

學術論文集

2012年最新版

新刑法探索

The Exploration of New Criminal Law

張麗卿 著

元照



二〇一二年十月

新刑法探索

張麗卿 著



元照出版公司

新刑法探索／張麗卿著. -- 四版. -- 臺北市：

元照, 2012.10

面；公分

ISBN 978-986-255-247-6 (精裝)

1.刑法 2.文集

585.07

101018186

新刑法探索

5D145HD

2012 年 10 月 四版第 1 刷

作 者 張麗卿
出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 680 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2370-3286
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-247-6

新版序

本書距前次改版已有四年，這期間，本人雖有行政職務，卻也不敢怠惰，持續撰寫刑事法論文。刑法為穩定社會秩序的重要力量之一，刑法問題須由眾人攜手努力，共同解決。本人忝為學界一份子，自是期待可為學子提供學習路徑，與刑法研究者互相激盪，並提供司法實務參照。春耕秋收，這些年累積的成果，恰好在本次改版時，為舊書增添新血。

本次的變動，主要增加新著文章，也因而牽動本書架構的微調重整。為求架構明確，本書計有五篇。

第壹篇「犯罪論」，分為刑法總則與分則。總則內容，新收錄〈期待可能性在刑法的運用〉一文；分則部分，新增〈台灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難〉、〈海峽兩岸有關毒奶事件的法律觀照〉。分則的這些論文，檢視台灣嚴重的貪污犯罪問題，以及食品衛生管理的刑法議題。第貳篇「刑罰論」，新增〈台灣死刑存廢之現況與解決〉。第參篇則是對於2005年及2009年的「修法要點評析」。第肆篇「判解評析」，從總則到分則，理論到運用，嘗試掌握近年的重大刑法議題。本篇收錄三篇新作，分別是〈故意或過失的指標判決——最高法院九十二年台上字第四五〇七號刑事判決評析〉、〈客觀歸責理論對實務判斷因果關係的影響——兼評最高法院九十六年度台上字第五九九二號判決〉及〈酒測〇·九一毫克竟也無罪——評台灣高等法院九十九年度交上易字第二四六號判決〉。第伍篇「實例講座」，增添〈樂極生悲——過失的不純正不作為犯〉，幫助學子能透過實例論述，從艱澀的理論中，感受學習刑法趣味。

除了收錄新文章之外，本書也針對既有內容，諸如實務見解、格式編排、疑字疏漏等一併更新改正。希望本書能夠與時俱進，掌握最新的刑法脈動。

本次改版，要特別感謝元照出版公司全力促成。我的研究助理東海大學法研所博士王紀軒講師、法研所博士生韓政道、碩士生陳旻甫的細心校正，使改版得以順利進展，特申謝忱。

張麗卿

寫於高大法學院

二〇一二年九月

再 序

新刑法上路後，我持續關注與司法精神醫學有關的實務運作情形，因此，我在這一版增加了〈精神障礙或其他心智缺陷之認定〉、〈精神障礙犯罪者之犯罪〉、〈無期待可能性〉等三篇文章；此外，由於連續犯與牽連犯廢除後的法律適用，無論學說與實務都仍在發展當中，〈牽連轉想像與牽連轉包括〉一文，期能略盡棉薄之力，提供參考。

除了增加上述的章節，也針對本書原有章節的內容，配合近來學說與實務進行修改，希望藉此使本書在論理上更為清晰明瞭，以達到刑法「輕鬆學習、深入掌握」的目的。我的助理，東海大學助教林芳瑜、法律研究所博士生王紀軒、碩士生韓政道、劉蕙綺協助幫忙校正，提供寶貴資料，備極辛勞，特此致謝。

張麗卿

序於東海研究室

二〇〇八年八月

原 序

我出版過幾本專論與教科書，但這是我第一本刑法的論文集。收在這本集子中的文章都是與本書主題有關，為我個人大致肯定且曾發表過的作品。這些文章討論的問題，有犯罪論與刑罰論，也有各罪論，皆屬於刑法的基礎問題。

