

# 第一章 刑罰

稱刑罰者，係指國家依據刑法法規，基於犯罪行為，用以制裁行為人之公法上制裁手段之謂。此種制裁權限，完全屬於國家所有，私人間不得私相報復，雖然私刑制度，在歷史發展過程中曾經出現，然現今法治思想，已將刑罰權歸於國家專屬，成為國家制裁體系之一環，不允許私人任意主張。茲將其意義分述如次：

## 一、刑罰係以犯罪行為作為科處基礎

基於罪刑法定原則，何種行為方為犯罪行為，必須於法律規定中，明文將犯罪成立條件，加以規定，所謂「無法律即無犯罪、亦無刑罰」之謂，亦即行為具有刑法構成要件該當性、違法性及有責性之行為。

## 二、刑罰係針對於行為人犯罪行為之制裁手段

刑罰制裁者，僅限定於犯罪行為之行為人，且行為人之資格，原則上僅以自然人為限，法人並不能成為刑法之犯罪主體。惟現行法中，特別是附屬刑法，除對於自然人之處罰外，亦有將刑罰效力擴及法人之情況，此即所謂「兩罰制度」，例如食品安全衛生管理法第 49 條第 5 項規定是；或有將刑罰轉嫁至處罰法人，此稱為「轉嫁罰制」，如銀行法第 125 條第 2 項規定是。

## 三、刑罰係剝奪行為人權利之制裁手段

刑罰為所有制裁法中，最嚴厲之手段，其所使用之方式，均為對於行為人自由、財產或其他權利剝奪之制裁方式，甚至有以剝奪生命作為手段者。

國家透過法律制定各種不同之制裁制度，作為對於不同層次違反規範行為之法律效果，由於違法行為之評價層次，有所差異，乃使得整個制裁體系，亦有輕重之別，例如對於交通違規情形之

制裁，僅需使用行政罰中之罰鍰，即為已足；又如係違反特定職業或身分所應遵守之紀律規定者，則僅需科以懲戒處分之紀律罰，此等違法情事，尚無動用刑罰之餘地。

惟若行為違反具有高度社會倫理非難性質之刑法規範者，方有科處最嚴厲制裁手段刑罰之餘地，畢竟在所有違法行為中，最嚴重者，當屬於犯罪行為，對於犯罪行為反應之法律效果，亦應為最嚴厲之制裁手段。由於刑罰作為制裁犯罪行為之法律效果，在所有制裁法中，屬於最嚴厲之制裁手段，動輒剝奪人之生命、身體自由或是財產等權利，故在民主法治國家中，對於刑罰適用之條件、刑罰制裁方式之相稱性，均設有相當嚴格之限制。易言之，刑罰係制裁體系中，最為嚴厲之手段，故僅得作為所有違法行為中，最嚴重犯罪行為之制裁手段。由於刑罰的嚴厲性，在現代法治思想下，其係屬於整體社會防衛制裁手段中之最後手段（*ultima ratio*），亦屬於社會防衛體系中之最終防衛界線，故非於不得已之情況下，不可輕易動用刑罰之制裁手段。

受到法治思想之影響，國家欲以刑罰作為制裁手段，必須以法律明文規定，作為依據，而受罪刑法定原則之要求，對於刑罰存在之條件，以及刑罰之種類與方式，均需以法律明定之。一般而言，刑罰係作為犯罪之制裁手段，唯有犯罪行為確認時，方有刑罰存在之餘地。在法定原則之嚴格要求下，對於犯罪成立及刑罰科處之條件，法律均需透過刑法規範明確規定，此即「法無明文，不得科處」之意。申言之，刑罰必須有法定之基礎，方得科處，亦即其科處之對象、認定之基礎、科刑之種類與範圍，均需法律明文規定。

## 第一節 刑罰基本構想

對於犯罪人處罰的思想，從亙古以來，即伴隨著犯罪存在，從最早的血讎（*Blutrache*），到慰撫金（*Wergeld*）的賠償制度，乃至刑罰權為國家之專屬權限，此種刑罰觀念不斷演變的過程中，所思考的無不圍繞在對於犯罪人如何作最有效之處罰。對

