

兩岸刑法總則基本原理規定之比較

靳 宗 立*

目 次

壹、前言

貳、大陸刑法之發展歷程

參、兩岸刑法典之立法沿革

肆、兩岸刑法解釋制度之比較

伍、兩岸刑法總則基本原理規定之比較

陸、結語

關鍵字：臺灣刑法、大陸刑法、刑法總則、罪刑法定原則、罪刑均衡原則、平等原則。

Keywords：Criminal law of Taiwan, Criminal law of Mainland China, General Principles of Criminal law, Legal principle of crime and punishment, Balanced principle of crime and punishment, Equal principle.

* 靳宗立，輔仁大學法學博士，輔仁大學法律學系副教授。

摘 要

有關刑法學的發展，臺灣不僅在時間上早於大陸，實務經驗與學說理論較為豐富，整體水平而言亦較完善。惟大陸近來年因經濟之發展，各項修法進度正急於趕上其他世界各國，就刑法之修法，亦變動頻繁，修正內容有值得我們參酌省思之處。

大陸刑法自 1979 年制定、1997 年修訂，經過 30 年之發展，在許多基本原則上，例如罪刑法定原則、平等原則以及罪刑均衡原則等，已漸漸與臺灣刑法制度一致。本文之目的，即藉由兩岸刑法總則基本規定之探討，深入探究其發展趨勢，以及兩岸制度上之異同；並就兩岸刑法將來之互動提出期許。

The Study on the General Principles of Criminal Law between Taiwan and Mainland China

Jin, Tzung-Li**

Abstract

About the development of criminal jurisprudence, Taiwan is not only earlier than Mainland China, but also the practice experience and the research results of scholars are more abundant and perfect.

The Criminal law of Mainland China was made in 1979, and revised in 1997. Through the development of 30 years, on a lot of basic principles, such as "legal principle of crime and punishment", "equal principle" and "balanced principle of crime and punishment", etc., have already kept the same with Taiwan. The purpose of this article, with the discussion of the general principles of criminal law between Taiwan and Mainland China, then to understand the similarities and differences on the systems of two sides more deeply.

** Ph.D., Fu Jen Catholic University; Associate Professor, School of Law, Fu Jen Catholic University.

壹、前言

兩岸刑法學之發展，臺灣地區早於大陸地區，相關學說理論亦較為完善，惟大陸地區近來年因經濟之發展，各項修法進度正急於趕上其他世界各國，就刑法之修法，亦變動頻繁，修正內容有值我參酌省思；而臺灣地區之刑事法學理論與實務發展亦值大陸地區修法之參考。尤其，近年來兩岸交往極為密切，且日益加深，長久以往，兩岸人民將頻繁出入兩地，在刑法制度之適用上，將面臨制度不同所帶來之不便。

除兩岸法律用語及法典結構之差異¹，造成兩岸人民理解刑法規範之困擾外，兩岸刑事法制之不同、犯罪與刑罰之要件不同，進而犯罪類型之不同，可能造成某種行為在此岸並不為罪，惟在彼岸卻成立犯罪，此種法制上之差異性，就長遠而言，實不利於日益密切的兩岸人民交流。

如何因應未來兩岸人民在兩岸地區刑法制度上，能朝向求同存異目標前進，則必須按部就班，始能有功：初期應就兩岸刑法制度之異同，詳予探究，以明瞭待克服問題之所在，此亦即本文之目的。

貳、大陸刑法之發展歷程

中華人民共和國雖肇建於 1949 年 10 月 1 日，惟於同年 3 月 31 日，董必武、薄一波、藍公武、楊秀峰等人，即以華北人民政

府副主席名義發布訓令：「茲決定廢除國民政府的六法全書及一切反動法律，各級人民政府的司法審判，以後不得再援引其條文。」此一舉措，一方面將原先法制全面廢除，另一方面，新制立法作業未及銜接，致使大陸地區之法制一時呈現真空狀態，刑事法律規範亦然。

雖然，大陸地區自 1951 年公布「中華人民共和國懲治反革命條例」，1952 年公布「中華人民共和國反革命份子暫行辦法」、「中華人民共和國懲治貪污條例」，1954 年公布「中華人民共和國勞動改造條例」等單行法規，惟其性質不僅深具政治性與意識型態，內容亦極其簡約²。

本來，如以正常法制進程而言，在各項刑事單行法規制定並予施行後，「刑法典」之制定應可水到渠成。雖然自 1950 年代，大陸已開始行刑法典之起草作業，然而大陸隨後發生一連串政治運動，甚至到後來文化大革命，遂造成大陸法制三十年的停頓。迨至 1976 年後，鄧小平復出推動改革開放，大陸刑法典之起草作業始賡續進行；自大陸第 11 屆三中全會後，刑事立法作業全面展開，終有 1979 年刑法典之制定，並於 1980 年 1 月 1 日施行³，大陸刑法之發展，自此邁入新頁⁴。

不過，1979 年的刑法典，不論在意識型態、在人權保障、在法律完備性及用語各方面，均存有諸種缺失，此係因三十年法制的

¹ 例如，就法條的立法結構而言，臺灣係採「條、項、款」，而大陸則係採「條、款、項」，參見陳興良，《本體刑法學》，北京商務印書館，2001 年 8 月，頁 8 以下。

² 廖正豪，〈五十年來兩岸刑法之發展〉，《法令月刊》第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月，頁 599-600。

³ 高銘暄、趙秉志、王勇，〈大陸刑法立法十年的回顧與展望（一）〉，《萬國法律》1989 年 2 月號，頁 11。

⁴ 大陸學者有將其刑法法制之發展分為三期：(1)移植期，(2)沈寂期，(3)發展期。參見何秉松，《犯罪構成系統論》，北京中國法制出版社，1995 年 5 月，頁 45-47。

空白與法治觀念的缺乏，乃至於法律人才的斷層等因素累積所致，然而大陸刑法制度一步步從無到有開始建立，在累積各項條件後，方有 1997 年新刑法典之修訂。

參、兩岸刑法典之立法沿革

一、臺灣

(一) 1912 年暫行新刑律

我國現代刑法之施行，始自民國建立，因當時遭逢時代鉅變，無暇重新展開新刑法典之研修；適值清末法務大臣沈家本等，為實現清朝欲收回領事裁判權之政策，於民國前受命進行新刑律之研修，完成符合西方法制精神之「大清新刑律」草案，本訂於清宣統 4 年正式施行，惟清室遜位而作罷⁵。

民國建立，須速訂刑律，以維國家、社會秩序，乃援用前清之「大清新刑律」草案，就其中與國體不符之處加以修訂後，經當時之臨時大總統袁世凱於 1912 年 3 月 10 日頒布「暫行新刑律」予以施行。

民初時局雖動盪不安、軍閥割據，惟「暫行新刑律」大體上卻仍全國施行，至 1928 年國民政府頒布實施「中華民國刑法」為止。

(二) 1928 年舊刑法

袁世凱就任臨時大總統後，為實現其稱帝之野心，亟欲一部符合其目的之刑法，乃於 1914 年成立法律編查館，聘請日本學者岡田朝太郎參與刑法典之研修，於 1915 年 2 月將完成之「刑法修正草案」呈交袁世凱，法

制史上稱為「刑法第一次修正案」；袁遂將「刑法第一次修正案」飭交法制局及參政院審核，但未及議決，即告垮臺⁶。

歷經袁世凱洪憲帝制與張勳復辟等事件後，中國已處於軍閥割據之局面，北洋政府則由段祺瑞掌權。段祺瑞高舉「再造共和」，於 1918 年 7 月設立修訂法律館，任董康、王寵惠為總裁，對原「修正刑法草案」重新進行修改，於 1919 年告成，名為「刑法第二次修正案」。當時司法當局以暫行新刑律之外，既有「補充條例」，又有各種單行法，使新刑律本體支離破碎，建請政府作為條例，早日頒行；後因法制局長王來力持不可，以為民國當時尚未統一，而暫行新刑律則西南已一律採用，若廢暫行新刑律而頒布一條例以代之，西南政府未必遵從，是法律之適用亦不統一，後遂擱置⁷。

1927 年國民政府奠都南京，於同年 12 月即命司法部長王寵惠改訂刑律，乃依據第二次修正案，略加損益後，於 1928 年 3 月 10 日公布並於同年 9 月施行，是為「舊刑法」⁸。

(三) 1935 年現行刑法

1928 年舊刑法自施行以後，因條文複雜不易解釋，故各地法院呈請司法當局解釋條例者繁多，函電往復頗費時日；且其中尚有最重要之一條應急於修改者，乃舊律有輕犯可「贖罪」之一條，即現今「易科罰金」之制，而舊刑法則付之闕如，以致一年來各地監獄輕犯壅塞，其影響監獄教化與環境清潔至鉅且大，故當時之立法院乃成立「刑法修

⁵ 郭衛，《刑法學總論（上冊）》，上海法學編譯社出版，1933 年 4 月，頁 40。

⁶ 參見楊幼炯，《中國立法史》，中國文化事業出版，1960 年，頁 326；楊堪、張夢海，《中國刑法通史（第八分冊）》，遼寧大學出版社，1987 年 10 月，頁 176。

⁷ 楊堪、張夢海，前揭書，頁 179-180。

⁸ 楊幼炯，前揭書，頁 381；王世杰，〈為修正刑法草案意見書呈中央文〉，輯於郭衛編輯，《中華民國刑法》，會文堂新記書局，1934 年 4 月 17 版。

正委員會」，著手重新修訂刑法典，於 1935 年 1 月 1 日經國民政府公布，同年 7 月 1 日施行，是為現行刑法典⁹。

現行刑法自 1935 年施行後，於 1948 年修正公布第 5 條起，迄今（2009 年 3 月）已有 20 次修正，大多數僅係一條或數條條文之修訂或增訂，其修正幅度較大者，包含 1997 年、1999 年兩次分則編的修正，以及 2005 年總則編的大幅修正。

二、大陸

（一）1979 年舊刑法

如前所述，大陸第一部刑法典，係於 1979 年 7 月 1 日第 5 屆全國人民代表大會第 2 次會議通過、同年 7 月 6 日公布、1980 年 1 月 1 日施行。此部刑法典，體例為分為總則與分則兩編，總則編設有 5 章，包含(1)「刑法的指導思想、任務和適用範圍」、(2)「犯罪」、(3)「刑罰」、(4)「刑罰的具體運用」及(5)「其他規定」，分則編設有 8 章，包含(1)「反革命罪」、(2)「危害公共安全罪」、(3)「破壞社會主義經濟秩序罪」、(4)「侵犯公民人身權利、民主權利罪」、(5)「侵犯財產罪」、(6)「妨害社會管理秩序罪」、(7)「妨害婚姻、家庭罪」及(8)「瀆職罪」，全文共 192 條。

大陸 1979 年刑法典，由於前述歷史因素，在意識型態、在人權保障、在法律完備性及用語各方面，均存有諸種缺失。在意識型態上，當時刑法第 1 條明定：「中華人民

共和國刑法，以馬克思列寧主義毛澤東思想為指針，以憲法為根據，依照懲辦與寬大相結合的政策，結合我國各族人民實行無產階級領導的、工農聯盟為基礎的人民民主專政即無產階級專政和進行社會主義革命、社會主義建設的具體經驗及實際情況制定。」；第 2 條則規定：「中華人民共和國刑法的任務，是用刑罰同一切反革命和其他刑事犯罪行為作鬥爭，以保衛無產階級專政制度，保護社會主義的全民所有的財產和勞動群眾集體所有的財產，保護公民私人所有的合法財產，保護公民的人身權利、民主權利和其他權利，維護社會秩序、生產秩序、工作秩序、教學科研秩序和人民群眾生活秩序，保障社會主義革命和社會主義建設事業的順利進行。」

