

刑法總則

第一編

- (2)法律效果明確性：係指刑法對於犯罪行為之法律效果的規定須力求明確，科處刑罰或保安處分之種類必須確定，法定刑之高度與低度間之差距不可過大，且不得使用絕對不定期刑之規定。

何謂罪刑法定主義？有何重要原則？又其目的為何？

本題單純考罪刑法定主義及其原則之定義。又罪刑法定主義實為刑法本質最重要內涵與基石，具有普世人權特性的共通原則，故讀者應特別加以理解記憶。

五、刑法之效力

(-)從時間論刑法之效力：【109、108一般警四、106警大二技、103警大二技、102一、二、三類警佐】

1.從舊從輕主義：【109一般警四】

- (1)刑法第2條第1項明白揭示我國為貫徹法律禁止溯及既往之精神，改採「從舊從輕」原則，配合第1條修正為「適用行為時之法律」，並兼採有利行為人之立場。
- (2)依原條文「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律」即學說所謂之「從新原則」，雖長久以來，此原則為實務及學界所認同，然難以與刑法第1條罪刑法定主義契合，而有悖於法律禁止溯及既往之疑慮，爰於民國94年修法將原條文第1項「從新從輕」原則改採「從舊從輕」原則。

2.法律有變更：

- (1)通說認為僅指經立法機關制定之刑罰法律本身之變更而言，故空白刑法中，補充之行政命令變更，非本項之「法律變更」，而無刑法第2條第1項之適用。
- (2)空白刑法：又稱空白構成要件，係指立法者僅規定罪名、法律效果以及部分之犯罪構成要素，至於其他之禁止內容則規定於其他法律或行

政規章。亦即，必須由其他法律或行政規章補充後，方能明確確定可罰之範圍，成為完整構成要件，故空白構成要件本質上為一種有待補充之構成要件。例如違背中立命令罪（刑法 § 117）、違背預防傳染病之法令罪（刑法 § 192 I）、或《懲治走私條例》第2條第1項之走私管制物品罪。此種構成要件所規範之事實，與當時之社會環境具有密切關係，其可罰性之擴張或限縮隨社會需要而定，為符合社會環境之變遷，故需較富彈性之立法，因此，通常授權行政機關參酌實際需要以行政命令補充之。而其補充之行政命令變更，是否屬刑法第2條第1項之法律變更，學說上肯定、否定見解皆有之；惟實務及通說皆採否定說，認補充之行政命令變更，僅係事實變更，非屬法律變更。

3. 裁判時之法律：所謂「裁判」，指各級法院之裁判，即係第一、二、三審法院之裁判而言，包括再審。而非非常上訴以糾正原確定判決適用法令錯誤為目的，法院僅得適用原確定判決所適用之舊法加以糾正之，亦即，非常上訴應以「裁判確定當時所適用之法律」為準來審查是否違背法令，故法律變更非提起非常上訴之理由。縱以其他理由提起非常上訴，經法院將原判決撤銷加以糾正時，適逢法律變更，法院亦僅得依「確定判決之時所適用之法律」加以糾正。

(二)從空間論刑法之效力：【108、105、104警佐】

1. 立法例如下：

- (1) 屬人主義：本國人民犯罪，不論犯罪地為何，均適用之。
- (2) 屬地主義：凡在本國領域內犯罪，不論行為人國籍為何，均適用之。
- (3) 保護主義：即以本國或本國人民法益為準。凡對本國或本國人民法益有所侵犯時，即須處罰，不論行為人之國籍、犯罪地為何。又分為：
 - ① 國家保護原則。
 - ② 國民保護原則。
- (4) 世界主義：係出於世界法秩序整體性之觀點，認為凡屬犯罪，不問行為人之國籍、犯罪地，亦不論犯罪侵害何種法益，任何文明國家之刑法均有適用效力。故針對部分犯罪類型，基於各國共同利益之保護，依據普遍管轄原則，無論行為人之國籍、犯罪地在何國、何國之法益直接受到侵害，世界各國均可對之行使刑事管轄權。

2.我國刑法規定：【102警大二技、108、101一類警佐】

- (1)刑法第3條、刑法第4條，為「屬地主義」。
- (2)刑法第6條、刑法第7條，為「屬人主義」。其中，刑法第6條係公務員之屬人主義；刑法第7條係一般國民之屬人主義。
- (3)刑法第5條第1款至第3款、第5款至第7款為保護本國之國家法益（整體法益）、刑法第8條為保護本國人民之法益（個人法益），為「保護主義」。
- (4)刑法第5條第4款、第8款至第10款為「世界主義」。
- (5)我國刑法關於地之適用效力：
 - ①主要係採屬地主義（領土主義），並適用於國內之犯罪。亦即，國家對於所有在其領域管轄範圍內發生之犯罪行為，不論行為人或被害人之國籍、犯罪之種類、侵害何種法益，均有刑罰權。
 - ②而在國外發生之犯罪，則適用輔助主義（包括屬人主義、保護主義、世界主義）解決之。

下列何種情形適用我國刑法？

- Ⓐ印尼漁工在我國國籍漁船上殺死越南漁工；Ⓑ我國國民在荷蘭抽大麻；
 Ⓒ我國國民在肯亞犯刑法第 339 條之 4 電信詐欺罪；Ⓓ我國國民在美國被美國人殺死；Ⓔ我國國民在美國殺死美國人。（106 警大二技考題）

關於刑法的效力，尤其舉出實例要求判斷的屬人、屬地主義之相關考題，是歷來常出現題目類別之一。此種題目類型的解題關鍵在於掌握本國人、外國人犯罪是否適用我國刑法之基本概念，即刑法第4條至第8條具體條文內容，即可解答。

3.隔地犯：【108警佐】

- (1)意義：犯罪之行為地與結果地在不同處所內者，謂之「隔地犯」。
- (2)學說：
 - ①行為地說：以行為地之法律為依據。



②結果地說：以結果發生地為依據。

③中間效力說：以行為與結果所發生之中間現象或中間結果地之法律適用之。

④折衷說：行為地與結果地之法律，均可適用之。

(3)我國刑法第4條，實務¹採折衷說。

4.外國法院裁判之效力：對於同一犯罪行為，若在外國已受外國司法機關裁判確定並處罰，本國法院應如何處理？學說上有「複勘原則」與「終結原則」：

(1)複勘原則²：我國刑法第9條採之。實務認為外國裁判係基於外國司法權之作用，與本國主權不相容，充其量僅能將外國裁判當作一種事實狀態，而不能認為具有法律效力。然而，若對外國判決均不予理會，亦有所不當。因此，承認外國裁判多少具有參考作用，得在本國法院裁判時加以複勘，若該案件已在外國受刑之一部或全部執行時，容許法官決定是否併入計算，故又稱「併算原則」。

亦即，外國裁判至多僅可作為本國法官判決時刑罰裁量之依據，非承認其效力。

(2)終結原則：若同一犯罪行為已經外國裁判確定，無論判決內容係有罪、無罪、免訴、不受理，亦不問已否執行或赦免，本國法院均依一事不再理之原則，不再予以處罰。依現行各國情形，多認一事不再理之原則僅適用於本國法院之判決，甚少國家採用終結原則。

5.刑法人之效力：此部分為前述地之適用效力之例外（限縮）：因刑法關於地之效力，係採屬地原則為主要原則，故凡在本國領域內犯罪者，不問係本國人、外國人或無國籍者，均適用我國刑法處斷，此即刑法關於人之效力之原則。但此原則在國內法與國際法上有下列例外：

(1)原則：刑法第3條規定：「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之。」此即刑法對人效力之原則。亦即，刑法對於在本國領域內犯罪之人，不問其國籍為何，均有適用效力。

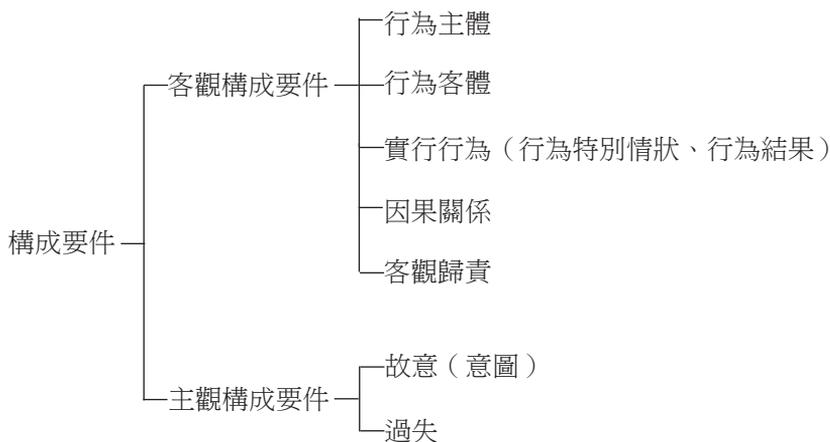
1 參〈最高法院72年台上字第5894號判例〉。

2 參〈最高法院94年度台上字第6074號判決〉。

2. 規範性的構成要件要素：必須輔以價值補充的構成要件要素，需待以司法者的價值判斷方能確定其內涵。例如義憤殺人罪（刑法 § 273 I）的「義憤」、公然侮辱罪（刑法 § 309 I）的「公然」、「侮辱」等。雖規範性的要素需價值判斷涉入，具有較大空間，但不因此動搖法定性。原因在於司法者之價值判斷不能背離社會大眾的價值標準信念、亦要避免脫離生活經驗。

(三) 構成要件架構圖：

構成要件在犯罪三階層理論裡可分為客觀構成要件與主觀構成要件，其詳細表列架構如下：



二、客觀構成要件

凡用以描述客觀可見的犯罪事實情狀的構成要件，即為客觀構成要件¹⁴。客觀構成要件以實行行為為核心，涵蓋了行為主體、行為客體、行為特別情狀、行為結果、因果關係、客觀歸責。

(一) 行為主體：

1. 行為主體以自然人為限：犯罪乃人之行為，故犯罪之主體為人。人有自然人及法人之分，刑法中未明定犯罪主體以自然人為限，但法人為一組織體，其並無可為實際行為之本體，而須假手於自然人，故法人原則上不得為刑罰對象，自不能為犯罪之主體，而犯罪主體自以自然人為

14 參林山田著，2005，《刑法通論（上）》，自版，頁265。

限¹⁵。

在刑法上，有一般人皆可實行的犯罪類型，亦有限定需要特定身分才能實行的犯罪型態。前者稱為一般犯；後者稱為身分犯。身分犯又可分為純正身分犯與不純正身分犯。

2. **法人犯罪**：因法人日益增多，對於公司企業為媒介損及他人之行為，公司是否成為犯罪之主體？依多數大陸法系國家刑法，公司不能自主意思表示，並非犯罪之主體¹⁶。但現行法上，經濟、財政等附屬刑法之法規，設有處罰法人之規定者，是為例外。例如《證券交易法》第179條、《公平交易法》第37條屬之。

(二)行為客體：

行為客體是指行為所侵害或攻擊的具體對象。若以侵害客體的角度，可簡單地理解為被害人或是被害客體，例如在殺人刑案中的死者、或是毀損物品行為中被損壞之物。

而在行為當中，除了客觀可見的具體對象受到侵害外，尚有不可見的法益受到攻擊。所謂的法益，為個人或社會公共的生活利益。也就是在法治社會中，人類利用法律來保護的社會秩序與抽象價值，依其種類不同，有個人法益、社會法益及國家法益等三種。法益亦可視為不法構成要件之保護客體，而與行為客體有所區分，例如殺人罪中保護客體為生命法益，而行為客體則為特定的人；或是妨礙公務罪中保護客體為國家主權行為（國家法益），行為客體則是執行職務的公務員¹⁷。

