

Episode 1 刑法緒論

(二) 過失犯：

過失犯是指行為人因過失行為而成立之犯罪，又可分為有認識過失及無認識過失。此部分參考我國刑法第 14 條規定：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。（第 1 項為無認識過失）行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。（第 2 項為有認識過失）」

三、單一犯與結合犯

(一) 單一犯：

指刑法所描述之犯罪，專指單一之行為方式。

此部分例如刑法第 271 條只規範殺人、刑法第 277 條之傷害、刑法第 309 條公然侮辱、刑法第 320 條之竊盜、刑法第 354 條之毀損，此等條文僅處罰單一行為，故為單一犯。

(二) 結合犯：

刑法學上所謂的「結合犯」，是指將兩個以上可獨立的犯罪，依法律規定結合成為一個新罪，其類型可分為形式結合犯及實質結合犯。其中所謂的「形式結合犯」，是將兩個可獨立成罪之故意犯罪結合，使其成為一種新的犯罪型態，因該等行為人惡性較為重大，故給予較重的法定刑，如刑法第 226 條之 1 強制性交（猥褻）罪的結合犯。又結合犯既然是將二以上的獨立犯罪行為，依法律規定結合成一罪，其主行為為基本犯罪，舉凡行為人利用基本犯罪的時機，而起意為其他犯罪，二者間具有意思的聯絡，即可成立結合犯，至於犯他罪的意思，不論起於實行基本行為之初，即為預定的計畫或具有概括的犯意，抑或出於實行基本行為之際，而新生的犯意，亦不問其動機如何，只須二行為間具有密切的關連，而有犯意的聯絡、事實的認識，即可認與結合犯的意義相當（最高法院 109 年度台上字第 3418 號刑事判決意旨可資參照）。

增字：個

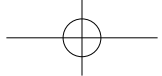
結合犯依其法條上顯現的形式又可以分為形式結合犯與實質結合犯（第一種區分），而有學者³將結合犯區分為狹義結合犯與廣義結合犯（第二種區分）。分敘如下：

1. 第一種區分：形式結合犯與實質結合犯

(1) 形式結合犯：

形式結合犯，就是條文僅是將形式上兩個原本獨立構成要件做結合成為一個新的犯罪（或者可稱為一個新的構成要件），換言之，可以從條文文義上看出該條文是由刑法條文兩個條文結合而成。

3 林東茂，刑法綜覽，六版，頁 1-69 以下。



Episode 1 刑法緒論

第二百二十二條、第二百二十四條、第二百二十四條之一或第二百二十五條之罪，因而致被害人於死者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；致重傷者，處十年以上有期徒刑。」

由刑法第 226 條第 1 項可以看出，犯第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條、第二百二十四條之一或第二百二十五條之罪皆出於故意而為，但是其產生之加重結果（例如該條第 1 項前段所稱之因而致被害人於死者或是第 1 項後段之致重傷者）應非出於故意，在於若行為人對死亡結果或是重傷結果是出於故意而為之，則成立刑法第 226 條之 1。

❖ 進階補充：雙行為犯 ❖

增字：犯罪

相對於結合犯，考生常常出錯的概念是雙行為犯，因為結合犯是兩個相結合（不論形式或實質；抑或是狹義或廣義結合犯），該相結合之構成要件拆開可以還原成獨立的犯罪構成要件，而雙行為犯則無此性質，故提醒考生要多加注意⁴。

EX：刑法第 221 條規定：「Ⅰ對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。Ⅱ前項之未遂犯罰之。」刑法第 221 條為強制性交罪，由條文可以分析出該條文為對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，此部分符合刑法第 304 條強制罪，然而性交部分僅屬於刑法第 10 條第 5 項定義問題，其並非犯罪行為，故本條為雙行為犯，而非結合犯。

Question

何謂結合犯？何謂結果加重犯？試舉例說明之。

【98 公務人員、關務人員升官等薦任（矯正、法制）】

考題說明

本題重點並非要考生僅舉例說明，而是要考生將結合犯與加重結果犯（如上所述結合犯亦為廣義結合犯）之關聯作一個連結，如此一來才能獲舉高分。

4 強制猥褻罪是「雙行為犯」，必須行為人施加「強制手段」及「猥褻行為」；乘機猥褻罪、對幼童為猥褻行為罪與權勢猥褻罪，則是「單行為犯」，行為人並未施加任何強制手段，而係利用被害人「精神、身體等障礙或心智缺陷」，或利用「被害人年幼無知，對性不知、不解」，或利用「對於被害人之一定監督、扶助、照護關係，而屈從行為人」之狀態，而為猥褻之行為（臺灣彰化地方法院 113 年度侵訴字第 52 號刑事判決參照）。

Episode 1 刑法緒論

特性規定為「足以妨害其（未滿 18 歲之人）身心之健全或發育」，藉此限縮概括條款（他法）之涵蓋範圍，即為立法明文之適性犯。倘犯罪構成要件未予明白規定，但立法擬制之危險概念，將使對法益侵害極其輕微之行為，亦予以處罰，而有違反罪責原則之虞時，即應將該罪視為實質適性犯，在解釋上應透過「足以生危險於保護法益」之不成文構成要件要素予以審查，亦即行為仍須發生侵害法益危險之可能性，但不須致生對保護法益具體危險之程度，藉以判斷個案犯罪成立與否，庶免悖離憲法罪責原則之誡命。鑒於具有潛在暴力性質的人群聚集，易使個人在人群掩飾下產生妄為或罪惡感，立法者因而制定具有聚眾犯與危險犯性質之聚集施強暴脅迫罪（刑法第 150 條）及聚集不解散罪（同法第 149 條）等規範，用以保護公眾安全。（最高法院 112 年度台上字第 2376 號判決意旨）

綜上所述，可知危險犯只需行為對法益或行為客體惹起危險狀態，無待實害結果發生即成立犯罪。即以對法益發生侵害的危險作為處罰根據的犯罪，謂之「危險犯」。依照危險犯之危險狀態，又可以分為具體危險犯與抽象危險犯。

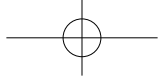
1. 具體危險犯：

「具體危險犯」中之具體危險，使法益侵害之可能具體地達到現實化之程度，此種危險屬於構成要件之內容，需行為具有發生侵害結果之可能性（危險之結果），始足當之。因屬於構成要件事實，具體危險是否存在，需要加以證明與確認，不能以某種程度的假定或抽象為已足，對具體危險之證明和判斷，事實審法院應以行為當時之各種具體情況以及已經判明的因果關係為根據，用以認定行為是否具有發生侵害法益的可能性。是具體危險犯中之具體危險，是「作為結果的危險」，學理上稱為「司法認定之危險」。一般而言，具體危險犯在刑法分則中以諸如「危害公共安全」、「足以發生……危險」、「引起……危險」等字樣明示之。（參照最高法院 97 年度台上字第 731 號判決與 102 年度台上字第 3977 號判決意旨）

►由此可知：~~刪除~~

- (1) 具體危險犯係指其判斷成立與否的重點在於，該個案中之行為確實已經製造一個法益客體陷於危險、情況危急之狀態。
- (2) 所以法官在個案的審查中，必須審查事實上對於該法條所要保護的法益客體是否存在著發生密接可能性。
- (3) 法條通常的立法模式為「……致生危險」

EX：最高法院 102 年度台上字第 3977 號判決認為，刑法第 184 條第 1 項公共危險罪，係以「致生往來之危險」為其客觀構



二、衍生概念

(一) 禁止溯及既往（對立法權之限制）：

行使國家之刑罰權，應符合可預見性與可預測性之要求，由此一基礎可以得知對於合法取得的權利，不得於行為後所定之法律加以限制或剝奪，亦不得以嗣後之法律設定義務或加重負擔。

由此可知道，此原則乃在禁止刑法在行為後惡化行為人之法律地位。

換言之，若是行為後法律有助於行為人之法律地位，則不在該限制之範圍內。

基此思維，可以推知禁止溯及既往原則有例外：

1. 例外一：

有利行為人之法律變更、非拘束人身自由之保安處分、沒收。

刑法第2條第1、2項：「I 行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。II 沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」

解析

由第2條第1項但書可知，若變更對行為人有利，則當然直接適用變更後之法條，如此一來則新法具有溯及既往之效力。第2條第2項由於其非拘束人身自由之保安處分，而刑法第1條後段規定可看出拘束人身自由的保安處分才有受罪刑法定原則之規範，故非拘束人身自由之保安處分有溯及既往之適用，此由第2條第2項可知。另外配合新制沒收已非屬刑罰性質而是類似不當得利之衡平措施，故亦一律從新。

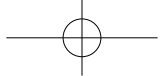
增字：為

2. 例外二：程序法從新原則

【最高法院 89 年度第 5 次刑事庭會議】

刑法第2條第1項但書所稱之法律，係指實體法而言，程序法不在其內（院字第1854號解釋）。因此，行為後因法律有變更，裁判時之法律與裁判前之法律與其得上訴於第三審法院之限制規定不同時，無論是否依刑法第2條第1項但書而適用最有利於行為人之法律，均以裁判時之法律定其得否上訴於第三審法院²²。

22 最高法院 108 年度台上字第 397 號判決以為，行為後因法律有變更，致裁判時之法律與裁判前之法律涉及其得否



Question

(二)為配合民國 91 年元旦起我國進入 WTO，行政院決定「菸、酒、捲菸紙」等，不再是公告列管的「管制物品」，從民國 91 年 1 月 1 日起，走私菸酒，不再構成懲治走私條例上之犯罪。試問在民國 90 年 10 月 5 日走私菸酒而觸犯懲治走私條例者，是否因此即不得再依據懲治走私條例追訴處罰之？

【104 升等薦任（矯正、法制）】

解析

關於「空白刑法補充規範」之變更之刑法意義，本書整理如下：

(一)事實變更說（實務見解²⁹）：

刪除 實務見解認為空白刑法補充規範之變更，乃行政上適應當時的情況所為之「事實上變更」，並非「刑罰法律有所變更」，即非法律變更而事實變更，認為刑罰法律並未變更。將空白刑法的補充規定的變更，視為一種事實變更，其主要的意義在乃在於法律規範的適用，必須以行為時的法律規定，作為適用的基礎，對於此種補充規定的內涵變更，應認為事實變更，故而不適用於刑法第 2 條第 1 項規定之適用。

【釋字第 103 號解釋】

行政院依懲治走私條例第 2 條第 2 項專案指定管制物品及其數額之公告，其內容之變更，對於變更前走私行為之處罰，不能認為有刑法第 2 條之適用。

(二)法律變更說（學說見解）：

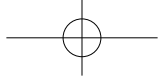
學說上大部分認為補充規範影響可罰性之範圍係屬法律變更。有學者有批評實務見解採取事實變更說，其認為刑法所謂的法律變更的意義，應是指關於刑罰權形成判斷的相關法律內容或範圍變更而言，並非僅止於刑法所規定的形式而已³⁰。另有學者以為視價值結構是否改變，從預防觀點觀之³¹。而學者以為這樣的思考是斟酌行為的可罰性變更時，該行為所應該被理解的刑法意義（反社會性評價的轉變），然後以這一種的刑法意義（價值評價）應用於空白構成要件變更的分析，反過來探究其是否涉及法律的變更。因為當行為刑罰的變更時，也意謂社會對行為的評價改變³²。故學界認為應該採取法律變更說，即有

29 然採實務說法即事實變更說，刑法第 2 條之行為後法律變更僅指刑罰法律的變更，填補空白刑法之行政命令縱可認具有法律效力，但並無刑罰規定，終究難認為刑罰法律，故無刑法第 2 條之適用，屬實務穩定看法，最高法院 101 年度台上字第 5380 號判決亦同此見解。

30 柯耀程，法律變更或事實變更？，月旦法學雜誌，第 128 期，2006 年 1 月，頁 215 以下。

31 許玉秀，罪刑法定原則的構成要件保障功能（上），月旦法學雜誌，第 123 期，2005 年 8 月，頁 18。

32 李聖傑，刑法不法內涵的圖像，台灣本土法學，第 84 期，2006 年 7 月，頁 116～119。



【法檢字第 1000802553 號】

案由：中華民國人民在大陸地區犯罪，係屬於在中華民國領域內犯罪或中華民國領域外犯罪？

法務部核復意見：採乙說，並理由修正如下：

依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 2 條第 2 款規定：「大陸地區：指臺灣地區以外之中華民國領土。」又同條例第 75 條規定：「在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷。但得免其刑之全部或一部之執行。」是中華民國人民在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，自應依前開規定辦理⁴⁶。

【最高法院 109 年度台上字第 3920 號判決】

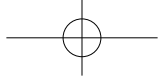
(一) 中華民國人民在中華民國領域外犯罪，除所犯係刑法第 5 條、第 6 條所列之罪，或最輕本刑為 3 年以上有期徒刑之罪，無我國刑法之適用，此觀刑法第 5 至 7 條之規定甚明。又依憲法第 4 條、增修條文第 1 條第 1 項、第 4 條第 5 項、臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 2 條、第 75 條規定，大陸地區固屬中華民國領域。然臺灣地區人民在香港、澳門犯罪，依香港澳門關係條例第 1 條、第 43 條第 1 項之特別規定，除所犯係上述之罪，亦不適用刑法