在人權保障方面，1979 年刑法典未有罪刑法定原則之明文，卻於第 79 條明定類推制度：「本法分則沒有明文規定的犯罪，可以比照本法分則最相類似的條文定罪判刑，但是應當報請最高人民法院核準。」，而備受爭議¹⁰。另外，對於重刑主義之迷思，大陸學者亦提出應建立「罪刑均衡原則」，輕罪輕罰、重罪才應予重罰¹¹。

在法律完備性方面，1979 年刑法典之立法技術粗略而難以周全，以致於在其施行後的十餘年間，復頒行 24 部單行刑事法律，並制定 130 條附屬刑法條款以濟其不足，從而造成刑法規範之混亂¹²。因此，大陸在累積十多年之經驗與心得後，即進行刑法典之全

⁹ 楊幼炯，前揭書，頁 383-387。

¹⁰ 參見趙秉志、肖中華，〈中國大陸法修改中的類推制度存廢問題研究〉，《東海學法學研究》第 11 期，1996 年 12 月，頁 43 以下。

¹¹ 參見趙秉志，〈中國大陸刑法修改之基本理論爭議問題研究〉，《臺大法學論叢》第 26 卷 2 期，1997 年 1 月，頁 29-30。

¹² 趙秉志，〈中國大陸新刑法典要覽〉，《月旦法學雜誌》第 25 期，1997 年 6 月，頁 80-81。

文修正。

(二) 1997 年刑法典

大陸 1979 年刑法典之全文修正，係 1997 年 3 月 14 日第 8 屆全國人民代表大會第 5 次會議修訂，1997 年 3 月 14 日中華人民共和國主席令第 83 號公布，自 1997 年 10 月 1 日起施行。

大陸此次刑法典之修法原則有三¹³：(1)要制定一部統一、完備的刑法典。因此，將原有大量單行刑法與附屬刑法條款整合後，全盤納入新刑法典。(2)注意保持法律的連續性與穩定性。以 1979 年刑法典為基礎，對於原有規定，倘原則上無問題者，盡量不予修改。(3)注意立法內容的科學性與可操作性。對於原先較為籠統、原則之規定，盡量予以具體而明確之規定。

1997 年刑法典大體上維持 1979 年刑法典立法體例，仍設總則與分則兩編，其至總則編依舊維持原有 5 章之章名；在分則編之立法特色，除(1)整合各種刑事單行法律與附屬刑法外，再加上(2)大量增訂新型犯罪，(3)將「軍人違反職責罪」納入、(4)增列「危害國防利益罪」、(5)將「反革命罪」修訂為「危

害國家安全罪」，因此造成新刑法典全文，擴增為 452 條。

1997 年刑法典之總則編，雖仍維持原有 5 章之章名架構，但亦有重大之修正，例如：(1)將刑法基本原理明文化。明訂「罪刑法定原則」、「平等原則」與「罪刑均衡原則」。(2)刑事管轄權之修正。擴大「屬人主義」之運用，增訂「世界主義」之規定。(3)法人犯罪（單位犯罪）之承認等¹⁴。

(三) 後續修正

大陸自 1997 年新刑法施行後，迄今已進行 7 次刑法修正，全部是針對分則編的各種犯罪類型及其處罰效果所進行的修訂或增訂，總則編部分則未予修正，計有：(1) 1999 年「中華人民共和國刑法修正案」¹⁵；(2) 2001 年「中華人民共和國刑法修正案(二)」¹⁶；(3) 2001 年「中華人民共和國刑法修正案(三)」¹⁷；(4) 2002 年「中華人民共和國刑法修正案(四)」¹⁸；(5) 2005 年「中華人民共和國刑法修正案(五)」¹⁹；(6) 2006 年「中華人民共和國刑法修正案(六)」²⁰；(7) 2009 年「中華人民共和國刑法修正案(七)」²¹。

¹³ 趙秉志，〈中國大陸新刑法典要覽〉，《月旦法學雜誌》第 25 期，頁 81。

¹⁴ 趙秉志，〈中國大陸新刑法典要覽〉，《月旦法學雜誌》，頁 81-83。

¹⁵ 1999 年 12 月 25 日第 9 屆全國人民代表大會常務委員會第 13 次會議通過，1999 年 12 月 25 日中華人民共和國主席令第 27 號公布施行。

¹⁶ 2001 年 8 月 31 日第 9 屆全國人民代表大會常務委員會第 23 次會議通過，2001 年 8 月 31 日中華人民共和國主席令第 56 號公布施行。

¹⁷ 2001 年 12 月 29 日第 9 屆全國人民代表大會常務委員會第 25 次會議通過，2001 年 12 月 29 日中華人民共和國主席令第 64 號公布施行。

¹⁸ 2002 年 12 月 28 日第 9 屆全國人民代表大會常務委員會第 31 次會議通過，2002 年 12 月 28 日中華人民共和國主席令第 83 號公布施行。

¹⁹ 2005 年 2 月 28 日第 10 屆全國人民代表大會常務委員會第 14 次會議通過，2005 年 2 月 28 日中華人民共和國主席令第 32 號公布施行。

²⁰ 2006 年 6 月 29 日第 10 屆全國人民代表大會常務委員會第 22 次會議通過，2006 年 6 月 29 日中華人民共和國主席令第 51 號公布施行。

肆、兩岸刑法解釋之特色

一、臺灣

就現行法律制度面而言，各級法院承審法官為了對於具體案件進行刑法之適用，在此之前自當先進行刑法解釋，不過此種解釋的見解，對於其他相同案件並無拘束力。而依臺灣憲法第78條、第171條第2項、司法院大法官會議法第2條之規定，司法院大法官會議職掌統一解釋法律（包含刑法）及法律是否牴觸憲法（包含刑法是否牴觸憲法）之解釋，故司法院大法官會議，當然也是刑法解釋的一員。至於最高法院刑事庭會議或民、刑事庭總會議，依法院組織法第57條規定，對於最高法院之裁判，有選編為判例及變更判例之權，是故最高法院刑事庭會議或民、刑事庭總會議亦係解釋刑法的主體之一；不過，此種解釋對於其他相同之案件是否有拘束力，則因憲法第81條法官依法律獨立審判之規定，而有所爭議。

司法機關，或屬審判機關，或屬有權解釋法令之機關，均須對法令加以「解釋」；而此等「解釋」之效力如何，則依其性質而異。

(一) 裁判

乃各級審判機關對於個別訴訟案件所得適用之法令，表達其解釋之意見，並無拘束其他法院之效力。

(二) 大法官會議解釋

依大法官會議釋字第185號解釋文，謂司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第78條所明定，其所為之解

釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。

(三) 司法院解釋

依第1屆大法官會議第9次會議決議，以及大法官會議釋字第18號、第28號解釋等之意旨，行憲前司法院之解釋，尚具有與法令相當之地位，而得成為大法官解釋之對象。

(四) 判例

即最高法院依一定程序，將最高法院之裁判中，得作為各級審判機關參考之見解，予以選錄其要旨而公告者。按通說見解，最高法院之判例，並不具法律上之拘束力，僅具有事實上拘束力。惟大法官會議釋字第154號解釋理由中，認為「按司法院大法官會議法第4條第1項第2款關於確定終局裁判所適用之『法律或命令』，乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言。依法院組織法第25條規定：『最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與本庭或他判決先例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。』及行政法院處務規程第24規定：『各庭審理案件關於法律上之見解，與以前判例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。』足見最高法院及行政法院判例，在未變前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第4條第1項第2款之適用，始足以維護人民之權利」。

(五) 決議錄

最高法院遇有法律見解發生疑義時，常召開民事庭、刑事庭或民刑事庭總會討論決

²¹ 2009年2月28日第11屆全國人民代表大會常務委員會第7次會議通過，2009年2月28日中華人民共和國主席令第11屆第10號公布施行。

議，以統一最高法院各庭間之法律見解，其決議，雖不具法律上之拘束力，惟具有事實上之拘束力。最高法院刊行之「最高法院民刑事庭會議決議錄全文彙編」中，其例言第 3 項明載：「本彙編所刊決議或決定，乃本院各庭對於法律之適用所為統一之見解，僅供本院同仁辦案之參考，不與解釋或判例同視。」

二、大陸

在大陸，一般將法律解釋區分為「立法解釋」與「司法解釋」。在「立法解釋」部分，有三種情形：(1)指在法律中所設之解釋性規定。(2)指立法理由之說明。(3)指立法機關對於適用有疑義之規定所作之解釋²²。第(1)種情形，其性質並不是真正的「解釋」，而係「立法」，是被解釋之對象；第(2)種情形，亦屬「立法」權運作之一環。至於第(3)情形，則係立法機關針對其所制定之法律，進行「解釋」，此種真正的「立法解釋」制度²³，係臺灣法制上所無，在臺灣，立法機關只能「立法」。

至於「司法解釋」，則係指司法機關所作之解釋。依 1981 年 6 月 10 日第 5 屆人大常委會第 19 次會議通過「關於加強法律解釋工作的決議」第 2 條規定：「凡關於法院審判工作中具體應用法律、法令的問題，由最高人民法院進行解釋。凡屬於檢察院檢察工作中具體應用法律、法令的問題，由最高人民檢察院進行解釋。」因此，在大陸法制上，有權進行司法解釋的機關，係最高人民法院與最高人民檢察院²⁴。就司法解釋而言，兩

岸制度仍有不同。

伍、兩岸刑法總則基本原理規定之比較

一、刑法之任務

(一)臺灣

臺灣現行刑法，脫胎於清末符合西方法制精神之「大清新刑律」草案，歷經「1912 年暫行新刑律」、「1928 年舊刑法」、「1935 年現行刑法」及其後之歷次修正，始有現今之樣貌，可謂一脈相承，因此在總則編的立法文字上，從來未設意識型態之規定，亦無直接規定刑法任務之條文；然而在採取開放、務實態度下，援引法治先進國家之理論、原則，作為補充法律實質內涵，在累積近百年的實踐經驗上，著實提昇臺灣的法制建設與法治精神。

雖然臺灣現行刑法並未明定刑法之任務為何，惟刑法界對於刑法之任務，認為包含下述：

(1)人權保障

刑法，乃規定犯罪與處罰之法律，對於犯罪施以刑罰，乃國家限制人民基本權利最為嚴重之權力，必須嚴格遵守憲法有關法治國家原則之要求，以免國家權力機關恣意侵害人民之基本權利。因此，一般民眾之行為，僅在刑法有處罰明文時，始有論罪科刑之可能，此乃刑法消極性之保障機能。

對人民之行為予以論罪科刑，如非依刑法之明文，不僅違反刑法人權保障機能之要求，亦屬違反憲法「法律保留原則」之舉。

(2)行為規律

²² 劉艷紅主編，《刑法學總論》，北京大學出版社，2004 年 2 月，頁 12。

²³ 王作富主編，《刑法》，中國人民大學出版社，1999 年 12 月，頁 11。

²⁴ 馬克昌主編，《刑法學》，北京高等教育出版社，2003 年 8 月，頁 8。

自刑法保障一般民眾之積極性功能而論，乃刑法透過法律之頒布，向一般民眾宣示禁止或命令為一定之行為，而規律一般民眾之行為舉止，使人民知悉何種行為當為、何者非當為，此種機能，即刑法之規律機能。

刑法既有規律行為之機能，則如受命者無遵從規範要求之可能（如無責任能力），刑法已無從發揮其規律機能，自不得發動國家刑罰權，以處罰人民之行為。

(3) 法益保護

刑法最重要任務之一，一般認為係對保護國家、社會之安全，以及個人之生命、身體、自由、名譽、秘密與財產等，值得由法律加以保護，並予以確認之利益，此即所謂刑法之保護機能。