(三)實行行為（行為特別情狀、行為結果）：

實行行為即為構成要件行為本身（非同於前述刑法上行為的概念），是客觀構成要件的核心。一般的構成要件並不特別要求行為為手段，例如普通殺人罪（刑法§271）。但亦有構成要件須以特定的方式滿足，例如普通詐欺罪（刑法§339）必須以「詐術」犯之。

15 參〈最高法院54年台上字第1894號判例〉：「法人為刑事被告，除有明文規定外，在實體法上不認其有犯罪能力……」。

16 參林東茂著，2012，《刑法綜覽》，一品，頁1-73；黃翰義著，2012，《案例刑法講義》，新學林，頁47。

17 參林山田著，2005，《刑法通論（上）》，自版，頁266。

實務見解

〈最高法院76年台上字第192號判例〉要旨：

刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立。所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。

(五)客觀歸責：【102、100警大二技】

早期學說並不區別因果關係與客觀歸責兩層次，但自重要性理論出現後，因果之判斷及歸責之判斷被加以區分為兩個層次：將「結果之原因」的層次以條件理論作為主要依據，而「結果之歸責」的部分則另外處理。其實，前述之「相當性理論」與「重要性理論」都是在處理歸責層次的問題。

客觀歸責理論是德國學說在這些基礎上衍生出更精緻的價值判斷方式，為該國實務所採，並經由我國德派學者引進國內。

客觀歸責理論係參考相當性理論與重要性理論的觀點，並注入由刑法規範本質所導出的客觀可歸責性概念，所形成之理論，以精確地解決結果的歸責問題。

1.客觀歸責之意義：客觀歸責理論分成三個層次：

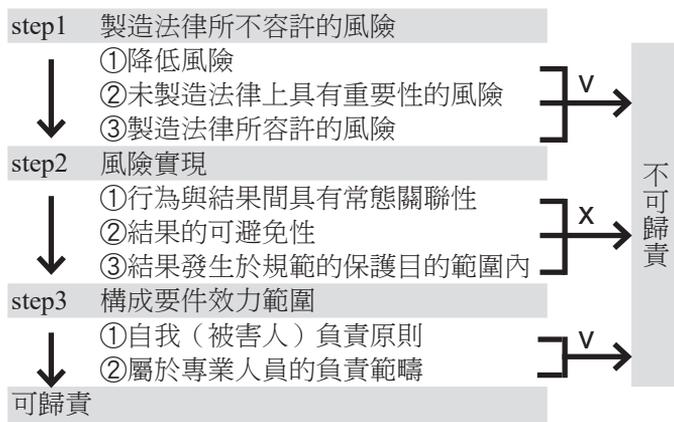
第一，行為是否製造不被容許的危險？

第二，危險行為是否在因果流程的常態上導致結果發生？

第三，因果流程是否在構成要件的效力範疇內？

唯有行為人的行為對於行為客體製造（提升）了一個法律所不容許的風險，並且該風險在具體事件歷程中實現，而導致構成要件結果的發生，則結果始可歸責於行為人。

客觀歸責理論檢驗流程



(1)製造法律所不容許的風險：行為人的行為必須製造法律所不容許的風險。但下列3種情況，則有可能排除結果的歸責：

- ①**降低風險**：行為人對於被害人既存的風險，從事降低風險的行為，使行為客體所處的狀況獲得改善，如此，行為人的行為即可排除結果的歸責。
- ②**未製造法律上具有重要性的風險**：行為人之行為雖與結果間具有因果關係，但該行為為係屬日常生活上之行為，並未逾越社會所容許之界限，那麼，行為人並未製造法律上具有重要性的風險，即使結果發生，亦不得歸責於行為人。
- ③**製造法律所容許的風險**：行為人已製造出法律上具有重要性的風險，但該風險卻是法律所容許之風險，那麼，行為人的行為即可排除結果歸責。例如行為人遵守交通規則而仍然發生交通意外時，能主張信賴原則而排除客觀歸責。

(2)風險實現：行為人製造了一個法律所不容許的風險，且該風險已實現，導致結果發生，則該結果即可歸責於行為人；風險實現須具備下列三要件：

- ①**行為與結果間具有常態關聯性**：即行為與結果之間沒有產生重大偏異之因果關係。假使結果與危險行為之間非屬常態關聯性，而只是一種不尋常的結合現象，則行為人不必對該行為負責。

甲暗夜持刀追殺乙，企圖置之於死地，揮刀兩次，砍傷乙之手臂。乙驚慌逃命，甲追逐數百公尺，氣力不繼，無法再追。乙慌不擇路奔逃，並不知道甲已經放棄追逐，略一恍神，跌入一處深洞，因跌勢凶猛，頭骨破裂死亡。乙所跌入的深洞，乃因施工人員丙疏忽所致。丙負責修復馬路上自來水管線，將人孔蓋掀開後，忘記復歸原位。問：甲、丙成立何罪？（106 高考考題）

本題考點之一在於：甲持刀追殺之行為與乙恍神跌入洞而死之結果是否具有因果關係？甲是否需負殺人既遂之責任？甲之行為與乙死亡結果依條件理論，具備條件關係，但甲之行為與乙死亡結果兩者間為偏離常軌之偏異因果關係，未具可歸責性。

甲與A因事爭執甚烈，甲突自懷中取出尖刀將A刺成重傷後，急速逃逸。A經路人呼叫救護車送赴醫院急救，惟行經某路口時，因由乙所駕駛之大卡車闖越紅燈，撞及救護車，致當場將A撞斃。試問甲、乙應負何刑責？（94 警特三考題）

本題屬於「反常的因果歷程」類型考題，亦為德國、我國刑法教科書之經典案例。甲拿刀刺A致重傷，使A進而搭上救護車，後救護車出交通意外導致A死亡，甲行為與A死亡結果之間具有條件關係，因為甲如果不刺傷A，A便不會搭上救護車後出車禍死亡，為「不可想像其不存在」的條件。然而刺傷人與第三人不遵守交通規則撞擊救護車導致被害人死亡之間非有常態性，只是一種重大的因果偏異，故不能將A死亡結果歸責於甲刺傷A之行為。

概念加強

信賴（保護）原則：

延續前述之客觀歸責理論，行為逾越了「容許危險」的界限，才可能被歸責。信賴原則是客觀歸責理論之中容許危險概念之運用，主要適用於交通事件領域。在交通事件領域上的信賴保護原則，主旨為：「遵守交通規則的駕駛人，能夠信賴其他的用路人也是同樣遵守交通規則地參與道路使用。」凡遵守交通規則仍發生交通意外事故者，即使造成侵害法益的損害結果，法律亦不會將其評價為殺人、傷害或是毀損等行為。在實務上的運用可參見〈最高法院84年台上字第5360號判例〉：「汽車駕駛人對於防止危險發生之相關交通法令之規定，業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，始可信賴他人亦能遵守交通規則並盡同等注意義務。若因此而發生交通事故，方得以信賴原則為由免除過失責任。」但凡原則必有例外，遵守交通規則之駕駛人在特定情況下仍不得主張信賴保護原則：例如發現前方有人車闖紅燈，但尚來得及剎車，則不能繼續行使直接衝撞；或者是依照速限行駛，但注意到前方有幼童、老人甚至是醉漢或心神不寧之人，皆應提高警覺。

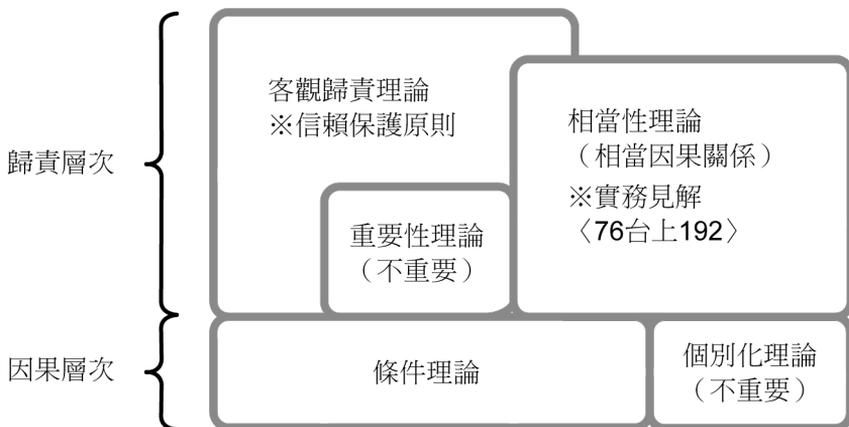
信賴保護原則其實不只用於交通事件領域，在團隊的分工合作的職業活動上亦有適用，尤以醫療或手術工作。例如手術小組中，成員能夠信賴彼此以合醫事程序的方式善盡個人工作職責，若醫師使用了消毒不完善的手術刀進行手術，導致病人感染死亡，則只應對負責消毒之護士咎責，而非醫師；或是在現代生活中的工業設施（例如超高大樓建築、核電廠、煉油廠）或產品（例如藥品、食品、家電）領域，亦有信賴保護原則之適用。立法者立定了相關產業的安全標準，在此標準以內產生的風險，是為法律所容許的；在此標準內發生的法益侵害，不因此對其咎責。例如泡麵或蜜餞的添加物往往有色素、防腐劑，這些添加物無論多寡都對人體有害，但只要合法、不過量、符合商品製造規則，儘管有人長期大量使用而健康受損，生產商也不可被歸責。因為這是在法律所容許的範圍以內的風險。

（註：參林東茂著，2012，《刑法綜覽》，一品，頁1-91。）

概念加強

相當因果關係與客觀歸責：

因果理論這部分是初次學習刑法者，容易感到困惑之處，因各家學說紛呈，有德派、日派學者、實務見解之別。姑且將前文所提及之理論繪以粗略圖像供讀者能簡明了解。



其實相當因果關係與客觀歸責理論處理的是同樣的問題（歸責層次），只是差別在於後者的判斷過程更為細緻化。建議讀者在答一般題目時可採取條件理論+相當因果關係（建議引出〈最高法院76年台上字第192號判例〉字號及內容句子）的答題方式，會較簡單易記、也不易出錯；若使用客觀歸責理論答題者，則建議必須熟悉其理論之操作方式。

另外，客觀歸責理論中的信賴保護原則，亦在我國實務上特定領域（交通事件）的判決行之有年，所以也是需要特別注意的區塊。例如〈最高法院70年度台上字第6963號判決〉：「汽車駕駛人應可信賴參與交通行為之對方，亦將同時為必要之注意，相互為遵守交通秩序之適當行為，而無考慮對方將會有偶發的違反交通規則之不正當行為之義務」；同樣是信賴保護原則的應用，〈最高法院84年台上字第5360號判例〉更指明，只有遵守交通規則者，才有信賴保護原則的適用：「汽車駕駛人對於防止危險發生之相關交通法令之規定，業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，始可信賴他人亦能遵守交通規則並盡同等注意義務。若因此而發生交通事故，方得以信賴原則為由免除過失責任。」

- 3.業務上的正當行為：刑法第22條規定：「業務上之正當行為，不罰。」按業務上的行為在社會一般觀念上認正當之行為，缺少違法性。【109一般警四、108司特四】
- 4.正當防衛行為：刑法第23條規定：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」係認為正當防衛為權利行為，致使加害人發生損害，亦不成立犯罪。【109警佐、109、108司特四】
- 5.緊急避難行為：刑法第24條第1項規定：「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」緊急避難雖為放任行為，因此加害於人，原則上亦不成立犯罪。【108司特四】

