

司法三四等 • 高考考試用書

刑法經典題型研析

本書為依照考選部之命題大綱編輯之考試指導用書

凌志 編著

Criminal Law Criminal Law Criminal Law



博明

中国政法大学刑事司法学院刑法研究所

刑法经典问题研究

中国政法大学刑事司法学院刑法研究所 刑法研究所 刑法研究所

刑法 刑法



司法三四等 • 高考考試用書

刑法經典題型研析

本書為依照考選部之命題大綱編輯之考試指導用書

凌志 編著

Criminal Law Criminal Law Criminal Law



刑法經典題型研析

編著者：凌志

出版者：博明文化出版社

總 經 銷：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市大安區和平東路2段339號9樓

電 話：2700-1808

傳 真：2705-9080

郵政劃撥：19889774

戶 名：新學林出版股份有限公司

2009 年 3 月初版

建議售價：350 元

著作權所有・翻印必究

ISBN 978-986-80717-8-0

如何使用本書

- 一、本書爲了使讀者能夠迅速建立起刑法的整體概念，在編排上會在每個章節前先就最重要的觀念作一個要點式的整理。再擷選相關的實例題，作爲檢驗重點觀念是否已經完全明瞭的教材，並在其後提供參考的解答，以訓練讀者解答實例題的功力，在準備國家考試及學習刑法的過程中，能夠對刑法有更具體的理解。
- 二、其次，我將使用本書的讀者預設爲對於刑法總則已有初步基礎，所以其中甚多的問題跨越了不同章節，畢竟國考時除了單純的申論題以外，很少有題目是只針對單一概念提問的。不過，如果是初學的讀者，我會建議一邊閱讀基本教材，一邊閱讀本書，因爲本書的整體架構有助於你迅速建立起刑法體系，使你更快進入刑法的領域。特別是本書一開始即就犯罪三階論作一白話文的解說，這有助於讀者理解三階論的由來及其基本的操作原則。
- 三、如果讀者因爲準備的時間不夠，無暇再去讀教科書或坊間重點整理的書，或者找不到適合份量的書作爲考前複習之用，可直接閱讀本書，本書於例題解析前均有整理該章節的要點，且於內文中就相關聯的部分作了指示，請各位讀者按照本書之編排順序使用本書，並確實依指示翻閱有關的部分閱讀，相信本書一定會使各位刑法的實力大爲提昇。
- 四、當然沒有一本書可以含蓋所有的爭議問題，所以我寫本書的目標是希望讀者能從中學到解題的方法以及體系化的刑法觀念，讀者如果可以懂得這些方法及概念，日後在面對國考時，必能以不變應萬變。所以在此要衷心地建議讀者，在閱讀本書時，請不斷地追問自己一個問題——「爲什麼要在這個地方談論這個問題」——這個提問會有助於釐清刑法的體系，也會使本書的功用發揮到最大。

著作權/不容侵犯

下列文字爲著作權法之部分條文，仁人君子敬請自重，凡侵犯著作權者，必依法究辦。

《著作權法》第六章 權利侵害之救濟

●第八十七條

有下列情形之一者，除本法另有規定外，視爲侵害著作權或製版權：

- 一、以侵害著作人名譽之方法利用其著作。
- 二、明知爲侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者。
- 三、輸入未經著作財產權人或製版權人授權重製之重製物或製版物者。
- 四、未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。
- 五、以侵害電腦程式著作財產權之重製物作爲營業之使用者。
- 六、明知爲侵害著作財產權之物而以移轉所有權或出租以外之方式散布者，或明知爲侵害著作財產權之物，意圖散布而公開陳列或持有者。
- 七、未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者。

前項第七款之行爲人，採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，爲具備該款之意圖。

《著作權法》第七章 罰則

●第九十一條

擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。

意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。

以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。

著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。

●第九十二條

擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、編輯、出租之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役、或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。

參考資料

1. 林山田，刑法通論（上），十版，2008.01.01，元照出版有限公司
2. 林山田，刑法通論（下），十版，2008.01.01，元照出版有限公司
3. 林山田，刑法修正總評，初版，2007.05.01，元照出版有限公司
4. 鄭逸哲，法學三段論法下的刑法與刑法基本句型（一）刑法初探，2005.09.01，瑞興圖書
5. 林東茂，刑法綜覽，五版，2007.09.01，一品文化
6. 黃榮堅，基礎刑法學（上）修訂版，2006.09.01，元照出版有限公司
7. 黃榮堅，基礎刑法學（下）修訂版，2006.09.01，元照出版有限公司
8. 黃榮堅，刑法問題與利益思考，2003.10.01，元照出版有限公司
9. 黃榮堅，刑罰的極限，2000.04.01，元照出版有限公司
10. 郭君勳，案例刑法總論，2002.04.01，郭君勳出版
11. 甘添貴，刑法之重要理念，1996.06.01，瑞興圖書
12. 甘添貴，刑法總論講義，瑞興圖書
13. 黃常仁，刑法總論：邏輯分析與體系論證，2001.08.01，黃常仁出版
14. 黃常仁，間接正犯與正犯後正犯，1998.07.01，漢興書局
15. 蔡墩銘，刑法精義，2005.07.01，翰蘆圖書
16. 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，2000.10.01，春風煦日論壇