刑法既有保護法益之機能，則立法者制定犯罪之構成要件，亦須此等行為對於法益具有侵害性，包含實害、具體危險或抽象危險，始足當之；倘立法者所制定之犯罪構成要件，對於法益並無抽象危險，則此等立法有違法益保護機能，不僅違反刑法之要求，亦屬違憲之舉。

(4) 秩序維持

關於刑法之秩序維持機能，學理見解有二：

有持「法律與道德合一」之立場，刑法所維持之社會秩序，乃整體社會倫理秩序，不僅包含法律秩序，亦包含宗教、道德及社會慣習等。

有持「法律與道德分離」之立場，而認刑法所維持者，乃憲法以下之整體法律秩序，但不包含宗教、道德及社會慣習等。

如持「社會倫理秩序說」，則刑法之機能，在維持整體社會倫理秩序，則人民之行為縱具有法定之犯罪構成要件該當性，如合於社會慣習等社會倫理規範，即無以之為犯罪

臨之以刑罰之可言，應予以阻卻違法。

如持「法律秩序說」，則刑法之機能僅在維持法律秩序，則人民之行為已具有法定之犯罪構成要件該當性，而無法律所明定或法律秩序所承認之阻卻違法事由，縱合於社會慣習，仍不得予以阻卻違法，而有動用國家刑罰權之可能。

在概念上，各種社會生活當中所存在之規範，得總稱為社會倫理規範，其類型，包含宗教規範、道德規範、風俗慣習以及法律規範。刑法規範既係法律規範之一種，在概念之形式邏輯上，刑法規範亦可謂係社會倫理規範之一種。惟各種社會倫理規範自有其任務與目的，宗教規範、道德規範、風俗慣習，均有其各自存在之背景，尤其風俗慣習，每與法律規範之精神相左，本文認為，不合於憲法精神之社會倫理，自無受憲法以下整體法律秩序予以保障之理；且風俗慣習中，不乏有違現代法律價值者，如採「社會倫理秩序說」，法律將無從發揮撥亂反正之作用，因此，應以「法律秩序說」為當。

(5) 應報及預防

在刑罰理論上，近代以來向有「應報刑理論」、「一般預防理論」以及「特別預防理論」之爭，目前通說，則兼取三說之精神，而採「綜合刑理論」。因此，刑法，一方面係對於過去已經發生之犯罪，施予刑罰；一方面，則係針對將來之犯罪，加以預防。前者，即得稱為刑法之「應報機能」；後者，則得稱為刑法之「預防機能」。

刑法之機能，既有達成應報與預防犯罪之目的，如刑事處遇（包含刑罰與保安處分）之規定或處分，有違此項機能者，不僅違反刑法之要求，亦有違憲之虞。

(二) 大陸

如前所述，大陸第一部刑法典—1979年

刑法之制定背景，是在政治意識型態高漲下產生，因此在條文用語上，常有政治標語與口號，例如 1979 年刑法第 1 條規定：「中華人民共和國刑法，以馬克思列寧主義毛澤東思想為指針，以憲法為根據，依照懲辦與寬大相結合的政策，結合我國各族人民實行無產階級領導的、工農聯盟為基礎的人民民主專政即無產階級專政和進行社會主義革命、社會主義建設的具體經驗及實際情況制定。」

至 1997 年刑法，在近二十年的實踐經驗以及法治精神提昇下，刑事立法已有長足之進步，漸漸淡化意識型態操作，而提昇法制建設，如刑法第 1 條規定，即修正為：「為了懲罰犯罪，保護人民，根據憲法，結合我國同犯罪作鬥爭的具體經驗及實際情況，制定本法。」長久以往，大陸法制繼續朝正面發展，終有成為法學先進國家之日。

在刑法之任務議題上，由於大陸刑法第 2 條規定：「中華人民共和國刑法的任務，是用刑罰同一切犯罪行為作鬥爭，以保衛國家安全，保衛人民民主專政的政權和社會主義制度，保護國有財產和勞動群眾集體所有的財產，保護公民私人所有的財產，保護公民的人身權利、民主權利和其他權利，維護社會秩序、經濟秩序，保障社會主義建設事業的順利進行。」因此，大陸學者多認為其刑法之任務有四²⁵：

- (1) 保衛國家安全，保衛人民民主政權和社會主義制度。
- (2) 保護社會主義的經濟基礎。

(3) 保護公民的人身權利、民主權利和其他權利。

(4) 維護社會秩序、經濟秩序，保障社會主義建設事業的順利進行。

雖然，目前大陸刑法對於刑法之任務，尚具有一定意識型態之色彩，然而與 1979 年刑法相較，其色彩已有淡化，其進步應予以肯定²⁶。

二、刑法之指導原則

在刑事立法與法制經驗上，臺灣現行刑法明文規定之刑法基本原則，主要是第 1 條的罪刑法定原則，並且在刑法典之施行近四十年後，始有憲法之施行；然而，在臺灣法律界之基本共識，咸認憲法上有關人權保障之制度，以及各種法治國家原則，對於刑法亦有適用。事實上，在尚未行憲前，刑法界早已透過比較法學之繼受，將歐陸各種刑法基本原則引介，成為刑法之實質內涵。

至於大陸 1979 年刑法，不僅未於刑法明定各種刑法基本原則，反而承認「類推制度」，多年來遭遇不斷地檢討、省思，終於 1997 年刑法，不僅廢除類推制度，更於第 3 條至第 5 條，明訂「罪刑法定原則」、「平等原則」與「罪刑均衡原則」。

(一) 憲法與刑法之關係

近代以來之民主國家，基於國民主權原理以及立憲主義思潮，而形成法治國原則，強調國家一切權力之行使與政務之推動，均須依法為之；對於人民基本權利之限制，亦

²⁵ 馬克昌主編，前揭書，頁 4-6。

²⁶ 1979 年大陸刑法第 2 條原規定：「中華人民共和國刑法的任務，是用刑罰同一切反革命和其他刑事犯罪行為作鬥爭，以保衛無產階級專政制度，保護社會主義的全民所有的財產和勞動群眾集體所有的財產，保護公民私人所有的合法財產，保護公民的人身權利、民主權利和其他權利，維護社會秩序、生產秩序、工作秩序、教學科研秩序和群眾生活秩序，保障社會主義革命和社會主義建設事業的順利進行。」

須依據法律。我國憲法本於法治國原則，而於第二章規定「人民之權利與義務」，一方面宣示國家應致力於保障人民之各種基本權利；另一方面，復規定在追求公益之目的下，國家得在必要情形下，以法律來限制人民之基本權利。

就法律位階而言，刑法係位於憲法之下，受憲法拘束之法律；而刑法，乃規定犯罪與處罰之法律，就其立法目的而言，一方面係就國家所欲保護之法益，宣示其保護之旨；另一方面，刑法本身則針對成立犯罪，施以一定之刑罰。對於犯罪施以刑罰，乃國家限制人民基本權利最為嚴重之權力，更須遵守憲法有關法治國家原則之要求。

憲法有關法治國原則，包含法律優位原則、權力分立原則、依法行政原則、依法審判原則、平等原則、法律保留原則、目的性原則以及比例原則等等。尤其，在基本權利保障制度方面，法律保留原則、目的性原則、比例原則以及平等原則，密切相關，且其性質，乃拘束國家權力之行使，包含立法、行政、司法等權力。

就法制史之觀點，近代刑法學之開展，乃先於憲法學；而我國繼受歐陸刑法，則始於清末；惟我國憲法，則至民國 36 年開始施行。因此，在憲法有關基本權利保障之理念確立以前，刑法學本身即已形成諸多基本原則；當然，在現今法治國原則中，法律優位原則要求之下，刑法上之基本原則，自應受憲法基本原則之指導。

(一) 罪刑法定原則

近代罪刑法定原則之確立，乃肇因於對中古世紀以來罪刑擅斷制度之反動，而欲打破封建勢力或國家苛酷及恣意之支配，藉以保障人民基本權利，而尊重個人自由。而在與憲法法治國家原則之關聯上，則與「法律

保留原則」相涉。

關於罪刑法定原則之派生原則，包含(1)禁止溯及原則、(2)禁止類推原則、(3)禁止習慣法原則、(4)禁止絕對不定期刑原則、(5)罪刑明確性原則。

臺灣刑法第 1 條，除明定「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」，並於 2005 年刑法修正時，增訂「拘束人身自由之保安處分，亦同」。

大陸 1997 年刑法第 3 條規定：「法律明文規定為犯罪行為的，依照法律定罪處刑；法律沒有明文規定為犯罪行為的，不得定罪處刑。」不過，明文宣示罪刑法定原則只是開端，配套檢討與調整現行刑事法制違反罪刑法定原則之規定，則須經過相當時間之努力，始克有功。例如，大陸刑法第 52 條有關罰金之制度，係採取「不定額罰金制」，完全未訂其上限，如此將與罪刑法定原則之派生原則「絕對不定期刑禁止」衝突，日後修法作業上如何予以克服，亦須當下不斷檢討，提出建議，方得集思廣益。

(二) 平等原則

臺灣憲法於第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，而明確揭示平等原則。平等原則，具有拘束國家權力運作之功能，包括行政、立法與司法，並由國家以制度客觀地擔保其實現。平等原則在拘束司法方面，乃要求法律在適用上能平等為之，不論是實體法或程序法。

平等原則，係運用於二以上事物之比較，而要求「相同之事物應作相同之處理」，「不同之事物則應作不同之處理」。因此，在平等原則之下，乃導出「恣意禁止原則」。換言之，二以上相同事物如有差別對待，或二以上不同事物而作相同對待時，即有牴觸平

等原則之虞。因此，在適用平等原則時，首應探討二以上事物，其性質是否相同。倘性質同而對待不同，或性質不同而對待同，即有違平等原則；倘性質不同而對待亦不同，即屬具有合理差別對待理由之情形，此時即無違平等原則之要求。至所謂相同或不同事物，係指法律上之性質而言，與物理上是否相同無涉，係指法條所涵攝之事物，其本質，是否相同。

大陸刑法第 4 條規定：「對任何人犯罪，在適用法律上一律平等。不允許任何人有超越法律的特權。」

(四)罪刑均衡原則

基於憲法上比例原則（狹義比例性原則）及平等原則之要求，刑罰效果之高低應與其罪質之高低符合比例性，始足當之。換言之，輕罪應予輕罰，重罪應予重罰；倘輕罪予以重罰，即違反罪刑均衡原則。

大陸刑法第 5 條規定：「刑罰的輕重，應當與犯罪分子所犯罪行和承擔的刑事責任相適應。」相同的，明文宣示罪刑均衡原則只是開端，配套檢討與調整現行刑事法制違反罪刑均衡原則之規定，則須經過相當時間之努力，始克有功。例如，大陸刑法第 264 條有關竊盜之處罰，最嚴重者得處以死刑，除非否認生命之最高價值性，否則將有遭受質疑其違反罪刑均衡原則之批評。

三、刑法適用之時間效力

(一)臺灣

臺灣刑法在探討時間效力之議題上，除有關刑法本身之生效、失效之時期外，另一項探討之重點議題，即「法律變更」之現象與適用法律之原則。

所謂「法律變更」，係指具體案件事實，在法律之適用上，其最初應適用之法律，於

該案件終局處理確定前，遇有法律之修正或廢止之情形而言。

「法律變更」概念最常發生混淆者，乃將之同等於單純之「法律修正、法律廢止」。雖然，法律變更與法律之修正、廢止，密切相關，惟單純之法律修正、法律廢止概念，係指法規在立法層面上之變動，尚未適用於具體案件，尚未生法律變更之問題。

臺灣刑法於第 2 條，以及刑法施行法中，即針對不同事項，在發生法律變更時，應適用何時之規定，分設不同處理方式。其中：(1)刑法第 2 條第 1 項之規定，係針對適用犯罪成立要件、犯罪競合及處罰效果有關規定之案件，發生法律變更之處理原則。(2)同條第 2 項，係針對適用保安處分有關規定之案件，發生法律變更之處理原則。(3)同條第 3 項，則係對於執行有罪科刑判決之處罰案件，遇有法律變更之處理原則。(4)至於刑法施行法，基本上係針對具體案件在適用刑罰執行規定時，遇有法律變更現象所設之處理原則。

