性,反而已成爲現代憲法的重要基本原則。換言之,縱然在中世紀的刑法世界中未曾見過學者使用「合憲解釋」或「憲法界線」等字眼,在當代立憲主義與憲法概念的支配下,刑事法律原則的發展,自然也應符合憲法規定的精神。凡涉及國家刑罰權內涵或實施的法律規定,都不能背離現代憲法的基本精神。若認刑法領域本身所獨自發展出的法則不須受到當代憲法規範之拘束,而忽視憲法精神與刑法規則間的交錯,不但忽視某些憲法原則係承襲刑法原理之現實,其主張不免對刑法體系於當代憲法規範中之定位有所誤解。

第二節 罪刑法定主義

一、沿革背景:罪刑擅斷主義(宗建文)

罪刑法定主義,係相對於罪刑擅斷主義而言。所謂罪刑擅斷主義, 乃在法律上不以明文預定犯罪與刑罰,而關於何種行為構成犯罪,對之應 科處如何之刑罰,均由國家元首或裁判官任意判定之制度。在此制度下, 如裁判官才德兼備,或能作出公平適當之裁判;惟若裁判官恣意裁判,非 但人民無所適從,人權亦失保障。在中國唐代以前,裁判官常以習慣法或 成文法之類推、比附入人於罪。貞觀年間,唐太宗不忍人民受判官擅斷之 苦,故唐律明定「無正條不爲罪」(無成文法條不得使人入罪),以遏止 判官專權。

羅馬刑法的基本原則是國家至上,因此爲了國家利益可以對任何有害 行爲包括具有侵害危險性的行爲處以嚴厲的刑罰,個人沒有任何權利可以 獲得國家的尊重,也沒有任何限制國家刑罰權的措施,爲了維護羅馬皇帝 的專制統治,利用含義模糊的叛逆罪來進行刑事追訴。日爾曼人入侵後, 羅馬刑法的國家至上主義又朝向更加落後和原始的私人復仇和血親復仇倒 退,法蘭克人建立王朝以後,仍沿用根深蒂固的習慣法,此時神明裁判與