犯罪論的文章包括：責任能力與精神障礙、心神喪失與精神鑑定、原因自由行為、都是瓦斯外洩惹的禍、樂極生悲、禍從天降。「心神喪失與精神鑑定」是對於法院判決意見的評論。「都是瓦斯外洩惹的禍」是我對於2002年司法官特考題目的分析解答，這個題目是我出的。

刑罰論的文章包括：褫奪公權制度之研究、連續犯的規定應否廢除、假釋制度之回顧與展望、刑法時效制度之回顧與展望。刑法修正草案雖然已將連續犯刪除，即使通過立法，連續犯的問題仍有研究的必要。褫奪公權與時效制度，是刑罰論當中很受忽略卻異常重要的兩個主題，我用了很多心力撰寫這兩篇文章。

各罪論的文章當中，「廢弛職務致釀災害的客觀歸責」是針對1995年台中威爾康餐廳火災造成64人死亡的意見，對於實務判決發生相當影響；「酗酒駕車在交通往來中的抽象危險」一文，影響了高等法院對於台北地院關於酗酒駕車的判決。其他文章：竊盜與搶奪的界線、無權使用或竊佔、機器與詐欺、強盜罪與詐欺罪的難題、故意曝光大峽谷底片，都是經常發生的財產犯罪問題。

本書取名為「探索刑法」，是因為我認為自己一直還在探究刑法，不敢認為於問題的回答必然是正確的，而且終將不停地探索下去。我也相信，我們對於很多重要問題的回答都還在摸索，甚至可能有瞎子摸象的意味。

大多數刑法或其他法律問題的回答，當然不會如同瞎子摸象，否則司法裁判豈不變成渾水摸魚。我要強調的只是，對於問題的回答很難得是絕對的，回答能否令人信服，只有看回答的本身是否詳盡合理，是否值得反覆推敲。回答問題的人是否佔據矚目的位置，不能代表答案本身的價值。

我的許多文章發表之前，曾與東海大學法律系所的學生討論，有時他們會給我一些建議，我也可能因此在內容上略做更動。這些學生有些是法官、律師或大多通過司法考試，仍然很敬業地與我一起探索刑法的基礎問題。在這裡我要對他們表示感謝，他們是：陳淑芳法官、陳蕙姍法官、劉清彬律師、張右人律師、詹東益書記官、林芳瑜助教、曾禾里助教、姜宜泰同學。

張麗卿

序於東海研究室

二〇〇三年七月

目 錄

第壹篇 犯罪論

第一章 廢弛職務致釀災害的客觀歸責

壹、前 言.....	5
貳、廢弛職務致釀災害的構成要件.....	6
一、故意廢弛職務.....	6
二、釀成災害.....	7
三、因果關係.....	7
參、結 論.....	30

第二章 責任能力與精神障礙

壹、前 言.....	33
貳、責任能力之基礎.....	33
參、影響責任能力之生理要素.....	35
一、病理之精神障礙.....	36
二、深度之意識障礙.....	37
三、心智薄弱.....	37
四、其他嚴重之精神反常.....	37
肆、影響責任能力之心理要素.....	38
伍、限制責任能力之爭議.....	40
陸、責任能力之立法方式.....	43
一、生物學之立法方式.....	43
二、心理學之立法方式.....	44
三、混合之立法方式.....	44
柒、與責任能力相關之刑法修正評估.....	45
一、責任能力之立法.....	45

二、原因自由行為之明文化.....	47
三、監護處分.....	49
四、配合第十九條修正之分則規定.....	51
捌、結語.....	52

第三章 原因自由行為

壹、前言.....	55
貳、原因自由行為之意義.....	56
參、原因自由行為之沿革.....	57
肆、原因自由行為之種類.....	58
一、故意的原因自由行為.....	58
二、過失的原因自由行為.....	58
三、新法修正.....	59
伍、原因自由行為之可罰性基礎.....	59
一、例外說（習慣法上的例外）.....	59
二、前置說（構成要件說）.....	60
陸、原因自由行為與酗酒駕車行為.....	61
柒、原因自由行為與麻醉狀態下之違法行為.....	62
捌、結論與建議.....	64