於刑罰基本構想的思索，從希臘哲學家對於刑罰問題的對話開始，刑罰的意義與目的問題，即成為每一時代刑事立法與刑事司法思考的核心問題<sup>1</sup>。對於刑罰的主要思潮，根本上可分為二個主要階段的演變，其主要思想的區分，則在於對刑罰目的見解的不同。從應報思想的「刑罰本質即目的」的觀念，即所謂「刑罰本身目的 (Selbstzweck der Strafe)」到預防思想的區分刑罰本質與目的。這種刑罰思想的轉變，逐漸使得刑罰的形象趨於多樣，對於刑罰的認知，也漸次由處罰目的觀取代制裁的正當性。惟不可忽略地，刑罰雖經形象的轉換，但其內質中，仍有若干思想即使經過演變，卻始終影響著對於刑罰的認知。

在檢討刑事制裁體系前，必須對於檢驗控制加以說明。法律學的研究方法，在十八世紀之前，都受到自然科學的影響，沿用自然科學的方法，特別是對於因果律的問題。截至十八世紀末十九世紀初，在人文科學中，思辯著自己的方法，畢竟在自然科學中，強調可驗證性及可控制性的基本關係，在人文科學中，未必成立。爾後人文科學又受到所謂評價哲學 (Wertphilosophie) 的影響，開始思考著自身的研究方法<sup>2</sup>。而在法律學的方法上，更應從評價關係著手，進而界分出存在 (Sein) 與評價 (Wert) 的差異。在此種思辯過程中，確立了人文現象無異是人類透過有意義及有目的地對於評價自由現象的思考與目的考量下的產物<sup>3</sup>。而法律的規範原則，並非直接源自自然現象，而是對於該現象所為目的性概念建構的產物<sup>4</sup>，故規範之學乃為評價之學，其不能用自然科學的方式加以檢討。從此種簡單的思想發展中，可以發現自然科學、人文科學與法律學間的根本差異，用最簡單的公式加

---

1 Vgl. Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl., S. 18.

2 關於在人文科學的研究方法思辯 vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. S. 7, 8.

3 So Roxin, aaO., S. 8.

4 Roxin, aaO. °

以表示：

自然科學的思考為  $1+1=2$ ；

人文科學的思考則為  $1+1=1$ ；

在法律學的思考更是  $1+1=0$ 。

在自然科學中，強調因果律的自然關係，並受物質不滅定理的影響，認為現象的觀察，為總和關係；而人文科學則強調整合關係，以社會學為例，社會中，一個個體與另一個體間的關係，強調其為整合關係，例如婚姻關係，二個獨立個體結合成為一個家庭；在法律學上，人類規範的目的，主要為衝突的調解（Konfliktregulierung），並非造成衝突的加大，在法律學中所強調的是一個衝突加一個衝突，必須為零衝突，誠如孔子所云「聽訟，吾猶人也，必也，使無訟乎」之意，否則即喪失規範的意義。

從此種簡單的方法思辯過程，對於刑事制裁手段加以檢視，制裁的目的必須能達到無制裁的效應。也就是，制裁必須從調解衝突的觀點加以檢視。刑事制裁所針對的對象為犯罪行為人，但其所調解的關係，為因犯罪所生的社會緊張關係（Spannungsverhältnis der Gesellschaft），而這層緊張關係，主要來自於犯罪行為人與社會，以及其與被害人間的關係。因此，對於刑事制裁的構想，乃有必要從此種緊張關係的調解加以觀察。惟向來對於刑事制裁手段的目的觀，見解頗為分歧，在刑罰思想的發展過程，主要有「絕對理論」與「相對理論」，兩者自十八世紀以來即爭論不休，雖現今一般認為宜採涵蓋上述目的之「綜合理論」，但在內容調和之方式及比重上，學者亦有相異見解，迄今仍然無法有所定論。而因所採理論之不同，於刑事政策之手段及目的上即有所差距，故刑罰目的理論之探討不僅必要且影響深遠。