刑法規範，依其規範對象之性質，既屬行為規範、制裁規範，亦屬裁判規範，因此，倘行為時與裁判時或刑罰執行時之刑法規範，未生法律變更之情形，就適用上而言，均適用同一版本之刑法規範，較不生適用上之疑義。惟行為時之刑法規範，經過相當時日後，在裁判階段，發生法律變更之情形，究應適用何時之刑法規範？即發生時之適用範圍問題。

蓋就「行為規範」、「制裁規範」之適用而言，因其對象係一般國民（包含行為人），應以行為當時之刑法規範為適用依據，較為妥當。惟自「裁判規範」之適用而言，因其對象係司法者，應以裁判時之規定為適用依據，方屬妥當，其理由有二：(1)從法律之效力觀點而言，變更前之法律既經修正或

廢止，已成失效之法律；(2)從法律之目的觀點而言，新修正之法律，較修正前之法律，更符合當前時空環境之需求。因此，如發生法律變更之情形，究應適用何時之法律規定，實未能有必然之結論。為解決刑法適用時，關於時之適用範圍之問題，即須透過立法方法，選擇一合理可行之適用方式。舊法第2條第1項採「從新從輕原則」，新法則改採「從舊從輕原則」，不論採用何種立法原則，在適用上尚應選擇舊法時，法理上並非直接適用已經失效之舊法，而係適用現行有效之「第2條第1項」，透過本項之規定，使得已經失效之舊法，發生「起死回生」之作用。

法律變更之適用原則，與罪刑法定原則之體系關係，前者並非後者之派生原則，蓋罪刑法定原則之目的，乃為保障人民之基本權利不受國家刑罰權不當侵害，故行為當時之法律倘無處罰之規定，則不得恣意以國家刑罰權，不當侵害人民之基本權利。惟在行為時有處罰之明文，而裁判前發生法律變更，究應適用何時之法律，此乃刑法適用本身之問題，而非與罪刑法定原則直接相關。

形式上，前者在運用時，或有以新法溯及適用於之前之行為，而發生與罪刑法定原則之派生原則「禁止溯及既往原則」牴觸之現象，惟實質上，特別是舊法從新從輕原則之適用，係以符合罪刑法定原則為前提，亦即須行為時有處罰之明文，而裁判時已發生法律變更者，始有從新從輕原則之適用；倘行為時並無處罰之明文，依罪刑法定原則，根本不成立犯罪，自無所謂法律變更之適用問題。

(二)大陸

至於大陸刑法對於時間效力之規定，則

僅於刑法第12條第1款規定：「中華人民共和國成立以後本法施行以前的行為，如果當時的法律不認為是犯罪的，適用當時的法律；如果當時的法律認為是犯罪的，依照本法總則第四章第八節的規定應當追訴的，按照當時的法律追究刑事責任，但是如果本法不認為是犯罪或者處刑較輕的，適用本法。」、同條第2款則規定：「本法施行以前，依照當時的法律已經作出的生效判決，繼續有效。」

事實上，實務界面對刑法之適用，最困難的問題即在於遇有「法律變更」現象時，應適用哪一版本之規定問題。臺灣刑法界因延續法制之故，因而有近百處理法律變更現象之經驗，故較大陸刑法周延。其實，詳細分析大陸刑法第12條之規定，真正規定處理法律變更之適用法律原則部分，僅占一小部分：首先，第12條第2款之規定，係「既判力」制度之明文；而第1款前段「中華人民共和國成立以後本法施行以前的行為，如果當時的法律不認為是犯罪的，適用當時的法律」，此部分係「罪刑法定原則」之問題，因此，只有後段「如果當時的法律認為是犯罪的，依照本法總則第四章第八節的規定應當追訴的，按照當時的法律追究刑事責任，但是如果本法不認為是犯罪或者處刑較輕的，適用本法。」之規定，方屬處理「法律變更」之原則，並且係採「從舊從輕原則」。

不過，由於大陸刑法對於處理法律變更之適用原則過於簡略，並且，其對以後遇有刑法修正所造成法律變更之現象，應如何適用法律完全未予著墨，確有法制不備之現象。另外，大陸歷來有權解釋之見解，整理如次：

1. 「最高人民法院關於適用刑法時間效力規定若干問題的解釋」²⁷：

²⁷ 1997年9月25日最高人民法院審判委員會第937次會議通過，最高人民法院法釋（1997）5號。

為正確適用刑法，現就人民法院 1997 年 10 月 1 日以後審理的刑事案件，具體適用修訂前的刑法或者修訂後的刑法的有關問題規定如下：

第 1 條：「對於行為人 1997 年 9 月 30 日以前實施的犯罪行為，在人民檢察院、公安機關、國家安全機關立案偵查或者在人民法院受理案件以後，行為人逃避偵查或者審判，超過追訴期限或者被害人在追訴期限內提出控告，人民法院、人民檢察院、公安機關應當立案而不予立案，超過追訴期限的，是否追究行為人的刑事責任，適用修訂前的刑法第 77 條的規定。」

第 2 條：「犯罪分子 1997 年 9 月 30 日以前犯罪，不具有法定減輕處罰情節，但是根據案件的具體情況需要在法定刑以下判處刑罰的，適用修訂前的刑法第 59 條第 2 款的規定。」

第 3 條：「前罪判處的刑罰已經執行完畢或者赦免，在 1997 年 9 月 30 日以前又犯應當判處有期徒刑以上刑罰之罪，是否構成累犯，適用修訂前的刑法第 61 條的規定；1997 年 10 月 1 日以後又犯應當判處有期徒刑以上刑罰之罪的，是否構成累犯，適用刑法第 65 條的規定。」

第 4 條：「1997 年 9 月 30 日以前被採取強制措施的犯罪嫌疑人、被告人或者 1997 年 9 月 30 日以前犯罪，1997 年 10 月 1 日以後仍在服刑的罪犯，如實供述司法機關還未掌握的本人其他罪行的，適用刑法第 67 條第 2 款的規定。」

第 5 條：「1997 年 9 月 30 日以前犯罪的犯罪

分子，有揭發他人犯罪行為，或者提供重要線索，從而得以偵破其他案件等立功表現的，適用刑法第 68 條的規定。」

第 6 條：「1997 年 9 月 30 日以前犯罪被宣告緩刑的犯罪分子，在 1997 年 10 月 1 日以後的緩刑考驗期間又犯新罪、被發現漏罪或者違反法律、行政法規或者國務院公安部門有關緩刑的監督管理規定，情節嚴重的，適用刑法第 77 條的規定，撤銷緩刑。」

第 7 條：「1997 年 9 月 30 日以前犯罪，1997 年 10 月 1 日以後仍在服刑的犯罪分子，因特殊情況，需要不受執行刑期限限制假釋的，適用刑法第 81 條第 1 款的規定，報經最高人民法院核準。」

第 8 條：「1997 年 9 月 30 日以前犯罪，1997 年 10 月 1 日以後仍在服刑的累犯以及因殺人、爆炸、搶劫、強姦、綁架等暴力性犯罪被判處 10 年以上有期徒刑、無期徒刑的犯罪分子，適用修訂前的刑法第 73 條的規定，可以假釋。」

第 9 條：「1997 年 9 月 30 日以前被假釋的犯罪分子，在 1997 年 10 月 1 日以後的假釋考驗期內，又犯新罪、被發現漏罪或者違反法律、行政法規或者國務院公安部門有關假釋的監督管理規定的，適用刑法第 86 條的規定，撤銷假釋。」

第 10 條：「按照審判監督程序重新審判的案件，適用行為時的法律。」

2. 「最高人民法院關於適用刑法第十二條幾個問題的解釋」²⁸：

第 1 條：刑法第 12 條規定的「處刑較輕」，

是指刑法對某種犯罪規定的刑罰即法定刑比修訂前刑法輕。法定刑較輕是指法定最高刑較輕；如果法定最高刑相同，則指法定最低較輕。

第2條：如果刑法規定的某一犯罪隻有一個法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指該法定刑幅度的最高刑或者最低刑；如果刑法規定的某一犯罪有兩個以上的法定刑幅度，法定最高刑或者最高低刑是指具體犯罪行為應當適用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。

第3條：1997年10月1日以後審理1997年9月30日以前發生的刑事案件，如果刑法規定的定罪處刑標準、法定刑與修訂前刑法相同的，應當適用修訂前的刑法。

3. 「關於對跨越修訂刑法施行日期的繼續犯罪、連續犯罪以及其他同種數罪應如何具體適用刑法問題的批復」²⁸：

對於開始於1997年9月30日以前，繼續或者連續到1997年10月1日以後的行為，以及在1997年10月1日前後分別實施的同種類數罪，如果原刑法和修訂刑法都認為是犯罪並且應當追訴，按照下列原則決定如何適用法律：

一、對於開始於1997年9月30日以前，繼續到1997年10月1日以後終了繼續犯罪，應當適用修訂刑法一並進行追訴。

二、對於開始於1997年9月30日以前，

連續到1997年10月1日以後的連續犯罪，或者在1997年10月1日前後分別實施的同種類數罪，其中罪名、構成要件、情節以及法定刑均沒有變化的，應當適用修訂刑法，一併進行追訴；罪名、構成要件、情節以及法定刑已經變化的，也應當適用修訂刑法，一併進行追訴，但是修訂刑法比原刑法所規定的構成要件和情節較為嚴格，或者法定刑較重的，在提起公訴時應當提出酌情從輕處理意見。

4. 「最高人民法院關於在裁判文書中如何引用修訂前、後刑法名稱的通知」³⁰：

為統一在裁判文書中引用修訂前刑法和修訂後刑法的名稱，現通知如下：從收到本通知之日起，在裁判文書中引用修訂前的刑法，一律稱「1979年《中華人民共和國刑法》」；引用修訂後的刑法，一律稱「《中華人民共和國刑法》」。

5. 「最高人民法院關於在裁判文書中如何引用刑法修正案的批復」³¹：

人民法院在裁判文書中適用刑法修正案的規定時，應當直接引用修正後的刑法條文，表述為「《中華人民共和國刑法》第××條的規定」，或者「《中華人民共和國刑法》第××條之×的規定」。

四、刑法適用之對象效力

在立法原則上，有關刑法適用之範圍（場

²⁸ 1997年12月23日大陸最高人民法院審判委員會第952次會議通過，自1998年1月13日公布起施行，最高人民法院法釋（1997）12號。

²⁹ 最高人民檢察院第9屆檢察委員會第12次會議通過，最高人民檢察院高檢發釋字（1998）6號。

³⁰ 最高人民法院法（1997）192號。

³¹ 2007年4月9日最高人民法院審判委員會第1423次會議通過，最高人民法院法釋（2007）7號。

合、場域)或對象之立場有四：

(1)屬地主義

一國之刑法採此立法原則者，則不論行為人係屬何國人民，受侵害法益係何國、何人之法益，僅須在本國領域內犯罪者，即有本國刑法之適用。

(2)屬人主義

一國之刑法採此立法原則者，則不論行為地為何，受侵害法益係何國、何人之法益，僅須係本國人民犯罪者，即有本國刑法之適用。

(3)保護主義

一國之刑法採此立法原則者，則不論行為人係屬何國人民，行為地是否為本國領域，僅須本國或本國人民之法益受有侵害，即有本國刑法之適用。

(4)世界主義

一國之刑法採此立法原則者，則不論行為人係屬何國人民，行為地是否為本國領域，受侵害法益係何國、何人之法益，均有本國刑法之適用。

(一)臺灣

臺灣刑法有關適用對象之效力規定，採折衷主義之制，以屬地主義為原則，規定於第 3 條、第 4 條；並依次輔以屬人主義、保護主義及世界主義，分別規定於第 5 條至第 8 條，惟基於立法便宜，條次順序並未依前述定之。

