

# 案例刑法總則

Case Criminal Law

張捷/編著





# 案例刑法總則

Case Criminal Law

Case Criminal Law

Case Criminal Law

- 導讀—打開刑法的門 / 1
  
- 壹、基本概念 / 7
  - 一、刑法是什麼 / 9
  - 二、刑罰的目的 / 22
  - 三、違法行為與犯罪 / 29
  - 四、罪刑法定原則 / 38
  - 五、刑法的解釋方法 / 44
  
- 貳、犯罪的不同型態 / 51
  - 一、故意犯與過失犯 / 54
  - 二、作為犯與不作為犯 / 59
  - 三、結果犯與行為犯 / 62
  - 四、實害犯與危險犯 / 65
  - 五、繼續犯與狀態犯 / 70
  - 六、一般犯與特別犯、己手犯 / 72
  
- 參、故意作為犯的構成要件 / 77
  - 一、刑法的行為概念 / 80



# 案例刑法總則

Case Criminal Law

Case Criminal Law

Case Criminal Law

- 二、結果犯的因果關係與客觀歸責 / 85
- 三、構成要件故意及其認識錯誤 / 124

## ■ 肆、容許構成要件 / 161

- 一、概說 / 164
- 二、法定的阻卻違法事由 / 166
- 三、得法益持有人的承諾 / 217
- 四、推測承諾 / 220
- 五、義務衝突 / 221
- 六、(正面的)容許構成要件錯誤 / 223

## ■ 伍、罪責 / 227

- 一、概說 / 230
- 二、免責？—原因自由行為 / 238
- 三、不知法律—規範的認識錯誤 / 257

## ■ 陸、其他影響刑罰發動的要件 / 263

## ■ 柒、故意作為犯的未遂 / 271

- 一、故意犯罪行為的不同階段 / 273



## 案例刑法總則

Case Criminal Law

Case Criminal Law

Case Criminal Law

二、不能未遂 / 281

三、中止未遂 / 291

### ■ 捌、故意作為犯的犯罪參與 / 317

一、正犯概念與共犯從屬 / 322

二、間接正犯 / 336

三、共同正犯 / 354

四、共犯－教唆或幫助別人以實現特定構成要件 / 376

五、必要的參與犯 / 405

六、無身分者參與犯罪 / 410

### ■ 玖、過失作為犯 / 417

一、概說 / 419

二、我國實務相關見解 / 428

三、構成要件保護範圍的具體化 / 431

四、業務過失 / 432

五、加重結果犯與過失 / 437

### ■ 拾、不作為犯 / 445

一、概說 / 447



# 案例刑法總則

Case Criminal Law

Case Criminal Law

Case Criminal Law

- 二、違背作為義務的構成要件行為 / 450
- 三、等價的作為義務衝突作為阻卻違法事由 / 463
- 四、不作為的誡命錯誤與罪責 / 467
- 五、不作為與未遂 / 468
- 六、不作為與犯罪參與 / 470

## ■ 拾壹、競合一數罪名的宣告 / 475

- 一、概說 / 477
- 二、何謂「一行為」？ / 482
- 三、法律單數與犯罪單數 / 495
- 四、犯罪複數 / 514

## ■ 拾貳、刑法的效力範圍 / 515

- 一、時間的影響與法律變更 / 517
- 二、地點的意義 / 527
- 三、外國判決的效力 / 539
- 四、刑法總則的適用範圍 / 540

## ■ 拾參、刑罰 / 541

- 一、概說 / 544



# 目錄

Contents

## 案例刑法總則

Case Criminal Law

Case Criminal Law

Case Criminal Law

- 二、易刑處分 / 553
- 三、累犯 / 563
- 四、法定刑的減免 / 565
- 五、法定刑的量定 / 569
- 六、緩刑 / 572
- 七、假釋 / 577
- 八、時效 / 581