總則篇

- 第一章 刑法之基礎概念
- 第二章 構成要件
- 第三章 違法性
- 第四章 有責性
- 第五章 不法及罪責以外之處罰條件
- 第六章 不作為犯與過失犯
- 第七章 正犯與共犯
- 第八章 競合論
- 第九章 刑罰論



目 錄



◆總則篇◆

第一章 刑法之基礎概念	1-1
第一節 刑法的基本架構與犯罪評價流程	1-2
第二節 罪刑法定原則	1-13
第二章 構成要件	2-1
第一節 構成要件要素之相關問題	2-2
專題(一)：因果關係之類型及其法律效果	2-20
專題(二)：客觀歸責理論	2-22
第二節 構成要件錯誤	2-27
第三節 反面構成要件錯誤 — 未遂理論	2-39
第三章 違法性	3-1
專題(三)：容許構成要件錯誤	3-32
第四章 罪責性	4-1
專題(四)：包攝錯誤	4-20
第五章 不法及罪責以外之處罰條件	5-1
第六章 不作為犯與過失犯	6-1
專題(五)：過失之類型	6-15
第七章 正犯與共犯	7-1
第一節 正犯與共犯之區別與間接正犯	7-2
第二節 共同正犯	7-14
第三節 教唆犯與幫助犯	7-26
專題(六)：共犯相關名詞解說	7-34
第四節 特別犯與共犯	7-37