之規定。又行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。刑法第 339 條之 4 之加重詐欺罪，並非最輕本刑為 3 年以上有期徒刑之罪。而係於民國 105 年 12 月 2 日修正公布施行之刑法第 5 條第 11 款，始規定國外犯該罪亦有刑法之適用。是中華民國人民在該條款施行前，在中華民國領域外（含香港、澳門）犯該罪，並無刑法之適用。

(二) 犯罪之行為或結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪，刑法第 4 條定有明文。刑法第 339 條之 4 之三人以上共同犯詐欺取財罪，係以詐術使人將本人或第三人之物交付為其基本構成要件，其犯罪流程包含行為人施用詐術之「行為」及他人陷於錯誤因而交付財物、行為人或第三人取得財物之「結果」。是行為人施用詐術之行為地、他人交付財物地及行為人或第三人取得財物地，倘無一在中華民國領域內，自不能認係在中華民國領域內犯該罪。

46 相同見解，最高法院 108 年度台上字第 334 號判決略謂：「……臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 2 條第 2 款更指明：「大陸地區：指臺灣地區以外之中華民國領土。」仍揭示大陸地區係屬中華民國之固有領土；同條例第 75 條又規定：「在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷。但得免其刑之全部或一部之執行。」據此，大陸地區現在雖因事實上之障礙，為我國主權（統治權）所不及，但在大陸地區犯罪，仍應受我國法律之處罰，揭明大陸地區猶屬我國之領域，且未放棄對此地區之主權。基此，苟「行為地」與「結果地」有其一在大陸地區者，自應受我國法律之處罰，向為本院之見解。原判決本諸前旨，於理由欄壹一二內，就我國法院何以對本案有（審判）管轄權之理由，詳為剖析，並載敘：上訴人等所參與之詐騙集團，其成員固係在印尼境內，以電腦操作網路，發送詐騙語音封包，對大陸地區被害人實施電話詐騙，但其受詐騙地點及匯款的帳戶，均在大陸地區，則其等犯罪地即在我國固有疆域內，為我國刑法適用所及，第一審及原審法院於本案，當然有管轄權。經核於法並無不合。……」

刪除



權限」之公務員，係著重於其服務於上開機關之身分，學理上稱為「身分公務員」。此類公務員之任用方式，祇須有法令之任用依據即可，不論其係經由考試晉用、選舉產生、約聘僱用或政治任命，更不論其係專職或兼任、長期性或臨時性。又所謂「法定職務權限」，並不以法律明文規定者為限，其他具有法規性質之命令、機關長官基於內部事務分配而為之職務命令，以及機關內發布之行政規章等所定之職務，皆屬之。凡公務員在其職務範圍內所應為或得為之事務，均為其「法定職務權限」，並不以涉及公權力行使之事項為限，即無關公權力之公行政作用及其他私經濟行為，亦包括在內。又最高法院 105 年度台上字第 1244 號刑事判決認為，賦與該職務權限之方式，亦非必以書面派令為限，機關長官基於事務分配權責，以口頭命令分配執行職務者，亦屬之。

(二) 職權公務員或稱授權公務員（刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段）：

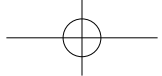
非服務於國家、地方自治團體所屬機關，但依法令從事於公共事務，且具有法定職權者（如水利法及通則規定之農田水利會會長或其專任職員—水利法及農田水利會組織通則；依據律師法所成立之律師懲戒委員會之委員；依據政府採購法之規定承辦公立學校⁶³、公營事業等採購事務之人員），關於政府採購法部分，有學者以為國家採購行為並非嚴格意義的國家任務行為，而是在瀆職罪章的範疇裡被視為準公共事務行為。國家採購事務之所以被視為準公共事務行為，其理由固然在於國家採購行為涉及國家資源分配的公平原則，但是假設在國家資源流動之處，凡觸及其處分者皆認為是處理公共事務行為，則公務員概念勢必無限~~泛~~濫，換句話說，對於公共工程，不管是多少層次後的下游廠商，都是公務員。然而問題在於，就中下游廠商的營業現實來看，以依法行政或是平等原則來普遍的阻擋下游廠商的營業選擇行為，可能根本癱瘓其現實上營業運作的可能性。基於此，國家採購原則就僅適用於國家採購，至於依促參法或獎參條例等經甄審程序而與主管機關簽約之民間機構，其履約之執行行為應非屬公共事務行為，從而執行者也不是公務員⁶⁴。另台灣彰化地方法院 102 年度訴字第 139 號刑事判決認為，應將採購之行政輔助行為限縮為與人民基本生存需求相關者，始屬「公共事務」，其以採購目的作為界定公共事務範疇，而排除與人民基本生存需求無關之採購行為，應較符合修法精神賦予公共事務概念之意義⁶⁵。

改為：汎

63 例如政大圖書館館長是否為刑法上之公務員，(一)依刑法第 10 條第 2 項修正理由，修法後中央及地方政府機關所屬之事業單位、公營事業機構或是公立學校等有政府採購法之適用之人員，因其從事之事務，關涉公共事務，故依政府採購法，採購承辦之人員，為刑法上之公務員。(二)如果從修正理由來看，認為公立學校及公營事業的承辦、監辦採購人員是從事於公共事務而有法定職務權限的公務員。那為何同屬於公立學校的其他單位就不是從事於公共事務而有法定職務權限的公務員？只因為政府採購法僅針對到公立大學的採購事項嗎？如果是這樣他們跟私人企業有何區別？所以應該是因為公立學校是屬於國家機關，所以其他的從業人員所為屬於事業體的行為，必定是公共事務。依此見解，政治大學圖書館館長其所掌管的圖書事務是關於整個政治大學公共事務的一部分，所以其為刑法上之公務員。參照許玉秀，公務員概念的立法定義（下），司法周刊，第 1250 期，第二版，2005 年 8 月 25 日。

64 黃榮堅，刑法上個別化公務員概念，臺大法學論叢，第 38 卷第 4 期，2019 年 12 月，頁 316。關於 BOT 部分，亦可參照最高法院 101 年台上字第 3385 號判決。

65 對於屬於私經濟行政領域之行政輔助行為部分，有學者以為即使有認公共事務並不以公權力行使為限，包含統治行政與給付行政，惟仍均認有嚴格之限制，如：對採購行為仍認與公務員犯罪之規範目的不同，與執行職務之公正性、



過狹，即應以治療後被害人的最終結果是否「回復基本功能」，作為重傷與否的認定標準。又重傷害定義的適用與涵攝既使用如此多的不確定法律概念，而使標準不明的情況，基於罪刑法定原則，應儘可能透過類型化使其明確化。為與醫學機能觀點相互對應，並提出一般性的適用標準，有關「毀敗或嚴重減損一肢以上之機能」的認定，「身心障礙者鑑定作業辦法」及衛生福利部（前身為衛生署）所訂定的身心障礙者鑑定表所為的殘障鑑定，雖不得作為唯一的認定標準，但該鑑定表所作的分類與判斷標準，仍不失作為建立類型化的參考準據⁸⁴。

❖ 腎臟切除是否為重傷？ ❖

【最高法院 76 年度台上字第 2967 號判決】

按腎臟為人體排泄之重要器官，因上訴人出手毆打，使被害人左腎破裂必須切除，對人之身體健康自屬達於重大傷害，且為不治之傷害，核與刑法第 10 條第 4 項第 6 款所稱重傷之規定符合，以拳擊人之腹部，會導致腎臟重傷之結果，在客觀上非上訴人所不能預見，應成立傷害之加重結果犯。

❖ 手指之重傷問題 ❖

【最高法院 29 年上字第 135 號刑事判決】

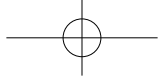
手之作用全在於指，上訴人將被害人左手大拇指、食指、中指砍傷斷落，其殘餘之無名指、小指即失其效用，自不能謂非達於毀敗一肢機能之程度。

【最高法院 24 年上字第 3806 號刑事判決】

第二指為手之一部，因傷害結果，不能伸屈自如，雖與手之機能有關，然僅係該指喪失活動力，尚非毀敗全肢之機能。

改為：步

84 相同立場：台灣高等法院 103 年度交上訴字第 201 號刑事判決以為，刑法第 10 條第 4 項第 4 款所稱毀敗一肢以上之機能，係指肢體因傷害之結果完全喪失其效用者而言，初不以驗斷時之狀況如何為標準，如經過相當之診治而能回復原狀，或雖不能回復原狀而僅祇減衰其效用者，仍不得謂為該款之重傷；又所謂毀敗一肢以上之機能，係指一肢以上之機能完全喪失其效用而言，若臂骨雖經折斷，但醫治結果仍能舉動而僅不能照常者，祇可認為減衰機能，要與毀敗全肢之機能有別，最高法院 28 年上字第 1098 號、30 年上字第 445 號判決意旨參照；台灣高等法院 104 年度上易字第 394 號刑事判決以為，按稱重傷者，謂毀敗或嚴重減損一肢以上之機能，刑法第 10 條第 4 項第 4 款定有明文，而手之功用在於手指抓、握物體，故手指若未喪失或嚴重減損上述功能，自不得謂已達重傷之程度；又究否已達毀敗或嚴重減損之程度、有無恢復之可能、應以現有醫療水準為基礎，參以經治療後之現狀予以判斷。



解析

黃老師認為針對乙女因驚嚇致駕駛失控係屬反射動作，因為其有如運動神經之反應，並非出於心靈，而是中樞神經直接傳達到運動神經直接反應，此種情況有如眼睛遭受碰撞時，會閉眼一般，故乙女之行為應為鞭炮所驚嚇所導致而來，難以證明其出於意思可控制之下之行為，故該行為雖造成丙死亡，但是以該行為不成立刑法上犯罪⁵。

增字：罪

乙女之驚嚇之行為不成立犯，而乙女未關車窗之行為是其意志可操作，然該尚未關窗之行為並未製造法律上風險，亦不成立刑法第 276 條第 1 項過失致死罪。

Question

甲剛當爸爸不久，某日，在參加朋友婚慶酒宴後與剛出生兒子乙睡在一起，一個翻身把乙壓在身體下，但由於醉酒，甲對此毫無知覺，等到甲妻丙發現時，乙已經沒有呼吸心跳。丙十分自責，怪自己為何沒有阻止酒醉的甲睡在乙身邊。問，如何論處甲、丙的行為？

【101 普考（法律廉政）】

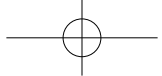
解析

本題在測驗考生對刑法上行為是否有具體掌握，甲睡夢翻身把乙壓在身體下之行為屬於無意識狀態下所為，非其可支配之行為，其非刑法意義之行為，故該部分不成立刑法之犯罪。

改為：置

而甲回家後，未將乙放置安全之位^子，造成乙死於該意外，則此部分可能成立刑法第 276 條第 1 項與刑法第 15 條第 2 項過失致死之不純正不作為犯。

5 黃惠婷，刑法上的「行為」，月旦法學教室，第 47 期，2006 年 9 月，頁 22。



同。在可容許之風險上，最常見的是交通刑法所衍生出來的「信賴原則」，所謂信賴原則，又稱容許信賴原則，係指行為人於行為時有權假設，即信賴其他社會生活參與者會克盡其規範上之義務，並且在此一信賴的基礎上作出行為之反應，如果基於此一信賴所為之行為，導致有利益受到侵害結果的發生，行為人之行為並不會被評價為不法。質言之，信賴原則在學理上是來自於「容許風險」，是一個透過社會生活規則（例如交通安全規則），使利益加以強化的容許風險的型態，已如前述。在道路交通事故之刑事案件上，係指參與交通行為之一方，遵守交通法規等秩序，得信賴同時參與交通行為之對方或其他人，亦必會遵守交通法規秩序，不致有違反交通法規秩序之行為發生，因此，對於對方或其他人因違反交通法規秩序之行為所導致之危險結果，即無注意防免之義務，從而得以免負過失責任，此原則亦為我歷來實務所承認。（台灣桃園地方法院 94 年度交易字第 364 號刑事判決參照）¹⁹ 換言之，其原始意義在於交通危險之適當分配，後來將此概念適用在其他的社會活動上，其概念為社會基於分工下，每一個參與社會活動的成員都應該要相信其他的社會活動參與者皆會遵守社會秩序所制定之規則來運作。

增字：國

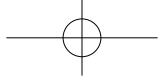
但是信賴原則有所限制，在以下之情形下，行為人不可以主張信賴原則：

- A. 被害人違反交通規則秩序之行為係明顯而易見的²⁰。
- B. 無法期待對方依交通秩序所行動。
- C. 行為人本身已經違規（錯誤行為人不可主張信賴原則）²¹。

19 相同見解：最高法院 105 年度台上字第 3279 號刑事判決以為，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。