(三)超法規的阻卻違法事由：【101警大二技】

- 1.得被害人的承諾或同意。
- 2.推測的承諾。
- 3.義務衝突。

(四)阻卻違法事由架構圖：



三、法定阻卻違法事由

(一) 依法令之行為不罰：【101一般警三】

此阻卻違法事由，係基於法秩序一致性而來。其他法律允許的事情，刑法便不會禁止。依法令之行為，謂根據國家之法律與命令所為之行為也。國家法令，無論何人皆有奉行之義務。苟盡此義務，致與刑法上犯罪行為之構成要件相當者，在法律上應不負責任。例如依法而逮捕人犯，不能論以妨害自由罪；依法令而執行死刑，不能論以殺人罪也。現行刑法第21條第1項所載：「依法令之行為，不罰。」即是此意。至於所謂依法令之行為，須法律上有明文規定，且行為不逾越法令之限制。主要者列舉如下：

1. 基於懲戒權之行為：《民法》第1085條規定，父母得於必要範圍內，懲戒其子女。但懲戒權並非父母之權利，而是必須限於教育之目的，保護導正其未成年子女，應避免逾越必要程度。例如父母因為職場受挫而將怒氣發洩在子女身上，對子女拳腳相加、或是因為子女功課退步，將子女關在狗籠三天等，皆非能夠阻卻違法的行為。

2. 現行犯之逮捕行為：

(1) 《刑事訴訟法》第88條第1項規定，現行犯，不問何人均得逮捕。故逮捕現行犯不構成犯罪。

(2) 所謂的現行犯，依《刑事訴訟法》第88條第2項及第3項規定，可分為「一般現行犯」及「準現行犯」。一般現行犯限於犯罪在實施中或實施後即時發覺者，準現行犯則為其一被追呼為犯罪人者，其二為持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣物等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。

(3) 又一般人非具有偵查權限者，依前揭規定逮捕現行犯或準現行犯之後，應依《刑事訴訟法》第92條第1項規定，「應即送檢察官、司法警察官或司法警察。」故若一般人在逮捕現行犯或準現行犯後，未依法將被逮捕人送交檢察官或司法警察，反而將其留置限制其自由，甚或秉持替天行道、路見不平之心態加以毆打，則已逾越法律規範之內涵，無法阻卻違法。

3. **自助行為**：係指《民法》容許私人以自力救濟之方式，來保全或滿足自己的權利。一般而言，法律並不允許人民自力救濟，而應以尋求公權力介入之方式維護己身權利，但假若來不及尋求公權力介入，又不即時加以行動，將會導致權利回復有重大困難的特殊情況之下，允許自力救濟。例如債務人即將跑路出國，債權人奪取債務人的機票行李阻擋其登機，可阻卻違法，概因若不允許債權人及時攔阻，自力救濟，將導致債權難以實現。又例如房客積欠長久房租不繳納，也找不到人，則房東可將房客置於出租標的內的物品扣留下來，直至房客繳納積欠租金，此一行使留置權之行為係法律所允許者，可阻卻違法。

以下為《民法》中常見具有自力救濟性質之規定：

- (1) 《民法》第151條之自助行為。
- (2) 《民法》第445條、第612條、第791條第2項關於不動產出租人、旅店主人、土地所有人之留置權。
- (3) 《民法》第797條之越界根枝刈取權。
- (4) 《民法》第960條之自力防禦、取回權。

4. **依法人工流產行為**：懷胎婦女若自行墮胎或聽從他人墮胎行為，該當刑法上規範第288條自行或聽從墮胎罪之構成要件、或醫師受懷胎婦女囑託且得其承諾而使之墮胎之行為，構成了刑法上規範第289條加工墮胎罪之要件。但依據《優生保健法》第9條第1項¹規定，符合該項要件之懷胎婦女或受其囑託之醫生所為墮胎行為，屬依法令行為，故阻卻墮胎行為之違法性。

1 參《優生保健法》第9條第1項規定：「懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一，得依其自願，施行人工流產：

- 一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。
- 二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。
- 三、有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。
- 四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。
- 五、因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。
- 六、因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者。」

(二)公務員依上級命令之職務行為：

依命令之職務上行為，其本質上實似於依法令之行為，係指下級公務員依有隸屬關係之上級公務員所發職務上命令之職務行為。

1. 須具備之要件包括：

- (1) 執行命令者須具備公務員身分。
- (2) 發布命令者須為上級公務員。
- (3) 此命令內容為該上下級公務員之職權範圍內。
- (4) 具備法定程式（書面）而非僅以口頭命令為之²。
- (5) 下級公務員執行者不得逾越命令範圍。

2. 審查標準之學說：執行命令者，主觀須基於行使命令之意思，且依刑法第21條第2項但書之規定，須非「明知該命令違法」。概若明知命令違法而執行，則無法阻卻違法。但這衍生出的問題是：命令是否違法，下級公務員從何判定，如何審查？命令的審查標準，有數個學說如下：

- (1) 形式審查說：為了避免下級審查上級命令致權責紊亂，並為追求行政效率與組織一體性，主張下級公務員對形式完備命令即推定合法，加以服從執行。
- (2) 實質審查說：下級公務員對上級公務員所下命令內容須做具體審查，除了形式是否合法外，尚需審查是否有裁量濫用、裁量逾越或怠惰、有無符合比例原則、禁止不當連結原則等³。若命令實質違法而下級公務員放任而行，則為刑法第21條第2項但書情形而不得阻卻違法。
- (3) 折衷說：主張一般時候應該形式審查已足，但對命令實質違法極其明顯的例外情況，如種族屠殺、虐囚、殘害人群等則須為實質審查，此說為通說採行⁴。

若下級公務員例外實質審查而知命令違法仍然執行，自然不得主張阻卻違法⁵，而應與上級公務員成立共同正犯或共犯關係。

2 參〈最高法院20年上字第1052號判例〉：「下級公務員於其職務內事項，固有服從上級公務員命令之義務，若其命令之形式要件未備，而聽從實施，即不得主張為依法令執行職務之行為。本案據上訴人所述，僅係依據口頭命令，形式要件既不具備，竟爾聽從實施，剝奪人之行動自由，要不能免共犯之責。」

3 參黃翰義著，2012，《案例刑法講義》，新學林，頁150。

4 參林鈺雄著，2009，《新刑法總則》，元照，頁276。

5 參〈最高法院29年上字第721號判例〉：「上訴人等將捕獲之匪犯某甲，立即槍決，固係奉有聯

觀念加強

互毆行為與正當防衛之關係：

按互毆情形，不以二人為限，多數人聚眾鬥毆亦屬互毆行為。後者，刑法第283條已有明文，仍可主張正當防衛。惟互毆之通常狀況均無法證明何人先下手及何方有傷害故意、何方出於防衛意思，是以實務上認互毆原則上不得主張正當防衛（〈最高法院17年上字第686號判例〉），但於得辨別下手先後，且一方初無傷人故意，防衛情形極復明顯時，仍得以正當防衛論（〈最高法院30年上字第1040號判例〉）。

(五)緊急避難：【106警佐、106一般警四、103、101警大二技、100二類警佐】

因避免自己或他人之權益，包括生命、身體、自由、財產上遭受之現時損害，在不得已之狀態下所為行為，以致侵害第三人之法益。刑法第24條第1項定有明文規定：「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」

緊急避難係一種緊急行為，亦即緊急狀態下之放任行為。法律規定其成立要件較正當防衛為嚴。綜其要件如下：

1.客觀要件：

- (1)**須有危難存在**：緊急避難本以有危難為必要；否則，無避難可言。
- (2)**危難須屬緊急**：緊急避難須以危難係屬緊急為必要。緊急就是現在發生，迫在目前的意思。所以，過去和未來的危難，都不能成為緊急避難的原因。
- (3)**須為保全自己或他人生命、身體、自由或財產所為的避難行為**：關於緊急避難所應保全的法益，刑法有列舉規定，其範圍較正當防衛及一切權利者為狹。
- (4)**須出於不得已**：避難行為固非本於權利正對不正的行為，而係本於放任正對正的行為，故以不得已為限，不得已就是除避難行為外，別無他法可以避免危難的意味。如有他法，即不得輕言避難。

(六)正當防衛行為與緊急避難行為之異同：

1.相同點：

- (1)正當防衛與緊急避難行為均為防護自己或他人法益之行為。
- (2)正當防衛、緊急避難皆不得過當；否則僅得減輕或免除其刑。
- (3)正當防衛、緊急避難，如未防衛過當，在刑法上均為阻卻違法之原因。

2.相異點：

- (1)正當防衛，得以保護一切權利之受害（範圍較廣）；緊急避難，則只得避免生命、財產、身體、自由等之急迫危險。
- (2)正當防衛以他人之不法侵害為前提；緊急避難則以有危難之發生為前提。
- (3)正當防衛係對非法行為之反擊；緊急避難係對合法行為反擊。
- (4)正當防衛可對加害人行使；而緊急避難行為，侵害於任何人之法益均不為罪。
- (5)正當防衛係一種權利，可阻卻侵權行為之違法性；緊急避難則屬於放任行為。

3.「正當防衛」與「緊急避難」之比較：

正當防衛	緊急避難
權利行為，具以正對不正關係	放任行為，具以正對正之關係
以他人不法侵害為前提，係對人之侵害之反擊行為	以危難發生為前提，不限於人為侵害，對於動物、自然力之侵害，亦得為之
保護範圍廣及一般權利	限於生命、身體、自由、財產法益
僅得對不法侵害之行為人為之	得對第三人為之
不重視法益之比較、不重視防衛行為之衡平性	重視法益權衡比較、重視避難行為之衡平性考量
對不法侵害行為如有容忍義務，不得對其為正當防衛	公務上或業務上有特別義務者，不適用之
對正當防衛不能再主張正當防衛，亦不得主張緊急避難	對緊急避難不得主張正當防衛，但可主張緊急避難

(二)原因自由行為之責任能力：

責任能力之有無及其高低，為犯罪有責性判斷要件之一。關於責任能力之判斷，依通說之「**規範責任論**」，應就行為人所實施具備構成要件該當且屬違法之行為，判斷行為人辨識其行為違法之能力，以及依其辨識而行為之能力，倘行為人之欠缺或顯著減低前述能力，係由於行為人因故意或過失自行招致者，即難謂其屬無責任能力或限制責任能力。

(三)原因自由行為之舉例：



甲為殺乙，而故意飲酒過量使其達於喪失辯識能力或使該能力顯著降低而遂行殺人犯罪。此甲之行為乃所謂「原因自由行為」。然而甲之行為是否構成犯罪？民國94年刑法修正通過後，已將原因自由行為理論納入於法條中，即依刑法第19條第3項之規定，甲之行為構成犯罪。

實務見解

〈最高法院96年度台上字第6368號判決〉要旨：

(一)刑法第19條第3項之原因自由行為，係指行為人在精神、心智正常備完全責任能力時，本即有犯罪故意，並為利用以之犯罪，故意使自己陷入精神障礙或心智缺陷狀態，而於辨識行為違法之能力與依辨識而行為之自我控制能力欠缺或顯著降低，已不具備完全責任能力之際，實行該犯罪行為；或已有犯罪故意後，偶因過失陷入精神障礙或心智缺陷狀態時，果為該犯罪；甚或無犯罪故意，但對客觀上應注意並能注意或可能預見之犯罪，主觀上卻疏未注意或確信其不發生，嗣於故意或因有認識、無認識之過失，自陷於精神障礙或心智缺陷狀態之際，發生該犯罪行為者，俱屬之。故原因自由行為之行為人，在具有完全刑事責任能力之原因行為時，既對構成犯罪之事實，具有故意或能預見其發生，即有不自陷於精神障礙、心智缺陷狀態及不為犯罪之期待可能性，竟仍基於犯罪之故意，或對應注意並能注意，或能預見之犯罪事實，於故意或因過失等可歸責於行為人之原因，自陷於精神障礙或心智缺陷狀態，致發生犯罪行為者，自應與精神、心智正常狀態下之犯罪行為同其處罰。是原因自由行為之行為人，於精神、心智狀態正常之原因行為階段，即須對犯罪事實具有故意或應注意並能注意或可得預見，始符合犯罪行為人須於行為時具有責任能力方加以處罰之原則。