1. 屬地主義

(1)「領域」與「擬制領域」

刑法第 3 條規定：「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論。」本條前段所稱中華

民國「領域」，一般認其係指「真實領域」而言，不含「擬制領域」，包含領土、領海及領空在內。

本條後段，則係「擬制領域」之規定，縱犯罪地非在我國真實領域內，如係於我國籍之船艦或航空器內為之者，亦有我國刑法之適用。實務認為，「我國刑法關於地之效力範圍，採屬地主義為原則，刑法第 3 條規定：『本法於在中華民國領域內犯罪者適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論。』所謂『在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪』，則兼指在國有或私有之船艦或航空機內犯罪，且不拘船艦或航空機之種類、型式（94 年 2 月 2 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行之刑法第 3 條，將『航空機』修正為『航空器』，以擴大其適用之範圍），亦不問該航空機或船艦之所在係外國領域內或不屬於任何國家領域之區域，均與我國領域內犯罪同視，而為刑法效力所及，此即學說上所稱之『浮離領土』，乃屬地主義之擴張，以填補刑法關於屬地效力之真空領域。」³²

至我國人民在我國駐外使領館內犯罪，究應視為在我國領域內犯罪，抑係在我國領域外犯罪？對此實務認為，「刑法第 3 條所稱中華民國之領域，依國際法上之觀念，固有真實的領域與想像的（即擬制的）領域之分，前者如我國之領土、領海、領空等是，後者如在我國領域外之我國船艦及航空機與夫我國駐外外交使節之辦公處所等是，但同條後段僅規定在我國領域外船艦及航空機內犯罪者，以在我國領域內犯罪論，對於在我國駐外使領館內犯罪者，是否亦屬以在我國

³² 最高法院 94 年臺上字第 1066 號裁判要旨參照。

領域內犯罪論，則無規定。按國際法上對於任何國家行使的管轄權，並無嚴格之限制，在慣例上本國對於本國駐外使領館內之犯罪者，能否實施其刑事管轄權，常以駐在國是否同意放棄其管轄權為斷。是以對於在我國駐外使領館內犯罪者，若有明顯之事證，足認該駐在國已同意放棄其管轄權，自得在我國領域內犯罪論。³³

惟前開實務見解，將有無我國刑法之適用問題，取決於駐在國是否已放棄管轄權為斷，法理上實有疑義，蓋我國對該種犯罪是否有刑法之適用，並進而有無審判權，實與我國對該案件能否行使管轄權分屬兩事，更與駐在國對該案件是否放棄管轄權無涉。

因此，在法理上，我國人民在我國駐外使領館內犯罪，得解釋為亦屬在我國領域內犯罪，此乃先決問題；至我國能否行使審判權，則應尊重駐在國之決定。

(2) 隔地犯

另外，刑法第4條設有「隔地犯」之明文，本條規定：「犯罪之行為或結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪。」例如，毒殺案件之行為地於日本，被害人搭機至我國時，始毒發身亡，結果地在我國領域，則此犯罪依本條規定，亦屬在我國領域內犯罪，依第3條規定，亦有我國刑法之適用。

應注意者，隔地犯之規定，不僅適用於我國之真實領域，亦適用於擬制領域。例如，行為人搭乘我國籍航空機飛行至公海時，始起意殺人，被害人於抵達他國送醫後，方告身亡是。

2. 保護主義

臺灣刑法對於適用對象效力，採取「保護主

義」者，有第5條部分、第6條、第8條。

(1) 第5條部分

第5條規定：本法於凡在中華民國領域外犯下列各罪者，適用之：(1)內亂罪。(2)外患罪。(3)第135條、第136條及第138條之妨害公務罪。(4)第185條之1及第185條之2之公共危險罪。(5)偽造貨幣罪。(6)第201條至第202條之偽造有價證券罪。(7)第211條、第214條、第218條及第216條行使第211條、第213條、第214條文書之偽造文書罪。(8)毒品罪。但施用毒品及持有毒品、種子、施用毒品器具罪，不在此限。(9)第296條及第296條之1之妨害自由罪。(10)第333條及第334條之海盜罪。

在第5條中，除第4款、第8款、第9款及第10款規定，係採「世界主義」立法原則外，其餘則採「保護主義」立法原則。至如何判別係採世界主義抑或保護主義立法原則，則係以各該犯罪之成立，是否以本國法益立場始得論究為斷。例如內亂罪或外患罪之成立，須立於本國法益立場，始有論罪之可能，即屬保護主義立法原則；至毒品罪、海盜罪等，性質上乃屬世界公罪，不論以何國法益立場，均得論罪，則屬世界主義立法原則。

94年新修刑法於第5條中，針對採取「保護主義」之犯罪類型部分，增訂一種，即第3款「第135條、第136條及第138條之妨害公務罪。」

至於原先舊法已經規定之犯罪中，修正其範圍者，計有兩種：(1)原第4款「第201條、第202條之偽造有價證券罪」，因90年新增第201條之1，新法配合修正為第6款「第201條至第202條之偽造有價證券罪」；

³³ 最高法院58年度第1次民、刑庭總會會議決議(二)。

(2)原第 5 款「第 211 條、第 214 條、第 216 條及第 218 條之偽造文書印文罪」，因大法官會議釋字第 176 號解釋認為第 216 條之範圍，不應包含行使第 210 條、第 212 條及第 215 條之文書，新法乃配合修正為第 7 款「第 211 條、第 214 條、第 218 條及第 216 條行使第 211 條、第 213 條、第 214 條文書之偽造文書罪」。

(2)第 6 條

至第 6 條規定，本法於中華民國公務員在中華民國領域外犯左列各罪者，適用之：(1)第 121 條至第 123 條、第 125 條、第 126 條、第 129 條、第 131 條、第 132 條及第 134 條之瀆職罪。(2)第 163 條之脫逃罪。(3)第 123 條之偽造文書罪。(4)第 336 條第 1 項之侵占罪。

關於第 6 條究係採「保護主義」抑或採「屬人主義」立法原則，雖有爭議，關鍵在於「中華民國公務員」是否以中華民國籍者為限，如係肯定，則第 6 條係採「屬人主義」；如係否定，則應採「保護主義」。

現行刑法本條係沿襲 1928 年舊刑法之體例，按 1928 年本條之立法理由，謂：「查第二次修正案理由，謂本條前法律館草案規定，處罰在國外犯罪之本國公務員，不以國籍為限，故外國人為中國公務員得適用。其修正案改為中國臣民，則以國籍為限，而外國人服務於中國者，竟無從處罰，故本案擬仍從前法律館草案。」是持否定立場，而採「保護主義」立法原則。再依刑法有關公務員之定義，並不限於本國籍，是本條應屬保護主義之立法。

(3)第 8 條

依臺灣刑法第 8 條規定：「前條之規定，於在中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人，準用之。」換言之，外國人在我

國領域外，對於我國人民犯第 5 條、第 6 條以外之罪，而其最輕本刑為 3 年以上有期徒刑者適用之；但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。

例如，日本籍 A 男，於美國殺害我國籍 B 男，因所涉殺人罪，最輕本刑係 10 年以上有期徒刑，且殺人罪不在第 5 條、第 6 條所定範圍，故依第 8 條準用第 7 條規定，有臺灣刑法之適用。

又如，美國籍 C 男，於日本搶奪我國籍 D 女皮包，因所涉搶奪罪，最輕本刑係 6 月以上有期徒刑，雖搶奪罪不在第 5 條、第 6 條所定範圍，依第 8 條準用第 7 條規定，並無臺灣刑法之適用。

3. 世界主義

1935 年現行刑法有關「世界主義」之犯罪，原僅規定「鴉片罪」、「第 296 條之妨害自由罪」、「第 333 條及第 334 條之海盜罪」三種；2005 年新修刑法於第 5 條中，針對採取「世界主義」之犯罪類型部分，增訂一種，即第 4 款「第 185 條之 1 及第 185 條之 2 之公共危險罪。」

至於原先舊法已經規定之犯罪中，修正其範圍者，計有：(1)原第 6 款「鴉片罪」，因鴉片罪僅係刑法分則所定之犯罪類型，範圍太狹，且特別刑法設有「毒品危害防制條例」，不僅後者應依「特別法優於普通法原則」優先適用，且後者之犯罪類型較為詳細；按毒品犯罪，除施用、持有毒品或持有施毒之器具等行為外，為世界公罪，理應採「世界主義」之立法例，新法特配合修正為第 8 款「毒品罪。但施用毒品及持有毒品、種子、施用毒品器具罪，不在此限」(2)原第 7 款「第 296 條之妨害自由罪」，因 88 年新增第 296 條之 1，此種買賣、質押人口罪，其性質與第 296 條類似，亦屬世界各國嚴加打擊之犯

罪，新法特配合修正為第9款「第296條及第296條之1之妨害自由罪」。至海盜罪部分，僅修正款次，由原先第8款移至第10款。

4. 屬人主義

刑法第7條規定：「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」係採「屬人主義」立法原則，惟並非採嚴格主義，而採限制主義，其限制要件有二：(1)須我國人民在我國領域外犯第5條、第6條以外之罪，且其最輕本刑為3年以上有期徒刑者。(2)須犯罪地之法律以為罪者。

例如，我國A男，於美國殺害日本籍B男，因所涉殺人罪，最輕本刑係10年以上有期徒刑，且殺人罪不在第5條、第6條所定範圍，故依第7條規定，有臺灣刑法之適用。

又如，已有配偶之我國C男，於沙烏地阿拉伯犯重婚罪，因重婚罪（第237條）最輕本刑為2月以上，雖重婚罪不在第5條、第6條所定範圍，惟依第7條，仍無臺灣刑法之適用。應注意者，本例之情形，與沙國是否有處罰重婚罪無涉。

(二)大陸

1. 屬地主義

(1)「領域」與「擬制領域」

大陸刑法第6條第1款規定：「凡在中華人民共和國領域內犯罪的，除法律有特別規定的以外，都適用本法。」同條第2款則設有「擬制領域」之規定，而謂：「凡在中華人民共和國船舶或者航空器內犯罪的，也

適用本法。」

(2)隔地犯

大陸刑法第6條第3款，亦設有「隔地犯」之規定：「犯罪的行為或者結果有一項發生在中華人民共和國領域內的，就認為是在中華人民共和國領域內犯罪。」

2. 屬人主義

大陸刑法第7條第1款規定：「中華人民共和國公民在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法，但是按本法規定的最高刑為三年以下有期徒刑的，可以不予追究。」、第2款則規定：「中華人民共和國國家工作人員和軍人在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法。」

3. 保護主義

大陸刑法第8條規定：「外國人在中華人民共和國領域外對中華人民共和國國家或者公民犯罪，而按本法規定的最低刑為三年以上有期徒刑的，可以適用本法，但是按照犯罪地的法律不受處罰的除外。」

4. 世界主義

大陸刑法第9條規定：「對於中華人民共和國締結或者參加的國際條約所規定的罪行，中華人民共和國在所承擔條約義務的範圍內行使刑事管轄權的，適用本法。」

(三)簡評

大陸學者常見之看法，多將「世界原則」稱為「普遍原則」，而與國際刑事管轄權之「普遍管轄原則」劃上等號³⁴，甚至將刑法之適用效力與刑事管轄權直接劃上等號³⁵，此一問題，實有釐清之必要。

³⁴ 例如趙秉志，《比較刑法暨國際刑法專論》，北京法律出版社，2004年5月，頁247以下；王作富主編，前揭書，頁25；馬克昌主編，前揭書，頁18以下；蘇惠漁，《刑法學》，中國政法大學出版社，1997年7月修訂版，頁57以下；楊春洗、楊春先主編，《中國刑法論》，北京大學出版社，2001年1月2版，頁21-22。