### ■ 拾肆、社會防衛措施—保安處分 / 585



Case Criminal Law

Case Criminal Law  
Case Criminal Law

Case Criminal Law

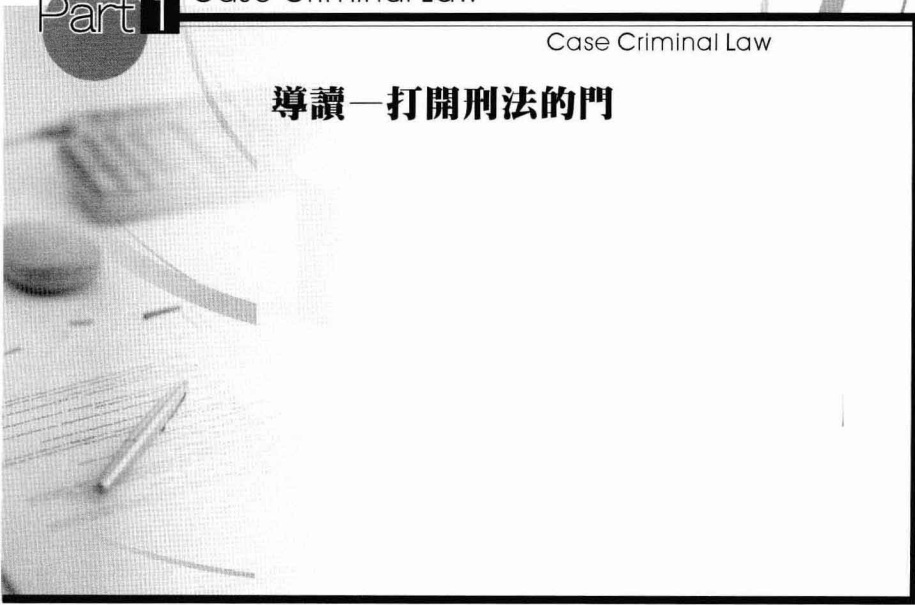
Case Criminal Law  
Case Criminal Law

Case Criminal Law

Part 1

Case Criminal Law

# 導讀—打開刑法的門







## 導讀－打開刑法的門

法律知識通常被認為不可親近。作為大學常規課程的刑法，因為一般人誤以為「它」非常「專業」、令人敬畏的異常複雜，搞不好還想過法律系的學生，從一出生就已經準備好要念法條了，而產生許多執念。法律知識的缺乏親切感，甚至誤把法律人當成法條人，多少與這個知識的本質有關，我們先從一則我讀過的故事談起<sup>1</sup>：

1903年12月17日，在北卡羅來納州一個刮著風的海灘上，在少於一百秒的時間裏，萊特（Wright）兄弟倆證明了一個比空氣重、自行推動的交通工具「能夠飛起來」。這一刻像觸電般的景象具有眾所周知的重大意義。與此同時，人們幾乎立刻爆發出對這項載人飛行新技術的興趣，一大批發明家開始吵吵嚷嚷的在這個基礎上，開始新的發明和創造。

在萊特兄弟發明飛機時，美國的法律認為財產所有人應該不僅擁有土地，也擁有地面以下，低至地核，地面以上，高至無限高的空間。許多年來，學者們困惑於如何詮釋這個從土地延伸到天堂的權利—難道這意謂著你能擁有天上的星辰嗎？你能起訴那些恣意而規律的從空中侵入的鵝嗎？

然後，「飛機」出現，美國法律這項深入傳統、被以往最重要的法學家們所公認的原則，第一次變得重要了。如果我的土地所有權上達天堂，那麼該怎麼對待飛過我土地的聯合航空？我是否有權把它驅逐？

到了1945年，當北卡羅來納的農夫 Thomas Lee 與 Tinie Causby 因為空軍戰機低飛而導致農場雞隻減少，對政府提出了非法侵入他們土地

---

<sup>1</sup> Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, 2004, P.1. Lessig 教授是網路法權威，本書自2004年3月25日推出後，立即引起了網路上巨大的迴響。

的控訴時，變成了聯邦法院的案件。那些飛機當然沒有觸及他們的土地。但如果他們的所有權「及於無限高」的話，那麼政府的確是非法侵入了他們的土地，因此 Causby 兩人要求政府停止這麼做。

最高法院同意受理 Causby 案。國會已經宣布空中航線是屬於公眾的，但如果個人的土地財產真的能夠延伸至天堂的話，那麼國會的聲明足夠算得上因為侵奪財產未做補償而違憲。