20 台灣高等法院高雄分院 105 年度交上易字第 140 號判決以為，按汽車駕駛人雖可信賴其他參與交通之對方亦能遵守交通規則，同時為必要之注意，謹慎採取適當之行動，而對於不可知之對方違規行為並無預防之義務，然因對於違規行為所導致之危險，若屬已可預見，且依法律、契約、習慣、法理及日常生活經驗等，在不超越社會相當性之範圍應有注意之義務者，自仍有以一定之行為避免結果發生之義務。因此，關於他人之違規事實已極明顯，同時有充足之時間可採取適當之措施以避免發生交通事故之結果時，即不得以信賴他方能遵守交通規則為由，以免除自己之責任（最高法院 74 年台上字第 4219 號判決、89 年度台上字第 862 號、90 年度台上字第 2400 號判決意旨參照）。

21 參考題目：甲在速限 50km/h 的市區道路駕駛，見前方路口號誌顯示為綠燈，即踩下油門將速度提升到 80km/h 要通過路口。不料，騎著腳踏車的 A，由於講電話不專心，竟然闖紅燈，突然橫向衝出到甲的車道上，甲剎車不及直接撞上 A，A 當場死亡。事後證明，如果甲未超速，即可及時剎車而不撞上 A。請問甲的刑事責任如何？（25 分）【111 高司法制法廉】
有學者以為行為人自身的違規行為，必須足以將發生事故的可能性提高到超過容許風險的範圍，始不得主張信賴原則，然違規行為是否足以將發生事故的可能性提高到超過容許風險的範圍，應視具體情形而定，例如汽車駕駛人未帶行車執照上路，雖然違規，但對於事故發生的風險根本無關，不能說其不受信賴原則的適用。其乃因交通規則是基於現實上危險係數統計所形成行為上的抽象準則，此類準則的抽象化，是基於技術上的必然性而來。例如關於時速的限制，雖然在同一路段上其兩公里後的路況可能已經不一樣，但是客觀上不可能每兩公里就設置不同時速限制的數字牌，因此超速行駛之本身，並不同於超越容許風險的限制，同時也並不絕對就喪失主張信賴保護原則的權



法上何罪名？

【99 司法四等】

擬答

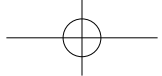
- 一、甲拿石頭猛擊乙的頭部之行為不成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪（Step1：本罪為結果犯），理由分述如下：

構成要件部分，如題所示，（Step2：條件關係建構）甲便拿起路邊石頭猛擊乙的頭部，欲置其於死地，係可認為甲主觀上具殺人故意，而客觀上造成乙因救護車火災燒死之結果，然此結果與行為間雖具有條件關係，但結果歸責部分（Step3：結果歸責之探討），實務見解採相當因果關係，按最高法院 76 年台上字第 192 號判決：「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。」故本題中，由客觀事後判斷行為結果應不具有相當性，若採客觀歸責理論，其認為有該行為製造了法所不容許之風險，而此構成要件結果是因為該風險的實現，並且這一個結果存在於構成要件效力範圍內，如此構成要件結果的發生才能歸責於行為人之行為。然本案中，雖甲之行為是製造法所不容許之行為（法律禁止殺人行為），惟該結果之發生係一個重大偏異之因果，故不論採何種理論，甲不負刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪之責。

刪除

- 二、甲拿石頭猛擊乙的頭部之行為成立刑法第 271 條第 2 項殺人未遂罪，理由分述如下：（Step4：因果關係不具備，則須進一步探討未遂犯。）

按刑法第 271 條第 2 項規定，有處罰殺人未遂，又如上所述，甲之犯行尚未既遂（乙之死亡結果不能歸責於甲），構成要件部分，主觀上，甲有實現殺人既遂罪之構成要件決意，客觀上，應判斷甲是否著手，關於著手判斷，學說上有形式客觀說、實質客觀說、主觀說、主客觀混合說，若採主客觀混合說，即以行為人主觀犯罪計畫為主，輔採實質客觀說之對客體之侵害有直接危險密切關聯，本案中甲拿石頭猛擊乙的頭部，依其主觀想像係屬殺人行為之著手，又此行為對於客體之侵害有直接危險密切關聯，故甲已著手殺人行為。抑有進者，甲不得主張義憤殺人，最高法院 98 年度台上字第 3277 號判決以為，所謂不義行為，必須在客觀上足以引起公憤，猝然遇合，憤激難忍，因而將其殺害，始足以當之。又學者以為激於義憤固然涉及行為人之動機及情緒，但必須被害人違反正義與倫理之行為已達



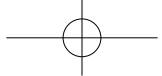
改為：原

遠因，即「動機」，通常動機與犯罪之成立無關，或以之為科刑時應予審酌之事項，或為減刑之要件，或為加重之要件，但於特殊之犯罪，若以之為主觀不法構成要件之構成要素者，如刑法分則中規定以「意圖」為成立要件之罪，法律既明定為犯罪構成要件，則動機已成為犯罪內容之一部，不得再視為一般之動機，故目的犯（意圖犯）在主觀上除須具備故意之構成要件外，尚須具備法定之不法意圖，否則其犯罪即無以成立（最高法院 93 年度台上字第 4798 號判決要旨參照）。

- (二) 刑法條文中有明定「明知」³³，其表示行為之主觀須具備直接故意，主觀構成要件始為該當。
- (三) 針對行為人之外部行為與內心特定意態矛盾之犯罪，學理名為表現犯，責任主義下之犯罪，乃刑事不法主觀與客觀要素之統一，針對表現犯內心特定意態之屬性定位，聚論之爭點在於該等主觀因素，究係含括於故意之認知與意欲中而屬構成要件要素，抑係構成要件故意以外之違法性主觀要素。而犯罪係不法之有責行為，「不法」與「責任」是犯罪理論之建構基石，從「不法」乃指構成要件該當且違法（或稱合致違法構成要件且不具阻卻違法事由）以觀，上開爭議僅係不法範疇內之論爭，行為人之客觀行為倘未能呈現其具刻意反於真實之心理，不論採認何種見解，同足否定犯罪之成立。（台灣高等法院台南分院 105 年度上訴字第 1125 號刑事判決意旨參照）³⁴
- (四) 傾向犯，指以行為人表現出一定內心傾向之行為始得成立犯罪之犯罪類型，行為人若不具此內心傾向，則不成立犯罪。例如侮辱罪須基於故意為之且為傾向犯，以行為人表示其主觀之輕蔑意思為其特質。準此，誤解他人言論加以批評，或善意之批評，即不成立故意侮辱罪（台灣高等法院台中分院 106 年度上易字第 171 號判決意旨參照）。

33 刑法第 21、38-1、125、128、129、131、213、214、215、254、255 條。

34 該判決以為偽證罪係中外學理上普遍所肯認典型之表現犯，其關鍵之「虛偽陳述」構成要件，充分體現出行為人反於主觀內心特定意態而為客觀不實展現於外之描述與定義。姑不論是否承認主觀違法性要素，僅就概無爭議之不法構成要件檢驗而言，客觀之「虛偽陳述」係出於故意之主觀意思，固屬無疑，法文雖未限定「明知」，然「故意虛偽」一詞，從通常理解之文義而言，寓含行為人心理傾向於高程度確定認知與意欲之狀態，「（故意）虛偽陳述」云者，毋寧係以積極性之心理為前提，祇具相當可能性預見之消極放任心理者，則不與焉。亦即，虛偽陳述之主觀構成要件要素，限於「明知並有意」之直接故意，不包括「預見而容任」之間接故意，恰如同為表現犯之適例——枉法裁判罪，其構成要件未有「明知」之限制，然最高法院揭闡「係指故意不依法律之規定而為裁判，質言之，即指『明知』法律而故為出入者而言」（最高法院 29 年上字第 1474 號判決參照）。是而，偽證罪所稱「虛偽陳述」，須行為人主觀上「明知」係反於其所見所聞之事項而故為不實陳述始克相當（最高法院 104 年度台上字第 1259 號、99 年度台上字第 6495 號、92 年度台上字第 5418、4895 號等判決參照），僅止於疑似、可能、含糊或不確定之游移認知下之陳述，自不得以偽證罪相繩。



3 點規定，警察人員於依法執行職務遭受強暴、脅迫、抗拒或其他事實需要，除情況急迫外，於相對人經口頭警告仍不聽從時，始得使用辣椒水。使用時並應依該要點第 4 點之規定，考量地形及地物之狀況，避免造成相對人其他傷害；使用原因已消滅，應立即停止使用。請問甲的行為是否成立犯罪？

【112 司三行政執行官】

(八) 甲為某超商店員，積欠乙 1 萬元遲遲未還。某日乙經過該超商，遂進去找甲要錢，過程中乙不滿甲依舊推託不還錢，遂大吼「拿錢來！否則你等著瞧」，甲怕事情鬧大後被老闆責罵，只好拿出自己錢包中的 1 萬元返還給乙，乙收下後氣沖沖地離開超商。恰好在超商外等朋友的丙目睹此一情形，見巡邏的員警丁經過，丙立刻指著乙大喊「抓強盜，他剛在超商搶錢」，丁聞後立即上前制止乙離開，乙拒絕服從，丁強力壓制乙，導致乙身上多處擦傷。請問乙、丁之刑責為何？

【114 海巡三等】

二、要件（依命令之職務上之行為）

(一) 須為所屬上級公務員在其職權範圍內所發之命令（客觀）。

(二) 須為下級公務員職務範圍內之行為（客觀）。

(三) 須非明知命令為違法（主觀）。

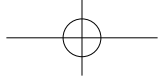
► 所謂「明知」，相當於刑法第 13 條第 1 項之直接故意。

► 明知其命令違法之效果：僅得依據有無「適法行為之期待可能性」，而判斷是否阻卻有責性¹⁶。有學者¹⁷以為若是下級公務員依違法命令執行，不能阻卻違法，至於誤以為其係依法令之行為，該等誤解是否影響其罪責，應取決下級公務員是否已盡其可能的請教或查詢該等作為或該作業程序合法性而定，倘若已盡其可能，則免除罪責，反之亦反。然我國實務見解以為刑法第 21 條第 2 項規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」則以但書所定排除本文之阻卻違法事由之適用，應就明知命令違法為嚴格之證明。尤其軍人以服從為天職，陸海空軍刑法第 47 條第 1 項並就違抗長官職權範圍內所下達與軍事有關之命令者，定有處罰。於此，雖非可謂軍人排除上開刑法但書之適用，惟於判斷其是否明知上級命令違法時，自應與一般公務員不同，即應採更高密度之審查標準，以免

改為：然

16 相關考題：甲是某機關新進公務員，入職後第 2 個月，直屬長官乙直接交給甲新臺幣 2 萬元，告知是 A 廠商負責人代為轉交之入職慶祝禮金，且說明此一科室裡的每一個新進人員都有收過 A 廠商之禮金，甲擔心不收禮金會觸怒長官，遂將禮金收下。事隔數月之後，乙指示甲查驗 A 廠商進口貨櫃，甲發現貨櫃內物品與 A 廠商當初報關之貨品名稱與數量，全然不符，甲原本要記載查驗不合格，但乙威脅甲如不放行該貨物，將舉發甲收了 A 廠商 2 萬元，甲迫於無奈與恐懼，遂記載查驗合格而放行該批貨物，A 廠商也因此逃漏新臺幣 50 萬元之關稅。試問：甲之行為如何論罪？【108 高考】

17 吳耀宗，依「違法的」法令之行為，月旦法學教室，第 133 期，2013 年 11 月，頁 32。



SECTION 3



正當防衛

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。」

一、正當防衛之要件

(一) 須有侵害存在

1. 所謂侵害，是指可以確信其將會造成法益的損害行為，所侵害的法益不限於刑法所承認的法益，而是也包含其他法律所承認的利益。原則上限定於個人法益，如果單純涉及公共利益，且被害人無具體化，無法稱此為適格的侵害。

2. 拿假槍恐嚇他人：

(1) 甲說：

認為在此情形下，客觀上無侵害之存在（事後客觀判斷），故只是一個誤想防衛的問題，所以以容許構成要件錯誤之相關理論解決即可²²。

(2) 乙說：

以為在此情形下，跟誤想防衛的情形不相同，理由在於該行為確實造成被害人因此而產生恐懼，因而屈服在行為的意思支配下，這至少也構成對自由法益的侵害²³。

(3) 丙說：

以為此問題在於侵害判斷標準，以為侵害並不以導致實害為必要，而是從事後客觀的角度判斷侵害存在與否，其標準為行為當時有近乎可能導致法益受到侵害即可。（客觀事中判斷侵害是否存在）

(二) 侵害係現在

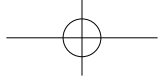
所謂現在之侵害，指侵害行為已經著手、或正在實行、或尚未完畢之侵害。也就是直接在眼前即將馬上開始的，已經開始進行或是還在持續進行中。