³⁵ 例如劉艷紅主編，前揭書，頁31-33。

1. 刑法與國際法之關係

以海盜罪之立法為例，不少論者主張，本國海盜罪之立法，應配合國際法上有關海盜行為之定義，否則，例如「本船（機）海盜」之規定，因與國際海盜之「他船（機）海盜」情形不符，而無「普遍管轄原則」之適用，臺灣刑法如仍以之為海盜行為類型之一，將有違「船旗國專屬管轄原則」³⁶。

實則，刑法與國際法之間，並無規範上之依存必然性。蓋刑法乃內國法、實體法，而國際法，其內容亦有程序法與實體法之別。倘係國際刑事實體法，而本國復有簽約，並經立法院審議通過，在本國已具有效力；倘僅係國際程序法，縱然於本國發生效力，亦無影響刑事實體法之道理。

按國際公約之所以訂有海盜行為相關規定，旨在建立各國合作防制海盜之共識與義務，其規範內容著重於程序事項，釐清權限歸屬³⁷；刑法係規範犯罪之實體要件，而非規範管轄權如何行使，關於管轄權如何行使之國內法，係刑事訴訟法等程序法，而非刑法。前揭論者擔心臺灣刑法關於海盜罪之構成要件，如與國際海盜行為定義不符，將造成規範衝突問題，其實並不存在。

以刑法殺人罪為例，臺灣刑法第 271 條第 1 項僅規定「殺人者」為要件，難道我們會因為國際管轄權問題，而反將其用以修正殺人罪之構成要件？如新加坡國籍遊輪，自基隆港出發，前往韓國釜山，甫離我國領海時，我國籍 A 男持刀殺害我國籍 B 女，此一殺人案件，有無我國刑事實體法之適用，與

我國能否行使管轄權，分屬兩事。依臺灣刑法第 7 條之規定，有臺灣刑法之適用；惟在程序法上，因我國籍之 A 男，身處新加坡國籍遊輪，且位處公海，我國司法機關自不得擅自登船逮捕 A 男，因而我國刑事審判權處於暫時無法行使之狀態。然而，A 男回國，或潛逃至與我國訂有引渡條約之國家，我國刑事審判權即有行使之可能。惟無論如何，在此情形，決不至於主張尊重「船旗國專屬管轄原則」，反要修正殺人罪之實體要件。

2. 刑法之適用效力與審判權

審判權，係國家對於個人之行為事實，基於一國主權之行使，而確認該國對個人行為之刑罰權是否存在之權力。就法理而言，刑法適用之效力，是否及於個人之行為，實係一國審判權能否行使之前提；換言之，倘個人之行為為我國刑法適用效力所不及，我國刑罰權即不及於該行為，自無審判權。

至管轄權，具係國家透過刑事訴訟法規，具體規定由何一司法機關行使審判權。蓋一國刑罰權之行使，必透過各個審判機關予以進行，而各個審判機關間，除有審級關係外，同一審級間，如何劃分具體案件國家審判權之行使，此即「管轄權」之問題。

就法理而言，某一行為，倘無我國刑法之適用，我國對該行為即無審判權可言；至如有我國刑法之適用，我國對之享有審判權，惟審判權之行使，或因法律上之障礙，或因事實上之障礙，以致於常有不能行使之情事。因此，某行為事實，我國對之有無審判權，應以是否刑法之適用效力所及為準；至於審

³⁶ 參見林則熒，〈海盜罪修正草案之研究〉，《全國律師》2004 年 8 月號，頁 112-113；陳荔彤，〈論萬國公罪海盜罪之修法研議〉，《臺灣海洋法學報》第 4 卷第 1 期，2005 年 6 月，頁 23 以下；周成瑜，〈國際法上海盜行為與我國海盜罪之比較研究〉，《法學叢刊》第 165 期，1997 年 1 月，頁 39 以下。

³⁷ 朱石炎，〈論海盜罪〉，《法令月刊》第 42 卷第 10 期，1991 年 10 月，頁 8。

判權能否行使，涉及具體審判機關之「管轄權」能否順利行使，此須視個案狀況而定。

職是，刑法上有關「世界主義」立法例，其與國際公約有關海盜採行「普遍管轄原則」，概念上尚屬有別。例如，毒品罪在臺灣刑法適用效力規定上，亦採「世界主義」立法例，因此，縱使外國人在我國領域外之製造、運輸、販賣毒品行為，均有臺灣刑法之適用，我國對此等行為，有審判權；惟如何對於域外毒品罪行，行使管轄權，則係屬另一問題，蓋行為發生於他國或公海上，我國司法權如何予以行使，將成為問題。因此，國際法上有關「普遍管轄原則」，乃同意或要求締約國對於公海上之特定犯罪，得以直接行使司法權。

易言之，刑法各種犯罪之構成要件，應如何訂定；其刑法適用效力，係採「屬地主義」、「屬人主義」、「保護主義」抑或「世界主義」；或國際法上對於何種犯罪行為，特別採行「普遍管轄原則」，三者仍屬有別。在探討「海盜罪」之未來時，不應受到國際法上「普遍管轄原則」之影響³⁸。

3. 外國元首、外國使節之刑法適用

外國元首或外國派駐我國之使節，倘其犯罪行為合於臺灣刑法第3條至第8條之規定（第7條除外），即有臺灣刑法之適用，原則上我國對其犯罪行為即有審判權。

惟因外國元首或外國使節，具有代表該國之身分，倘本國貿然發動審判權，將釀成國際爭議，不可不慎。倘該犯罪之外國元首或外國使節不在我國領域，我國刑事審判權事實上無從發動；縱該外國元首或外國使節現在我國領域，因外國派駐我國之使節本即正式代表該國，而外國元首如其係正式應邀

來訪，亦屬正式代表國家之性質，依國際法上之慣例，即享有「刑事豁免權」，本國之刑事審判權在尊重國際慣例下亦不予發動。此際，每透過國際外交，要求當事國須給予本國合理之交待，否則即運用國際制裁手段予以處理。

至大陸刑法第11條規定：「享有外交特權和豁免權的外國人的刑事責任，通過外交途徑解決。」

五、刑法之立法用語

刑法總則，乃刑事實體法之基礎規定，除其他法律有特別規定外，原則上對其他實刑事體法均有適用。而刑法之用語，倘非特定犯罪所使用之概念，而係屬一般性之概念，且其定義難以明確，有必要予以界定者，在立法技術上，即得在總則當中制定此種有關法律概念定義之條文。

（一）兩岸均有定義者

1. 以上、以下、以內

臺灣刑法第10條第1項規定：「稱以上、以下、以內者，俱連本數或本刑計算」

在文義上，「以上、以下、以內」是否包含本數或本刑，實無必然之結論，立法者乃於刑法予以明確定義，以免解釋與適用上之爭議。

所謂「本數」，其運用之對象包含年齡數、期間數、金額數等；所謂「本刑」，乃指分則所本條所訂法定刑而言，其種類有五，依其重輕次序有：死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役與罰金。

大陸刑法第99條規定：「本法所稱以上、以下、以內，包括本數。」與臺灣刑法有別者，係大陸刑法並未規定包含「本刑」。

³⁸ 參見靳宗立，〈海盜罪在立法上之檢討〉，《法令月刊》第59卷8期，2008年8月，頁70-72。

2. 公務員（臺灣）與國家工作人員（大陸）

(1) 臺灣刑法之公務員

臺灣刑法第 10 條第 2 項對於公務員之定義，94 年 2 月 2 日修正公布之刑法僅抽象地規定為「依法令從事於公務之人員」。實務見解，其認定刑法上公務員範圍頗為廣泛，亦即在公務員法上視為公務員者，莫不屬於刑法上之公務員；但其非屬公務員法上之公務員者，亦可能成為刑法上之公務員。其認定是否為「依法令從事於公務之人員」，可歸納為下列三項標準：(1)有組織法依據之人

員；(2)有任用法依據之人員；(3)其他依法令從事於公務之人員。

由於「依法令從事於公務之人員」，其要件太過抽象，以致於實務在解釋與適用上，產生三項缺失：(1)刑法公務員之認定，經常有不當擴大之情形³⁹；(2)刑法上公務員之認定，常有違平等原則之情形⁴⁰；(3)刑法上公務員偶有過狹之情形⁴¹。

有鑒於此，新法遂將公務員之定義修正為三種類型：(1)依法令服務於國家或地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限者（機關公務員）；(2)前項情形以外，其他依法令

³⁹ 最顯著案例，即公營事業從業人員均被認定為係刑法上公務員，甚至依公司法之規定，由政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者，其從業人員亦屬之。

⁴⁰ 例如：(1)公立學校教師而未兼行政工作者，不屬刑法上之公務員，而公立學校編制內之職員，則屬之（釋字 308 號意旨）。惟公立學校之教師與職員，均依教育人員任用法及相關教育法規而於學校從事與教育相關之公共事務，何以二者在刑法上之評價有所差異？

(2)「士兵不能離軍隊獨立執行職務，故現役士兵，不得視為刑法上之公務員。」（院字第 1063 號解釋）；「在營軍官固屬軍人，但其依法令從事於公務，亦係刑法上之公務員。」（院字第 2434 號解釋）「參照司法院院字第 2434 號解釋，現役士官依法令從事於公務時，具有刑法上公務員之身分。」（最高法院 52 年度第 1 次民、刑庭總會會議決議(1)）；「本院 23 年 5 月 25 日院字第 1063 號復軍政部公函，係就不離軍隊獨立執行職務之一般士兵而為解釋，若別有法令依據而從事於一定公務之士兵，自當別論，如憲兵依法執行司法警察之職務時，當然係刑法上之公務員。至於押運兵及汽車駕駛兵等，倘係依法令派充執行公務者，亦同上開解釋，與此並無抵觸，毋庸予以變更。」（院字第 2343 號）依院字第 1063 號解釋，現役士兵因不能離軍隊獨立執行職務，故不得視為刑法上之公務員。惟現役官兵，其階級固有高低，在一般情形，均不能離軍隊獨立執行職務，何以一則為公務員，一則為非公務員？(3)公立醫療院所編制內之醫師，係刑法上之公務員（最高法院 86 年度臺上字第 5457 號、90 年度臺上字第 7258 號判決），私立醫療院所之醫師，以及公立醫療院所非編制內之聘僱醫師，均非屬刑法上之公務員（臺高院 85 上更(1)571 判決）。

原則上，醫師本來之職務，係在於醫療業務，何以因其任職之單位是否係公立醫療院所且係編制內之人員，而在刑法上即有不同之評價？況且，因公文書係公務員職務上制作之文書，因此，同為開立診斷證明書，醫師如登載不實者，公立醫療院所且係編制內之醫師，其所開立者，因係公文書，則其成立刑法第 213 條之公務員登載不實罪，而私立醫療院所之醫師，以及公立醫療院所非編制內之聘僱醫師，其所開立者，因係業務文書，則僅係成立刑法第 215 條之業務登載不實罪？

⁴¹ 例如，行政院大陸委員會依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 4 條之規定，委託財團法人海峽交流基金會處理兩岸文書驗證事務，則海基會承辦文書驗證之職員，其對於申請驗證案件所製作之證明書，並非直接依法令從事於公務，因此，難逕認其製作之證明書係公文書。蓋依現行規定，海基會之辦事人員，其辦理大陸地區文書驗證事務，僅得合於貪污治罪條例之第 2 條後段之「受公務機關委託承辦公務之人員」，惟尚難合於刑法第 10 條第 2 項之「依法令從事於公務之人員」。

從事於公共事務而具有法定職務權限者（職務公務員）；(3)受中央或地方公務機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者（受託公務員）。

