

書 用 學 大

# 究研案個則總法刑

著 華 榮 刁

書叢律法亞東  
行印社版出林漢

大學用書

# 刑法總則個案研究

刁榮華 著

東亞法律叢書



版 權 所 有 • 翻 印 必 究

東 亞 法 律 叢 書      刀 榮 華 主 編

# 刑 法 總 則 個 案 研 究

定 價：新 台 幣 伍 拾 元

著 者 刁 榮 華

發 行 人 潘 維 和

發 行 所 漢 林 出 版 社

台 北 市 重 慶 南 路 一 段 50 號 三 樓  
電 話 三 七 一 九 八 七 五  
郵 政 劃 撥 一 〇 八 八 三 二 號

經 銷 處 各 大 書 局

中 華 民 國 五 十 九 年 四 月 初 版  
中 華 民 國 六 十 五 年 十 二 月 七 版  
新 聞 局 局 版 業 字 第 一 四 九 三 號

## 序

法律爲吾人現實社會生活倫理之反映，故爲事實之學，而非純理論之學。顧法律乃人類有意識活動之結果，既以規範人類社會生活，亦所以指導人類社會生活。因而法律之形成，非徒在歷史過程中之無意識的自然產物，自有其思想之淵源與目的，以爲立法、用法之指導原理。是則欲善用法律而貫徹其目的，以裨益人類社會生活，必須明辨其思想與理論，又屬事理之當然。

法律有相當之固定性，不能「朝令夕改」，所以保障人權，安定社會。而社會生活變動不居，倫理之要求亦非一成不變。因之，如何使相當固定之法律，規範變動之社會生活，無所遺憾，則有待於合理之解釋與運用，此實用問題之所自生也。實務家窮年累月困思竭智以求者，即在實用問題之合理解決。惟是合理解決，使社會翕服，夫豈易言，不但須有正確之思想，嫻於法學理論；尤必有豐富之知識與經驗，互相合勘，慎審從事，或能得之。

法學書籍多矣，類皆闡釋法理之作，即標揭實用之書，亦少例外；提出實用問題予以討論者，尤所罕覩，不能謂非普及法學之一障礙。刁榮華先生從事

審檢實務有年，學有專長，心細於髮，案牘之暇，不廢研究，遇有實務問題，輒摘記而解析之，探索微引，攻錯請益，務期合理解決而後已。累積成帙，思付梓以公同好，亟予贊助，用觀厥成。倘有踵玉者，至爲企盼，法治弘揚，實有賴之。爰樂爲之介紹。

周治平謹誌

民國五十九年元月二十三日  
臺大法學院研究室

## 前言

歷來言刑法實用者，多以註釋條文爲經，附以判解爲緯，逐條編列，或僅述其概念而已，殊少有深入之研究，因而致斯學之發展，停滯不前，良可惜也。近世學者，已改偶像觀念，認法律之真正價值，貴在實用也，應如何解決實用上所發生之問題，此所以研究尙矣。蓋法律之爲用，固係法官之責任，然如何促其運用得當，乃吾儕習律者所不可旁貸之職責。縱觀中外學者所主張，無不以實用之學，爲研究對象，從而習律之士，非唯單純抽象理論體系是賴，尤應以客觀之實用性爲重點，加以檢討。故研究發展，深具意義。惟司法者日理萬端，究之餘暇檢閱浩繁之著述，作翔實之研究，雖法條有限，而事物無窮，且對問題之發生，實具複雜性，并非一蹴所得解決，在已往法官辦案中，屢見不遑，其遲延情形，固不止此，如判解層出不窮，部令時有更迭，其先後矛盾之處，不一而足，造成偏差，使受訟累者，恒有所見，如何能予人以具體之印象，俾增進法律應用之現實感，此乃本書著述之一大動機。

本書體例，仿自日本司法部刑事局所編「刑事先例彙纂」，德國學者李斯特（V. Liszt）曾有類似著述，其所著「刑法問題集」，風行全球，頗爲刑法學者所重視，對德國法界很有貢獻，我國學者夏勤氏所著「刑事訴訟法釋疑」，亦採此種體例，惜僅止於刑事程序法之一部，在刑事實體法中，尙付闕如，筆者不敏，雖有志於斯學之研究，但所學有限，實不足表達於萬一，爰僅就實務上所遭遇