以衡量。參照邱忠義，刑法通則新論，元照，2009 年 2 月，頁 184。

22 黃榮堅，論正當防衛，收錄於氏著《刑法的極限》，初版二刷，2004 年 2 月，頁 88 以下。

23 黃惠婷，正當防衛之現在不法侵害，台灣本土法學，第 23 期，2001 年 6 月，頁 138。

改為：罰



Chapter.2 法定阻卻違法事由

所謂侵害行為進行中，即為現在；侵害行為終了，即為過去。（最高法院 29 年上字第 317 號刑事判決以為，正當防衛以對於現在不法之侵害為要件，防衛過當，尤以有防衛權為前提，上訴人之逞兇，雖不得謂非由被害人先用烟竿向毆而起，然被害人已受傷逃避，則其不法侵害業已過去，上訴人猶復持斧追往，砍殺多傷，自不成防衛行為，更何過當之可言；最高法院 100 年度台上字第 2341 號刑事判決以為刑法之正當防衛，以對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為為必要；如不法侵害已成過去或尚未發生，即無正當防衛可言。）

(二) 離去現場說：

謂加害人尚留在現場，即為現在，如已離去，即為過去。

(三) 事實繼續說：

謂事實的侵害尚在進行中，即為現在，至於侵害行為是否終了，即非所問。

(四) 權利挽救說：

被害人如果可以自力挽救，即為現在，無法自力挽救時即為過去²⁵。

★相關考題★

Question

睡於透天厝二樓的原住民甲在清晨四點多時被樓下的嘈雜聲響所吵醒，甲的直覺判斷很可能是小偷，於是拿起其合法擁有的獵槍，迅速衝到二樓外面陽台上，對著樓下正搬運甲所產銷的二箱水梨（市價約 3000 元）往外離去之竊賊乙大喊：「不要動，否則我要開槍了。」但乙繼續往前奔跑。甲見此狀，便朝乙的腳開槍射擊，雖然甲知道有可能射擊到乙之其他致命部位，但其根本無所謂，結果甲一槍擊中乙之心臟，乙一命嗚呼。問甲之行為應如何論罪？

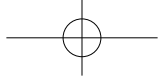
【102 司法四等】

解析

本題在於構成要件要探討甲主觀上是未必故意還是有認識過失，若是認為過失還是無礙於討論正當防衛，然違法性部分須探討一下正搬運甲所產銷的二箱水梨（市價約 3000 元）往外離去之竊賊乙是否屬於現在不法侵害（防衛權之有無），故要論述一下現在的判斷標準，然後防衛權建構完畢後，再討論為保護財產法益而侵害到他人之生命，有無刑法第 23 條但書防衛過當（絕對失衡之問題）。

改為：罰

25 黃榮堅，論正當防衛，收錄於氏著《刑法的極限》，初版二刷，2004 年 2 月，頁 92。學說上亦認對未來之犯罪預防應屬國家之任務，個人以攻擊或侵害他人法益之方式預防犯罪，並非法秩序所允許，若侵害已發生且結束，個人利益損害已達無法透過防衛手段加以挽救之地步，利益受損之情形既已形成，防衛則無意義，如再施以防衛則成為報復行為。參閱王皇玉，正當防衛的始點，月旦法學教室，第 105 期，2011 年 7 月，頁 28。



Question

甲為某大學戲劇系學生，為提出畢業作品而在學校演出殺人劇場，由自己扮演殺人犯的男主角，將臉上化妝成兇惡的面孔，並在身上沾滿番茄醬，外觀神似殺人犯。演出結束後，已經夜晚，因急著回家而並未卸妝。在返家的道路上，適巧碰到刑事偵查員 A，A 因追捕剛剛發生的殺人案件犯人而來到該道路，看見甲面貌凶惡，神色緊張，且身上沾滿血跡，認定甲係殺人嫌犯而欲加以逮捕。甲確信 A 係違法逮捕，乃出拳攻擊 A，A 受攻擊不支倒地，甲趁機逃離現場。甲回家後，心想不對，經過與共同生活的養父乙討論後，乙告訴甲：「此事恐怕有法律上的問題，應迅速找律師處理」，因此，甲、乙二人一起前往委任律師丙，準備往後的訴訟問題。丙交代甲趕快處理掉化妝道具及沾有番茄醬的衣物等，甲、乙二人立即將所有相關物品燒燬。數日後，A 循線追捕而至，將甲逮捕，全案移送法辦。請問：甲、乙、丙之行為應如何處斷？

【99 律師】

解析

本題在於甲確信 A 係違法逮捕，乃出拳攻擊 A，A 受攻擊不支倒地能否主張刑法第 23 條正當防衛？由於 A 因追捕剛剛發生的殺人案件犯人而來到該道路，看見甲面貌凶惡，神色緊張，且身上沾滿血跡，認定甲係殺人嫌犯而欲加以逮捕，此部分符合刑事訴訟法第 88 條第 3 項準現犯逮捕，故其逮捕行為係屬合法，故甲無法對之主張正當防衛，又甲確信 A 係違法逮捕可能是誤想防衛成立過失或是屬於禁止錯誤，可以依刑法第 16 條處理。

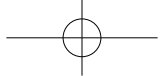
增字：行

Question

甲路過某宅，見飄落在地上之衣服一件，乃撿拾欲放回原處，宅主乙見之誤認甲竊取該衣服，上前抓住甲肩膀，欲將甲扭送警察局，甲雖然辯白卻不為乙所接受，甲為脫身而用力掙扎但未成功，只好咬乙之手臂與手指，直至乙放手後，甲即乘機逃跑。乙緊追不捨約二百公尺後再度抓住甲，雙方倒地，乙仍然緊緊抓住甲之腿，甲以腳踢乙數次，致乙受傷。試問：甲和乙之行為在刑法上應如何論斷？

【98 司法四等】³⁴

34 相關考題：某電視臺劇組在街頭從事連續劇拍攝工作，場景為甲搶走 A 的皮包後逃走，A 則用手指著甲高喊「搶劫啊！」。豈料，當時乙正好路過，突然聽到 A 指著甲高喊「搶劫啊！」，乙匆忙間疏忽未發現是劇組在拍戲，誤以為甲是搶劫的現行犯，隨即衝上去將甲壓制在地加以逮捕。甲遭乙壓制約 1 分鐘無法動彈，為掙脫乙的壓制乃趁其不注意時出腳將乙踢開，導致乙胸部挫傷。此時電視臺劇組人員趕到制止，乙方知是誤會一場。試問甲是否成立傷害罪？乙是否成立剝奪行動自由罪？並說明理由。【104 地特三等（一般行政、民政、人事行政）】



其加害行為的態樣加以判斷。（參照最高法院 48 年台上字第 1475 號刑事判決以為對於現在不法侵害之防衛行為是否過當，須就侵害行為之如何實施，防衛之行為是否超越其必要之程度而定，不專以侵害行為之大小及輕重為判斷之標準）

學者³⁹以為是否符合必要性的程度，則是根據侵害的強弱、侵害的危險性程度以及正當防衛者所用的防衛手段，而依照通常一般人合理判斷是否妥適的觀點（又稱作通常一般人的客觀標準）加以認定，亦即「其標準為以一個理性的第三人處於防衛者所面臨的狀態，是否會採取相同的強度的防衛行為」。（最高法院 63 年台上字第 2104 號刑事判決以為，刑法上之防衛行為，祇以基於排除現在不法之侵害為已足，防衛過當，指防衛行為超越必要之程度而言，防衛行為是否超越必要之程度，須就實施之情節而為判斷，即應就不法侵害者之攻擊方法與其緩急情勢，由客觀上審察防衛權利者之反擊行為，是否出於必要以定之；最高法院 52 年台上字第 103 號刑事判決以為，被告因自訴人壓在身上強姦，並以舌頭伸入口中強吻，無法呼救，不得已而咬傷其舌頭，以為抵抗，是被告顯係基於排除現在不法侵害之正當防衛行為，且未超越必要之程度，依法自屬不罰）惟有學者以為在典型誤想防衛過當之案例，倘欠缺客觀的防衛情狀，行為人卻採取超出「自行假設防衛情狀」必要界限的反擊手段，並無任何縮減不法的理由，自不得適用刑法第 23 條但書減輕或免除刑責⁴⁰，此部分僅得於量刑時予以斟酌。

► 正當防衛之限制

亦即若具有下列情況者，行使正當防衛者必須先迴避，如果無法迴避時，始能主張正當防衛，其理由在於正當防衛是正對不正之權利行為，但是仍須受權利不得濫用之拘束。

1. 對於欠缺罪責之侵害。
2. 輕微之侵害而社會得容許之範圍（法益極度不相當）。
3. 生活關係上密切信賴之人的侵害。
4. 在無意圖但是可非難行為所惹起之侵害（挑唆防衛）。

改為：5 6. 絕對失衡之情形（例外考量衡平性）。

► 正當防衛限制之專題研究－挑唆防衛⁴¹

39 陳子平，持有槍砲子彈罪與正當防衛、防衛過當，月旦法學教室，第 67 期，2008 年 5 月，頁 29。

40 許恒達，論誤想防衛，中研院法學期刊，第 18 期，105 年 3 月，頁 167～170。

41 相關考題：甲在火鍋店吃火鍋時，看到素有嫌隙的乙在隔壁桌用餐，即向乙口出「垃圾」、「廢物」等語用以洩憤，乙被刺激到受不了，站起來以拳頭揮向甲的臉部。甲雖非刻意引起攻擊，但也早有防備，儘管尚有閃避的空間，仍在乙拳頭即將擊中前，出腳踹向乙的大腿，使乙跌倒在地，造成其多處挫傷。請問甲之刑事責任如何？（25 分）（111 司法事務官財經事務組）

Episode 3 違法性

解析

此部分題目涉及到專斷醫療，而所謂的專斷醫療係指醫師未獲得病人之同意或違反病人意思所實施的醫療行為。關於專斷的醫療行為的刑事責任，學說見解不一：

(一) 有罪說：

認為醫療行為，係對於病人身體的侵襲行為，且係對病人生命、身體多少具有危險性的行為。因此，病人的意思具有抑制醫師專斷的作用，未獲病人的同意，所做的專斷醫療行為，係對於病人身體的不法侵害，不能免於不法。

(二) 無罪說：

認為只要符合醫療常規之治療行為，倘僅未獲病人同意，即成立犯罪，則簡直與刀刃刺入他人身體做相同評價，忽略醫療行為的社會價值，因此專斷的醫療行為只要成立民事上的責任即可。

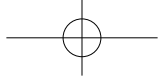
有學者⁷³以為違法性的本質是在於行為造成法益的侵害或危險，以及行為逸脫社會倫理的規範，所以醫師所實施的專斷行為須得病人同意，始得為之。但是有下列情形之一，醫師可以為專斷之醫療行為。1. 法律有規定時：法律明文排除病人同意。2. 有緊急狀態時：病人的生命、身體有迫切危險，非施予侵襲醫療行為，無法治癒。另有~~有~~學者⁷⁴以為應先否定傷害罪的構成要件該當，再退而求其次，尋找阻卻違法事由。其順序為：1. 雖未獲得同意，但是卻將病人的生命危險降低風險為身體風險，未製造法所不容許的風險。2. 醫師的手術行為是為了避免病人的迫切危險而且別無選擇，且經利益衡量，故應為緊急避難。3. 醫師基於治療目的，依照專業判斷，屬於業務上正當行為。4. 醫師推測病人可能承諾，符合法理上的「推測承諾」。

刪除

184 條第 2 項關於推定過失之規定，而須慮及行為人有無預見可能性、過失行為與結果間是否具備相當因果關係等主、客觀構成要件。而醫師是否違背醫療常規，係以「醫療成員之平均、通常具備之技術」為判斷標準，在我國實務操作，即以「醫療常規」名之（見 86 年 11 月 4 日行政院衛生署（86）衛署醫字第 00000000 號公告訂頒之醫療糾紛鑑定作業要點第 16 點，本院 95 年度醫上訴字第 1 號刑事判決參照）。亦即關於醫師未善盡告知說明義務，屬注意義務之疏失，是建立在「Informed Consent（受告知後同意）」之法律概念上，揭示醫師應為其未盡說明義務負責。然就刑事責任認定之範疇而言，其評價非難之重點，不在於該未說明可能伴生之危險及副作用之不作為部分，而在於醫療行為本身不符合醫療常規之非價判斷。蓋醫療既係以人體治療、矯正、預防或保健為直接目的之行為，乃取向於患者利益之過程，自不能以醫師完全未為說明或說明不完全其處置暨後效，即遽認其所行之醫療行為具反社會性格。換言之，說明告知義務之未踐行，並不能直接反應或導致醫療行為本身之可非難性，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價為犯罪行為之可能。是以，醫師告知義務之違反與否，與醫療常規違背與否，二者範疇、判斷標準尚非一致，醫師違反告知義務不必然導致其醫療行為違背醫療常規之有過失結果，反之，醫師恪遵告知義務不必然導致其醫療行為均符合醫療常規之無過失結果，仍須就醫師所從事之實際、個別醫療行為綜合分析研判之。（台灣高等法院 102 年度醫上訴字第 10 號刑事判決意旨參照）