(二)依刑法第19條規定，刑事責任能力，係指行為人犯罪當時，理解法律規範，辨識行為違法之意識能力，與依其辨識而為行為之控制能力。行為人是否有足以影響意識能力與控制能力之精神障礙或其他心理缺陷等生理原因，因事涉醫療專業，固應委諸於醫學專家之鑑定，然該等生理原因之存在，是否致使行為人意識能力與控制能力欠缺或顯著減低之心理結果，係依犯罪行為時狀態定之，故應由法院依調查證據之結果，加以判斷。

甲之交往多年女友遭乙追走，甲極為憤怒，但又沒膽去教訓乙出氣，於是甲決定藉酒壯膽。某日，甲把自己灌醉之後，前往乙之住處，適逢乙正要回家，甲在意識不清的狀態下，將情敵乙毆傷出氣。甲該如何處斷？
 ①甲行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，故不罰；
 ②甲行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低，得減輕其刑；
 ③甲仍舊構成傷害罪；
 ④甲是基於義憤而傷人，應減輕其刑。（95基警四考題）

相關題目之解題關鍵，在於掌握原因自由行為的要件：

(一)對於自陷行為（即故意讓自己限於精神障礙之行為，例如嗑藥、喝酒）具備故意或過失。

(二)對於特定法益的侵害需要具有故意或是預見可能性。

尚須注意行為人是否已達無責任能力或是減輕責任能力之狀態（即刑法第19條第1項、第2項），再輔以前述兩要件去判斷。

甲男與 A 女相戀多年，近來 A 移情別戀，甲心生瞋恨，想毀容 A，乃藉酒壯膽，某日飲高粱酒一瓶，於酩酊狀態下，前往 A 宅門口，待 A 下班歸來之際，猛向 A 潑灑強烈硫酸，經送醫急救後，A 仍面目扭曲變形，且傷及右眼，矯正視力僅剩 0.1，問甲之刑責應如何論處？（105 身障三等考題）

當題目出現「酩酊」之關鍵字，就表示個案之當事人已陷入無法自控之喪失責任能力狀態。故甲在醉後傷害 A 的行為當下無責任能力，不構成犯罪。需要討論的是甲先前故意飲酒導致後面傷害他人行為：同前題所述，從原因自由行為之要件即可解題。

(3)純正不作為犯與不純正不作為犯之區別：

	純正不作為犯	不純正不作為犯
違犯之刑法條款	違犯刑法僅就不作為之行為方式而規定之不法構成要件	違犯刑法就作為及不作為之行為方式，皆能實現的不法構成要件
觸犯之規範種類	誡命規範 (法律規定一定要去做)	禁止規範 (法律規定不能做) 及誡命規範
違背之作為義務	一般人均能破壞之一般義務	特定保證人始能破壞之特定義務(保證人義務)

甲、乙兩遊客分別乘坐 A、B 兩船夜遊日月潭，兩船在潭中相撞，甲、乙兩人分別落水，A 船之船長丙見死不救；B 船船長丁只救起甲而沒救起乙，致乙因而溺死，問丙、丁之罪責？（103 一般警四考題）

依據《船員法》第74條規定：「船舶碰撞後，各碰撞船舶之船長於不甚危害其船舶、海員或旅客之範圍內，對於其他船舶、船員及旅客應盡力救助。」

故可知船長對於落水者依法令有保證人地位。

本題丙船長見死不救，應可論以殺人罪之不純正不作為犯，而丁船長僅救起甲沒救乙，致乙溺死，雖然亦同論以殺人罪之不純正不作為犯，然其救助甲而未救乙，則有義務衝突可討論之空間。

刑事偵查員甲有收賄嫌疑，偵查員乙曾揚言舉發，兩人因此結怨。一日，兩人奉命查緝毒犯丙。線報指出，丙經常隨身攜帶槍械。當乙發現丙的行蹤，隨即追趕，甲緊跟在後。乙的腳程迅速，眼看追上，丙掏出一把槍向乙擊發。丙掏出手槍時，甲已經舉槍瞄準丙，卻心念一轉，企圖讓丙槍殺乙。甲等丙擊發兩槍後，才開槍反擊，將丙擊斃。乙身受重傷，送醫後，僥倖保住性命。問：對於丙的死亡，對於乙的重創，甲是否有罪？（104 一般警三考題）

一、共同正犯【109 警大二技、106 警佐、108、106 一般警四、105 警特三、103 一般警四、103 一、二類警佐、101 警特三刑事、101 警大二技】

(一)意義：

共同正犯者，係與單獨正犯相對的一種正犯，指二個以上行為人，基於共同之行為決意，各自分擔犯罪行為之一部，而共同實現構成要件之參與犯。易言之，即二個行為人，形成一個犯罪共同體，各個行為人彼此以其行為互為補充，而在犯罪行為之分工與角色分配之協力合作下，共同完成犯罪，達成共同之犯罪目的。因此，每一行為人均係共同決意之實踐者，故在刑法評價上，應相互承擔彼此之刑事責任。

(二)共同正犯之要件：

共同正犯須有二個以上之行為人，具備共同之行為決意（主觀要件）與共同之行為實行（客觀要件），始能成立。分述如下：

- 1.二個以上之行為人：二個以上的行為人，基於共同的行為決意與行為分擔，共同實行犯罪，始有成立共同正犯的可能。
- 2.共同行為之決意：二個以上的行為人間，在主觀上須具備共同行為決意（或稱「犯意聯絡」），才有成立共同正犯的可能，此即共同正犯的主觀要件。所謂共同行為的決意，乃指二個以上的行為人出於違犯特定犯罪之故意，彼此聯絡謀議計畫，而在有認識與有意願地交互作用下，所成立之共同一致之犯意。因此，僅是對於他人的犯罪計畫片面表示同意或支持，非此所謂共同行為之決意。
- 3.共同行為之實行：二個以上具有共同行為決意之行為人，客觀上還應具有共同行為的實行，始能成立共同正犯，此即共同正犯之客觀要件。亦即，各個行為人必須基於共同之行為決意，依照共同行為決意中角色之分配而分擔犯罪行為之實行，以其自己之行為參與實行構成要件行為或構成要件以外之行為，始能成立共同正犯。行為人參與構成要件行為之實行，並不以參與構成犯罪事實之全部或始終參與為必要，即使僅參與構成犯罪事實之一部分，或僅參與某一階段之行為，亦足以成立共同正犯。

觀念加強

實施與實行：

舊法採「實施」一語，實務多持〈司法院31年院字第2404號解釋〉之意旨，認其係涵蓋陰謀、預備、著手、實行概念在內（即承認陰謀共同正犯、預備共同正犯），非僅侷限於直接從事構成犯罪事實之行為，故解釋上包括「共謀共同正犯」。而實務之所以採取此種見解，即在為共謀共同正犯尋求法源之依據。

民國94年刑法修正共同正犯之參與類型，確定在「實行」概念下之共同參與行為，始成立共同正犯，為杜爭議，爰將「實施」一語，修正為「實行」。主要是為了排除陰謀及預備之共同正犯之成立，及更予承認共謀共同正犯存在之意義。

(三)共同正犯之種類：

- 1.參與實行構成要件行為之共同正犯：行為人與其他行為人具有共同之行為決意，其在共同行為之分工上，**擔任實行構成犯罪事實之全部或一部之行為**而成立之共同正犯，即屬之。所謂構成犯罪事實之行為，係指直接足以實現不法構成要件而發生構成要件該當結果之行為。
- 2.參與實行構成要件以外行為之共同正犯：所謂構成犯罪事實以外之行為，係指與構成要件行為有關，但不足以單獨實現構成要件以致發生構成要件該當結果之行為，而**對構成要件之實現上確有所助益者**。例如在犯罪現場把風。
- 3.策劃與指揮他人實行犯罪之共同正犯：行為人與其他行為人具有共同之行為決意，**並且居於指揮領導之地位策劃犯罪**，或至犯罪現場指揮他人實行犯罪，或在現場之外幕後操縱，而成立之共同正犯，即屬之。此等共同正犯雖出現在犯罪現場，但並未參與構成犯罪事實或構成犯罪事實以外之行為，或隱身在犯罪現場外操控犯罪，但亦應與其他被指揮參與犯罪者，成立共同正犯。例如幫會或犯罪集團之首領，即屬此等共同正犯。

4.共謀共同正犯：以自己共同犯罪之意思，參與實行犯罪構成要件以外之行為；或以自己共同犯罪之意思，事前同謀而由其中一部分人實行犯罪之行為者，均為共同正犯。

(四)共同正犯之處罰：

- 1.由於共同正犯中每一個參與者，都是共同決意之實踐者，只要共同參與者中一人已達著手實行之階段，則全體共同參與者，均視為已經著手於犯罪行為之實行。此外，只要共同正犯中一行為人業已實現犯罪而達既遂，雖其他行為人之行為尚屬未遂，全體共同正犯亦均成立既遂犯。故對於共同正犯，我國現行刑法採取同等處罰主義，即每一個正犯皆負同一責任。
- 2.共同正犯在刑法評價上就共同實行之全部結果，共同擔負全部刑事責任，學說上有稱「一部行為，全部責任」，亦有學者稱「共同正犯之連帶性」。此外，共同正犯中各個行為人，雖應就全部犯罪結果負其責任，但科刑時仍應審酌刑法第57條所定各款情形，作為個別行為人量刑之標準，並非須科以同一刑度之刑罰。
- 3.各共同正犯僅就其共同行為決意、共同實行之行為擔負刑事責任，若於共同實行中，行為人於共同行為決意範圍外，另實行共同行為以外之行為者，則因該行為並非各個行為人共同犯罪之部分（學說上稱為「共同正犯之逾越行為」或「共同正犯之過剩」），應由為該行為之行為人獨自負其刑事責任。例如甲、乙二人共同為竊盜行為，而甲於現場見被害人係其仇人而獨自起意對其毆打，則乙對關於傷害罪部分不負刑責。
- 4.行為人於共同行為決意範圍內，實行共同行為而生加重結果，通說認為若加重結果之發生其他行為人有預見可能時，則應成立結果加重犯之共同正犯；否則，僅就基本犯罪負共同正犯之責任。

甲缺錢花用，邀乙一起綁架前雇主 A 的兒子 B，再向 A 勒贖，隨即由乙開車載甲前往 B 的學校附近埋伏，甲見 B 後強拉其上汽車後座，並坐在 B 身旁監控，途中，B 趁乙停車等紅燈時，立即開車門求救，乙見狀開車加速逃離。下列敘述何者正確？

Ⓐ甲、乙成立擄人勒贖未遂罪之共同正犯；Ⓑ甲、乙成立擄人勒贖既遂罪之共同正犯；Ⓒ甲成立擄人勒贖未遂罪，乙成立擄人勒贖未遂罪的幫助犯；Ⓓ甲成立擄人勒贖既遂罪，乙成立擄人勒贖既遂罪的幫助犯。