之疑難問題，參以研究心得，薈集成冊，提供參考，其所列問題之來源：(一)筆者辦案時所發生者；間有同仁所提供者。(二)軍司法裁判時所指出者；間有軍司法機關所提出討論者。(三)筆者自行研究所發現者；間有學者著述中所引證者。來源縱有不同，所成問題不易解決者則一。至各問題之答案，則循諸學理解及名家高見，融會貫通，私行擬定者，仍以不背於立法之本意，而切合需要爲着眼，故對判解及法律研討意見，廣爲涉獵，有關學理及外國法例，亦加引證，俾讀者瞭解刑法之本質在實用上之趨勢，兼供從事法務者之參考。但所擬答案，并非定論，縱屬參諸學理解爲之釋疑，然其中究難免存有個人見解，當有不盡妥善之處，是僅用爲研究實用之一助，非敢以問世也。

本書問題，因檢閱方便計，乃依刑法總則全部條文先後次序編列，所爲答案，力求簡明，且採肯定式，但遇有重大問題，則不厭求詳，以爲解釋，其相反之見解，具有參考價值者，并扼要介紹，俾供比較研究，所引司法院及最高法院判解或決議，係供實用之查考，軍司法機關法律座談會所提資料，亦擇要輯入，其他有關學者之高見，悉加徵引，資供研議者之需求。本書既在刑法上所發生之實際問題，爲研討範圍，是除特別刑法與之相關連者，隨案說明外，關於特別刑法之專屬問題，概不敘列。至特別刑法與之相競合時，依特別法優於普通法原理決之，自不待言，惟在特別法施行期間，關於刑法可能發生之問題，仍併予述明，以期通觀比較，窺其全貌。

本書之著述，係以個案爲中心，且在他書所罕見，倘能引起學者對斯學之重視，以助長研究發展風氣，藉此交換實務經驗，俾實用能有一得之助，並使司法者及訴訟關係人獲得裨益，因以減少法官之構想，甚至人民之痛苦，則爲筆者殷切之望焉。惟其中舛誤難免，尙祈不吝指正，是所感幸。

# 目錄

|      |         |     |
|------|---------|-----|
| 第一章  | 法 例     | 一   |
| 第二章  | 刑事責任    | 一五  |
| 第三章  | 未遂犯     | 二八  |
| 第四章  | 共 犯     | 三二  |
| 第五章  | 刑       | 四三  |
| 第六章  | 累 犯     | 七〇  |
| 第七章  | 數罪併罰    | 七五  |
| 第八章  | 刑之酌科及加減 | 一〇三 |
| 第九章  | 緩 刑     | 一一三 |
| 第十章  | 假 釋     | 一一八 |
| 第十一章 | 時 效     | 一二一 |
| 第十二章 | 保安處分    | 一三〇 |



# 刑法總則個案研究

刁榮華著

## 第一編 總則

### 第一章 法例

**第一條** 行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者，爲限。

**問題一** 被告犯罪時法律已經公布，但未依法律施行日期條例所定之期間到達，其行爲是否構成犯罪？

**答案** 行爲之處罰，固以法律有明文規定者爲限，惟所謂法律有明文規定者，必限於行爲時之法律。然行爲時之法律雖經公布，但未依法律施行日期條例所規定之期間到達，依司法院三十三年院字第二六四〇號解釋及最高法院二十五年上字第一九九七號判例，不爲罪。又行爲前雖有處罰之明文，而行爲時已廢止者，亦不爲罪。蓋法律縱經公布，其未於特定地區生效，是其皆非行爲時法律有處罰之明文，此之謂法律不溯及既往，原以人民權利之自由，有保護及尊重之必要。至於行爲時之法律原有處罰之明文，而行爲後裁判前遇有法律變更而不罰其行爲者，法院應依刑事訴訟法第三〇二條第四款爲免訴之判決。

**問題二** 圍標行爲是否構成犯罪？

**答案** 因工程招標而訂立承攬契約，投標者爲定承攬金額而圍標，其競爭投標，以最低投標者爲得標者，而與之訂立承攬契約之場合，定作人平常知悉工程之內容並定有底價，定作人既依投標之

價格認爲相當而定得標者，在價格上可謂無何等錯誤，投標者曾否協定價格與關於價格之錯誤並無關係，定作人雖以最有利自己之條件選擇承攬人爲其旨趣，但對此投標者有任意決定投標價格之自由，投標者依連合協定之投標非使定作人在價格上定有錯誤之手段，應解爲定作人主張於自己有利益價格之方法，從而關於承攬協定投標，並非實施詐欺罪上之欺罔手段，且依刑法第一條所規定行爲之處罰以行爲時之法律有明文規定者爲限亦屬不罰。學者間有認應構成刑法第三三九條第二項所規定之詐欺罪，似非正論。