第八章 競合論	8-1
---------------	-----

專題(七)：傳統學說及實務上所採用之罪數論	8-20
-----------------------------	------

第九章 刑罰論	9-1
---------------	-----

◆分則篇◆

第十章 國家法益	10-1
----------------	------

第十一章 社會法益	11-1
-----------------	------

第十二章 人格法益	12-1
-----------------	------

第十三章 財產法益	13-1
-----------------	------

專題(八)：不法所有意圖之相關問題	13-40
-------------------------	-------



第一章

刑法之基礎概念

關鍵解析

第一節 刑法的基本架構與犯罪評價流程

壹、刑法的概念

一、刑法者是規定犯罪之成立要件及法律效果之規範，就此可知：

- (一)刑法係規定犯罪之成立要件之規範—犯罪論
- (二)刑法係規定犯罪之法律效果之規範—刑罰論
- (三)犯罪之成立要件及法律效果須以法律規定—罪刑法定原則

所以從定義中就可推知：罪刑法定原則是刑法最重要的原則，而犯罪論及刑罰論即為刑法的二大學習範圍。

二、犯罪論：犯罪成立要件，亦即如何檢驗是否成立犯罪之理論

(一)三階論：所有犯罪均須經此三階段之檢驗

1. 不法性：檢驗行為人之行為。包括：

- (1)構成要件該當性。
- (2)違法性。

2. 罪責性：檢驗行為與行為人之關聯

(二)不法及罪責以外之可罰性要件：特別檢驗要件，並非所有犯罪均須經此一階段。包括：

- 1. 客觀處罰條件。
- 2. 個人阻卻或解除刑罰事由。

三、刑罰論：經檢驗成立犯罪後，應如何賦予法律效果之理論

(一)類型一「刑罰」：以制裁、威嚇為目的，源自於應報理論、一般預防理論

1. 主刑：

(1)生命刑：死刑。

(2)自由刑：無期徒刑、有期徒刑、拘役。

(3)財產刑：罰金。

2. 從刑：

(1)沒收。

(2)褫奪公權。

(3)追徵、追繳或抵償。

(二)類型二「保安處分」：以矯治、處罰為目的，源自於特別預防理論

1. 感化教育：未滿 14 歲、未滿 18 歲（§ 86）

2. 監護：§ 19 因精神障礙致全無或顯著減低之辨識能力及控制能力者，有再犯或危害公安之虞者（§ 87）

3. 禁戒：施用毒品成癮（§ 88）、酗酒犯罪有再犯之虞（§ 89）

4. 強制工作：慣犯、遊蕩、懶惰成習（§ 90）

5. 強制治療：傳染花柳病、妨害性自主、風化（§ 91、§ 91-1）

6. 保護管束：代替上述 1~4、緩刑、假釋（§ 92、§ 93）

7. 驅逐出境：外國人受有期徒刑

(三)五項常考的重要制度：

1. 累犯

2. 緩刑

3. 假釋

4. 自首

5. 保安處分

上述此五項制度偏重於記憶，其要點為法條、成立要件、法律效果，本書是著重於實例考題的訓練，故此部分請各位讀者自行參閱法條或相關書籍。

貳、犯罪三階論簡介

當我們日常生活中發生某件足以撼動你對法律秩序信賴的事實時，我們對於這個創傷也許沒有能力讓它復原，但我們一定要找出這個創傷

的始作俑者，對他加以處罰，至少它多少撫平我們的不平，並可使那些蠢蠢欲動想效法製造創傷的人獲得警惕，而放棄行動的念頭。這就是「刑罰理論」中最原始的目的論—報應理論、一般預防理論。但在發揮刑罰的目的之前，我們必先搞清楚那個人是不是真的犯了罪，也就是說，那個人的所作所為是不是真的符合某一條刑法法規的規定，而可以判斷為犯人。這時就牽涉到在「法治」理念下，我們應該設計出一套客觀、公正檢驗模式，來判斷那個人的行為是不是真的該動用刑罰來處罰，而不是憑著我們的法律感情、道德情操，甚至是意氣用事來判斷對或不對，因為這樣無異流於「人治」，輕視那個人的人權，萬一他真的不應該被處罰，我們不就變成另一個社會創傷的始作俑者。

承上所述，判斷犯罪之「三階論」就是所謂的檢驗模式。各個階段分別擔任不同的任務：

(一)構成要件該當性：

1. 在第一階段我們先看立法者所選擇了哪些事情，認為該用刑罰來處罰做這件事的人。也就是說我們必翻開六法全書中刑法的規定（即刑法分則，刑法 § 100~ § 363）看看哪些事情是所謂的「犯罪」，其次再看看這個足以撼動你對法律秩序信賴的事實，是不是符合刑法中某一條條文的規定，此即在進行「構成要件該當性」的檢驗。
2. 可是刑法的規定通常是使用抽象的文字，而且常常有意無意的省略一些文字，所以這時候我們必須先正確的掌握刑法條文的意義，我們才能知道生活中所發生的事件，是不是符合刑法的規定。
3. 如果知道這個事實的確符合刑法規定，那它就是具備了「構成要件該當性」了，也就是說，此行為人的行為是屬於刑法所要禁止的行為，亦即法益侵害的行為。但必須特別說明的是，在這階段中，我們只是「很表面」、「很客觀」、「很機械化」的看一看這個事實「有沒有」符合刑法的規定。講得有學問一點：「視行為人之「行為」是否該當犯罪之不法構成要件」，而沒有滲入任何價值判斷的成分。也就是說，我們只看該行為表面上是不是符合刑法規

定，至於這個行為「對不對」，「可不可以接受」則是第二階違法性的問題。

(二)違法性：

1. 經過第一階的判斷後，我只做了「行為」與「刑法」之間的比對，如果符合（該當）了刑法的規定，那表示這個行為是刑法這一部法律所要禁止的行為，但是我們法律不只刑法一部，有可能此一行為雖然是刑法所禁止的，但卻是其他法律或其他法理所容許的，這時候如果仍一意地要處罰行為人，將使人民無所適從，所以我們還要再檢驗這樣的行為，與「整體法規範之價值觀有無對立衝突」，如果真的有其他法律或法理容許行為人為此一行為，那就應該認為不應處罰，學說稱此為「阻卻違法」。
2. 至於什麼叫做「整體法規範之價值觀」？簡單講，就是我們用我們的價值觀（綜合所有法律規定及法理而成的價值觀）來判斷這樣的行為到底「對不對」、「可不可以接受」，我們要看的是該行為的實質，而不只是形式，也就是說，這裡需要用的是「價值判斷」。當然，在大部分案例，通過第一階的判斷後，會「推定具有違法性」，也就是說，一個行為既然符合刑法的規定了（第一階），那它大多是「不對的」、「我們不能容許的」（第二階）；再講簡單一點，宇宙萬物通常是「表裡一致」，所以在第二階中我們的重點不是在判斷具備哪些要素時就有違法性，（因為已經被推定具違法性了）而是要找哪些情形下，不具備違法性，也就是要找出「表裡不一致」的情形。此即所謂的「阻卻違法事由」。