73 甘添貴，專斷醫療與承諾，月旦法學教室，第 17 期，2004 年 3 月，頁 20 以下。

74 林東茂，專斷醫療的刑法問題，月旦法學教室，第 67 期，2008 年 5 月，頁 17。



Episode 6 刑法上的錯誤

❖ 進階考點(二)：雙重錯誤 ❖

雙重錯誤之處理⁵³：

改為：再

所謂雙重錯誤是指行為人同時發生容許錯誤以及容許構成要件錯誤的競合情形。例如甲誤以為乙為小偷，認為刑法第 21 條依法令之行為逮捕現行犯的規定，可以先痛毆幾拳教訓，在交給波麗士大人。林老師以為雙重錯誤應該依照容許錯誤處理即可。理由在於承認容許構成要件錯誤，還有一個前提，那就是「假如」行為人誤以為存在的事實情況真的存在的話，確實可以構成阻卻違法事由。

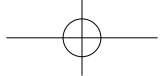
★相關考題★

Question

甲把兒子乙託付給丙所經營的安親班，甲和全部其他家長一樣簽具切結書，同意自己的小孩子不用功唸書或不守秩序時，安親班可以施以體罰。某日，安親班的小朋友丁因為嬉鬧追逐而打破教室裡擺設的花瓶。丙聽到東西破裂的聲音，進門看到站在旁邊的乙，誤以為是乙打破花瓶，於是用藤條把乙的腿部打成多處淤傷。丙後來發現打錯人，於是轉而又用藤條把丁打傷。問：丙的刑事責任如何？

【100 調查局】

53 此部分參照林鈺雄，新刑法總則，二版，2009 年 9 月，頁 345。



乃可以比照中止未遂減輕或免除其刑之情形。(刑法第 27 條第 1 項後段)

Question

根據我國現行刑法中之規定，說明準中止犯之成立要件。

【95 司法四等】

(二) 準中止犯之要件

1. 須具備未遂犯之成立要件 (同既了未遂犯之檢驗)。
2. 己意中止 (同既了未遂犯之檢驗)。
3. 中止行為以及中止意思 (同既了未遂犯之檢驗)。
4. 結果不發生與防果行為間不具有因果關係。
5. 盡力 (真摯) 為防止行為：

行為人必須真摯地防止結果之發生，亦即已盡力為防止行為者，始得成立準中止犯，所謂真摯，學說大都認為應以下列兩要件為判斷³³：

(1) 積極性：

行為人必須積極地實行足以防止結果發生之行為。

(2) 相當性：行為人須實行有效的防止結果發生之行為。

換言之，只要是以一般理性在價值判斷上認為是適當可靠防止結果之行為即可。對此，實務見解最高法院 98 年度台上字第 7359 號判決以為，刑法第 27 條第 1 項後段規定，「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者」之準中止犯，所稱已盡力為防止行為，乃依當時情況，行為人因衷心懊悔，已誠摯努力，積極盡其防止之能事，而實行與有效防止結果行為，具有相當性之行為而言。亦即，至少須為與自己防止其結果之發生，可同視程度之努力者，始克相當。倘行為人僅消極停止其犯罪行為，並容忍外力之介入，致未發生結果；或其防止結果行為，尚有未盡，而係因外力之介入，致未發生結果者，仍屬障礙未遂，非準中止未遂。

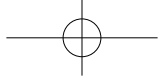
解題流程

中止犯 (二) 準中止

STEP.1 建構未遂犯

刪除

33 黃惠婷，準中止犯防止行為之「盡力」要件，刑法案例研習，頁 73。該論者以為，由立法理由要求「盡力防止」須出於真摯，防止行為與結果不發生之間只要具有「積極性」與「相當性」，防止行為方具有「真摯性」。



Episode 8 犯罪行為人之型態

SECTION 1



正犯與參與犯區分理論

一、客觀理論

(一) 形式客觀說

依照早期的形式客觀說，親自實行構成要件全部或一部行為者，為正犯；僅為構成要件之實現之準備或資助行為，為共犯。但此說之缺點在於一來無法包納間接正犯的概念，二來也無法將幫派首謀包納於共同正犯之概念。（即太過狹礙忽略了共同正犯分工的現實）

(二) 實質客觀說 改為：隘

實質客觀說認為，以行為之危險性以及行為與結果在客觀上之因果關係之方式與程度，作為正犯與共犯之區分標準。

(三) 必要性說

此說主張為與構成要件實現必要行為之人才是正犯，但問題是在眾多非定式犯罪哪些行為才是該構成要件行為實現的必要行為呢？並沒有提出一個明確標準。

二、主觀理論

顧名思義，係以行為人對於犯罪行為的主觀意思方向和內在的想法為區別標準。據此，正犯乃以正犯之意思，將犯罪當作自己的犯罪的人；共犯乃以共犯之意思，將犯罪當作別人的犯罪的人，而誘發或幫助他人犯罪的人。早期主觀說，偏向極端主觀說，純粹以行為人主觀意思為準。其中又可以分為下列兩說：

(一) 故意說

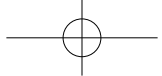
本說認為行為人主觀上係以正犯之意思為犯罪行為即為正犯，若以共犯之意思為犯罪行為則為共犯。

(二) 利益說

本說以為行為人係為自己利益為犯罪行為則為正犯；若為他人的利益則為共犯。

三、犯罪支配理論

此說又稱犯罪行為支配說，以犯罪事件支配何人為區別的指導原則。依照



Episode 8 犯罪行為人之型態

☞ 正共犯區分題型說明

Question

(一) 乙正動手殺丙時，丁拿一把刀跑過來幫忙乙，丙被乙與丁各刺三刀，流血過多而死。丁是否犯幫助殺人罪？理由為何？

【96 監所管理員】

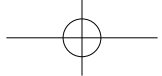
(二) 刑法上之正犯與幫助犯實務上如何區別？試分述之。又若某甲明知張三非法販賣第一級毒品海洛因予李四，仍依張三之囑咐，將海洛因攜至李四住處交付，請附理由說明某甲所為係犯販賣第一級毒品罪之共同正犯或幫助犯。

【97 地特三等】

解析

此些國考題目測驗考生對於正犯（共同正犯）與參與犯（幫助犯）之區分為何？如果題目沒有設限，如 96 年監所管理員之題目，僅試問丁是否犯幫助殺人罪？如果考生直接按刑法第 30 條幫助犯之要件論述，則會掉入出題老師之陷阱，所以還是要按照學說的犯罪支配理論之是否具有功能性支配去做回答，此外不要忘記實務見解所揭示「主客觀擇一標準說」，然而若題目有設限，如則直接按照題目要求的主客觀擇一標準說做區分標準即可。

刪除



❖ 傳統考點：過失共同正犯 ❖

基本上通說與實務見解認為犯意聯絡係以故意犯為限，過失犯欠缺共同行為決意，不能成立共同正犯，實務見解按最高法院 44 年台上字第 242 號刑事判決以為，刑法第 28 條之共同正犯，以二人以上實施犯罪行為，有共同故意為要件，若二人以上同有過失行為，縱於其行為皆應負責，亦無適用該條之餘地³⁰。惟另有學說則認為過失共同正犯的概念應該可以存在，特別是在共同義務團體的情形，由於團體間每個人對於他人均負有一定注意義務，因此可以成立過失共同正犯。

解題流程

傳統考點：過失共同正犯

- STEP.1 論述單獨犯之過失要件
- STEP.2 檢驗因果關係，無法確認該行為與結果之因果關係
- STEP.3 引導出「過失共同正犯」之考點
- STEP.4 針對過失共同正犯肯否見解陳述
- STEP.5 管見以為做結（本書強烈建議採肯認過失共同正犯）

★經典題型示範★

Question

甲、乙二人從事營造業工作，某日二人謀議自建築工地之頂樓共同將建築廢棄物投下地面，惟因未注意樓下是否有人，致將經過該處之路人丙壓死。試論甲、乙成立何罪？

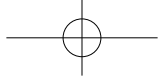
【99 地特四等（法律政風）】³¹

解析

甲、乙二人從事營造業工作因未注意樓下是否有人，而將建築廢棄物投下地

- 30 台灣高等法院 89 年度上訴字第 3216 號刑事判決以為，刑法上之故意犯，乃行為人對於所有客觀構成犯罪事實均有所認識，並且具有實現構成要件之「意」、「欲」；反之，過失犯罪乃行為人在「不知」與「不欲」心態下，實現刑罰所規範構成要件之犯罪，易言之，過失犯係在「不知」與「不欲」的情狀下，無法成立過失共同正犯，蓋共同正犯係共犯間有犯意之聯絡為前提，此項犯意之聯絡，係在故意之犯罪行為樣態，始有可能成立犯意之聯絡，過失犯欠缺「知」與「欲」之情況下，實無由責難其與共犯有犯意之聯絡可言。
- 31 相類考題：甲為某汽車修理廠技工，某日，將客戶拋錨車修理完畢後，開上道路試車，於途中與乙所駕駛的自用轎車相向而行，因天雨路滑，視線不良，迎面相撞，將一機車騎士 A 夾撞倒地，經送醫後竟撞死人。問甲乙二人之刑責各應如何論處？【106 退除役軍人轉任三等（一般行政）】

增字：成



Question

(一) 甲、乙二人因不滿 A 積欠賭債未還，避不見面處理，乃決議夥同丙，由丙出面以押人方式，逼 A 籌錢還債。某日，甲乃駕車載乙、丙二人前往 A 住處附近等候，嗣 A 返家，丙即上前拉扯，並以手銬將 A 之雙手反銬身後，開往附近海岸堤防邊。選妥地點，三人再將 A 押下車，帶至堤防上，乙、丙對 A 毆打逼債。此際，甲突然出言恫嚇「如不還錢，就要踢你下海」後，即自後將 A 推下堤防。乙、丙二人搶救不及，致 A 落海溺斃。試問：甲、乙、丙三人應負何刑責？

【100 公務人員升官等（警察行政、政風）】

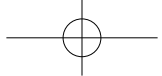
(二) 甲、乙兩人基於共同傷害之犯意，找丙尋仇。某日，在路上堵到丙，兩人隨即毆打丙，丙倒地後仍不斷罵三字經，並大吼「有種就打死我！」，甲、乙本欲離去，乙聽後大怒，繼續朝丙亂毆，導致丙重傷，甲當時呆站在旁。試問甲、乙之刑責？

【105 警特刑警】

解析

第一題 100 年公務人員升官等警察行政、政風考題，針對甲突然將 A 推下堤防之刑法第 271 條第 1 項殺人既遂部分，並非原來甲乙丙犯意聯絡犯範圍內，而第二題 105 年警特刑警，乙聽到丙罵三字經後大怒，另行起意對丙亂毆，致丙重傷，皆為典型之共同正犯逾越之考點，對於共同正犯逾越問題，按最高法院 50 年台上字第 1060 號刑事判決以為，共同正犯之所以應對其他共同正犯所實施之行為負其全部責任者，以就其行為有犯意之聯絡為限，若他犯所實施之行為，超越原計畫之範圍，而為其所難預見者，則僅應就其所知之程度，令負責任，未可概以共同正犯論；最高法院 24 年上字第 4673 號刑事判決（已停止適用）認為強盜與竊盜，僅係取得財物之手段不同，而於圖為不法所有，以非法方法取得他人財物之點，兩者並無差異。原審認定上訴人等原有之犯意固在行竊，但於侵入住宅後，尚未竊得財物，因被事主發覺，即起意行強，進而強取鑰匙，並將事主抓傷而劫取財物，其圖為不法所有取得他人財物之犯意，仍相一貫，僅於中途變更其竊取手段為強取而已，其應成立強盜罪已無可疑。至夜間侵入，雖係本於竊盜之犯意而成，但因以後所用之手段，已由竊盜而變為強盜，則竊盜時之行為，即其強盜行為之一部，除在外把風之犯，對於強盜無意思聯絡，不算入結夥外，不能以其前段之行為，為加重竊盜未遂，後段之行為為普通強盜既遂，而從一重處斷；最高法院 24 年上字第 4361 號刑事判決（已停止適用）以為強盜共犯中之一人，臨時故意傷害事主，與實施強暴、脅迫因而致傷者有別，在實施犯，雖係以傷害行為為行劫之方法，而強盜初非以故意傷人為當然之手段，在外把風之

改為：搶



故正犯可能要論以刑法第 277 條第 2 項傷害致死罪之加重結果犯（關於加重結果犯之論述，本書容後介紹），但是教唆犯應如何論罪？對此，分析如下：

(一) 甲說：

按刑法第 29 條第 2 項規定，教唆犯依其所教唆之罪處罰之，故僅教唆傷害，並未教唆其傷害致死，而傷害致死，為教唆犯始料所不及，教唆犯應僅負教唆傷害罪責。

(二) 乙說：

教唆傷害，在常識上傷害有致人於死之可能，教唆犯在主觀上應能預見，被害人被毆因傷重死亡，故該死亡結果，教唆犯不能謂無預見，故教唆犯應負教唆傷害致死罪責。

(三) 實務見解：

改為：(73)