法院承認，習慣法把土地所有權延伸到宇宙，是一個古老的學說，但是 Douglas 大法官對古老的學說沒有耐心，僅僅一段話，百年來的財產法即被刪除：現代世界裏，不應存在這樣的學說；正如國會所宣稱的，空中是公眾的交通航線。否則每個跨洲航線的飛行員將面對無數的非法入侵訴訟，這觀點違反常理（Common sense revolts at the idea）。承認這種對空間的私人占有將阻滯這些交通航線，嚴重影響到符合公眾利益的空中交通控制與發展，而且將應屬公眾享有的所有權改變為私人所有。

這就是法律運作的方式。法律系統的特別創造力，即在於能夠與時俱進自我反省；法律在調整的同時，也跟著變化。一個時期曾經堅如磐石的觀念，在另一個時期就灰飛湮滅。或者，至少當變化的對立面沒有強大力量的時候，事情是如此發展的。

這樣，大家對於「法律」的想法，應該已經開始在腦袋裡發酵了。

各位可能是第一次接觸刑法。或者，除了對於殺人、竊盜、放火的基本認識外，第一次為了考試，而學習何謂犯罪。這門學問，雖然偶有哲學的輕盈，在考試的腳下，理應將過多的思緒，讓出來給距離說話。（就是不要想太多，讓腦袋打結；一整天，閱讀進度仍然是零）

刑法主要在處理兩件事：一、人的行為是否構成犯罪？二、如果犯了罪，刑法又該如何反應？由於我們是繼受法的國家，受到德、日的影響極深，故而在是否犯罪的判斷過程中，使用了極多初看之下略帶艱澀的專有名詞。要注意的是：不論是為了做學問或找工作而念法律，「法學」

大抵看起來都是「萬仞群峰」。不過，心態很重要。我們不應該畏其高峻，而倉皇躲開，當然也不應該看個兩眼，就誤以為已經瞭如指掌。我認為，我們所能做的，是尊敬地、在山腳下仰視、勤快地在山道口打聽，簡單說來，就是「知道點」。

以準備考試而言，與其花大把時間，「務求甚解」的隨著名詞或理論起舞，不如快速將整個學科，簡單的讀過一遍，以建立基本體系；同時，與其在課文中找爭點，不如耐著性子把概念爬梳一下，或許更能理解其所以然。這樣，隨著手中武器漸多，自然柳暗花明。

近年的刑法考試，多以「實例題」測試考生對於基本概念的使用與理解，相較於過往的申論題，顯得更為活潑多變。也因此，考生如何在案例事實中，尋找相關的線索，理解命題者的慧思，就整個作答內容而言，實具有重要性。疑難的處理，靠的往往只是樸素的基本觀念，與其汲汲營營於所謂的「解題技巧」，不如將基礎觀念、法條與實務見解擺在閱讀與思考的中央，或許才是最佳自保之道。所以啦，考古題不僅要看，更要腳踏實地的去作；只有針對考試題目演練，才能掌握考試的難易、考點與趨勢。除此之外，就是重要法條的理解（與背誦），尤其應加強實例題的寫作技巧、學會控制作答時間與篇幅並、留心重要期刊的論文與實務意見。

念法律很辛苦。永遠有讀不完的新書，修改不完的新法，規範與書本之間，成了宿命般無盡的輪迴，加上國考試題掌握在每年不盡相同的典試委員手裡，命題方式難免滿溢「人」的色彩。偏偏總有極少數的同學，真的是極少數，對法律有一種耽溺；看似深入，實則是一種以學說爭點或公式技巧製造的滅頂之災。也因此，不僅答題應「四平八穩」，勿以少數說做為結論，更應掌握爭點與實務見解、留心是否出現體系謬誤<sup>2</sup>，才能應付每一位閱卷者。

---

<sup>2</sup> 如：錯把「防衛過當」看成是合法行為，甚至誤認五歲的小孩無行為能力、不能成立正犯，都是常犯的錯誤；再如：明明行為人已經因為構成要件不該當而不成立犯罪，