**問題三** 按行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限，刑法第一條著明文，其所稱處罰，固指刑罰而言，然保安處分，是否包括在內？

**答案** 刑罰爲對犯罪行爲所爲之制裁，而保安處分係特定行爲人發生侵害法益之事實後，認其人無刑罰之感應性，乃採保護安全之手段，從而保安處分並非刑罰，惟爲預防犯罪之必要處分，亦足以束縛人身自由，故保安處分章內既無特別規定，仍不得排斥刑法第一條之適用。

**第二條** 行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律。

保安處分適用裁判時之法律。

處罰之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更不處罰其行爲者，免其刑之執行。

**問題四** 懲治走私條例第二條第二項之公告變更，有無刑法第二條第一項之適用？

**答案** 依最高法院五十一年臺非字第七十六號判決，刑法第二條所謂有變更之法律，乃指刑罰法律而言，並以依中央法規制定標準法第二條之規定公佈者爲限，此觀憲法第一七〇條第八條第一項

刑法第一條規定甚明，行政法令縱可認為具有法律同等之效力，但因其並無刑罰之規定，究難解為刑罰法律，故如事實變更及刑罰法律外之法令變更，均不屬本條所謂法律變更範圍之內，自無本條之適用。蓋如行政法令之變更，可視為刑罰法令之變更，非僅與本條文義不合，刑罰操諸行政機關之手，本已構成犯罪者，可以變更命令為手段免于處罰，流弊滋多，與罪刑法定主義有違，實例上如被告甲由香港隨四川輪私運政府管制物品女用十七鑽方形手錶二百隻進口，起岸價格共為新臺幣二萬六千八百四十二元二角七分，折合銀元為八千九百三十八元零九分，於四十六年十月三日該輪抵達基隆港，與代理該船船務之太和股份有限公司職員某乙商妥，託其帶出碼頭，乙遂利用其出入碼頭證之便，於當日下午九時將該項手錶如數夾帶下船，行抵招商局大樓前為警所獲，案經第一、二審法院判決，依懲治走私條例第二條第一項論罪處刑，但在訴訟進行中，行政院於四十九年一月二十一日將管制物品重行公告，女用手錶不列入管制物品之內，第三審法院判決駁回其上訴，係以行政院四十九年一月二十一日不認女用手錶為管制物品之重行公告，乃是行政上適應當時情形所為事實上之變更，無論公告內容如何變更，其效力僅及於以後之行爲，殊無溯及既往而使公告以前之走私行爲受影響，即無刑法第二條第一項之適用，司法院五十二年大法官會議決議解釋字第一〇三號解釋，亦持同樣見解。惟刑法上所謂法律變更，固然以刑罰法令為限，如事實變更及刑罰法令以外之法令變更，均不屬法律變更之範圍，但刑法第二條第一項之法律變更，在實質上該刑罰法律中所規定犯罪構成要件有所變更，自無必要，從而刑罰法律本身條文所規定關於犯罪構成要件之法令如有變更，而足以影響該法律所規定之犯罪構成要件者，即不能謂非法律之變更。蓋就刑罰法律言之，該法在條文本身僅定罪名與刑罰，而本身對於作為刑罰條

件的構成要件之一部或全部，即犯罪構成要件之具體規定，並未表明，其以明文讓諸其他法律或命令補充之，即係委任立法之性質，亦係法源之一，與法律之性質同其價值，其後情事變遷，在文字上有所修改并公告昭示，係空白刑法之作用，故公告之變更，即法律之變更，最高法院檢察長提起非常上訴，亦非毫無理由。

**問題五** 成年犯與少年犯共同犯結夥竊盜罪，其犯罪時間在六十年七月一日以前，依少年事件處理法第七十七條規定，結夥竊盜不適用保安處分條例第三條規定，為此發生新舊法適用問題，依刑法第二條第一項但書，應適用最有利於行為人之法律，遇此情形，保安處分之感化教育與徒刑，何者可視為最有利於行為人？