第四章 刑事責任相關之立法修正評估

壹、前言.....	69
貳、不純正不作為犯規定.....	69
一、舊法規定及修正理由.....	69
二、新法規定及適用.....	70
參、禁止錯誤之處理.....	70
一、舊法規定及修正理由.....	71
二、新法規定及適用.....	72
三、能否避免錯誤之判斷.....	73

肆、與責任能力相關之修正	76
一、第十九條規定	77
二、第十九條第三項原因自由行為明文化	84
三、第八十七條監護處分	92
四、配合第十九條之分則修正	97
伍、結 語	98
附件：相關判例可否再行引用	100

第五章 期待可能性在刑法的運用

壹、期待可能性的法理	107
貳、期待可能性的起源及適用範圍	108
一、起 源	108
二、適用範圍	111
參、期待可能性的學說發展與判斷標準	113
一、學說發展	113
二、判斷標準	116
肆、期待可能性在實務的運用	117
一、視為加重注意義務的要素	118
二、視為一般用語的語詞	119
三、視為阻卻罪責的事由	119
四、無期待可能性宜適度援用	121
伍、結 語	123

第六章 台灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難

壹、前 言	129
貳、台灣貪污犯罪的現況與特質	130
一、政府高層涉案	130
二、貪污所得龐大	131
三、刑事追訴無力	132

四、隱密性與犯罪黑數高	135
五、放射性與共犯結構化	136
參、貪污治罪條例的立法特色	137
一、過度強調一般預防的功能	137
二、規範內容與刑法高度重疊	138
三、立法上的特殊設計	140
肆、貪污治罪條例法律適用上的疑難	144
一、違反罪刑明確原則	144
二、違反平等對待原則	148
伍、貪污治罪條例應回歸刑法	151
一、回歸刑法的必要性	151
二、回歸刑法的修法建議	151
陸、結 語	156
附表 貪污治罪條例犯罪類型回歸刑法的修法建議	157

第七章 海峽兩岸有關毒奶事件的法律觀照

壹、前 言	163
貳、毒奶事件的始末及判決	163
參、毒奶事件的制裁規範	166
一、生產銷售偽劣產品罪	166
二、生產銷售有毒有害食品罪	168
三、以危險方法危害公共安全罪	171
肆、台灣食品衛生安全的有關刑法規範	171
一、製造販賣陳列妨害衛生物品罪	172
二、台灣食品衛生管理法第三十四條	173
三、競 合	174
伍、毒奶事件相應的台灣刑法規範	175
一、製造與販賣毒物者	176
二、對食物原料添加毒物的製造者	178

三、使用有毒原料的食品製造業	178
四、廢弛職務與玩忽職守	180
陸、兩岸食品衛生安全相關立法的相互借鑑與省思	184
一、規範結構的密度	184
二、法律效果的程度	185
三、兩岸相關立法的相互借鑑與省思	187
柒、結 語	189

第八章 禁止營業誹謗之研究

壹、前 言	195
貳、禁止營業誹謗之立法例	195
一、美 國	195
二、日 本	196
三、德 國	197
四、小 結	198
參、公平法營業誹謗之禁止	199
一、須為競爭之目的	199
二、損害事業名譽之行爲	201
三、誹謗商品、服務或營業主管	204
四、足以損害他人營業之信譽	205
五、法律效果	206
肆、刑法之誹謗罪	211
一、誹謗罪	211
二、妨害信用罪	212
三、阻卻不罰之事由	213
伍、比較公平法營業誹謗罪與刑法誹謗罪	215
一、行為主體不同	215
二、主觀目的不同	215
三、誹謗內容不同	216
四、法益保護不同	216

