

刑法基礎建構

// 命題熱點 //

概說

刑法時之效力 ★★

刑法地之效力 ★★★

刑法的名詞定義 ★★

犯罪基本類型 ★★

犯罪階層體系

不法構成要件該當性 ★★

違法性 ★★★

罪責 ★★

// 前情提要 //

翻開法典，刑法總則第一章是「法例」，向來不太受人注意。的確，這裡的考題沒有出很多，但筆者愛嘮叨，有些眉眉角角還是想提醒，考試才不會失分，所以這部分筆者也有放題目讓各位練習。此外，第二章「刑事責任」之規定是刑法總則的基礎，特別是故意和過失的定義常常考，考前務必要念熟。

此外，刑法檢驗犯罪的體系稱為「犯罪三階層體系」，顧名思義分成不法構成要件該當性、違法性及罪責三階層。「不法構成要件該當性」與「違法性」用來檢驗行為是否「不法」，而「罪責」則是判斷行為人是否有能力承擔該不法行為之刑事制裁。這些概念很基本，也是出題的常客，多練習就能拿高分。

Section

1 經典試題解析

第一項 概說

壹 刑法的適用

一 罪刑法定原則、刑法時之效力

// 關鍵條文 //

- 刑法第1條：「行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」
- 刑法第2條：「行爲後法律有變更者，適用行爲時之法律。但行爲後之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律（第1項）。沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律（第2項）。處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更，不處罰其行爲或不施以保安處分者，免其刑或保安處分之執行（第3項）。」

// 前理解 //

在複習刑法「時的效力」時，必須掌握以下重點¹：

(一) 「行爲時」的認定

學說認爲，應以「著手」爲標準，例如：不作爲犯係以行爲人「應爲且能作爲時」，爲「行爲時」；於繼續犯的情形，從行爲人著手到行爲終了的全體期間，均屬「行爲時」。

此外，就加重結果犯而言，若故意基本行爲發生在舊法階段，過失加重結果發生在新法生效後，則仍應適用舊法，方符合「行爲時」的概念。

1 主要整理自王皇玉，刑法總則，2021年7月七版，頁64-66。

(二) 法律變更

實務（釋 103 理由書、最高法院 51 台非 76 決）認為，法律變更乃指「刑罰法律」變更。行政法令僅屬事實變更，非法律變更。

而如立法者廢止原先的刑罰規定（原來的行為從有罪變無罪），例如釋字第 791 號解釋宣告通姦罪違憲，王皇玉老師認為，此情形雖仍屬法律變更，然檢察官於偵查中應為不起訴處分（刑訴 § 252 ④），法院於審判中應諭知免訴判決（刑訴 § 302 ④），法官亦無機會適用刑法第 2 條第 1 條為法律變更。

Q

關於罪刑法定原則之內涵，下列敘述何者正確？

- (A) 刑法上之類推適用，不論是否有利於行為人，應一律禁止
- (B) 應從習慣法的角度，肯定教師對學生之懲戒權為阻卻違法事由
- (C) 實務見解認為，預備犯得類推適用中止犯之規定而減輕或免除其刑
- (D) 司法院大法官解釋認為，刑法第 235 條以「猥褻」作為構成要件要素，並未抵觸法律明確性原則

【108 司律】

答案 D

// 所涉條文或爭點 //

罪刑法定原則

// 題目解析 //

- (A) 錯誤，刑法並不禁止有利於行為人之類推適用，因為罪刑法定原則的規範目的，在於使人民免受事後創制的犯罪處罰，但對行為人有利的類推適用，並不違反上開目的²。
- (B) 錯誤，林東茂老師³指出，早期允許教師適度懲戒學生，係出於此觀念：於就學階段，父母對未成年子女的懲戒權移轉給教師；但由於目前的教育政策一再重申不許教師懲戒學生，故教師無懲戒權，此係現行之主流見解。

2 林鈺雄，新刑法總則，2021 年 8 月九版，頁 42。

3 林東茂，刑法總則，2021 年 7 月三版，頁 170。

- (C)錯誤，實務（最高法院 97 台上 1730 決）認為，由於刑法第 27 條第 1 項開宗明義表明行為須「已著手」，故形式預備犯無法類推適用中止犯之規定。
- (D)正確，可參考釋字第 617 號解釋。