（106 警佐班考題）

本題關鍵在於甲與乙之間是否為有犯意聯絡之共同正犯？據題意，甲與乙之犯罪分工方式，可知兩人間具有共同犯罪之決意，且擔任實行構成犯罪事實一部之行為，是為擄人勒贖罪之共同正犯。又結果並未得逞，故論以既遂。

實務見解

〈司法院大法官釋字第109號解釋〉：

共同正犯，係共同實施犯罪行為之人，在共同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，其成立不以全體均行參與實施犯罪構成要件之行為為要件；參與犯罪構成要件之行為者，固為共同正犯；以自己共同犯罪之意思，參與犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事前同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行為者，亦均應認為共同正犯，使之對於全部行為所發生之結果，負其責任。

2.對合犯：又稱對向犯。係指在構成要件設計上，雖僅預定一人之行為，但為了實現構成要件內容，必須有對向關係之他方為一定之行為協力之必要。對合犯之處罰，立法上有三種情形：

- (1)對於參與者均予以相同之處罰者。例如重婚、通姦、賭博罪。
- (2)對於參與者分別予以不同刑罰者。例如違背職務之受賄與行賄罪。
- (3)僅對於一方予以刑罰，而不處罰對向之他方者。例如不違背職務之行賄、販賣猥褻物品。

此類犯罪，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無犯意之聯絡，無刑法第28條共同正犯適用餘地。

八、概念區別比較

(一)教唆犯與幫助犯之區別：

教唆犯	幫助犯
被教唆之人須本無犯意	被幫助之人則自始即有犯意
教唆行為必於事前為之	幫助行為，事前、事中、事後，均無不可
教唆行為以積極作為為限	幫助行為，不論是積極作為或消極不作為，均可
教唆人與被教唆人間，須有某一程度（造意）之犯意聯絡	被幫助人縱不知情，仍得成立片面幫助犯
依其所教唆之罪處罰	得按正犯之刑減輕之
民國94年修正前規定被教唆人雖未至犯罪，教唆人仍以未遂犯論；惟修正後之刑法已予刪除	被幫助人未至犯罪，則幫助犯無成立餘地

(二)教唆犯與間接正犯之區別：

教唆犯	間接正犯
被教唆人之行為須出自構成要件故意且具有違法性	被利用人無此限制
被教唆人須有意思決定之自由	被利用人無此限制
教唆乃犯意之創造傳遞	間接正犯純為他人行為之假借，或係利用不知情之人實施犯罪
被教唆人應負正犯之責	被利用人不負刑責
民國94年修正前規定被教唆人雖未至犯罪，教唆人仍以未遂犯論；惟修正後之刑法已予刪除	被利用人若未至犯罪，利用人亦不成立犯罪
本質上為共犯	本質上為正犯，非共犯
教唆犯具教唆故意	間接正犯具正犯故意

(三)教唆與煽惑之區別：

教唆	煽惑
刑法 § 29	刑法 § § 107 I ③、153、155
促使他人產生犯罪決意，並使他人進而為犯罪行為	煽動蠱惑他人犯罪
性質上為刑法總則所規定之共犯，有從屬問題	性質上屬刑法分則中之正犯，煽惑者與被煽惑者間無從屬問題
對象須為特定之人	對象為不特定之多數人
被教唆者須原無犯意	被煽惑者原本有無犯意，在所不問
教唆之內容須為特定之犯罪	煽惑之內容為特定、或不特定之犯罪、或違背法令之行為
方法無限制	以文字、圖畫、演說或他法
是否公然，在所不問	須公然為之
依其所教唆之罪處罰	依各該條之法定刑處罰
民國94年修正前規定被教唆人雖未至犯罪，教唆人仍以未遂犯論；惟修正後之刑法已予刪除	一有煽惑行為即成立犯罪，不待任何結果發生

一、競合論

(一)意義：

競合理論，國內傳統上又稱為「罪數理論」。係指行為人之行為事實實現多數構成要件時，應依數個犯罪構成要件作為犯罪宣告之依據？抑或是以一個犯罪構成要件作為宣告犯罪之依據？若以數個犯罪構成要件作為犯罪宣告之依據，於量刑時，應用如何之標準量刑等問題。

刑法論理上將刑法總則之規定內涵區分為**犯罪行為論**與**不法效果論**二大部分。前者亦有稱**犯罪論**，係在探討犯罪行為之法律要件之相關規定與理論；後者又稱**刑罰論**，則在探究犯罪行為法律效果之刑法規定與理論。

行為人之行為究係一行為抑屬數行為，行為所成立之數罪，是否實際上均有其評價意義，抑或僅須評價為一罪，即為已足；若經判斷為數罪，且在實際上數罪均有其獨立之不法內涵與罪責內涵，又應如何裁量科刑，均屬競合論研究重點，故競合論所探討者，不只是定罪問題，亦兼及科刑問題。其在刑法學理上之定位，應屬於犯罪行為論與不法效果論之交界處。

(二)競合論之體系架構：【105警佐、100一、三類警佐、100警大二技】

實現數個 構成要件	行為單數	法條競合（法律競合、法規競合、法律單數）。
		想像競合。
	行為複數	實質競合（數罪併罰）。
		單純數罪。
		不罰前後行為。

二、法條競合

(一)意義：

法條競合又稱法律單數、法律競合或法規競合。係指行為事實實現多數構成要件，僅適用其中一個最妥適之構成要件作為犯罪宣告之依據，即足以宣示該行為事實之全部不法與罪責內涵，其他構成要件即被排斥而不適用。否則，如以數構成要件作為犯罪宣告之依據，將造成過度評價。換言之，只要適用首要法條，即足以宣示該行為之全部非價內容，故被排斥而不適用之法條，即不必出現在犯罪宣告上。因此，就實質層面而言，法條競合僅涉及數個構成要件間之選擇適用問題。

甲持刀殺乙之際，由於乙之呼叫，丙聞聲而至，甲又將丙殺傷，甲之殺人既遂罪與未遂罪應：

Ⓐ併合處罰；Ⓑ想像競合犯，從一重處斷；Ⓒ法條競合；Ⓓ累得加重其刑至二分之一；Ⓔ結合犯為實質一罪。(100 警大二技考題)

由題意觀之，甲對丙之殺人未遂行為應屬另行起意，故應依實質競合，併合處罰。

七、法條競合與數罪併罰之區別

法條競合	數罪併罰
單純一罪	實質上數罪
擇一法條適用，宣告一個刑罰	適用數個法條，分別宣告其罪刑，然後併合定其一執行之刑
僅有一個裁判	可能先後有數個裁判
有數個法條可資適用，而擇其一	各就其所犯之罪，各有一個法條可資適用
法律適用問題	數罪論處問題

八、想像競合與法條競合之區別

想像競合	法條競合
一行為發生數結果，侵害數法益，同時觸犯數個犯罪構成要件	一行為發生 <u>一</u> 結果， <u>侵害一個法益</u>
犯數罪而成立數罪名	係單純一罪，成立一個罪名
係觸犯數個法條，應適用該數個法條	係就競合之數個相當法條中，擇一適用
應就數罪中，擇一重者處斷。但輕罪仍應成立，法條應併引之	<u>按一法條處罰</u> ，排斥其他競合之法條
性質上為處斷之問題，涉及 <u>事實之認定</u>	性質上為法律適用之問題， <u>不涉事實認定</u>
為現行刑法明文規定	雖實務及學說承認，但未見諸明文

九、集合犯

集合犯⁴係指立法者所制定之犯罪構成要件中，本即預定有數個同種類行為而反覆實行之犯罪而言。例如經營、從事業務、收集、販賣、製造、散布等行為概念者均屬之；此種犯罪，以反覆實行為典型、常態之行為方式，具侵害法益之同一性，因刑法評價上為構成要件之行為單數，僅成立一罪，故是否集合犯之判斷，客觀上，自應斟酌法律規範之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪必然反覆實行之常態、及可被社會大眾所能接受等；主觀上，則視其反覆實行之行為是否出於行為人之一個犯意，並秉持刑罰公平原則，加以判斷之。

實務見解

〈最高法院96年度台上第3064號判決〉意旨：

「學理上所稱之集合犯，係一種構成要件類型，亦即立法者針對特定刑罰規範之構成要件，已預設其本身係持續實行之複次行為，具備反覆、延續之行為特徵，將之總括或擬制成一個構成要件之『集合犯』行為；此種犯罪，以反覆實行為典型、常態之行為方式，具侵害法益之同一性，因刑法評價上為構成要件之行為單數，因而僅包括的成立一罪。其與接續犯之不同，在於接續犯所適用之構成要件行為文義本身並不具反覆實行之特質，非屬立法規範所定之構成要件類型，於時間及空間之緊密關聯性上，亦較之集合犯為嚴格。是除集合犯外，每一種構成要件行為皆得以接續犯方式為之，因此集合犯亦有喻之為『法定接續犯』者。此與修正前連續犯係指行為人在主觀上基於一個概括之犯意，而反覆實行客觀上可以獨立成罪之同一罪名之行為者，均尚屬有間。」

4 參〈最高法院95年度台上字第1079號判決〉、〈最高法院96年度第9次刑事庭會議決議〉。

(一)加重之事由：

累犯	(加重至二分之一)		
	行為人特殊身分	公務員身分 (加重至二分之一)	§ 134準瀆職罪
§ 231 II 公務員包庇性交猥褻罪			
§ 264公務員包庇煙毒罪			
§ 270公務員包庇賭博罪			
身分關係	被害人特殊身分	尊親屬身分 (加重至二分之一)	§ 170誣告尊親屬罪
			§ 250侵害尊親屬屍體、墳墓罪
			§ 272殺直系血親尊親屬罪
			§ 280傷害尊親屬罪
			§ 295遺棄尊親屬罪
	§ 303剝奪尊親屬行動自由罪		
	友邦元首、外國代表身分 (得加重至三分之一)	§ 116妨害國交罪	

(二)加重之限制：

- 1.死刑不得加重（刑法 § 64 I）。
- 2.無期徒刑不得加重（刑法 § 65 I）。
- 3.有期徒刑加重，最高得加至20年（刑法 § 33③），但不得加重至無期徒刑。拘役加重，最高加至120日（刑法 § 33④）。
拘役與徒刑雖同為剝奪自由之刑罰，但二者之法律本質各異，故拘役縱然加重，亦不得加重成為徒刑。
- 4.罰金不得加重至拘役或徒刑。罰金為財產刑，拘役或徒刑為自由刑，故罰金不得加重至拘役或徒刑。

(二)減輕之事由：

必 減	總 則	§ 63：未滿18歲或滿80歲人犯死刑或無期徒刑之罪者。
	分 則	§ 347 V 前段：擄人勒贖未經取贖而釋放被害人。
得 減	總 則	§ 16但書：可避免地欠缺不法意識。
		§ 18 II、III：14歲以上未滿18歲人或滿80歲人之行為。
		§ 19 II：行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者。
		§ 20：瘡啞人之行為。
		§ 25 II：普通未遂犯。
		§ 30 II：幫助犯。
		§ 31 I：純正身分犯之罪。
得 減	分 則	§ 62：自首。
		§ 122 III但書後段：行賄罪之自白。
		§ 162 V：特定親屬間犯便利脫逃罪。
		§ 244：妨害家庭罪章中，犯誘拐罪而送回或尋獲被誘人。
		§ 301：妨害自由罪章中，略誘而送回或尋回被誘人。
酌 減		§ 347 V 後段：擄人勒贖取贖後而釋放被害人。
		§ § 59、60：犯罪情狀顯可憫恕，認科以刑度仍嫌過重者。