(2)大陸刑法之國家工作人員

大陸刑法第 93 條第 1 款規定：「本法所稱國家工作人員，是指國家機關中從事公務的人員。」

同條第 2 款則設有「準國家工作人員」規定：「國有公司、企業、事業單位、人民團體中從事公務的人員和國家機關、國有公司、企業、事業單位委派到非國有公司、企業、事業單位、社會團體從事公務的人員，以及其他依照法律從事公務的人員，以國家工作人員論。」大陸歷來有權解釋之見解，整理如次：

- a. 「全國人民代表大會常務委員會關於『中華人民共和國刑法』第 93 條第 2 款的解釋」⁴²：

村民委員會等村基層組織人員協助人民政府從事下列行政管理工作，屬於刑法第 93 條第 2 款規定的「其他依照法律從事公務的人員」：(1)救災、搶險、防汛、優撫、扶貧、移民、救濟款物的管理；(2)社會捐助公益事業款物的管理；(3)國有土地的經營和管理；(4)土地征用補償費用的管理；(5)代征、代繳稅款；(6)有關計劃生育、戶籍、征兵工作；(7)協助人民政府從事的其他行政管理工作。

村民委員會等村基層組織人員從事前款規定的公務，利用職務上的便利，非法佔有公共財物、挪用公款、索取他人財物或者非法收受他人財物，構成犯罪的，適用刑法第 382 條和第 383 條貪污罪、第 384 條挪用公

款罪、第 385 條和第 386 條受賄罪的規定。

- b. 「最高人民檢察院關於貫徹執行《全國人民代表大會常務委員會關於〈中華人民共和國刑法〉第九十三條第二款的解釋〉的通知」⁴³：

- 一、各級檢察機關要認真學習《解釋》和刑法的有關規定，深刻領會《解釋》的精神，充分認識檢察機關依法查處村民委員會等村基層組織人員貪污、受賄、挪用公款犯罪案件對於維護農村社會穩定、懲治腐敗、保障農村經濟發展的重要意義。
- 二、根據《解釋》，檢察機關對村民委員會等村基層組織人員協助人民政府從事《解釋》所規定的行政管理工作中發生的利用職務上的便利，非法佔有公共財物、挪用公款、索取他人財物或者非法收受他人財物，構成犯罪的案件，應直接受理，分別適用刑法第 382 條、第 383 條、第 384 條和第 385 條、第 386 條的規定，以涉嫌貪污罪、挪用公款罪、受賄罪立案偵查。
- 三、各級檢察機關在依法查處村民委員會等村基層組織人員貪污、受賄、挪用公款犯罪案件過程中，要根據《解釋》和其他有關法律的規定，嚴格把握界限，準確認定村民委員會等村基層組織人員的職務活動是否屬於協助人民政府從事《解釋》所規定的行政管理工作，並正確把握刑法第 382 條、第 383 條貪污罪、

⁴² 2000 年 4 月 29 日第 9 屆全國人民代表大會常務委員會第 15 次會議通過。

⁴³ 最高人民檢察院高檢發研字（2000）12 號。

第 384 條挪用公款罪和第 385 條、第 386 條受賄罪的構成要件。對村民委員會等村基層組織人員從事屬於村民自治範圍的經營、管理活動不能適用《解釋》的規定。

四、各級檢察機關在依法查處村民委員會等村基層組織人員涉嫌貪污、受賄、挪用公款犯罪案件過程中，要注意維護農村社會的穩定，注重辦案的法律效果與社會效果的統一。對疑難、復雜、社會影響大的案件，下級檢察機關要及時向上級檢察機關請示。上級檢察機關要認真及時研究，加強指導，以準確適用法律，保證辦案質量。

五、各省級檢察院對執行《解釋》和本通知過程中遇到的新情況、新問題，要及時報告最高人民檢察院。

c. 「最高人民檢察院關於《全國人民代表大會常務委員會關於〈中華人民共和國刑法〉第九十三條第二款的解釋》的時間效力的批復」⁴⁴：

《全國人民代表大會常務委員會關於〈中華人民共和國刑法〉第 93 條第 2 款的解釋》是對刑法第 93 條第 2 款關於「其他依照法律從事公務的人員」規定的進一步明確，並不是對刑法的修改。因此，該《解釋》的效力適用於修訂刑法的施行日期，其溯及力適用修訂刑法第 12 條的規定。

3. 重傷

臺灣刑法第 10 條第 4 項規定：「稱重傷者，謂左列傷害：一毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。二毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。三毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅

能。四毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。五毀敗或嚴重減損生殖之機能。六其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。」

(1) 本項規範之目的，除因刑分傷害罪之類型，有輕傷罪、重傷罪之別外，主要原因係立法者在分則許多罪章中，設有致重傷罪之加重結果犯之緣故。又本項規定之目的，並非在定義何謂「傷害」，「傷害」之定義，係由實務與學界予以解釋；本項之立法目的，僅就「『重』傷」予以定義，倘係「非重」「傷害」，則屬輕傷。

(2) 刑法上之「重傷」，須符於本項所定六款之「傷害」，始足當之。傷害之概念，學說見解，頗為分歧。歸納言之，約有以下三說：

① 生理機能障礙說此說立於生理學之觀點，認為使人之生理機能發生障礙，或使健康狀態導致不良變更者，即為傷害。倘僅使外貌發生變更，例如，剔掉眉毛、剪光頭髮等，因對其生理機能並無影響，則非傷害。

② 身體完全性侵害說此說處於外觀物理變化之觀點，認為凡有害於人身體之完全性者，即為傷害。因此，不僅妨害生理之正常機能或不良變更健康狀態，即改變身體之外貌者，亦為傷害。例如，刮掉鬚鬚、碰斷指甲等，均屬於傷害。

③ 折衷說乃認為妨害人之正常生理機能或使其形體發生重大變化者，即為傷害。

第一說生理機能障礙說，為學界之通說。

⁴⁴ 最高人民檢察院高檢發研字（2000）15 號。

蓋倘採第二說，如碰斷指甲等輕微形體之侵害，亦認其屬於傷害，顯有未妥；如採第三說，則侵害達於何種程度始為重大變化，其判斷標準不明，易滋爭議。我實務見解，似採生理機能障礙說，認為強行剪去他人頭髮，尚不能構成刑法上之犯罪（三六院解 3711 參照）。

惟上述三說，係受日本學說見解之影響而引進之見解，惟日本刑法傷害罪之行為態樣，僅規定「傷害身體」，而臺灣刑法除傷害身體外，尚包含傷害健康，因此，解釋臺灣刑法關於傷害之意義，實不應逕採日本學說之觀點，蓋所謂「身體」，乃指人之生理的有形組織，外而五官四肢，內而五臟六腑，均包括在內；而所謂「健康」，則指人之生理與心理機能之正常健全狀態，傷害之概念，應包含對身體有形組織之侵害，以及生理、心理機能健全之侵害。

(3)至本款所定六款傷害，其就重傷所設之要件，94年2月2日修正公布前之立法，備受爭議。蓋當時前五款之情形，係從生理機能著眼而設之規定，且其程度須達「毀敗」，始足當之；而通說對於毀敗之解釋，則認須全部喪失其機能，始符於「毀敗」，縱係嚴重減損其生理機能，亦不謂為重傷。至第六款之情形，則非僅側重生理機能，尚包含身體有形組織，解釋上亦應包含心理機能在內；惟其認定重傷之標準，較前五款為寬，僅須有重大不治或難治之傷害，即足當之。

有鑒於此，94年2月2日修正公布之刑法，即針對第一款至第五款之重傷定義，修正為「毀敗或嚴重減損」，其理由：「現行條文第一款至第五款原係有關生理機能重傷之規定；第六款則為關於機能以外身體與健

康重傷之規定，其第一款至第五款均以毀敗為詞，依實務上之見解，關於視能、聽能等機能，須完全喪失機能，始符合各該款要件，如僅減衰甚或嚴重減衰效能並未完全喪失機能者，縱有不治或難治情形，亦不能適用同條項第六款規定，仍屬普通傷害之範圍（參照最高法院 25 年上字第 4680 號、30 年上字第 445 號、40 年臺上字第 73 號判例），既與一般社會觀念有所出入，而機能以外身體或健康倘有重大不治或難治情形之傷害，則又認係重傷（第 6 款），兩者寬嚴不一，已欠合理，且普通傷害法定最高刑度為三年有期徒刑（參見第 277 條第 1 項），而重傷罪法定刑最低刑度為五年有期徒刑（參見第 278 條第 1 項），兩罪法定刑度輕重甚為懸殊，故嚴重減衰機能仍屬普通傷害，實嫌寬縱，不論就刑法對人體之保護機能而言，抑依法律之平衡合理之精神而論，均宜將嚴重減衰生理機能納入重傷定義，爰於第 4 項第 1 款至第 5 款增列『嚴重減損』字樣，以期公允。」

大陸刑法第 95 條規定：「本法所稱重傷，是指有下列情形之一的傷害：(1)使人肢體殘廢或者毀人容貌的；(2)使人喪失聽覺、視覺或者其他器官機能的；(3)其他對於人身健康有重大傷害的。」相較之下，大陸刑法有關重傷之定義較為簡略。

(二)臺灣刑法特予定義者

1. 公文書

臺灣刑法 10 條第 3 項規定：「稱公文書者，謂公務員職務上制作之文書」

(1)本項規定之目的，並非在定義何謂「文書」，「文書」之定義，係由實務與學界予以解釋；本項之立法目的，僅就「『公』文書」予以定義，須係「公務員職務上制作」之「文書」，

始屬之，倘係「非公務員職務上制作」之「文書」，則屬私文書。

- (2)公文書之定義，既規定係「公務員職務上制作」之「文書」，則其要件有二：一、須係公務員職務上所制作；二、須係屬文書。前一要件，乃涉及刑§10II之解釋，詳前述之說明。至後一要件，則涉及「文書」應如何解釋之問題。

刑法上所謂文書，其概念意涵，有狹義、廣義及最廣義之別。

狹義之文書，乃指以文字或發音符號，表示一定意思或觀念之有體物。一般認其應具有五項要件：(1)文字性；(2)意思性；(3)名義性；(4)有體性；(5)持續性。

廣義之文書，則除前者外，尚包含以象形符號表示之圖畫在內。換言之，乃前述狹義文書之五要件中，文字性要件之放寬。

最廣義之文書，則除廣義文書外，尚包含(1)在紙上或物品上之文字、符號、圖畫、照像，依習慣或特約，足以為表示其用意之證明者（刑§220I）；或(2)錄音、錄影或電磁紀錄，藉機器或電腦之處理所顯示之聲音、影像或符號，足以為表示其用意之證明者（刑§220II），學理上有稱此兩種最廣義文書為「準文書」。

2. 性交

臺灣刑法第 10 條第 5 項之規定，係 1999 年新增，原規定：「稱性交者，謂左列性侵入行為：一以性器進入他人之性器肛門或口腔之行為。二以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門之行為。」，目的乃為配合分則第 16 章妨害性自主罪等相關定之修正，以及將刑法及其他相關法律上，原本「姦淫」之用語，改採「性交」一語，而於刑法第 10 條第 5 項規定性交之定義，並

擴大其範圍。

惟其第 1 款之規定極為抽象、模糊，難予正確適用。例如，以性器進入他人性器之行為，本屬男女性交行為之常態；且在通常情形，均係男性以性器進入女性之性器、肛門或口腔，其為性侵入，固無疑義；有問題者為，倘女性以強制之手段，使男性之性器進入其性器、肛門或口腔時，該女性之行為，可否認係性侵入？茲生疑義。