陸、公平法營業誹謗罪與刑法誹謗罪之競合	216
一、法條競合與想像競合不同	216
二、公平法與刑法形成想像競合	217
柒、個案評析	218
一、最佳女主角瘦身美容（台北地方法院八十八年度自字 第六四二號判決）	218
二、皇冠租書比較表（板橋地方法院九十二年度自字 第二三四號判決）	220
三、大黑松小倆口牛軋糖（台北地方法院九十三年度自字 第一五號判決）	222
四、倒店貨的音響喇叭（台北地方法院八十八年度易字 第二八九三號判決）	224
五、綜合評釋	226
捌、結 語	226
附件：台灣各地方方法院民國八十八年以後關於以公平法 第二十二條結案判決之分析	227

第貳篇 刑罰論

第一章 連續犯的規定應否廢除

壹、爭點所在	235
貳、出於概括的犯意	235
參、連續為數個同種之行為	236
肆、犯同一之罪名	236
伍、連續犯的處罰	239
陸、結 語	240
柒、新法修正	240

第二章 台灣死刑存廢之現況與解決

壹、前 言	245
貳、台灣死刑制度的現況	245
參、死刑存廢之理論爭執	247
一、死刑留存論	247
二、死刑廢除論	248
肆、溫和漸進逐步廢除死刑的政策	250
一、死刑並不全然違反人道	250
二、大法官解釋死刑並非當然違憲	250
三、以健全配套為前提的廢除死刑	252
伍、結 語	254

第三章 褫奪公權制度之研究

壹、前 言	257
貳、褫奪公權的性質	257
參、比較法上的觀察	258
一、日 本	258
二、德 國	260
三、小 結	264
肆、褫奪公權的刑罰理由	264
伍、我國執行褫奪公權制度的困境	265
一、褫奪公權的內容不當擴張	266
二、其他法規凌駕刑法規定的限制	267
三、裁量褫奪的要件不夠明確	267
四、有期褫奪的執行始點無法掌握	268
五、從刑得否長於主刑迭有爭議	268
六、剝奪職業權背離憲法精神	269

陸、新刑法褫奪公權之修正與評析.....	270
一、修正要點評釋.....	270
二、比較理想的規範設計.....	272
柒、結語.....	275

第四章 假釋制度之回顧與展望

壹、前言.....	281
貳、假釋制度的起源及沿革.....	282
一、近代假釋制度之起源及沿革.....	282
二、我國古代假釋制度之起源.....	283
參、假釋制度的刑罰理論基礎.....	284
一、假釋制度與應報理論的關係.....	285
二、假釋制度與一般預防理論的關係.....	286
三、假釋制度與特別預防理論的關係.....	287
四、假釋制度與綜合理論的關係.....	287
肆、實務執行假釋的實況及評估.....	288
伍、假釋的要件.....	291
一、沿革.....	291
二、評述.....	293
陸、假釋的撤銷.....	302
一、沿革.....	302
二、評述.....	303
柒、假釋之效力.....	307
一、沿革.....	307
二、評述.....	308
捌、執行刑之合併.....	312
一、沿革.....	312
二、評述.....	313
玖、展望（代結語）.....	315

第五章 刑法時效制度之回顧與展望

壹、前 言	321
貳、時效的沿革	322
一、歐陸時效制度的沿革	322
二、我國時效制度的沿革	323
參、時效的學理根據	323
一、痛苦代刑說	324
二、改過遷善說	324
三、證據消滅說	324
四、秩序回復說	325
五、怠於行使說	325
六、小 結	325
肆、時效規定的體例	326
一、實體法性質	327
二、程序法性質	327
三、混合法性質	327
四、小 結	328
伍、追訴權時效的具體討論	328
一、追訴權時效的意義	328
二、追訴權時效的期間	329
三、時效的起算	332
四、追訴權時效的停止	333
五、追訴權時效停止原因的消滅	335
六、追訴權時效的法律效果	335
七、追訴權時效在審判中與偵查中的情形	336
陸、行刑權時效的具體討論	337
一、行刑權時效的意義	337
二、行刑權時效的期間	338
三、行刑權時效的起算	340