**答案** 本題情形，論者認為如以結夥竊盜罪處以低度刑或予緩刑，對行為人較為有利，蓋保安處分第三條免刑時，應予感化教育三年之處分故也，但查科刑判決與免刑判決，兩相比較，自以免刑對行為人有利，從而本題應適用保安處分條例第三條，較為合理。

**問題六** 行為自發生後以迄第一審裁判時，法律均未變更，至第一審裁判後始有新法頒行者，第二審於裁判時，可否依刑法第二條規定，認變更後之新法為裁判時之法律而加以適用？

**答案** 第一審第二審均為事實審，其應行審判之事實相同，案件雖經第一審裁判，但既又繫屬於第二審，即仍係未確定之案件，第二審於裁判時依刑法第二條以新法為裁判之法律，其情形與第一審並無異致，進而言之，第三審固為法律審，非以判決違背法令為理由不得上訴，設在第二審裁判後，第三審裁判前，法律有變更者，就理論上言，第二審於裁判時法律尚未變更，其依當時法律所為之裁判，並無違背法令之可言，自不能以裁判後法律有變更為理由而上訴於第三審，惟法

律之變更，意在改進，而刑法以從新主義爲原則，由此觀點而論，則第二審未經確定之裁判，若裁判後法律有變更時，自無不許其於第三審依新法改判之理，故刑事訴訟法第三八一條對此情形特設規定，認原審判決後刑罰有廢止、變更或免除者，得爲上訴第三審之理由，且爲第三審法院依職權調查之事項，並爲撤銷原判自爲判決原因之一，故刑法第二條之適用裁判時法律一語，所謂裁判，實兼指第一審第二審及第三審之裁判而言。

**問題七** 戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例公布前，被告犯罪尚未滿十八歲，但發覺時該條例已公布實行，被告亦已滿十八歲，究應引用普通刑法，抑應引用保安處分條例？

**答案** 刑法第二條第一項規定，行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律，同條第二項規定，保安處分適用裁判時之法律，戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例雖爲特別法，惟亦屬於保安處分之範圍，而保安處分條例公布後，被告縱未滿十八歲，但發覺時該條例已公布實行，被告既已滿十八歲，依首開法條第一、二項之規定，應適用保安處分條例予以感化教育之處分。

**問題八** 刑事訴訟法特別程序中「再審」之裁判，是否爲刑法第二條第一項之裁判？換言之，已確定之案件，具有法定再審之原因，而開始再審時，適法律有所變更，再審之管轄法院，應否依刑法第二條認變更之新法爲裁判時之法律而加以適用？

**答案** 依刑事訴訟法第四三六條規定，開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序，更爲審判，既依通常程序審理，則其裁判自與通常程序中之裁判無異，故可依刑法第二條第一項之規

定辦理。惟不合再審程序者不在此限。

**問題九** 刑事訴訟法特別程序中之「非常上訴」，是否爲刑法第二條第一項之裁判？

**答案** 非常上訴係糾正違法判決而設，且其效力原則上不及於被告，其裁判純爲特別程序中所爲之裁判，與再審裁判顯然有異，是以法律變更，固非提起非常上訴之理由，即以其他理由提起後，經法院將原確定判決撤銷，加以糾正時，適法律有變更者，法院亦僅得依原判決當時所適用之法律撤銷或改判之，不得適用變更之新法。但有反對說，如最高法院十八年非字第六十四號判例及胡長清中國刑法總論主張現行法律既有變更，自應適用裁判時法律處斷（按四十三年四月出版之最高法院判例要旨，已將十八年非字第六十四號判例刪除）。

**第三條** 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。

**問題一〇** 我國人民在我國駐外使館內犯罪，究應視爲我國領域內犯罪，抑係在我國領域外犯罪？

**答案** 按刑法第三條所稱中華民國之領域，依國際法上之觀念，固有其真實的領域及想像的（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之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，是否亦應以在我國領域內犯罪論，則無規定，查國際法上對於任何國家行使之管轄權，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，能否實施其刑罰管轄權，當以駐在國是否同意放棄其管轄權爲斷，是以對於在我國駐外使領館內之犯罪者，若有明顯之事證足認該駐在國已同意放棄其管轄權者