## 第二節 刑罰理論

## 第二章 刑之輕重比較與加減

### 第 35 條（主刑之重輕標準）

主刑之重輕，依第三十三條規定之次序定之。

同種之刑，以最高度之較長或較多者為重。最高度相等者，以最低度之較長或較多者為重。

刑之重輕，以最重主刑為準，依前二項標準定之。最重主刑相同者，參酌下列各款標準定其輕重：

- 一、有選科主刑者與無選科主刑者，以無選科主刑者為重。
- 二、有併科主刑者與無併科主刑者，以有併科主刑者為重。
- 三、次重主刑同為選科刑或併科刑者，以次重主刑為準，依前二項標準定之。

通常會發生法律效果比較輕重的關係者，主要是在於法律適用的判斷問題上，而在適用時會生比較輕重問題者，主要係針對競合論所生的單一評價對象類型，在 2005 年刑法修正以前，包含有想像競合、牽連關係與連續關係的適用判斷；而 2005 年刑法修正之後，因廢除牽連關係與連續關係，故會發生輕重比較問題者，僅剩想像競合一種。蓋法律規定適用關係時，如一行為實現數構成要件的關係，其法律效果決定的基礎，乃以從一重處斷為適用原則。至於何者為重？在刑法規範上，宜有明確之判斷基準。原刑法第 35 條之規定，僅作約略的規定，判斷上對於若干刑度相同而有選科或併科規定存在的情形，則在判斷基準的提供上，較為不足，故乃將其作統一明確的修正，以利實務適用時，對於輕重適用關係判別之基礎。

基本上，法律效果輕重的判斷，乃以**法定本刑**作為判斷的基準<sup>1</sup>，但遇有加重或減輕時，則須從加重或減輕的關係，判斷是否

---

<sup>1</sup> 法定本刑都是以主刑作為法律效果，故在輕重比較時，並不需考慮從刑的關係，亦即從刑並非法律效果輕重比較之基礎。

影響法定本刑的刑度。原則上會影響法定本刑刑度變化者，僅有一種，即法定之必加或必減的情況，不論是刑法總則所定之應加減，或是刑法個別規定所為之應加減規定，只要屬於應加減者，法律效果係以加減之後的法律效果，作為比較之基礎。故當犯罪行為人所犯之罪，遇有必加或必減時，在法律效果的比較上，必須先為加減後，方得以為比較輕重。另如遇有得加減的情況，因是否為加減，仍須視具體的犯罪情狀及裁量關係，方得以具體決定，固然得加減之規定，如果真有為加減，其雖係對於法定刑為加減，但在比較法律效果之輕重時，得加減之規定，並非以加減後的刑度作為比較之基礎，仍舊是以既有的法定刑作為比較輕重之基礎，故得加減之情況，並無影響法律效果以法定刑作為比較基礎的基本原則。

## 第一節 基本原則

法定刑通常是反應刑法對於犯罪行為的非價關係，法定刑重者，所代表的意義，則是刑法規範的非難程度較重，故以法定刑作為比較輕重之基礎，亦得以反應出法律非難程度之差異。惟法定刑的種類於程度各有不同，如何為法定刑的比較，必須有一定之原則與順序，作為比較之指導方針，茲將比較適用之基本原則分述如次：

### 第一項 刑罰種類比較順序

刑法的法律效果，係為反應行為的受規範非難程度，非難程度高者，其刑罰自然必須為重，這也是罪刑均衡要求下的當然道理，惟不同的刑罰種類間，其輕重關係如何決定？恐不能依循一般的習慣認知而定，或許有人為錢不要命，財產對其而言，看得比命還重要，或許有云「不自由毋寧死」，故而生命刑、自由刑與財產刑等不同種類的刑罰手段，自然不能依循一般人差異之見解來論輕重，而需透過法定的方式來確認其輕重關係，故在刑法第35條第1項的規定中，即明白揭示，刑罰主刑五種類型中，其輕重關係依序為死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役與罰金。是以

當所犯之罪中，法律效果有死刑之規定者，則以此罪為重，依序為法律效果輕重之順序推演。

## 第二項 刑罰種類相同的比較

當行為人所犯之罪，各罪之法律效果之刑罰種類相同或有相同之情況時，其比較輕重的基礎有二：

### 一、優先順序之種類相同之比較

當法律效果的種類相同時，會產生比較關係者，僅限於具有刑度差異關係的類型，對於無刑度差異的刑罰種類，則本身並無比較之可能，故死刑與無期徒刑本身，並無得以比較之情形，如遇有法律效果同為死刑或無期徒刑的情況，其比較關係，則須從專科或選科的方式來判斷，無法從刑度關係來決定。故刑罰種類相同會發生得以比較關係者，乃在於具有刑度的類型，如有期徒刑、拘役或罰金的類型。