// 關鍵實務 //

字號	最高法院 97 年度台上字第 1730 號判決
涉及概念	預備犯無法類推適用中止犯之規定
關鍵說明	中止犯之成立，以已著手於犯罪之實行因己意中止者為要件。所謂著手，必須從客觀方面可認其實行行為已經開始者而言，若實行行為未曾開始，而其所為尚係著手以前之準備行為，只能謂之預備。如有預備罪之犯罪，於預備中因行為人之任意不再進行，按諸一般法理，中止未遂以著手為先決條件，預備尚未著手以前，自無中止之可言，若該犯罪之預備行為，至可以成立之程度，而無相當於中止減免之規定，自不得因行為人之任意不再進行而邀減免，是此情形，刑法上如設有處罰預備罪之規定，仍應依預備之本罪論科，實無中止犯之適用。

字號	釋字第 617 號解釋
涉及概念	刑法第 235 條「猥褻」並未違反法律明確性原則
關鍵說明	刑法第 235 條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中「猥褻」雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（本院釋字第 407 號解釋參照），其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。

國家法益

侵害國家公務之圓滑行使

——妨害公務罪章、妨害投票罪章、
妨害秩序罪章

// 命題熱點 //

妨害公務罪章

妨害公務罪 ★★★

公然聚眾妨害公務罪 ★★

妨害考試罪 ★

毀損公務職掌之文書物品罪 ★★

汙損封印、查封標示及違背其效力罪 ★★

侮辱公務員罪 ★★

妨害投票罪章

投票受賄罪 ★★

投票行賄罪 ★★

妨害投票正確罪 ★

妨害秩序罪章

公然聚眾不散罪 ★

公然聚眾強暴脅迫罪 ★

煽惑他人犯罪或違背法令罪 ★

參與犯罪結社罪 ★

// 前情提要 //

與國家公權力行使相關的犯罪，首先要介紹命題最多的「妨害公務罪章」。學說¹認為，該罪章犯罪所要保護的法益是「公務」本身，即國家或地方自治團體之運作，或有關國家或地方自治團體之公務的公正執行，而對於公務員的保護僅屬反射效果而已。因此在理解本罪章時，須先了解刑法第 135 條及第 136 條之差異，再探究其他條文構成要件之意涵。

而妨害投票罪章及妨害秩序罪章，其實比較少在司律一試出現，各位只要把法條念熟、本書的題目練熟，即可掌握大半考點。

1 陳子平，刑法各論（下），2014 年 11 月初版，頁 618。

Section

1 經典試題解析

壹 妨害公務罪章

// 關鍵條文 //

- 刑法第 135 條：「對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金（第 1 項）。意圖使公務員執行一定之職務或妨害其依法執行一定之職務或使公務員辭職，而施強暴脅迫者，亦同（第 2 項）。犯前二項之罪而有下列情形之一者，處六月以上五年以下有期徒刑：一、以駕駛動力交通工具犯之。二、意圖供行使之用而攜帶兇器或其他危險物品犯之（第 3 項）。犯前三項之罪，因而致公務員於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑（第 4 項）。」
- 刑法第 136 條：「在公共場所或公眾得出入之場所，聚集三人以上犯前條之罪者，在場助勢之人，處一年以下有期徒刑、拘役或十萬元以下罰金；首謀及下手實施強暴、脅迫者，處一年以上七年以下有期徒刑（第 1 項）。因而致公務員於死或重傷者，首謀及下手實施強暴脅迫之人，依前條第四項之規定處斷（第 2 項）。」
- 刑法第 138 條：「毀棄、損壞或隱匿公務員職務上掌管或委託第三人掌管之文書、圖畫、物品，或致令不堪用者，處五年以下有期徒刑。」
- 刑法第 139 條：「損壞、除去或污穢公務員依法所施之封印或查封之標示，或為違背其效力之行爲者，處二年以下有期徒刑、拘役或二十萬元以下罰金（第 1 項）。為違背公務員依法所發具扣押效力命令之行爲者，亦同（第 2 項）。」
- 刑法第 140 條：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處一年以下有期徒刑、拘役或十萬元以下罰金。」

// 前理解 //

準備本章選擇題考試時，必須注意刑法第 135 條、第 136 條於近期修正的內容，以及修正後兩罪的結構。筆者圖示如下：