(三)減輕之標準：

- 1.死刑減輕為無期徒刑（刑法 § 64 II）。
- 2.無期徒刑減輕為20年以下15年以上有期徒刑（刑法 § 65 II）。
- 3.有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一，但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二（刑法 § 66）。有期徒刑或罰金減輕者，其最高度與最低度同減輕之（刑法 § 67）。
- 4.拘役減輕者，同有期徒刑之減輕方式（刑法 § 66），但僅減輕其最高度（刑法 § 68）。
- 5.主刑有2種以上，併減輕之（刑法 § 69）。
- 6.有2種以上減輕事由，遞減輕之（刑法 § 70），且先依較少之數減輕之（刑法 § 71 II）。

依刑法規定，假釋應由監獄報請何機關審核？

- Ⓐ原有罪確定判決之法院；Ⓑ最高檢察署；Ⓒ法務部；Ⓓ司法院假釋委員會。（101 一般警四考題）

本題屬於記憶題型，依據刑法第77條第1項規定，假釋之程序須由監獄長官報請法務部核辦。

又關於假釋、緩刑之要件、程序、效力、撤銷、兩者異同也是記憶類型題目會出現的考點，須加以特別記誦。

十三、緩刑與假釋之區別

緩刑	假釋
為救濟短期自由刑之弊而設	為救濟長期自由刑之弊而設
為裁判上審酌事項，須以裁判宣告之	係司法行政處分，不須經裁判程序
自始即避免刑之執行	已經刑之執行為前提
緩刑之宣告刑為2年以下有期徒刑、拘役或罰金	已執行刑最少需6個月以上
受緩刑之宣告者，在緩刑期內得付保護管束。例外則應付保護管束（刑法 § 93 I）	假釋出獄者，在假釋中應付保護管束（刑法 § 93 II）
緩刑期間屆滿後，原宣告之刑失其效力，與自始未受罪刑之宣告者同，嗣後再犯，亦不成立累犯	假釋期間屆滿，原宣告之刑以已執行論，故得為累犯之前科，嗣後再犯，應成立累犯

(2)停止原因消滅後時效續行之計算：行刑時效停止之原因消滅後，行刑時效之計算方式與追訴時效相同採時效停止制，故刑法乃規定行刑時效停止，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算（刑法§85Ⅲ）。

(五)行刑權時效完成後之效力：

確定裁判所宣告之刑，即不得執行；惟確定裁判對於罪與刑之宣告，則不受影響，而仍具效力。

十八、追訴權時效與行刑權時效之區別

	追訴權時效	行刑權時效
死刑、無期徒刑、10年以上有期徒刑	30年 但發生死亡結果者，不在此限	40年
3年以上10年未滿有期徒刑	20年	30年
1年以上3年未滿有期徒刑	10年	15年
1年未滿有期徒刑、拘役或罰金或專科沒收	5年	7年
起算時間	犯罪成立之日，但繼續犯為行為終了之日	裁判確定之日
計算標準	最重主刑法定刑之最高度	以宣告刑為準
時效完成之效力	不得再行追訴	不得再執行

十九、赦免

赦免係指行政權依據法律之規定，而介入刑事司法，以捨棄法律規定之刑事追訴與處罰。這種捨棄可能是捨棄全部刑事程序，即自偵查程序以迄於執行程序，亦有僅捨棄確定判決之執行程序，前者稱為廣義之赦免，後者為狹義之赦免。

赦免具多面目的，計有：緩和法律規定之嚴苛、補救立法或司法之缺陷、修正錯誤之判決等。此外尚可達刑事政策之目的。

刑法分則

第二編



第一章

侵害國家法益之犯罪

本書刑法分則部分，以侵害法益對象作為區分章節依據，分別為國家法益、社會法益、個人法益。

國家法益以往並非考試重點，但近年考題則有增多之趨勢，尤其以瀆職、受賄、圖利、妨害公務等罪為出題熱點。共通特徵是這些罪行與公務員的職責及工作處境息息相關，讀者熟習後，除了增加學科知能與作答能力之外，對於未來可能從事之公職志業亦有所助益。

- ★瀆職罪之種類及要件？
- ★不違背職務之受賄罪、違背職務受賄罪及行賄罪之差異？其要件為何？
- ★公務員圖利罪要件？沒收之特別規定？
- ★妨礙公務罪之種類有何？侮辱公務員公署罪要件？
- ★偽證與誣告罪之要件？加重減免事由？

(一)犯罪成立要件：

1.客觀構成要件：

(1)公務員或仲裁人：

①公務員，依刑法第10條第2項之解釋；仲裁人，係指雖不具公務員身分，但於他人爭議中，依法令仲裁雙方當事人爭議之人，如仲裁法中之仲裁人、鄉鎮市調解條例中之調解委員會委員。

②通說、實務認為本罪為純正身分犯之規定，故無身分之人可依刑法第31條第1項與有身分之人成立本罪之共同正犯。

(2)對於職務上之行為：

①所謂職務上之行為，係指依法令規定，於職務權限範圍內，其所應為或得為之行為而言。此職務行為可能是一種作為，亦可能是一種不作為。

②相對於刑法第122條之「違背職務行為」，本條之「職務行為」係指涉及職務而與其職務有密切相關之事項，而不違背其職務權限者。

③須是職務上行為方足以成立本罪，若與公務員之職務無關，即無成立本罪之餘地，例如法官或檢察官至學校兼課，即非屬職務上行為。

(3)要求、期約、收受：要求、期約或收受等三行為具有先後順序之階段性，即先要求，後期約，再收受，具時空緊密性，低度之先行為應為高度之後行為所吸收。

①要求：係指主動向對方索求不法報酬之行為，只要公務員為要求行為，無論明示或暗示，亦不以相對人之應允為必要，即足以成罪，如相對人已為允諾，則為期約行為。

②期約：係雙方就特定事項達於意思一致之行為，只要達成合意即屬既遂，至於此約定係由行賄者主動或收賄者主動則非所問，但相對人須有允諾之意思為必要。

③收受：係於事實上獲取由他方所交付之不法報酬，解釋上，如其客體為有體之賄賂，則收受係指實際地取得對該賄賂物品之持有支

配；若係就無體之不法利益，則為取得該利益可享用之狀態或實際地享受該不法利益之謂。

(4) 賄賂或其他不正利益：

- ① 賄賂係指金錢或其他可以金錢計算之物，包括利用餽贈等各種變相的給付方式在內。
- ② 其他不正之利益，係指賄賂以外足以提供人類慾望滿足之一切利益而具不正當性質者，均屬之，其是否為物質上、經濟上、有形之利益，並非所問，故接受邀宴、召妓玩樂、謀取職位、免除債務、設定債權等，皆屬不正之利益。
- ③ 所謂賄賂或不正之利益，必須是對於公務員之特定職務行為之相對給付，亦即，必須與職務行為具有對價或對等關係，若無對價關係，則財物或利益即非賄賂或不正之利益⁴。
- ④ 公務員於從事採購或公務或發包工程時，向廠商索取或收受之回扣，實務上認為其非屬廠商交付之賄賂，而係公務員對於主管或監督之事項直接圖利，應成立圖利罪。惟學說上有認為應符合賄賂罪之成立要件而成立賄賂罪。

2. 主觀構成要件：普通受賄故意。

(二) 競合：

1. 本罪所侵害之法益為公務執行公正性之國家法益，公務員或仲裁人若本於同一職務上行為之職權行使，同時或先後向數人實施本罪之賄賂行為，因其所侵害之法益單一，僅成立一罪⁵。
2. 若對同一相對人先要求、再期約進而收受賄賂，則應成立吸收關係。因要求期約或收受屬階段行為，依高度行為吸收低度行為原則，以收受賄賂罪論處⁶。
3. 本罪與恐嚇取財罪或詐欺罪：實務上認為本罪與恐嚇取財或詐欺罪間為互斥關係，不會形成競合，此種情形應論以恐嚇取財罪或詐欺罪。因賄賂之授受行為須具完全之任意性，否則即不發生賄賂與職務行為之對價關係。公務員藉勢勒索，使被害人心理上發生畏懼而交付財物，實無給付不法報酬之意思，故不成立受賄罪。

4 參〈最高法院70年台上1186號判例〉、〈最高法院84年台上字第1號判例〉。

5 參〈最高法院28年上字第3136號判例〉、〈最高法院69年台上字第1414號判例〉。

6 參〈最高法院46年台上字第812號判例〉。

概念補充

107.5.23.刑法修正刪除 § 121 II、§ 122 IV、§ 131 II、§ 143 II 一立法理由：

依實務見解，原規定應沒收之賄賂，專指金錢或得以金錢計算之財物，不包括得以金錢計算或具經濟價值之不正利益，其範圍過於狹隘，致收受上述不正利益之公務員仍得享有犯罪所得，為符合一百零四年十二月三十日修正公布之本法總則編第五章之一沒收相關規定之意旨，爰刪除該項規定，一體適用本法總則編沒收之相關規定，以達澈底剝奪犯罪所得之刑事政策目的。

實務見解

〈最高法院101年度台上字第577號判決〉要旨：

「公務員受賄罪雖然分為不違背職務及違背職務2種，但均係以公務員職權有關之一定作為或不作為，與該賄賂或不正利益之間，具有對價之聯結關係存在，為其規範重點。易言之，係以此類積極作為或消極不作為，作為賄賂、不正利益之對價，形同買賣，違背公務員之廉潔義務，而予非難。

是此對價與職務關係之聯結是否存在，其判斷時點，當以公務員之一方，踐履對方所冀求之一定作為或不作為之時間為基準，故對方給付賄賂、不正利益之時機，無論係在公務員被賦予職權之前、事中或事後，方式為前金或後謝，皆不影響上揭犯罪之成立。」

四、違背職務受賄罪及行賄罪【109 司、108 特四、108、104 一般警三、102 警

大二技、100 警大二技】

(一)違背職務賄賂罪：（刑法 § 122 I）

- 1.本罪為刑法第121條普通賄賂罪之加重類型，其差別僅在於，本罪係對「違背職務之行為」，要求、期約、收受賄賂。
- 2.所謂違背職務之行為，係指公務員於職務上不應為而為或應為而不為，濫用裁量權所為之義務違反行為。惟實務上認為所謂違背職務行為，係

第二章

侵害社會法益之犯罪

侵害社會法益部分，須注意公共危險、偽造變造貨幣及有價證券、偽造文書等罪。尤其以醉態駕駛及肇事逃逸為出題頻率極高之重點。至妨礙善良風俗罪近年則出題率較低。

- ★放火失火罪之種類？要件為何？
- ★不能安全駕駛罪之要件有哪些？加重結果為何？與肇事逃逸之競合？
- ★肇事逃逸罪之成立要件為何？
- ★偽造及變造文書罪之差異？
- ★偽造及變造貨幣及有價證券罪之成立要件？行使行為與偽造變造行為之競合？
- ★使公務員登載不實罪之成立要件？如果該管公務員有審查資料正確之權限，是否成立該罪？

(二)加重結果：（刑法 § 185-1）

本罪加重結果態樣為劫持航空器或舟、車，或控制其飛航或行駛，因而致人於死或重傷，且行為人須對該結果之發生具因果關係。

十一、不能安全駕駛罪（刑法 § 185-3）【109、106、103、101 一般警 四、102 一、二、三類警佐、109、101 警大二技】

(一)犯罪成立要件：

1.客觀構成要件：

(1)服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物：毒品、麻醉藥品、酒類，均是使用後會使人意識模糊之物。故「其他相類之物」，係指服用後足以造成意識模糊現象之物。