此種刑罰種類相同的比較關係，乃以刑度之高低為判斷基礎，具有刑度範圍的法律效果，其判斷輕重比較者，係以高度刑為比較之基礎，高度刑高或多者為重，如高度刑相同，則以低度刑高或多者為重（第 35 條第 2 項），例如行為人一行為同時實現傷害罪（第 277 條）與毀損罪（第 354 條），二者之法律效果皆為有期徒刑，而傷害罪之法律效果的上度為有期徒刑三年、毀損罪為二年，故以傷害罪為重；又行為人行使偽造之私文書行恐嚇取財之行為，同時觸犯行使偽造私文書罪（第 216 條）與恐嚇取財罪（第 346 條），二者法律效果之上度，同樣都是五年有期徒刑，但恐嚇取財罪之下度為有期徒刑六個月，而行使罪為二個月，故以恐嚇取財為重。

### 二、專科與選科關係

又當刑罰種類有相同者，特別是作為比較的最重本刑者，則

判斷輕重關係，無法從刑度的範圍來判斷，乃須從法律效果的規定，係以專科或選科的關係來判斷。所謂專科者，乃指各罪之法律效果中，對於作為比較基礎的法律效果，僅有單一種刑罰種類的規定，例如偽造署押罪（第 217 條）之法律效果為專科三年以下有期徒刑；而選科者，則是在基礎法律效果之外，再規定不同種類的法律效果，作為選擇性的法律效果，例如使公務員不實登載罪（第 214 條）之法律效果，則是在三年以下有期徒刑外，另有拘役及罰金作為選擇性科處的法律效果。在作為優先比較順序之法律效果種類相同的情況下，其比較輕重關係者，以專科為重，選科為輕（第 35 條第 3 項第 1 款）。故而行為人偽造署押而使公務員於其執掌之公文書為不實登載者，乃同時該當偽造署押罪（第 217 條）與使公務員不實登載罪（第 214 條），在論處時，乃以偽造署押罪為重。

## 第二節 併科之比較

刑法各罪規定的法律效果，本具有相當多元的組合關係，有係以單一法律效果類型為規定者、有係以選擇性之法律效果為規範者，亦有在原則性法律效果之外，另設有併科規定者，例如犯職務上侵占罪（第 336 條第 1、2 項），在有期徒刑以外，另加上「得併科」罰金之規定是，亦有選科與併科作同一罪之法律效果者，如侵占罪（第 335 條），除五年以下有期徒刑與拘役外，另定有「或科或併科」罰金之規定，各種法律效果的規定，不一而足。惟對於併科的關係，在比較輕重的判斷上，因併科關係的差異，有屬於應併科者，有屬於得併科者，在判斷輕重關係時，須有一定之準據。原則上併科規定者，係在原既有法律效果的種類外，額外加上一種（通常是罰金刑）法律效果，而形成對於同一犯罪出現有二種主刑的法律效果，其與選科關係不同，蓋選科關係係指在不同種類的主刑中，選擇一種作為犯罪反應的最終法律效果，而併科者，則是累加的法律效果。

### 第一項 比較關係



fähiger und -bedürftiger Verbrecher)，則刑罰應著重在改善效應，這是刑罰執行與假釋思考的類型；2、有具體刑罰的宣告，若刑罰作用的對象，屬於有改善可能，但無改善必要性之犯罪人 (besserungsfähiger aber nicht besserungsbedürftiger Verbrecher)，刑罰則側重在威嚇效應，此類主要是在刑的執行與否思考時的對象，主要的轉向機制，應屬於緩刑的思維；3、全無改善可能犯罪人 (ganz nicht besserungsfähiger Verbrecher)，則刑罰的作用，即在將其排除於社會之外<sup>11</sup>，此類行為人，於刑罰具體實現之執行觀點，應在於完全刑罰執行的適用對象，亦即在自由刑的條件下，應屬於無假釋可能性之人，亦即屬於假釋限制的對象。