至第 2 款之規定，亦有不當之處。例如，婦產科醫師或其他醫護人員，於診療、產檢或健檢時，以手指進入女性性器或男性肛門之行為，是否亦屬性交行為？實不無疑義。

實則，揆諸各國立法例，鮮有於刑法中對於性交予以定義。反觀我國現行立法，學界、實務批評意見不斷，其弊端，除(1)上述所陳文字之缺失外；(2)造成刑法上性交之定義，逸脫一般社會通念；(3)最為嚴重者，依現行規定，性交之範圍，包含狹義之性交以及口交、肛交（廣義性交）外，更擴大至其他身體部分或器物之進入性器、肛門行為（最廣義性交），此種立法例，基於保護個人性自主權之立場，倘行為人以強制手段為之，固無不可，準此，本法第 221 條之強制性交罪、第 222 條之加重強制性交罪、第 226 條之強制性交加重結果犯、第 226 條之 1 之強制性交罪結合犯，尚可採行最廣義性交概念；惟在未違反被害人意思自由情形之性犯罪，例如，第 227 條、第 228 條等罪，如仍採取最廣義性交概念，實不當擴大犯罪成立範圍，而造成濫罰之後果。例如，醫師基於醫療關係，向病患推薦新型肛門塞劑，即使取得病患同意後，為其施用，依原規定，仍應論以本法第 228 條權勢性交罪之構成要件，雖然，此種情形，尚可主張被害人同意或業務上正當行為，以阻卻違法。

2005年2月2日修正公布之刑法為杜疑義，特修正為「非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」，如此之修法雖解決原先文義上之問題，惟又再次造成新的文義問題，蓋夫妻間正常之性器交合行為，係基於「正當之目的」，依新規定，將不符刑法上性交之定義，豈不違國民之一般常識。

3. 電磁紀錄

2005年2月2日修正公布之刑法，將舊法第220條第3項關於電磁紀錄之規定「稱電磁紀錄，指以電子、磁性或其他無法以人之知覺直接認識之方式所製成之紀錄，而供電腦處理之用者。」，修正文字後改列為第10條第6項「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。」。惟在實務案件在適用「電磁紀錄」概念時，多少發生誤解之情形。以近年來持續發生網路遊戲「天幣竊盜」案件為例，許多法界先進認為，天堂遊戲中之錢幣、寶物或武器，雖非現實世界中之財物，惟屬刑法上之「電磁紀錄」，依92年6月修正前刑法第323條電磁紀錄以動產論之規定，應得論以竊取電磁紀錄罪。

惟天堂遊戲中之錢幣、寶物或武器，本身並非電磁紀錄，依網路遊戲之運作，係遊戲公司將程式軟體統一於其所管理之伺服器上執行，每個玩家在遊戲中所有之資訊，包含錢幣、寶物或武器之取得狀況等，均有相關之參數檔進行聯結，電腦螢幕上所顯出之錢幣、寶物或武器，均係程式執行時依相關

參數檔之紀錄予以顯示，因此，相關參數檔方屬「電磁紀錄」，電腦螢幕上所顯出之錢幣、寶物或武器，性質上屬於電磁紀錄藉電腦所顯示之影像，依刑法第220條第2項之規定，此種電磁紀錄，屬於準文書。職是，臺灣在2003年增訂刑法分則第36章「妨害電腦使用罪」前，前開「天幣竊盜」案件，應僅得論以變造準私文書罪。

(三)大陸刑法特予定義者

1. 公共財產

大陸刑法第91條第1款規定：「本法所稱公共財產，是指下列財產：(1)國有財產；(2)勞動群眾集體所有的財產；(3)用於扶貧和其他公益事業的社會捐助或者專項基金的財產。」

同條第2款則設有「準公共財產」之規定：「在國家機關、國有公司、企業、集體企業和人民團體管理、使用或者運輸中的私人財產，以公共財產論。」

2. 公民私人所有財產

大陸刑法第92條規定：「本法所稱公民私人所有的財產，是指下列財產：(1)公民的合法收入、儲蓄、房屋和其他生活資料；(2)依法歸個人、家庭所有的生產資料；(3)個體戶和私營企業的合法財產；(4)依法歸個人所有的股份、股票、債券和其他財產。」

3. 司法工作人員

大陸刑法第94條規定：「本法所稱司法工作人員，是指有偵查、檢察、審判、監管職責的工作人員。」

另全國人大常委會法制工作委員會等《關於勞教工作幹警適用刑法關於司法工作人員規定的通知》⁴⁵則補充解釋：「近幾年，有些司法機關在處理勞教工作干警體罰虐待勞

⁴⁵ 全國人大常委會法制工作委員會發文（1986）32號。

教人員的犯罪案件時，對勞教工作干警是否適用刑法關於司法工作人員的規定有不同認識，影響對案件的處理。根據實踐情況和需要，經研究認為：勞教工作干警擔負著對勞教人員的管理、教育、改造工作，可適用刑法關於司法工作人員的規定。勞教工作干警違反監管法規，體罰虐待勞教人員，情節嚴重的，依照《刑法》第 189 條的規定處理。」

4. 違反國家規定

大陸刑法第 96 條規定：「本法所稱違反國家規定，是指違反全國人民代表大會及其常務委員會制定的法律和決定，國務院制定的行政法規、規定的行政措施、發布的決定和命令。」

5. 首要份子

大陸刑法第 97 條規定：「本法所稱首要分子，是指在犯罪集團或者聚眾犯罪中起組織、策劃、指揮作用的犯罪分子。」

6. 告訴才處理

大陸刑法第 98 條規定：「本法所稱告訴才處理，是指被害人告訴才處理。如果被害人因受強制、威嚇無法告訴的，人民檢察院和被害人的近親屬也可以告訴。」

六、刑法總則篇之地位

規定與國家刑罰權有關事項之刑事法，數量相當龐大，亟需適用共通之基本規定，因此，臺灣刑法第 11 條規定：「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限。」；大陸刑法第 101 條規定：「本法總則適用於其他有刑罰規定的法律，但是其他法律有特別規定的除外。」亦同，換言之，刑法總則性質上為刑事法之基本規定，原則上適用於刑法典以外之刑事法規。

在立法技術上，臺灣刑法第 11 條與大陸

刑法第 101 條之規定，實有疑義。蓋基於「特別法優於普通法」原則，在同位階法律之適用優劣上，特別法應優於普通法，在刑法上規定具有特別優位效力之規定，實有違法理。在法理上，臺灣刑法第 11 條之規定或大陸刑法第 101 條，應置於憲法中，刑法總則篇始得作為全體刑事法規之優位法。

七、外國裁判之效力

按審判權乃一國主權之行使，故犯罪行為為如有我國刑法之適用，我國對之擁有審判權，縱該犯罪行為已經外國法院確定裁判，倘我國承認外國確定裁判對我國具有拘束力，實無異放棄我國之主權，而有降低國家主權之嫌。

惟同一犯罪行為，已經外國裁判確定，並已執行刑罰，雖基於主權獨立，我國仍得依法審判，於科刑判決確定後仍予以處罰，然對於同一行為給予兩次處罰，對於行為人未免不公，因此，臺灣刑法第 9 條規定：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」

大陸刑法第 10 條亦規定：「凡在中華人民共和國領域外犯罪，依照本法應當負刑事責任的，雖然經過外國審判，仍然可以依照本法追究，但是在外國已經受過刑罰處罰的，可以免除或者減輕處罰。」

陸、結語

經由本文粗略討論，兩岸刑法有關刑法總則基本原理之比較，有其相同或相近之處，亦有不同之處。在差異點上，在「刑法之任務」部分，兩岸尚有歧異，大陸刑法較具意識型態。在「刑法適用之時間效力」方面，臺灣較大陸周延、具體。

至於在相同、相近點上，首先在「刑法之指導原則」方面，大陸刑法對於罪刑法定原則、平等原則及罪衡均衡原則，加以明文化；臺灣雖未予明文，但實質上予以遵守。而在「刑法適用之對象（空間）效力」方面，實質上兩岸仍屬相同，只在學者在解釋上存有不同。至於「刑法總則編之地位」以及「外國裁判之效力」部分兩岸之立法一致。

從歷史發展來看，臺灣在近政治版圖上，雖分受荷蘭、明鄭、清廷、日本及國民政府統治，惟現今臺灣所採用的刑法制度，竟一脈相承自清末「大清新刑律」，自 1912 年暫行新刑律、1928 年舊刑法乃至 1935 年現行刑法，整體實踐經歷約百年之久；弔詭的是，這麼有歷史，並源起自封建王朝時期的刑法典，通篇未見意識型態的立法用語與規定，只因清末為收回領事裁判權，不得不全盤繼受歐陸法制。

反觀大陸第一部刑法典— 1979 年刑法之制定背景，是在政治意識型態高漲下產生，因此在條文用語上，反有政治標語與口號；大陸刑總規定中，除有繼受歐陸之制度外，亦見有傳統中國之舊規。例如，大陸刑罰制度中，存有「沒收財產」與「沒收」之別，前者帶有傳統中華法系「抄沒家產」制度之遺緒，後者則係對於違禁品和供犯罪所用的本人財物予以剝奪之處分。

當然大陸到了 1997 年刑法，在近二十年的實踐經驗以及法治精神提昇下，刑事立法已有長足之進步，漸漸淡化意識型態操作，而提昇法制建設。長久以往，大陸法制繼續朝正面發展，終有成為法學先進國家之日。

參考文獻

一、中文書籍

1. 郭衛，《刑法學總論（上冊）》，上海法學編譯社出版，1933 年 4 月。
2. 郭衛編輯，《中華民國刑法》，會文堂新記書局，1934 年 4 月 17 版。
3. 楊幼炯，《中國立法史》，中國文化事業出版，1960 年。
4. 楊堪、張夢海，《中國刑法通史（第八分冊）》，遼寧大學出版社，1987 年 10 月。
5. 何秉松，《犯罪構成系統論》，北京中國法制出版社，1995 年 5 月。
6. 蘇惠漁，《刑法學》，中國政法大學出版社，1997 年 7 月修訂版。
7. 王作富主編，《刑法》，中國人民大學出版社，1999 年 12 月。
8. 楊春洗、楊春先主編，《中國刑法論》，北京大學出版社，2001 年 1 月 2 版。
9. 陳興良，《本體刑法學》，北京商務印書館，2001 年 8 月。
10. 馬克昌主編，《刑法學》，北京高等教育出版社，2003 年 8 月。
11. 劉艷紅主編，《刑法學總論》，北京大學出版社，2004 年 2 月。
12. 趙秉志，《比較刑法暨國際刑法專論》，北京法律出版社，2004 年 5 月。

二、中文期刊

1. 高銘暄、趙秉志、王勇，〈大陸刑法立法十年的回顧與展望（一）〉，《萬國法律》1989 年 2 月號。
2. 趙秉志、肖中華，〈中國大陸法修改中的類推制度存廢問題研究〉，《東海學

法學研究》第 11 期，1996 年 12 月。

3. 趙秉志，〈中國大陸刑法修改之基本理論爭議問題研究〉，《臺大法學論叢》第 26 卷 2 期，1997 年 1 月。
4. 趙秉志，〈中國大陸新刑法典要覽〉，《月旦法學雜誌》第 25 期，1997 年 6 月。
5. 廖正豪，〈五十年來兩岸刑法之發展〉，《法令月刊》第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月。
6. 林則瑩，〈海盜罪修正草案之研究〉，《全國律師》2004 年 8 月號。
7. 陳荔彤，〈論萬國公罪海盜罪之修法研議〉，《臺灣海洋法學報》第 4 卷第 1 期，2005 年 6 月。
8. 周成瑜，〈國際法上海盜行為與我國海盜罪之比較研究〉，《法學叢刊》第 165 期，1997 年 1 月。
9. 朱石炎，〈論海盜罪〉，《法令月刊》第 42 卷第 10 期，1991 年 10 月。
10. 靳宗立，〈海盜罪在立法上之檢討〉，《法令月刊》第 59 卷 8 期，2008 年 8 月。