(2)不能安全駕駛：

①係指行為人之身體及精神已處於不能安全駕駛之狀態，此一要素係設定一個法律不容許之風險程度，但此風險程度可能要使用不同之證據方法加以證明。

②以酒醉駕車為例，我國實務上認為行為人飲酒後呼氣所含酒精成分已達每公升0.25毫克或血液濃度達百分之0.05者，因肇事率為一般正常人之10倍，作為認定已達不能安全駕駛之客觀標準。

(3)動力交通工具：係指裝有機械動力設備，非由人力，而由引擎驅動之交通工具，包括水、陸、空等備有機械動力之各種交通工具。因此，由人力驅動之腳踏車不包括在內。

(4)駕駛：

①係指交通工具已經啟動而行走，若僅啟動準備移動行走，尚不能稱為駕駛。

②若行為人未啟動引擎而能移動，如在下坡滑行，或被其他車輛拖曳，只要行為人必須控制車輛，即為駕駛。但若是以人力推車，即非屬之。

2.主觀構成要件：直接故意及間接故意。

(二)競合：

本罪與過失致死罪或過失傷害罪：

1.甲說：實務上認為本罪與過失致死罪或過失致傷罪為數行為關係，應論以數罪併罰。

2.乙說：學說上有認為本罪為繼續犯，而在繼續犯之犯罪過程中實現過失致死或過失傷害，二罪間有時間上重疊，為行為單數而侵犯多個不同法益，故應論以想像競合。

3.丙說：應分別情形論之。若行為人酒醉駕車後立即撞倒人，則為一行為，應論以想像競合；如酒醉駕車一段時間後才撞倒人，則為數行為，應論以數罪併罰。

(三)抽象危險犯：

該罪為行為犯，只要行為人有不能安全駕駛之情形而駕駛動力交通工具即足以成立，不必產生具體危險或實害，故本罪亦為抽象危險犯。

(四)加重結果：

行為人因1.不能安全駕駛而致人於死或重傷（刑法第185條之3Ⅱ）；或2.曾犯本條（刑法第185條之3）或陸海空軍刑法第54條之罪，經有罪判決確定或經緩起訴處分確定，於5年內再犯刑法第185條之3第1項之罪因而致人於死者（刑法第185條之3Ⅲ），即成立加重結果犯，且行為人之行為與致生結果間具因果關係。

(五)客觀處罰條件：

行為人符合刑法第185條之3所規定之3款情形，而駕駛動力交通工具者即成立本罪。

十二、肇事逃逸罪（或稱肇事遺棄罪）（刑法 § 185-4）【109

司特四、104、101 警大二技、103 一般警四、109、103 一、二類警佐】

(一)犯罪成立要件：

1.客觀構成要件：

(1)駕駛動力交通工具：

- ①「駕駛」與「動力交通工具」解釋於前條相同。
- ②本罪之行為主體，以駕駛動力交通工具而肇事之人為限。

(2)肇事致人死傷：

- ①係指發生交通上之事故，並未限制行為人要故意或過失，因此，不論行為人是否具備故意或過失，只要事故之發生與行為人有因果關係即可。
- ②實務上認為「致人死傷」，包括死亡或傷害，而傷害包括重傷及輕傷，因此即使是輕微之皮肉傷，只要行為人逃逸，即成立本罪。

(二)相婚罪：

1.本罪之行為係與重婚者相婚：

(1)所謂與重婚者相婚，係指行為人與有配偶之人結婚，且須對於他方已有配偶之事實有所認識者而言。

(2)本類型為一般犯，但仍屬己手犯。

2.須行為人主觀上具有故意：即相婚人須明知或可預見對方為有配偶之人或同時與2人以上結婚。

(三)即成犯與親手犯（或稱己手犯）：

1.實務上認為本罪為即成犯，在結婚時犯罪已經終了，結婚後之婚姻存續狀態，不能視為犯罪行為之繼續，故須注意追訴權時效³⁸。

2.通說與實務見解均認為認為本罪為親手犯（或稱己手犯），各參與加工之人，僅能成立教唆犯或幫助犯，不能成立共同正犯³⁹。

九、通姦罪（刑法 § 239）【106 警大二技】

本條文包含二獨立之犯罪類型：

(一)通姦罪：

1.本罪行為主體為有配偶之人，所謂有配偶之人乃結婚且婚姻關係存續中之人。

2.行為則為通姦，乃雙方同意為婚姻關係外的性行為。

3.本罪為故意犯：須有通姦之故意。

4.本罪為告訴乃論之罪，僅配偶縱容或有恕不得告訴（刑法 § 245）。

(二)相姦罪：

1.本罪行為主體為相姦之人，即與有配偶之人相和姦，其是否有配偶或其性別皆在所不問。

2.所謂相姦，係與有配偶之人相和姦。

3.本罪為故意犯：相姦者須明知或可預見對方為有配偶之人。

38 其追訴權時效應自重婚行為成立之日起算。

39 若原本子女無重婚意思，父母從旁唆使，應構成本罪教唆犯，而不成立共同正犯。

實務見解

〈司法院大法官釋字第554號解釋〉：

婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制，以及違反此項限制，應否以罪刑相加，各國國情不同，應由立法機關衡酌定之。刑法第239條對於通姦者、相姦者處1年以下有期徒刑之規定，固對人民之性行為自由有所限制，惟此為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。為免此項限制過嚴，同法第245條第1項規定通姦罪為告訴乃論，以及同條第2項經配偶縱容或有怨者，不得告訴，對於通姦罪附加訴追條件，此乃立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間，與憲法第23條比例原則之規定尚無違背。

〈司法院大法官釋字第791號解釋【通姦罪及撤回告訴之效力案】〉：

解釋文：刑法第239條規定：「有配偶而與人通姦者，處1年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」對憲法第22條所保障性自主權之限制，與憲法第23條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第554號解釋應予變更。

刑事訴訟法第239條但書規定：「但刑法第239條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」與憲法第7條保障平等權之意旨有違，且因刑法第239條規定業經本解釋宣告違憲失效而失所依附，故亦應自本解釋公布之日起失其效力。

第三章

侵害個人法益之犯罪

個人法益為考試出題之重點，尤其以攸關生命身體法益之殺人、傷害、妨礙性自主權等罪；關於財產法益之竊盜、搶奪、強盜、侵占等罪頻繁出現。此外，新科技日新月異，妨礙電腦使用等罪，以及近年由於詐欺犯罪手法不斷推陳出新，刑法於民國103年修正後，增訂加重詐欺罪的規定，亦需特別留意。

- ★殺人罪之成立要件為何？加重與減輕事由與特別情狀之影響？過失致死與業務過失致死之定義各自為何？差異在哪？
- ★傷害罪之成立要件為何？其加重結果犯如何認定？
- ★遺棄罪之種類與成立要件？與肇事逃逸之競合應如何論之？
- ★性交之定義？強制性交罪之成立要件？其加重條件為何？強制性交猥褻等罪之加重結果犯？
- ★保護財產法益之竊盜、搶奪、強盜、侵占、詐欺等罪之各自成立要件為何？及其比較之異同？
- ★妨礙名譽之公然侮辱與誹謗罪之差異？

第一節 殺人罪

一、普通殺人罪（刑法 § 271）【109、106、104、103、102 警大二技、109、108、106、105、104 警佐、105 一般警三、109、108、103 一般警四、100 一、三類警佐、109 司特四】

(一) 犯罪成立要件：

1. 客觀構成要件：

- (1) 行為主體：本罪為一般犯，原則上無任何資格與條件之限制，凡自然人皆可為本罪之行為主體。但不作為殺人罪，則要求行為人具有保證人義務¹（作為義務），始能成立。
- (2) 行為客體：行為人以外之任何自然人（已出生而尚未死亡之人）。行為人本身、未出生之胎兒與已死亡之屍體，均不得為本罪之行為客體。如行為人殺害自己，則為自殺，不成立殺人罪，而現行刑法對自殺尚無處罰規定。
- (3) 行為手段：無手段方式之限制，學說上稱為「非定式犯罪」。在尚未確定行為與死亡結果出現有因果關係及客觀歸責性之前，並無「殺人行為」之標準。亦即行為與死亡結果間有因果關係及客觀可歸責性，才算是殺人行為，因此，不論是作為或不作為，須行為導致死亡結果之發生，始為殺人行為。
- (4) 行為結果：殺人罪本質為實害犯，必須造成被害人死亡的結果，此項解釋為不成文的構成要件要素。
- (5) 因果關係與結果歸責：有關因果關係是採取「條件理論」，而結果歸責部分，則採取「客觀歸責理論」。國內傳統上採取「相當因果關係理論」。

2. 主觀構成要件：

- (1) 故意：包括直接故意與間接故意，即行為人對上述客觀要件之事實，有認識並有意使其發生或其發生不違背本意。
- (2) 殺人罪與過失致死罪（刑法 § 276 I）、傷害致死罪（刑法 § 277 II）之區別即在於行為人之故意，因上述三罪之客觀構成要件是相同的，故須由主觀要素加以區別。

¹ 對於一定結果之發生，法律上有防止之義務。

- ①殺人罪：行為人認識其行為有導致他人死亡之可能，並有意使其發生。
- ②過失致死罪：行為人對他人之死亡有認識可能性，但並無致人死亡之意欲。
- ③傷害致死罪：行為人有傷害之認識與意欲，對死亡結果雖有預見可能性，但並無致人死亡之意欲。

(二)處罰之前置化：【101警特三刑事】

1.未遂犯處罰：（刑法 § 271 II）

- (1)只要行為人基於殺人故意，客觀上著手後，不論缺少何一客觀構成要件要素，皆可成立未遂犯，因此縱使係欠缺客觀可歸責性，亦可成立殺人犯。
- (2)即使行為客體欠缺，但行為人誤認其存在，而有殺人故意時，學說上認為亦可成立未遂犯。但實務上則採取「構成事實欠缺理論」限制未遂犯之成立，認為此時不成立犯罪。

2.預備犯處罰：（刑法 § 271 III）預備行為係指著手前為便利將來犯罪實現之準備行為，不限於準備犯罪工具之準備行為，如勘查被害人住所、日常作息狀況，實務上認為亦屬預備行為。但學者間認為形式預備犯所規範之事實，許多皆是日常生活之普遍事實，故主張除非具有相當之危險性，否則不應成立預備犯。

二、殺直系血親尊親屬罪（刑法 § 272）【109警大二技、109司特四】

(一)犯罪成立要件：

1.客觀構成要件：

- (1)本罪與普通殺人罪之區別在於，行為人與被害人間具有直系血親尊親屬之身分關係，該身分為刑法加重事由，為不純正身分犯。亦即，行為人須具備直系血親卑親屬之身分，方可成立本罪。
- (2)本條限於「血親」，故「姻親」不包括在內。而所謂「血親」，包括自然血親與法定血親，惟收養關係中止後，行為人殺害原來之養父母，依通說見解不成立本罪，適用普通殺人罪即可。

2.主觀構成要件：

(1)故意。

(2)不法獲利之意圖：即不法利益意圖，指行為人知其無法律上之原因或權利，而企圖將他人之不動產加以支配管領並藉以獲取利益之心態。

(二)處罰之前置化：（刑法 § 320Ⅲ）

行為人出於本罪故意而著手於竊佔他人不動產行為之實行，設其行為並未達於完成支配管領力之移轉者，即屬本條第3項就竊佔未遂之處罰。

(三)實務見解：

實務上認為竊佔罪為狀態犯³⁸（即成犯），故行為人以己力支配他人之不動產時，犯罪即告成立，追訴權時效亦由此起算，嗣後之繼續竊佔為狀態之繼續，而非行為之繼續³⁹。準此，倘行為人自始未放棄對該竊佔不動產之占有使用，縱其竊佔之方法有所變更，例如將平房增建為樓房、或將違章建築改為貨櫃屋，仍僅成立竊佔一罪。