比較麻煩的，很大部份是在心理層次。多數人難以承認自己不夠努力、不夠積極、不夠付出，反而老是喜歡找一堆藉口。這是任誰都無能幫忙解決的問題。稍微沈澱一下思緒，即可知我們的生活縮影，幾乎是每天花費巨大的力量，卻只在滿足微小的事物與需求。然而，很多東西，別人不能給我們，只有我們自己可以給自己，比如希望、比如信心、比如勇氣與快樂。一不小心，就會讓種種制度，把我們對生活的感覺徹底瓦解掉。最終剩下的，只有回憶、責任與未來，伴隨他人的欣羨目光，交織在放榜的那個時刻；其餘，似乎都在時間外了。

我的老師教導我，身體，不過是心的反應；老實練功的更進一步，就是要處理根本的心。意會以至於實踐，當中的距離非常遙遠，因此有種種挫敗的可能，當然，也有層層向上的可能。能做的，是勇敢檢視自己的心，檢視自己的憤怒、焦躁、嫉妒、貪住，學習斬斷干擾的種種意念，學習不要太愛自己。勇於面對自己的有限，雖不能得道，但看得見道路，知道路怎麼走。

---

卻還在考卷上像寫八股文般的書寫一段「別無阻卻違法與責任事由」。又如：常見的侵入住宅罪，由於並非結果犯，根本不需檢討因果關係理論，竟仍公式化的陳述：「行為與結果間存在因果關係與客觀可歸責性。」

Case Criminal Law

Case Criminal Law  
Case Criminal Law

Case Criminal Law

Case Criminal Law  
Case Criminal Law

Part 1 Case Criminal Law

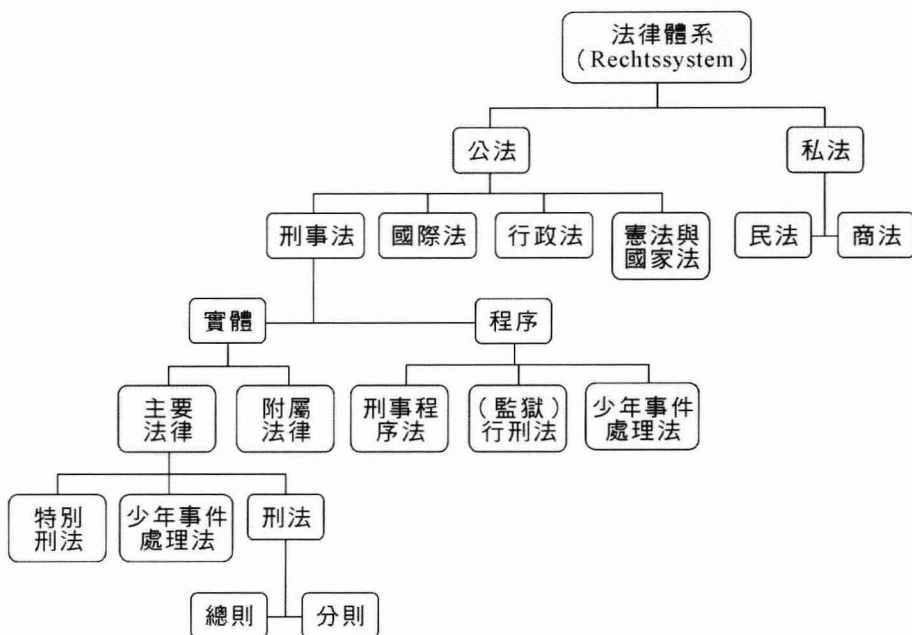
Case Criminal Law

## 壹、基本概念

- 一、刑法是什麼？
- 二、刑罰的目的
- 三、違法行為與犯罪
- 四、罪刑法定原則
- 五、刑法的解釋方法



# 壹、基本概念



## 一、刑法是什麼

由上圖可知，刑法屬於公法的一部分。在切入「刑法」與「公法」的說明前，或許可以先從近代法律的小小歷史，開始談起：

我國現行的基本法律規範，如民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法等，其體例與規範內容大致沿襲民國初年的立法模式。自清末西化以來，不論日本、韓國或我國，均大量自歐洲，尤其法國與德國，繼受法律制度；我國亦隨著國民政府播遷，幾近全盤移植中國大陸時期的法律規範<sup>1</sup>。遷台後，由於過去曾為日本殖民地的歷史與近年與美