**第四條** (略)

**第五條**

本法於凡在中華民國領域外犯左列各罪者，適用之。

一 內亂罪。

二 外患罪。

三 偽造貨幣罪。

，自亦得以在我國領域內犯罪論。但有反對說，認我國駐外使領館之所在地，既非真實之本國領域，自無刑法第三條前段之適用，固甚明顯，因其具有國際法上所謂想像的本國領域性質，在此領域內犯罪，應否以在真實的本國領域內犯罪論，則應以刑法第三條後段有無列舉規定為斷。該條後段既僅列舉在我國領域外之我國船艦或航空機內犯罪者應以在我國領域內犯罪論，而未規定在我國駐外使領館內犯罪者亦應以在我國領域內犯罪論，司法機關自應受其拘束（最高法院五十八年民刑庭總會第一次會議決議參照）。

**問題一一** 臺灣人民於臺灣光復前被迫應徵，隨敵作戰或供職各地敵偽組織，其行為應否處罰？

**答案** 按懲治漢奸條例關於漢奸罪行，係就刑法外患罪所設之特別規定，仍與刑法之外患罪同一性質，凡在中華民國領域內或領域外犯該條例之漢奸罪，依刑法第十一條第三條及第五條第二款之規定，均適用之，其犯罪主體，原不以本國人民為限，惟臺灣人民於臺灣光復前已取得日本國籍，如在抗戰期內，基於其為敵國人民之地位，被迫應徵，隨敵作戰或供職各地敵偽組織，依司法院三十五年院解字第三〇七八號解釋，除應受國際法上之處置外，自不適用懲治漢奸條例之規定處罰。

四 第二百零一條及第二百零二條之偽造有價證券罪。

五 第二百十一條、第二百十四條、第二百十六條及第二百十八條之偽造文書印文罪。

六 鴉片罪。

七 第二百九十六條之妨害自由罪。

八 第三百三十三條及第三百三十四條之海盜罪。

問題一二 刑法第五條第五款所規定之第二一六條之偽造文書罪，應否包括犯行使刑法第二一〇條

、第二一二條、第二一三條、第二一五條文書罪？

答案 刑法第五條各款所列之罪，不但對國家之存亡國民之經濟信用有關，且與民族之盛衰社會文化之進展國際公約等有密切關係，故不問犯罪者係屬何國人民，犯罪地點爲他國與否，均得適用本法，惟刑法第五條第五款所規定之第二一六條之偽造文書罪，既列舉第二一一條之偽造變造公文書，第二一四條之明知不實事項，使公務員登載於職務上之文書，則第二一六條所行使者，亦當指行使第二一一條及第二一四條之文書，應不包括行使第二一〇條、第二一二條、第二一三條、第二一五條之文書。蓋如謂第二一〇條、第二一二條、第二一三條、第二一五條之文書均包括在內，則刑法第六條第三款，將第二一三條之偽造文書罪規定者，又何所取義。

#### 第六條

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。

一 第一百二十一條至第一百二十三條、第一百二十五條、第一百二十六條、第一百二十九條、第一百三十一條、第一百三十二條及第一百三十四條之瀆職罪。

二 第一百六十三條之脫逃罪。



三 第二百十三條之偽造文書罪。

四 第三百三十六條第一項之侵占罪。

**問題一三** 未取得中華民國國籍之外國人爲中華民國公務員而犯刑法第二一三條之偽造文書罪者，應否依本法之規定處罰？

**答案** 刑法第六條規定：「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」。所謂中華民國公務員，指受任中華民國公務之人員而言，其在中華民國領域外犯罪，是否具有本國之國籍，在所不問，凡屬於我國之公務員，皆有其適用，自無國籍之限制，故中華民國人民爲中華民國公務員或外國人爲中華民國公務員者，如已觸犯本條名款所列之罪，即應依本法規定處罰。本題之外國人雖未取得中國國籍，但既爲我國之公務員，其犯刑法第二一三條之罪，依本法第六條第三款規定，應有本法之適用。蓋從事公務之人員，本負有盡忠誠守清廉自矢之責任，設所犯之罪，合於本法第六條各款之規定，自應因其違背此項義務而加處罰，其目的在保護國家之公務，故也。

**第七條** 本法於中華民國在中華民國領域外犯前三條以外之罪，而其最輕本刑爲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。

**問題一四** 某甲在國內原有妻室，於出國後，又在外國與一異國女子正式結婚，並帶回中國居住，經其原配向法院告訴，某甲是否構成重婚或通姦罪？

**答案** 按刑法第七條之規定，須其最輕本刑爲三年以上有期徒刑者，始有其適用，而重婚罪爲五年以下有期徒刑，自不應適用刑法重婚罪予以處罰，其在外國既經正式結婚，亦無通姦之可言，依