法務部^註法檢(二)字第 166 號以為教唆犯就其所認識之犯罪事實限度內負其責任，但被教唆者所為之犯罪行為如發生應加重處罰之結果，且係能預見者，教唆者對之亦應負責，故教唆傷害行為，如能預見發生致死之結果，應負教唆傷害致死之罪責（參照最高法院 19 年非字第 70 號判決（已停止適用））。故實務見解此採乙說，本書從之。

❖ 進階補充實務見解：教唆偽證，正犯未具結，教唆犯之刑責探討 ❖

以下幫各位考生整理到一個實務見解專有考點，就是依刑法第 168 條偽證罪規定，於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑。但是如果教唆他人作偽證，惟他人未完成偽證罪所規範之具結程序，則此時教唆犯之刑責依實務見解認為，教唆之正犯算是偽證罪之未遂，然偽證罪不罰未遂犯，故教唆犯亦不成罪。

【法務部(71)法檢(二)字第 568 號】

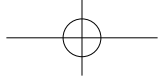
法律問題：

某甲教唆某乙在檢察官偵查時就案情有重要關係之事項為虛偽之陳述。某乙聽從某甲之教唆而為虛偽之陳述。但檢察官未命某乙於供後具結，問某甲應否負教唆偽證罪責？

台高檢研究意見：

查依刑法第 29 條第 3 項規定：被教唆人雖未致犯罪，教唆犯仍以未遂犯論，但以其所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者為限。經核本件某甲教唆某乙偽證後，某乙於偽證中，雖因檢察官未命其具結未至犯罪，揆之前述說明，某甲仍應以未遂犯論。但因偽證罪並無處罰未遂犯之規定，故某甲不負教唆未遂刑責。

法務部檢察司研究意見：同意臺高檢研究意見。



解析

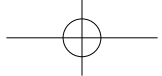
本題子題 (一) 丁之主張在測驗考生對於「與有過失」在刑事過失責任是否有所影響？對此，我國最高法院 32 年上字第 1664 號判決以為被害人由馬車跳下，橫汽車路跑過，亦屬不無過失，雖上訴人欠缺注意停車不及，將其撞傷身死，是為被害人致死之主要原因，不能影響於上訴人犯罪之成立，然被害人既與有過失，自應量處較輕之刑。故「與有過失」不影響過失之成立，僅為刑法第 57 條量刑之考量¹⁴。

本題子題 (二)，在於丙欲在罪責部分主張其無「主觀注意義務之違反」，然學者以為丙非該科系畢業，然仍願意參與監工之事務，此為「超越承擔之過失」¹⁵，故其不得主張其無主觀注意義務之違反而阻卻罪責。

14 刑法上之過失犯，祇須危害之發生，與行為人之過失行為，具有相當因果關係，即能成立，縱行為人之過失，與被害人本身之過失，併合而為危害發生之原因時，仍不能阻卻其犯罪責任（最高法院 93 年度台上字第 1017 號判決意旨參照）。台灣高等法院台中分院 104 年度軍上易字第 2 號判決以為，過失相抵法則，係計算民事賠償責任之規定，與刑事過失責任乃針對行為人對於傷害（或死亡）行為之發生有無應注意、能注意而未注意之過失，其規範目的不同，自不能比附援引前揭民法規定，認被害人居於使用人地位時，過失駕駛之行為人得據以減輕其罪責。最高法院 105 年度台上字第 1296 號判決以為，數人之過失行為，造成實害之結果，係依各行為人本身之過失行為各自論罪。則本件縱上訴人等以外之人，就被害人之死亡結果，亦同有過失，仍不影響上訴人等犯罪之成立。

改為：(一)

15 台灣高等法院 92 年度囑上更(一)字第 1 號刑事判決以為，查被告寅○○甫出校門一年、非建築本科系且毫無建築經驗，被告寅○○明知已無擔任監工之能力，卻仍願受僱擔任「博士的家」監工職務，為事實上從事「監工」業務之人。且被告寅○○欠缺擔任監工之知識與能力，竟仍從事該監工之業務，此等超越其個人能力而為特定監工行為之情況，本身即構成過失（即所謂超越承擔過失），是其對於被告寅○○施工上之疏失，因欠缺專業能力，而無法糾正，亦難辭其過失之責。另外最高法院 107 年度台上字第 1283 號判決以為，行為人未具備為特定行為所必要之知識與能力，即貿然承擔該特定行為，對於行為過程中出現之危險無能力預見或不能採取有效之迴避措施，因而導致結果發生，行為人此種知識與能力之欠缺，於實施該特定行為前既有預見或預見可能性，仍膽敢超越其個人知識及能力而為該特定行為，本身即構成所謂之超越承擔過失，行為人當不得主張無主觀注意義務之違反以排除其過失責任。洪○汗就維冠大樓於申請建造執照、變更建造執照時，就結構分析、設計及建築設計圖之繪製方面，本非其專業，亦不具相當之專業知識與能力，竟為指示繪圖員繪製結構計算書之結構平面草圖、建築設計圖說之柱配筋詳圖、平面圖、結構平面圖之行為，應負超越承擔過失。



盜罪與刑法第 335 條侵占罪，前者係以破壞持有建立持有為要件，後者係以易持有為所有，兩者在構成要件係為互斥，故僅能選擇其中一罪成立。

筆者以為法條競合擇一關係並非競合問題，而是選擇宣告罪名問題，理由在於競合為數罪名同時成立而產生的選擇宣告罪名問題，然該二罪在一開始即無法同時成立，何有競合之困擾？故僅為選擇罪名之標準。

二、想像競合

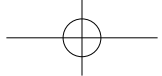
刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑¹⁰。」

想像競合在罪名之宣告上，應宣告行為所造成之所有罪名，僅在刑罰宣告上，依刑法第 55 條從一重之法定刑處斷，對此我國實務見解最高法院 71 年台上字第 2837 號判決以為，一行為觸犯數罪名之想像上競合犯，係指行為人以一個意思決定發為一個行為，而侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數個罪名之謂，乃處斷上之一罪¹¹；此與行為人就同一犯罪

10 最高法院 111 年度台上字第 977 號判決以為，刑法第 55 條但書既明定在想像競合之情形，擴大提供法院於具體科刑時，其科刑下限不受制於重罪相對較輕之法定最輕本刑，而可將輕罪相對較重之法定最輕本刑列為形成宣告刑之依據。則遇有重罪之法定最輕本刑無罰金刑，或僅係選科罰金刑，而輕罪之法定最輕本刑係應併科罰金刑時，在量刑上，宜區分「從一重處斷」及「具體科刑」二個層次予以處理。（一）在刑法第 55 條前段「從一重處斷」方面，依上開說明，數罪均成立，僅係從一重罪之「法定刑」處斷，故原則上以重罪之所有法定本刑（包括最重及最輕本刑）形成處斷刑之框架。又因想像競合犯在本質上係侵害數法益而成立數罪名，為落實所成立之數罪名的不法及罪責內涵，均能獲得充分但不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則。則依該條但書規定，在「具體科刑」即形成宣告刑時，輕罪相對較重之法定最輕本刑即應併科之罰金刑，例外被納為形成宣告雙主刑（徒刑及罰金）之依據，以填補如僅適用重罪法定最輕本刑，不足以評價被告全部犯行的不法及罪責內涵之缺憾，俾符合上開想像競合犯「輕罪釐清作用」，此一制度性控制手段之規範目的，尚與類推適用或雙重危險之禁止等原則無涉。（二）然而，刑法第 55 條但書規定之立法意旨，既在於落實充分但不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則，則法院在適用該但書規定而形成宣告刑時，如科刑選項為「重罪自由刑」結合「輕罪併科罰金」之雙主刑，為免倘併科輕罪之過重罰金刑產生評價過度而有過苛之情形，允宜容許法院依該條但書「不得『科』」以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之意旨，如具體所處罰金以外之較重「徒刑」（例如科處較有期徒刑 2 月為高之刑度），經整體評價而認並未較輕罪之「法定最輕徒刑及併科罰金」（例如有期徒刑 2 月及併科罰金）為低時，得適度審酌犯罪行為人侵害法益之類型與程度、犯罪行為人之資力、因犯罪所保有之利益，以及對於刑罰儆戒作用等各情，在符合比例原則之範圍內，裁量是否再併科輕罪之罰金刑，俾調和罪與刑，使之相稱，且充分而不過度。析言之，法院經整體觀察後，基於充分評價之考量，於具體科刑時，認除處以重罪「自由刑」外，亦一併宣告輕罪之「併科罰金刑」，抑或基於不過度評價之考量，未一併宣告輕罪之「併科罰金刑」，如未悞於罪刑相當原則，均無不可。

11 最高法院 111 年度台上字第 977 號判決以為，刑法第 55 條但書既明定在想像競合之情形，擴大提供法院於具體科刑時，其科刑下限不受制於重罪相對較輕之法定最輕本刑，而可將輕罪相對較重之法定最輕本刑列為形成宣告刑之依據。則遇有重罪之法定最輕本刑無罰金刑，或僅係選科罰金刑，而輕罪之法定最輕本刑係應併科罰金刑時，在量刑上，宜區分「從一重處斷」及「具體科刑」二個層次予以處理。（一）在刑法第 55 條前段「從一重處斷」方面，依上開說明，數罪均成立，僅係從一重罪之「法定刑」處斷，故原則上以重罪之所有法定本刑（包括最重及最輕本刑）形成處斷刑之框架。又因想像競合犯在本質上係侵害數法益而成立數罪名，為落實所成立之數罪名的不法及罪責內涵，均能獲得充分但不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則。則依該條但書規定，在「具體科刑」即形成宣告刑時，輕罪相對較重之法定最輕本刑即應併科之罰金刑，例外被納為形成宣告雙主刑（徒刑及罰金）之依據，以填補如僅適用重罪法定最輕本刑，不足以評價被告全部犯行的不法及罪責內涵之缺憾，俾符合上開想像競合犯「輕罪釐清作用」，此一制度性控制手段之規範目的，尚與類推適用或雙重危險之禁止等原則無涉。（二）然而，刑法第 55 條但書規定之立法意旨，既在於落實充分但不過度之科刑評價，以符合罪刑相當及公平原則，則法院在適用該但書規定而形成宣告刑時，如科刑選項為「重罪自由刑」結合「輕罪併科罰金」之雙主刑，為免倘併科輕罪之過重罰金刑產生評價過度而有過苛之情形，允宜容許法院依該條但書「不得『科』」以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之意旨，如具體所處罰金以外之較重「徒刑」（例如科處較有期徒刑 2 月為高之刑度），經整體評價而認並未較輕罪之「法定最輕徒刑及併科罰金」（例如有期徒刑 2 月及併科罰金）為低時，得適度審酌犯罪行為人侵害法益之類型與程度、犯罪行為人之資力、因犯罪所保有之利益，以及對於刑罰儆戒作用等各情，在符合比例原則之範

改為：最高法院111年度台上字第5386號判決以為，刑法第55條前段所規定一行為觸犯數罪名，即學理上所謂想像競合犯，係基於一個意思決定，以一個實行行為，發生侵害數個相同或不同法益結果，此犯罪形態與數罪併罰，係出於各別之犯意，實行數行為，獨立構成數犯罪之情形有別。倘第一審判決認被告所犯數罪應予分別論罪併合處罰，被告就數罪均提起第二審上訴，爭執數罪應論以想像競合犯而非數罪併罰時，因第一審所認定之犯罪事實及數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用均為論罪之一環，第二審無法不更動第一審判決犯罪事實之認定部分，僅審理數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用部分，且第二審如認數罪（出於一個意思決定，實行單一行為）應論以想像競合犯時，與第一審判決認定之犯罪事實（另行起意，實行數行為），即產生互相矛盾的情況。自不容許將第一審判決關於數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用與所認定之犯罪事實切割，僅就數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用部分上訴，縱被告明示只針對第一審判決認定之數罪應予分別論罪併合處罰之法律適用及刑部分上訴，未經聲明上訴之犯罪事實因與該部分具有在審判上無從分割之關係，仍為第二審審判之範圍。



❖ 進階補充：想像競合之夾結效果 ❖

Question

甲與乙、丙有生意上的糾紛，竟因此起了殺機。為了要殺害乙、丙二人，特於黑市購得手槍一把，先持槍將乙殺害，一週後又再持該槍擊斃了丙。請問應如何處理甲所構成之各罪間的競合關係？（須附具理由，但無須考慮附屬刑法中的罪名）

【99 東吳】¹⁴

解析

如題所示，甲先後殺害乙、丙兩人，成立 2 個刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪，而此二罪本來是屬於數罪併罰關係之犯罪，然甲為殺害該兩人特於黑市購得手槍一把，此行為符合刑法第 187 條規定：「意圖供自己或他人犯罪之用，而製造、販賣、運輸或持有炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物或軍用槍砲、子彈者，處五年以下有期徒刑。」而該條之罪為繼續犯，此時會產生的爭議就是甲一持槍繼續行為與二個殺人行為（殺乙、丙兩人）產生合致，故所謂的「夾結效果」係從行為部分合致之觀點，倘個別（如本題殺害乙、丙二個刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪）與第三個犯罪行為（刑法第 187 條加重危險物罪）成立想像競合時，則此時可以透過第三個犯罪加以夾結，亦即此第三個犯罪具有夾結效果。換言之，透過刑法第 187 條加重危險物罪夾結兩個殺人既遂罪，使得三罪屬於一行為侵害數法益，依刑法第 55 條想像競合，從一重處斷，僅論一個刑法第 271 條殺人既遂罪。