假釋制度的基本思維基礎，乃建構在刑罰具體作用後，受刑人已經達到改善的效果，已無再予改善之必要，即便刑期仍未執行完畢，但刑罰的目的已經達成，刑罰的作用，對於受刑人僅剩些微的改善效果，受刑人已毋須再透過刑罰的作用，以促其不再犯罪，此時，刑罰即應作適度的轉向。假釋制度即是此種刑罰行刑制度下的轉向措施。

## 第二節 假釋條件

### 第 77 條（假釋之要件）

受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。

前項關於有期徒刑假釋之規定，於下列情形，不適用之：

- 一、有期徒刑執行未滿六個月者。
- 二、犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，

<sup>11</sup> Aus v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. I, S. 166。

受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。

三、犯第九十一條之一所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險未顯著降低者。

無期徒刑裁判確定前逾一年部分之羈押日數算入第一項已執行之期間內。

假釋係以實際受徒刑之執行為其前提條件，亦即必須有徒刑之執行者，不論是有期徒刑或是無期徒刑，而符合一定之執行條件時，方有假釋的問題存在，倘若未受徒刑之執行，或是雖受徒刑之執行，但因刑度過低時，或者是法律根本不予假釋者，均無假釋的可能性存在。依刑法第 77 條第 1 項之規定，假釋的基本條件可從形式與實質層面加以觀察。

### 第一項 形式條件

依刑法第 77 條第 1 項之規定，假釋的形式條件有二：

#### 一、受自由刑之執行

假釋者，本係對於純正機構性之刑罰執行的緩衝機制，其必須先存在有機構性（監獄）之刑的執行，為存在之前提條件，且機構性之刑罰執行，亦限定在屬於期間較長的自由刑，倘若自由刑的期間過短，則無假釋的問題存在。是故假釋存在的基本條件，必須受刑人實際有受徒刑之執行，倘行為人雖有受刑之執行，但其應執行之刑，並非徒刑，儘管仍是屬於自由刑性質的拘役，因其期間屬於短期的自由刑，即無假釋存在的問題。

且假釋所對應者，必須是有自由刑實際之執行，倘若僅是宣告，但並未執行時，仍無假釋的問題存在，故而，假釋的規範對象者，係以自由刑（中長度）之實際受執行為根本適用條件。

#### 二、須有一定之執行期間

假釋本是基於刑罰執行中，改善情況之觀察，確認有實際之改善，而有認為不必要繼續執行，予以附條件之提前釋放的機制，對於刑罰執行是否必須有一定之期間，以作為改善可能性之客觀判斷基礎？這是制度面權衡的問題。在一般假釋制度的設計，通常都以一定之執行期間，作為行為人改善的時間依據，我國假釋制度的規定，亦是以一定期間為假釋考量之前提條件。

惟所稱一定之執行期間者，到底是以實際執行的時間為判斷，或是以擬制的執行期間為判斷之標準？必須先予以說明。由於應執行刑在實際執行時，會因三種原因而產生變動：

### 1、有折抵刑期的問題存在時

其所折抵的是應執行之刑，故對於有期徒刑為執行刑的情況，必須先作折抵之後，再將所折抵過之有期徒刑，作執行期間之思考，而不是以有期徒刑之總數，作為執行期間之思考，故折抵是先折抵，必非抵執行。

### 2、因有縮短刑期制度之存在

在執行刑罰的法律規定中，特別是如行刑累進處遇條例及外役監條例中，定有縮短刑期制度（有稱為善時制度），例如行刑累進處遇條例第 28 條之 1 的規定，最長者（第一級受刑人）每執行一個月，可縮短刑期六日；又外役監條例第 14 條之規定，縮短刑期最長者，每執行一個月得以縮短刑期十六日。此種縮短刑期制度對應於假釋之執行期間者，其謂之縮短刑期者，應解為視為已執行的意思，故假釋執行的期間，係以併算縮短刑期之期間，為假釋執行期間。

### 3、羈押對應於無期徒刑之執行者

雖然刑法第 46 條規定，羈押得以折抵刑期，但因無期徒刑本無可折抵，故無法先作刑期之折抵。第 77 條第 3 項乃規定「無