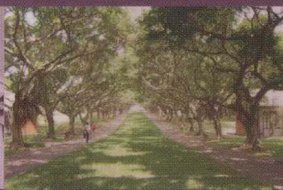


學術論文集

2008年最新版

新刑法探索

The Exploration of New Criminal Law



張麗卿 著



元照出版



新刑法探索

張麗卿 著

元照出版公司

二〇〇八年九月



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 責任能力與精神障礙/3

壹、前言	5
貳、責任能力之基礎	5
參、影響責任能力之生理要素	8
一、病理之精神障礙	10
二、深度之意識障礙	10
三、心智薄弱	11
四、其他嚴重之精神反常	11
肆、影響責任能力之心理要素	13
伍、限制責任能力之爭議	16
陸、責任能力之立法方式	19
一、生物學之立法方式	19
二、心理學之立法方式	20
三、混合之立法方式	21
柒、與責任能力相關之刑法修正評估	23
一、責任能力之立法	23
二、原因自由行為之明文文化	26
三、監護處分	28
四、配合第十九條修正之分則規定	30
捌、結語	32

第二章 原因自由行為/35

壹、前言	37
貳、原因自由行為之意義	39
參、原因自由行為之沿革	40
肆、原因自由行為之種類	41
一、故意的原因自由行為	41
二、過失的原因自由行為	42
三、新法修正	42
伍、原因自由行為之可罰性基礎	43
一、例外說（習慣法上的例外）	43
二、前置說（構成要件說）	44
陸、原因自由行為與酗酒駕車行為	46
柒、原因自由行為與麻醉狀態下之違法行為	48
捌、結論與建議	51

第三章 刑事責任相關之立法修正評估/53

壹、前言	57
貳、不純正不作為犯規定	58
一、舊法規定及修正理由	58
二、新法規定及適用	58
參、禁止錯誤之處理	59
一、舊法規定及修正理由	60
二、新法規定及適用	61
三、能否避免錯誤之判斷	63
肆、與責任能力相關之修正	67
一、第十九條規定	68
二、第十九條第三項原因自由行為明文化	80

三、第八十七條監護處分-----	92
四、配合第十九條之分則修正-----	99
伍、結語-----	100

第四章 精神障礙或其他心智缺陷之認定/109

壹、前言-----	111
貳、精神障礙或其他心智缺陷之症狀-----	112
一、儀表障礙-----	114
二、態度與意識的障礙-----	114
三、定向感障礙-----	115
四、注意力、知覺與情感障礙-----	116
五、語言、智能與記憶障礙-----	116
六、病識感障礙-----	117
七、人格障礙-----	118
八、慾望障礙-----	119
九、思考障礙-----	119
參、精神醫學上之認定-----	122
肆、法律學上之認定-----	126
一、精神衛生法第三條-----	126
二、舊刑法第十九條-----	128
三、新刑法第十九條-----	129
伍、結語-----	132

第五章 廢弛職務致釀災害的客觀歸責/135

壹、前言-----	137
貳、廢弛職務致釀災害的構成要件-----	138
一、故意廢弛職務-----	139

二、釀成災害-----	140
三、因果關係-----	140
參、結論-----	174

第貳篇 刑罰論

第一章 褫奪公權制度之研究/179

壹、前言-----	183
貳、褫奪公權的性質-----	184
參、比較法上的觀察-----	184
一、日本-----	185
二、德國-----	188
三、小結-----	194
肆、褫奪公權的刑罰理由-----	195
伍、我國執行褫奪公權制度的困境-----	196
一、褫奪公權的內容不當擴張-----	197
二、其他法規凌駕刑法規定的限制-----	198
三、裁量褫奪的要件不夠明確-----	199
四、有期褫奪的執行始點無法掌握-----	200
五、從刑得否長於主刑迭有爭議-----	201
六、剝奪職業權背離憲法精神-----	202
陸、新刑法褫奪公權之修正與評析-----	203
一、修正要點評釋-----	204
二、比較理想的規範設計-----	207
柒、結語-----	211

第二章 連續犯的規定應否廢除/213

壹、爭點所在	215
貳、出於概括的犯意	215
參、連續為數個同種之行為	217
肆、犯同一之罪名	217
伍、連續犯的處罰	221
陸、結語	222
柒、新法修正	223

第三章 假釋制度之回顧與展望/225

壹、前言	229
貳、假釋制度的起源及沿革	230
一、近代假釋制度之起源及沿革	230
二、我國古代假釋制度之起源	232
參、假釋制度的刑罰理論基礎	234
一、假釋制度與應報理論的關係	235
二、假釋制度與一般預防理論的關係	236
三、假釋制度與特別預防理論的關係	237
四、假釋制度與綜合理論的關係	238
肆、實務執行假釋的實況及評估	240
伍、假釋的要件	243
一、沿革	243
二、評述	247
陸、假釋的撤銷	260
一、沿革	260
二、評述	262
柒、假釋之效力	269