三、加重竊盜罪（刑法 § 321）【109、106、105、103 一般警四、109、108

司特四、108、106、104、102 警佐、100 一、三類警佐、109、100 警大二技】

加重竊盜罪之構成要件如下：

(一)侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之者⁴⁰：1.侵入：係指未經同意而進入，若經同意而進入，嗣後方起犯意而行竊，非屬本款之加重竊盜。又侵入須有行為人之身體全部進入為必要，如僅以手深入鄰居住宅前之窗門，從窗內竊取衣物，或以竹竿伸入房內勾取皮夾，均非「侵入」，不能成立本條第1款之加重竊盜罪⁴¹。

2.住宅：依實務見解係指供人日常生活居住之場所，故旅館房間、公寓、大廈、公寓大廈之樓梯間、陽臺、花房等，均不失為住宅。

38 參〈司法院36年院解字第3533號解釋〉。

39 參〈最高法院90年台上字第5570號判例〉。

40 民國100年1月26日修正公布：鑑於民眾工作時間涵蓋日、夜間時段，故現行加重竊盜罪僅就夜間侵入住宅為加重構成要件，不足以保障全體民眾之利益。爰將第1項第1款修正為「侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之者。」

41 參〈最高法院33年上字第1504號判例〉。

- 3.建築物：係指住宅之外，上有屋面、周有四壁、足遮風雨、供人出入，且定著於土地之工作物，惟其附連圍繞之土地不包括在內，故如逾越圍繞之牆垣行竊，尚未侵入有人居住之建築物，非屬本條規範範疇⁴²。且所謂「有人居住之建築物」，不以行竊時居住之人即在其內為必要，例如商店、工廠，雖於行竊時無人看守，但平時警衛即居於其內，亦不失為侵入「有人居住之建築物」。
 - 4.本款為竊盜行為之加重構成要件要素，因此，行為人須在侵入之始，即有竊盜之犯意，從而以侵入為竊盜之手段者，始足當之。若係侵入後另行起意行竊，則不能成立本罪。
- (二)毀越門窗、牆垣或其他安全設備而犯之者：
- 1.毀越：係指毀損或逾越，實務上認為二者有一即與本款要件相當。
 - 2.所謂「門窗」，專指門戶而言，係指分隔住宅或建築物內外間之出入口大門。例如已進入大門，則室內之房間門、廚房門、通往陽臺之落地門，均屬「其他安全設備」。
 - 3.其他安全設備：係指門窗、牆垣以外，其他附著於住宅、建築物或土地，且依社會通常觀念足以作為防盜（保護居住安全之作用者）之設備者，例如門鎖、警鈴、電網或窗戶等。
 - 4.本款為竊盜行為之加重構成要件要素，因此，行為人須於毀越之初，即有竊盜之犯意，始能成立。

概念加強

以竹竿勾取：

站立於屋外，推開窗以竹竿勾取他人屋內之物行竊，按刑法第321條第1項第2款所謂毀越門扇牆垣，係指毀損或超越（或踰越）門扇牆垣而言。推窗伸手入室竊取他人之物，或以竹竿伸入窗竊之，雖身體並未進入屋內，但其竊盜手段已越進窗門，使他人窗門安全設備盡失防閑之效用，均應構成刑法第321條第1項第2款之罪（〈最高法院32年上字第1504號判例〉、〈最高法院41年台非字第38號判例〉）。

42 參〈最高法院50年台上字第532號判例〉。

(三)攜帶兇器而犯之者：

- 1.關於「兇器」之概念，請自行參考刑法第222條第1項第8款加重強制性交罪之規定。
- 2.實務上認為本款之適用「僅須行竊時攜帶具有危險性之兇器即為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要」⁴³。亦即，本款所定事由，純為客觀要件，與行為人之主觀無涉，僅須該器械於客觀上足以對人之生命、身體構成威脅⁴⁴。至行為人主觀上有無於攜帶之初持以行兇之意圖，則非所問（但行為人攜帶兇器需出於行竊之目的，始足以構成本罪），若為殺人所用而攜帶，則與本款無關。且不以該兇器係行為人親自攜往行竊地為必要⁴⁵。
- 3.實務上認為共犯間必須認識其中一人有攜帶兇器，方能適用本款。亦即，二人以上共同竊盜，內有一人攜帶兇器，其加重不得及於不知情之共同被告。
- 4.成立本罪之攜帶兇器行為，若另構成刑法第187條加重危險物品罪或槍砲彈藥刀械管制條例之罪者，應視具體情形，依刑法第55條規定從一重處斷。

(四)結夥三人以上而犯之者：

- 1.結夥性質上為共同正犯，且屬必要共同正犯，實務上認為結夥犯應以在場共同實施或在場參與分擔實施之人為限，而不包括共謀共同正犯。且結夥人數係按正犯計算，教唆犯或幫助犯，不能算入結夥三人之中。
- 2.實務上認為結夥犯以具有責任能力之行為人為限，故無責任能力人，不能算入結夥人數內⁴⁶。

(五)乘火災、水災或其他災害之際而犯之者：

- 1.趁災害之際而行竊：係指於災害發時，利用機會而行竊。且所謂災害發生時，係指客觀上確有災害事實發生，若災害尚未到來或已發生，而趁他人主觀上畏懼而逃避之時機，竊取其財物，即與本款規定不符。

43 參〈最高法院79年台上字第5253號判例〉。

44 依刑事司法實務多數之見解，認為螺絲起子係攜帶兇器，而該當刑法第321條1項3款之加重竊盜罪（請參閱〈司法院（80）廳刑一字第562號函〉、〈最高法院78年度台上字第4422號判決〉）。

45 參〈司法院75年廳刑一字第997號〉、〈最高法院90年台上字第1261號判例〉。

46 參〈最高法院37年上字第2454號判例〉。

假釋／釋字第796號

※司法院大法官釋字第796號【撤銷假釋案】解釋令

（中華民國109年11月06日院台大二字第1090031754號）

一、解釋爭點：刑法第78條第1項本文規定，受假釋人於假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，均一律撤銷其假釋，是否抵觸憲法第23條比例原則？

二、解釋文：刑法第78條第1項本文規定：「假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後6月以內，撤銷其假釋。」不分受假釋人是否受緩刑或6月以下有期徒刑之宣告，以及有無基於特別預防考量，使其再入監執行殘刑之必要之具體情狀，僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，即一律撤銷其假釋，致受緩刑或6月以下有期徒刑宣告且無特別預防考量必要之個案受假釋人，均再入監執行殘刑，於此範圍內，其所採取之手段，就目的之達成言，尚非必要，抵觸憲法第23條比例原則，與憲法第8條保障人身自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。上開規定修正前，相關機關就假釋中因故意更犯罪，受緩刑或6月以下有期徒刑宣告者，應依本解釋意旨，個案審酌是否撤銷其假釋。

三、理由書：人民身體之自由應予保障，憲法第8條定有明文。人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，雖非不得制定限制人身自由之法律，但如使人身自由遭受過度剝奪，即有違憲法第23條比例原則，而不符憲法第8條保障人民身體自由之意旨。

假釋制度之目的在使受徒刑執行而有悛悔實據並符合法定要件者，得停止徒刑之執行，以促使受刑人積極復歸社會（刑法第77條、監獄行刑法第116條及第138條第2項參照）。假釋處分經主管機關作成後，受假釋人因此停止徒刑之執行而出獄，如復予以撤銷，再執行殘刑，非特直接涉及受假釋人之人身自由限制，對其因復歸社會而業已享有之各種權益，亦生重

大影響（本院釋字第681號解釋參照）。是撤銷假釋之處分，雖非使受假釋人另承受新刑罰，然以執行殘刑為撤銷假釋之主要法律效果，受假釋人須再次入監服刑，其人身自由因而受到限制，自應符合憲法第23條比例原則，始符憲法第8條保障人民身體自由之意旨。

查監獄行刑，乃國家對於犯罪人執行刑罰之主要方式之一，監獄行刑除公正應報及一般預防目的外，主要在於矯正、教化受刑人，促使受刑人改悔向上，培養其適應社會生活之能力，協助其復歸社會生活（監獄行刑法第1條立法說明參照）。假釋之目的亦在於鼓勵受刑人改過自新，給予已適於社會生活之受刑人提前出獄，重返自由社會，以利其更生（86年修正刑法第77條立法說明，另行刑累進處遇條例第76條參照）。是不論在監執行徒刑或假釋，均在協助受刑人得以重返自由社會。假釋僅係使受刑人由完全受監禁之監獄環境，邁入完全自由釋放之過程中，於符合一定條件，並受保護管束之公權力監督下（刑法第93條第2項參照），提前釋放之緩衝制度，亦即於刑罰執行過程中，由機構處遇轉為社會處遇之轉向機制。因此，法律乃規定於在監執行期間，如受刑人不適合提前回歸社會，則不予假釋，繼續在監執行，以實現國家刑罰權。於轉為社會處遇之假釋期間，如受假釋人有不適合回歸社會之事實發生者，則撤銷假釋使受假釋人回復至監獄之機構處遇。

系爭規定明定：「假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後6月以內，撤銷其假釋。」目的在於使不適合社會處遇之受假釋人，回復至監獄之機構處遇，執行國家刑罰權，其固係為保護合乎憲法價值之特定重要法益。然受刑人是否適合假釋，使其提前出獄，回歸社會，本應參酌受刑人之犯行情節、在監行狀、犯罪紀錄、教化矯治處遇成效、更生計畫及其他有關事項，綜合判斷其悛悔情形（監獄行刑法第116條第1項及受刑人假釋實施辦法第3條參照）。一旦准予假釋，表示受假釋人適宜在保護管束之公權力監督下，提前出獄重返社會。因此，受假釋人於假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，是否撤銷其假釋，使其回復至監獄之機構處遇，自應依其是否仍適合社會生活，亦即是否已違背假釋之初衷而為判斷，方能平衡撤銷假釋目的與受假釋人之人身自由保障。於受假釋人故意更犯之罪係受緩刑或6月以下有期徒刑宣告之情

形，就該更犯之罪，或暫不執行，或得易科罰金或易服社會勞動（刑法第41條及第74條第1項參照），則是否應變更原受之社會處遇，改為入監執行之機構處遇，自應再個案審酌有無基於特別預防考量，而有必要使該受假釋人再入監執行殘刑之具體情狀（例如對社會危害程度、再犯可能性及懊悔情形等），不應僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，即一律撤銷其假釋，致受緩刑或6月以下有期徒刑宣告且無特別預防考量必要之個案，均再入監執行殘刑。

綜上，系爭規定不分受假釋人是否受緩刑或6月以下有期徒刑之宣告，以及有無基於特別預防考量，使其再入監執行殘刑之必要之具體情狀，僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，即一律撤銷其假釋，致受緩刑或6月以下有期徒刑宣告且無特別預防考量必要之個案受假釋人，均再入監執行殘刑，於此範圍內，其所採取之手段，就目的之達成言，尚非必要，牴觸憲法第23條比例原則，與憲法第8條保障人身自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。系爭規定修正前，相關機關就假釋中因故意更犯罪，受緩刑或6月以下有期徒刑宣告者，應依本解釋意旨，個案審酌是否撤銷其假釋。

至聲請人據以聲請解釋之原因案件，若所涉更犯罪之罪責，並非受緩刑或6月以下有期徒刑宣告者，即非屬本解釋文所指相關機關應依本解釋意旨，個案審酌是否撤銷其假釋之範疇，併此指明。