改為：像

然此時可發現夾結效果，若是由一輕罪去夾結重罪，則會產生罪刑不相當之結果，故學者大都以為若是以輕罪作為夾結效果，則此時應該排除夾結作用，以符合罪刑相當之原則，又排除夾結效果，學說上有三說，分析如下¹⁵：

(一) 甲說：

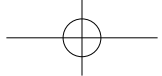
先以一重罪與輕罪依刑法第 55 條想像競合，再與另一重罪依刑法第 50 條數罪併罰。以本題為例，即刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪（殺害乙部分）與刑法第 187 條加重危險物罪，依刑法第 55 條從一重處斷，論刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪，再與刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪（殺害丙部分），依刑法第 50 條數罪併罰。

(二) 乙說：

此說以為先就該貫穿行為與各獨立之犯罪行為，分別論以一行為之想像競合犯

14 相關考題：甲因怨恨乙、丙，便計畫槍殺兩人，然而甲到達現場時，發現另有乙的親友丁在場。因此一併將三人分別以行刑式槍殺加以殺害。試問在競合論考察下，甲的刑責如何判斷？【111 海巡三等】

15 此部分參照蔡聖偉，血上加雙—所謂「夾結效果」及其限制，月旦法學教室，第 96 期，2010 年 10 月，頁 92 以下。



Episode 12 刑罰論

SECTION 1



刑罰種類

Question

請說明現行刑法所規定主刑及從刑之意義與種類？並以財產法益犯罪為例說明法定刑與宣告刑之區別？

【98 基警四等】

刑法第 32 條規定

刑分為主刑及從刑。

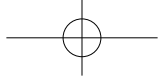
刑法第 33 條規定

主刑之種類如下：

- 一、死刑。
- 二、無期徒刑。
- 三、有期徒刑：二月以上十五年以下。但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年。
- 四、拘役：一日以上，六十日未滿。但遇有加重時，得加至一百二十日。
- 五、罰金：新臺幣一千元以上，以百元計算之。¹ **刪除**

1 須注意刑法施行法第 1 條之 1 規定：「I 中華民國九十四年一月七日刑法修正施行後，刑法分則編所定罰金之貨幣單位為新臺幣。II 九十四年一月七日刑法修正時，刑法分則編未修正之條文定有罰金者，自九十四年一月七日刑法修正施行後，就其所定數額提高為三十倍。但七十二年六月二十六日至九十四年一月七日新增或修正之條文，就其所定數額提高為三倍。」然而此是否為法律變更？對此，參照台灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會刑事類提案第 17 號法律問題：刑法分則之罰金刑，依 95 年 6 月 14 日公布之刑法施行法第 1 條之 1 規定，貨幣單位改為新臺幣，罰金數額則分別依有無修正而提高為 30 倍或 3 倍，此是否屬法律變更？
研討結果：否定說。

刑法罰金刑部分，於被告行為後，刑法施行法增訂第 1 條之 1，於 95 年 6 月 14 日公布，並於同年 7 月 1 日施行；該條規定考其立法理由，係為因應 94 年 2 月 2 日修正公布、95 年 7 月 1 日施行之刑法施行後，依刑法總則第 33 條第 5 款規定，罰金貨幣單位已改為新臺幣，是以分則編各罪所定罰金之貨幣單位，自應配合上開規定修正，為使罰金數額趨於一致，避免衍生新舊法比較適用問題，以緩和實務適用法律之衝擊，於不變動罰金數額之前提下，而為制定（前揭條文立法意旨參照），換言之，刑法施行法第 1 條之 1 係在替代罰金罰鍰提高標準條例部分條文，與適用罰金罰鍰提高標準條例之結果相同，對於被告而言並不發生有利或不利之問題，僅係將貨幣單位由銀元改為新臺幣，並非法律變更刑度之條文，當無須就新舊法比較適用。



☞ 比較拘役與有期徒刑。

	拘役	有期徒刑
刑期	較短	較長
得否假釋	否	得（刑法第 77 條規定）
易以訓誡之適用	得（刑法第 43 條規定）	否
累犯之有無	無	有（刑法第 47 條規定）

☞ 從刑：褫奪公權

刑法第 36 條規定

- I 從刑為褫奪公權。
- II 褫奪公權者，褫奪下列資格：
- 一、為公務員之資格。
 - 二、為公職候選人之資格。 J 刪除
- （褫奪公權宣告）

刑法第 37 條規定

- I 宣告死刑或無期徒刑者，宣告褫奪公權終身。
- II 宣告一年以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，宣告一年以上十年以下褫奪公權²。
- III 褫奪公權，於裁判時併宣告之。
- IV 褫奪公權之宣告，自裁判確定時發生效力。
- V 依第二項宣告褫奪公權者，其期間自主刑執行完畢或赦免之日起算。但同時宣告緩刑者，其期間自裁判確定時起算之。 Q 刪除

2 最高法院 109 年度台上字第 1721 號判決以為，刑法第 37 條第 1 項、第 2 項規定：「宣告死刑或無期徒刑者，宣告褫奪公權終身。」「宣告一年以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，宣告一年以上十年以下褫奪公權。」是凡宣告死刑、無期徒刑者，法院必須同時宣告褫奪公權終身，法院無裁量之餘地，而宣告一年以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，得於一年以上十年以下之期間範圍內宣告之，其宣告與否，法院固有自由裁量之權；惟褫奪公權係剝奪為公務員及公職候選人之資格，其規範意旨，乃鑑於公權之行使，與公眾之福祉攸關，為期行使公權之人具備高尚節操，避免其危害他人權益與公共利益，乃限制犯罪人服公職之能力。是以所稱有褫奪公權必要之「犯罪性質」，應視所犯之罪與被褫奪之公權間有無聯而定，與犯行是否碰巧發生，或經常為之無涉。

增字：關

Episode 12 刑罰論

實現的輔助功能，故非供犯罪所用之物，其沒收必須有特別規定方得為之¹²。例如不能安全駕駛罪，行為人所駕駛之汽車或機車即為構成該罪之事實前提，僅屬該罪之關聯客體，而不具促成、推進犯罪實現的效用，即非屬供犯罪所用而得行沒收之¹³。至於犯罪加重構成要件中若有特別工具，例如攜帶兇器竊盜罪、利用駕駛供不特定人運輸之交通工具之機會犯強制性交罪，該兇器、交通工具屬於犯罪行為人者，分別對於基本構成要件之普通竊盜罪、強制性交罪而言，仍具有促成、推進功能，即屬於供犯罪所用之物，而在得沒收之列。

又犯罪所生之物，台灣高等法院台中分院 104 年度上訴字第 1346 號判決以為所謂犯罪所生之物，係指「因犯罪之結果產生之物（如偽造文書罪中之假文書）」，此觀諸該款立法理由自明；次按共同正犯於犯意聯絡範圍內，同負行為責任，為避免執行時發生重複沒收之故，因此，若應沒收之物係屬特定之物，共同正犯就該沒收之物，固應共同負責，但因無重複執行沒收之虞，故無論知「連帶」沒收之必要（最高法院 100 年度台上字第 3113 號判決意旨參照）¹⁴。

犯罪物之刑分沒收特別規定整理

刑法第 200 條

偽造、變造之通用貨幣、紙幣、銀行券，減損分量之通用貨幣及前條之器械原料，不問屬於犯人與否，沒收之。

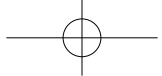
12 同此見解，有論者主張：「供犯罪所用之物」為犯罪的「工具」，該物品對於犯罪之實行，必須具有促成、推進或減少阻礙的效果，其有利於犯罪實現的效果，非常類似幫助犯對正犯所提供的幫助效能。相對於此，如果預期的構成要件須輔以特別物品才得以實行，使用該物品為實現構成要件的事實前提，欠缺該物品即無從成立犯罪，此類物品一般稱為「關聯客體」，由於關聯客體是實現構成要件的前提，本身不具有促成構成要件實現的輔助功能，故非犯罪工具，其沒收必須有特別規定方得為之等語。參閱許恒達，汽車與犯罪工具之沒收，月旦法學教室，第 170 期，105 年 12 月，頁 26～27。惟另學說上有不同見解認為：「關聯客體」係源自德國刑法之概念，德國犯罪物沒收基礎規定，分為犯罪產物、犯罪工具及犯罪客體之沒收。所謂犯罪客體，於沒收脈絡下，是指某一犯罪所涉之「標的物」，故又稱為「關聯客體」，依特別規定沒收之。然而，我國刑法並未將「關聯客體」專列為犯罪物沒收之下位類型，也未如德國刑法設定「關聯客體依特別規定沒收之」的要件或限制，以我國犯罪物沒收係規定「供犯罪所用（預備）之物」文義解釋而言，似可能包含「關聯客體」，且立法者並無排斥沒收「關聯客體」之意旨。以走私罪為例，走私物作為「供走私罪所用之物」，並未超出日常生活語彙之理解及可能之文義範圍。惟倘以「供犯罪所用（預備）之物」作為沒收「關聯客體」之依據，仍應受其文義可能範圍之限制，並非所有「關聯客體」均可被「供犯罪所用（預備）之物」之文義所概括，典型如「關聯客體」屬「被害客體」之情形，例如發掘墳墓罪之墳墓、虐待動物罪之動物等，均難謂屬「供」犯罪所用之物。參閱林鈺雄，沒收新論，110 年 1 月，頁 73～75、83。

13 相關考題：具我國國籍之甲赴日本旅遊，向 A 租車公司租車自駕。旅遊途中甲飲用大量酒類，經店家告知日本酒駕致死傷乃重罪後，仍執意駕車上路，結果因酒醉影響導致無法安全駕駛車輛，失控撞死具日本國籍的路人乙。請詳述：甲之行為是否適用中華民國刑法？**簡**法院可否對該肇事之車輛宣告沒收或追徵？【108 原民三等】

14 相同見解：違禁物、供犯罪所用或犯罪預備之物、因犯罪所生之物之沒收，由於兼具保安處分以杜再犯之性質，仍有共同正犯責任共同原則之適用。又共同正犯之犯罪所用之物採連帶沒收主義，乃因共同正犯於犯意聯絡範圍內，同負行為責任，且為避免執行時發生重複沒收之故。因此若應沒收之物係屬特定之物，因彼等就該沒收之物，應共同負責，且無重複執行沒收之疑慮，自無論知連帶沒收之必要。（台灣高等法院 105 年度上訴字第 596 號刑事判決）

改為：（一）

改為：（二）



刑法第 205 條

偽造、變造之有價證券、郵票、印花稅票、信用卡、金融卡、儲值卡或其他相類作為提款、簽帳、轉帳或支付工具之電磁紀錄物及前條之器械原料及電磁紀錄，不問屬於犯人與否，沒收之。

刑法第 209 條

違背定程之度量衡，不問屬於犯人與否，沒收之。

刑法第 219 條

偽造之印章、印文或署押，不問屬於犯人與否，沒收之¹⁵。

刑法第 235 條第 3 項

前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之¹⁶。

刑法第 265 條

犯本章各條之罪者，其鴉片、嗎啡、高根、海洛因或其化合質料，或種子或專供吸食鴉片之器具，不問屬於犯人與否，沒收之。

15 相關實務見解：

臺灣高等法院暨所屬法院因應新修正刑法施行座談會提案第 30 號

法律問題：偽造文書罪之假文書，已因新修正刑法第 38 條第 1 項第 3 款明文規定「因犯罪所生之物」得為沒收（新修正刑法第 38 條第 1 項第 3 款立法說明參照），則假文書上印文、署押部分，應否依刑法第 219 條規定宣告沒收？
審查意見：增列丙說：因犯罪所生之物，乃以屬於犯罪行為人者為限，始得沒收。如偽造、變造之文書，屬於犯罪行為人所有，該假文書依刑法第 38 條第 1 項第 3 款沒收時，文書上偽造之印文、署押已包括在內，即毋庸重複沒收。如假文書已行使而非屬於犯罪行為人所有，即不得沒收，此時偽造之印文、署押自應依刑法第 219 條沒收。
燦探丙說。研討結果：照審查意見通過。

司法院院解字第 3364 號認為用偽造稅戳蓋於其所私宰之牛肉從事銷售成立行使偽造公印文罪但不得將其牛肉沒收。

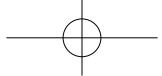
最高法院 54 年台上字第 2171 號刑事判決

偽造之「圓屠宰印」及「桃縣稅印」，並非表示機關團體之印信，祇不過為在物品上之文字、符號，用以表示完稅之證明而已，自與刑法第 219 條所規定之印章、印文不符，以之加蓋於豬皮上，亦祇屬於刑法第 220 條以文書論之文書，與純正之公文書亦有別，偽造之稅印既與刑法第 219 條所定印章、印文不同，即不得適用該條作為沒收之依據，而應依刑法第 38 條第 1 項第 2 款上段沒收，蓋有偽印文之豬皮一塊，為上訴人所有供犯罪之物，亦得予以沒收，不必僅將豬皮上所蓋之偽印文沒收。