(三)罪責性：

1. 在通過上述二階段的判斷後，一個符合刑法規定的行為，且找不到一個我們可以容許他這麼做的理由時（無阻卻違法事由），基本上這就是一個「不法」的「行為」，但是我們是不是可以就此認定這個行為就是「犯罪」？其實，是還不可以的！因為這樣一個行為雖然是不對的。但，做這件事的「人」是不是真的該為這件事情負責？我們是不是能將這個過錯、這個責任全部都推給他去承

擔？是還要討論的，這就是第三階一罪責性的問題。

2. 行為人該不該為他的行為負責，要看的是在當時的情況之下，他有没有能力、有没有可能做出其他決定。如果可能做出其他放棄不法行為的決定，卻仍一意孤行的話，那他就是不對的、不應該的（＝可非難的＝可歸責的＝可被譴責的）；反之，若當時的情況下他沒有能力做出其他決定、或者是沒有辦法做出其他決定的話，我們就不能把責任推給他，要他獨自承受這一切罪過，而是由整個社會來承受、來分擔這個責任。（這就是所謂「期待可能性」或「法律不能強人所難」之觀念）
3. 其次，既然有責性是在判斷「這個人」可不可以承擔這份責任，所以有責性判斷對象就不再是「行為」了，而係「行為人」本身的心智、內在、意思（與上述兩個階段的判斷不同），也就是說我們必須在每一案子中，就「每一個人」來作個別判斷，而沒有一體適用的通用標準。所以相同的一件事情由不同的人來做是可能會有不同結果的。
4. 最後，有責性的判斷標準，也是屬於「價值判斷」的過程，也就是我們須使用我們的道德標準、倫理觀念、社會價值觀來評斷這樣的一個已經不被社會所容忍的行為所導引出來的責任不可歸由行為人來承擔，可不可以「算他不對」。

(四)表解：三階論的基本操作標準，整理如下：

	構成要件該當性	違法性	罪責性
屬性	不法	不法	罪責
判斷對象	行為	行為	行為人
判斷標準	原則上客觀面	原則上客觀面	原則上主觀面
判斷方法	事實認知	價值判斷	價值判斷
簡語	某一行為形式上符合刑法條文的規定	這樣的行為是不對的、天地不容的。	此一行為的責任應該算在行為人身上。

1. 應注意者，表格中判斷標準之所以加上「原則上」三字，乃是因

爲這是「古典犯罪理論」之觀點，而「古典犯罪理論」現已無人採用，而多採「目的犯罪理論」或「新古典犯罪理論」，但此客觀面與主觀面之區別仍具有指標性的作用。

2. 承上所述，因有責性係針對個別「行爲人」之人格特質來判斷是否可歸責，是稱之爲「主觀面」；反之，構成要件該當性、違法性則係以「行爲本身」作爲判斷對象，就此而言，稱之爲「客觀面」，亦言之成理。惟行爲本身即包含了「心素」及「體素」，而所謂的「心素」自從「目的行爲論」出現之後，又已不再只是「單純地有意識」，尙包括爲此行爲的「目的、期望」，所以單就「行爲」本身而言亦可分爲外在的舉止及內在的意思；前者係屬客觀要素，而後者，又可稱爲主觀要素，所以在構成要件及違法性兩階中，亦已不再純然是客觀面了。
3. 大家要瞭解的一點是，刑法中講了很多「主觀」、「客觀」可是它的涵意有不同的內容，在閱讀時，一定要多去運用想像力，去推敲作者的意思。這一點是很重要的。但在這裡可大概說明一下，所謂客觀，大多是指「一般人的觀點」、「外在的現象」；反之，所謂主觀，大多是指「行爲人個人的觀點」、「內在的現象」。

三、綜合分析

- (一)通過第一階構成要件該當性的檢驗，我們可知道行爲人的行爲符合「刑法」的規定，亦即違反禁止或誡命規範，而立法者訂立刑法規範的標準在於法益侵害性，故我們可以知道，通過本階的行爲，至少是一個具有刑法上重要意義的「法益侵害行爲」。
- (二)通過第二階違法性的檢驗，我們可知道這個法益侵害行爲，是沒有正當理由的，是不對的，爲「整體法規範」所無法容許的，所以可以確定這樣的一個行爲是一個「刑事不法行爲」（是一個不對的行爲）
- (三)通過第三階罪責性的檢驗，我們可知道對於該刑事不法行爲，「行爲人」其實是「有能力」拒絕爲此不法的行爲模式，卻未拒絕，這樣