一、沿革	269
二、評述	271
捌、執行刑之合併	276
一、沿革	276
二、評述	278
玖、展望（代結語）	281

第四章 刑法時效制度之回顧與展望/283

壹、前言	287
貳、時效的沿革	288
一、歐陸時效制度的沿革	288
二、我國時效制度的沿革	289
參、時效的學理根據	290
一、痛苦代刑說	291
二、改過遷善說	292
三、證據消滅說	292
四、秩序回復說	292
五、怠於行使說	293
六、小結	293
肆、時效規定的體例	295
一、實體法性質	296
二、程序法性質	296
三、混合法性質	297
四、小結	297
伍、追訴權時效的具體討論	298
一、追訴權時效的意義	298
二、追訴權時效的期間	299

三、時效的起算-----	304
四、追訴權時效的停止-----	305
五、追訴權時效停止原因的消滅-----	308
六、追訴權時效的法律效果-----	309
七、追訴權時效在審判中與偵查中的情形-----	310
陸、行刑權時效的具體討論-----	312
一、行刑權時效的意義-----	312
二、行刑權時效的期間-----	312
三、行刑權時效的起算-----	315
四、行刑權時效的停止-----	316
五、行刑權時效的法律效果-----	317
柒、結語與展望-----	318

第參篇 財產犯罪

第一章 竊盜與搶奪的界線/323

壹、爭點所在-----	325
貳、竊盜罪的構成要件-----	325
一、主觀不法構成要件-----	326
二、客觀不法構成要件-----	327
參、搶奪罪的構成要件-----	329
一、主觀不法構成要件-----	330
二、客觀不法構成要件-----	330
肆、結語-----	331

第二章 無權使用或竊佔/333

壹、前言-----	335
-----------	-----

貳、實務見解的更迭 -----	336
一、不構成竊佔罪 -----	336
二、構成竊佔罪 -----	337
參、無權使用的侵權行為 -----	338
肆、竊佔罪的構成要件 -----	340
一、主觀的不法要素 -----	341
二、須有竊佔的行為 -----	342
三、行為客體必須是他人之不動產 -----	343
伍、結語 -----	344

第三章 機器與詐欺/347

壹、前言 -----	349
貳、詐欺罪的基本架構 -----	349
一、施用詐術 -----	350
二、陷於錯誤 -----	351
三、財產處分 -----	351
四、財產損害 -----	352
參、機器不會陷於錯誤 -----	355
肆、處罰濫用機器的立法建議（代結語） -----	356

第肆篇 判解評析

第一章 心神喪失與精神鑑定/361

壹、案例事實 -----	363
貳、裁判要旨 -----	363
參、判決評析 -----	365
一、心神喪失與罪責能力 -----	365

二、精神鑑定與法院判決的關係	368
肆、建議	369
一、專家參審的可行性	369
二、修正刑法第十九條的規定	371
三、開設「司法精神醫學」之課程	374

第二章 酗酒駕車在交通往來中的抽象危險/377

壹、案例事實	379
貳、裁判要旨	379
一、從罪刑法定原則言	379
二、從刑事證據法則言	381
參、判決評析	382
一、本罪為抽象危險犯	382
二、本罪為繼續犯	387
三、關於「不能安全駕駛」的故意與過失	388
肆、結語	394

第三章 強盜罪與詐欺罪的難題/395

壹、案例事實	397
貳、判決要旨	397
參、判決評析	398
一、強盜罪的不法所有意圖	399
二、機器不能陷於錯誤	408
肆、結語	411

第伍篇 實例講座

第一章 都是瓦斯外洩惹的禍/417

壹、前言	419
貳、降低風險的行為	419
參、推測的承諾	420
肆、假象避難	421
一、二階論	422
二、三階論	423
伍、結語	425

第二章 精神障礙犯罪者之犯罪/427

壹、爭點	429
貳、責任能力之修正	429
一、舊法規定及修正理由	430
二、新法規定及適用	432
參、連續犯與接續犯	435
肆、重傷之定義	436
伍、結語	437

第三章 樂極生悲/439

壹、前言	441
貳、構成要件該當性	441
一、構成要件結果之實現	441
二、不為期待的行為	442
三、作為的可能性	442
四、因果關係與客觀歸責	443

五、保證人地位-----	444
六、不作為必須與作為等價-----	444
七、客觀注意義務的違反與客觀預見可能性-----	445
參、違法性與罪責-----	446
肆、結語-----	446

第四章 無法避免的禁止錯誤/447

壹、前言-----	449
貳、禁止錯誤之意義與種類-----	450
一、直接禁止錯誤-----	451
二、間接禁止錯誤-----	451
參、舊法規定及修正理由-----	452
肆、新法規定及適用-----	453
一、符合刑事責任法理-----	453
二、涵蓋消極的違法性錯誤-----	454
三、「舊法」過渡至「新法」適用上之不同結果-----	455
伍、能否避免錯誤之判斷-----	455
一、無法避免的禁止錯誤-----	456
二、可以避免的禁止錯誤-----	457
陸、結語-----	459

第五章 禍從天降/461

壹、前言-----	463
貳、原因自由行為-----	463
一、原因自由行為的種類-----	464
二、原因自由行為的可罰性基礎-----	465
參、麻醉狀態下的違法行為-----	466