最高法院 51 年台上字第 1103 號刑事判決

冒充稅戳之洋鐵罐，僅屬供犯罪所用之物，並非刑法第 219 條之印章、印文可比，縱認其應予沒收，亦祇能適用刑法第 38 條第 1 項第 2 款之規定為之。

改為：（一）



❖ 專題研究：利得範圍 ❖

界定為直接利得範圍，是否考慮扣除犯罪支出之成本，此有總額原則⁴⁰（不須扣除）與淨利原則（須扣除成本）⁴¹之爭。

我國實務見解整理如下：

【最高法院 106 年度台上字第 3464 號判決⁴²】

沒收新制下犯罪所得之計算，應分兩層次思考，於前階段先界定「利得存否」，於後階段再判斷「利得範圍」。申言之，在前階段利得之存否，係基於直接性原則審查，以利得與犯罪之間是否具有直接關聯性為利得存否之認定。而利得究否與犯罪有直接關聯，則視該犯罪與利得間是否具有直接因果關係為斷，若無直接關聯，僅於符合刑法第 38 條之 1 第 4 項所規定之利用及替代品之間接利得，得予沒收外，即應認非本案之利得，而排除於沒收之列。此階段係在確定利得與犯罪之關聯性，故就必要成本（如工程之工資、進料）、稅捐費用等中性支出，則不計入直接利得⁴³；於後階段利得範圍之審查，依刑法第 38 條之 1 之立法意旨，係以總額原則為審查，凡犯罪所得均應全部沒收，無

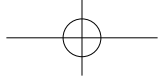
40 學者對於總額原則認為應區分為絕對總額原則與相對總額原則，前者例如工程合約標價，後者例如合理利潤，而德國法之總額原則係指相對總額原則。另外須注意應區分交易行為本身是否具有違法，例然販賣黑心油，由於其製造、販賣本身正是刑法所禁止之行為，因此購買該黑心油之不法支出成本，仍應計入直接利得之範圍，不得從銷售黑心油款項中扣除。參照林鈺雄，利得沒收之法律性質與審查體系—兼論立法之展望，月旦法學雜誌，第 238 期，頁 72。

41 臺灣高等法院高雄分院 105 年度上訴字第 601 號判決以為，犯罪所得之沒收乃為避免任何人坐享犯罪所得，並為遏阻犯罪誘因及回復合法財產秩序之準不當得利衡平措施。基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，固不問成本及利潤，而以總額沒收為原則。然而，僅因犯罪行為人實行刑事違法行為，致能成為契約締約者或取得優勢地位，但犯罪行為人仍本於契約本旨履行，契約相對人亦合法受領對待給付，並未因此受害，此時如一概採取總額沒收原則，即非事理之平而顯屬過苛，法院自應就各個犯罪類型及具體個案建立類型審查標準，例外採取淨利沒收，始符合比例原則之要求。

增加：（

42 有學者提出犯罪利得範圍應採取二階段利得計算法，一為有無利得之審查階段（即界定犯罪直接利得審查，但尚無須考慮利得是否扣除之問題）；二為利得範圍之審查項目，即考慮是否應從直接利得中在扣除犯罪支出成本）。須注意若系爭財產標的已經因為不是直接利得而不在沒收範圍，除非後來落到延伸沒收間接利得或是替代價額範圍，否則根本無淨利原則與總額原則之問題。參照林鈺雄，利得沒收之法律性質與審查體系—兼論立法之展望，月旦法學雜誌，第 238 期，頁 71。

43 相同立場：最高法院 107 年度台上字第 2101 號判決以為，沒收犯罪所得，本質上為國家對人民財產權的干預，對於未參與犯罪之第三人沒收犯罪所得，尤應合理兼顧交易安全及財產權益之信賴保護，刑法第 38 條之 1 第 2 項乃明定於下列 3 種情形，始沒收犯罪行為人以外之第三人取得之犯罪所得：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。第 1、2 款係行為人出於逃避追索、掩飾犯罪或自利目的之移轉型第三人不法利得，為消除犯罪誘因、預防犯罪，兼衡交易安全之信賴，予以沒收。第 3 款之代理型第三人利得，係第三人直接獲取不法利得，為衡平第三人財產權益與追討該犯罪所得、實現公平正義之公益，必該第三人利得係源於行為人之違法行為，而具因果關聯性，始足支持剝奪沒收該第三人財產之正當性，否則縱行為人因違法行為取得合約之「形式與方式」不法，然該合約執行本身既無不法，其中性履約部分，就構成要件規範目的而言，即非源於違法行為之利得，而與違法行為為無利得關聯性，難認屬應沒收之「犯罪所得」。從而廠商若因行為人對公務員交付賄賂，因而獲取標案承做資格，並完工受領工程款價金，該行、收賄犯罪衍生的相關聯後果，乃廠商「獲標案承做資格」，故僅所獲「承做標案利潤」，方為源自行、收賄違法行為之犯罪所得，而為應沒收之對象。至其中性履約行為（進料、施工）所獲對價，則非廠商因行為人行、收賄犯罪獲承做資格之預期利益，自非刑法第 38 條之 1 第 2 項第 3 款之犯罪所得範疇。



刑法第 49 條規定：「累犯之規定，於前所犯罪在外國法院受裁判者，不適用之。」⁶²

解析

我國累犯可分為一般累犯（刑法第 47 條第 1 項）與擬制累犯（刑法第 47 條第 2 項）⁶³。一般累犯之要件分析如下：

1. 前犯受徒刑之執行：

倘若前次犯罪僅為拘役或罰金，則不生累犯之問題。甚至前犯受死刑執行，亦無累犯問題。須注意的是前犯若受緩刑宣告，則緩刑期間中再犯，亦無累犯之適用。而最高法院 75 年台上字第 635 號判決以為緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告，失其效力，與已執行論之效果，並不相同，嗣後縱然再犯，不發生累犯之問題。在於緩刑期滿未經撤銷，依刑法第 76 條規定，其刑之宣告失其效力，與執行完畢不符，縱使之後再犯，亦無累犯之適用⁶⁴。另

刪除

刑法第 59 條酌減其刑後，即無違反罪刑相當原則之虞，此觀司法院釋字第 669 號、第 790 號解釋自明（分別揭示法院於審理未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍，及意圖供製造毒品之用，而栽種大麻之個案，如遇有違法情節輕微，顯可憫恕之情形，依當時槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項、毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定之刑罰，縱使適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，有違憲法罪刑相當原則及比例原則，而宣告上開規定於此範圍內違憲等旨）。況若謂法院就構成累犯之個案，僅於無法適用刑法第 59 條之規定時，始得依本號解釋裁量不予加重最低本刑，則於行為人不符該條酌減其刑之規定，但有其他減輕事由之適用（例如刑法第 19 條第 2 項）時，仍得裁量不予加重最低本刑；而於僅符合刑法第 59 條之規定，別無其他減輕事由之個案，法院即使認仍有罪刑不相當之情形，亦無不加重最低本刑之裁量空間，核非事理之平，併有邏輯上之矛盾。可見該號解釋提及刑法第 59 條，應僅係用以舉例說明累犯規定所構築之處斷刑下限，即使透過該規定調節，仍無法全面正當化累犯不分情節一律加重最低本刑之規定。從而法院於修法前，如認依累犯規定加重最低本刑，有罪刑不相當之情形，不論已否依刑法第 59 條規定酌減其刑，仍得依上開解釋意旨，裁量不予加重。

61 【臺灣高等法院暨所屬法院 108 年法律座談會刑事類提案第 3 號】

法律問題：甲犯施用第 2 級毒品罪，累犯，無任何減輕刑罰規定之適用，法院依司法院釋字第 775 號解釋意旨，裁量不適用刑法第 47 條第 1 項規定加重最低本刑時，是否應量處最低法定本刑？

討論意見：

乙說：否定說。

依司法院釋字第 775 號解釋意旨，刑法第 47 條第 1 項不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑之規定可能有違罪刑相當，在修法前，法院應就所有累犯案件裁量是否依刑法第 47 條第 1 項規定加重最低本刑。準此，法院裁量不予加重最低本刑後，應得在處斷刑範圍內自由量刑。

審查意見：採乙說（實到：22 人、甲說：2 票、乙說：18 票、丙說：0 票）。

研討結果：照審查意見通過（經付表決結果：實到 81 人，採甲說 2 票，採乙說 69 票，採丙說 0 票）。

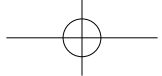
62 最高法院刑事 111 年度台非大字第 34 號：「被告前所犯罪依軍法受裁判，於民國 95 年 7 月 1 日修正刑法第 49 條施行前受徒刑之執行完畢，復於 5 年以內即同條修正施行日之後，故意再犯有期徒刑以上之罪者，不適用累犯之規定。」

63 相類似考題：70 歲老翁甲嗜酒如命無法自拔，不可一日無酒且每飲必醉，醉後必狂砸物品。某日甲酒醉後在街頭發酒瘋，持木棍砸毀路旁之商店，被店主報警逮捕後移送法辦。試問：應如何論處甲？若甲遭法院判處罰金新臺幣 1 萬元確定並命於執行前應送至禁戒處所施以禁戒九個月，九個月後甲受禁戒執行完畢。某日，甲又酒癮發作，再度酒醉並打傷路人，被害人報警處理並提出告訴。試問：甲是否構成累犯？【105 地特三等】

解析：本題要探討第 47 條第 1 項一般累犯與第 47 條第 2 項擬制累犯，由於罰金執行不屬於第 47 條第 1 項一般累犯之有期徒刑執行完畢，禁戒處分亦不屬於第 47 條第 2 項擬制累犯之強制工作之要件。

64 甲變身身分證上的年齡報名參加歌唱大賽，主辦單位接獲檢舉信向警察報案，甲見苗頭不對，趕緊向主辦單位自首。檢察官將甲起訴後，法院發現甲三年前因盜刷同學的信用卡曾經被判刑二年，緩刑四年，請問法院可否因甲自首而減輕其刑？或者是因甲曾被判刑而加重處罰？【99 原住民（一般行政）】

本題在於緩刑為暫緩執行，不符合刑法第 47 條執行完畢，故無累犯之適用。



Episode 12 刑罰論

並無實質利益可言。

- (2) 犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。

民國 94 年 2 月 2 日第 77 條立法理由

對於屢犯重罪之受刑人，因其對刑罰痛苦之感受度低，尤其犯最輕本刑五年以上重罪累犯之受刑人，其已依第一項規定（執行逾三分之二）獲假釋之待遇，猶不知悔悟，於 1 假釋期間、2 徒刑執行完畢或赦免後五年內再犯最輕本刑五年以上之罪，顯見刑罰教化功能對其已無效益，為社會之安全，酌採前開美國「三振法案」之精神，限制此類受刑人假釋之機會應有其必要性，爰於第二項第二款增訂之。

► 三振法案考點一：

法檢字第 1000802383 號函以為刑法第 77 條第 2 項第 2 款規定中，所謂「犯最輕本刑 5 年以上有期徒刑之罪之累犯」，除包含五年以上有期徒刑之罪名之累犯，且包含法定刑有死刑、無期徒刑之罪名之累犯。

► 三振法案考點二：

法檢字第 1000802384 號函以為刑法第 77 條第 2 項第 2 款前、後段所稱之最輕本刑五年以上有期徒刑，乃指法定本刑而言；故若法定刑為無期徒刑以上之罪，依法減為有期徒刑者，將減輕行為人之刑判處有期徒刑，仍有同法第 77 條第 2 項第 2 款「重罪累犯不得假釋」規定之適用，依法不得假釋。

► 三振法案考點三：

法檢字第 10304522920 號以為刑法第 78 條第 1 項規定：「假釋因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後 6 月以內，撤銷假其假釋。但假釋期滿逾 3 年者，不在此限。」亦即假釋期滿後仍得撤銷假釋；另依最高法院 101 年度台非字第 134 號刑事判決意旨，若行為人前案之假釋，事後既經撤銷，而尚未執行完畢，即不合於刑法第 47 條第 1 項累犯之要件，自不構成累犯。因此，若假釋中再犯之罪（B 罪）經撤銷假釋在案，雖於前罪（A 罪）保護管束屆滿日期後 5 年內再犯罪（C 罪），因 A 罪經撤銷假釋而處於尚未執行完畢之狀態，故 C 罪仍以再犯論處。而甲再犯 C 罪之時點，既非屬 A 罪之假釋期間，亦非 A 罪執行完畢後五年以內再犯，故應排除刑法第 77 條第 2 項第 2 款規定之適用，C 罪仍得假釋。

刪除

- (3) 犯第 91 條之 1 所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險未顯著降低者。