<sup>1</sup> 詳細的說明，可參閱黃源盛教授巨著「晚清民國刑事立法史料輯註」、「法律繼受

國的頻繁互動，我們現今的法律體系，已形成不完全等同於被繼受國的特殊法律制度。

應注意的是，我國仍與美、英等國不同，並非以判例法（case law）為主體，而是以成文法（written law）或制定法（statutory law）的方式形成法律制度；不過，由於審級制度、法律適用的安定性與可預見性等要求的緣故，「遵從前例」（stare decisis）仍不約而同的成為普通法系與歐陸法系司法活動中，共通的重要基石。道理很簡單：在審判的案件不斷累積的過程中，制定出來的法律規範早已被附上許多判決，以明確其使用的概念與適用範圍。也因此，就我國而言，最高法院與最高行政法院每年所做的數千則判決，對於下級法院與從事法律活動的人而言，在解釋和適用法律時，不僅具有相當的重要性，其中被最高法院所挑選出來的少數「判例」，實質上更產生莫大的拘束力。這又形成了有趣的現象：所謂「橘逾淮為枳」，中華民國法律透過自身的法律系統運作後，即便法律條文與制度參考自其他國家，在社會環境與政治文化交互作用下，卻已在我國生根茁壯。這就是我們法律的特色。

撇開與法律有關的基礎研究，如法律史、法哲學、法理論與法社會學等，作為成文法國家的我們，還進一步將立法院三讀通過的「法律」，區分為公法與私法兩大領域。公法與私法之間，除了法律規範與適用的差異外，更有其不同的救濟程序及管轄法院；有趣的是，對於何謂公法與私法，念法律的人吵了百年，還是無法清楚予以界分。

簡單（粗糙）的說法是：原則上，公法規範公權力的行使行為和國家與人民間的法律關係；私法不涉及國家，純粹處理私人間的法律關係。公法的領域包括憲法、行政法（含稅法）、國際法與刑法；私法則涵蓋民法、商法與消費者保護法。然而，隨著法治社會的不斷

---

與近代中國法」；概要可見氏著，古今之間一線牽，月旦法學雜誌，第 181 期，頁 306 以下。



成長發展，諸如經濟法、勞動法、公平交易法與智慧財產權法等，到底該劃入哪一邊，即頗費思量。

此外，上面所提到的法律規範，由於都牽涉到權利義務的內容與規整，我們又稱為「實體法」；與此相對，如果法律規範的內容只是一些規則與程序，用以確定或實現實體法，則稱之為「程序法」，如刑事訴訟法、民事訴訟法、行政訴訟法、軍事審判法、仲裁法等，程序的參與者因此得以知曉流程的運作與參與時的權利義務。

再就司法審判體系而言，我國是採取「普通」法院與「行政」法院分立，並且民事、刑事與行政責任分離的基本型態。簡單說，出車禍要打官司，得先看是要告人家過失傷害罪（刑事案件，由普通法院審判）？還是想要人家負擔醫藥費（民事事件，由普通法院審判）？如果是因為土地被徵收，想跟國家討點補償，則屬於行政爭訟，必須由行政法院審理。

詳細點說，在我國，法院還區分為審理民、刑事的「普通」法院與處理行政救濟的「行政」法院<sup>2</sup>，此外，更有其他專門的法院，例如軍事法院、智慧財產法院與少年及家事法院（2010.11.19 三讀），甚至公懲會、律師懲戒委員會等。不同的法院，有其不同的審判程序與法律效果。

不論是哪一種法律爭訟，通常都有「審級」制度的問題。簡單說，除非極端的例外，民事、刑事還是行政訴訟，都不會只提供給人民一次的審判機會而已；透過彼此獨立、不同審級的法院，不管告人的與挨告的，都擁有多次救濟的管道，可以讓同一個案件，經由不同法院的不同法官，再做數次判斷<sup>3</sup>。

<sup>2</sup> 應注意者：交通、國家賠償與選舉訴訟，仍屬普通法院審判喔！

<sup>3</sup> 惟應注意的是，所謂「三級三審」，今日不論於民、刑事還是行政訴訟，實際上都淪為例外，而非原則；由於司法資源的有限性與案件的特殊性等考量，立法者不僅於民、刑事訴訟設計了不少特殊的審判程序，簡化審級；行政訴訟更以「高等行政法院」為第一審，根本沒有「地方行政法院」喔！