

# 《刑法》

一、法務部所擬之刑法修法草案有意將刑法中的連續犯及牽連犯廢除；試分析此舉之影響及利弊得失。（二十五分）

命題意旨	連續犯、牽連犯、行為數、競合論、單一性、同一性。
答題關鍵	1.說明意義，以法條和學說見解佐證。 2.指出修正的基本想法，即其「問題點」。 3.說明修正的影響，並以自己的看法提出利弊的分析。
擬答鑑示	1.林山田，《刑法通論下》七版，頁315-337。 2.黃榮堅，《刑法問題與利益思考》，頁474-4793。 3.柯耀程，《刑法競合論》，頁231-241。 4.方律師，刑法總則，頁3-83~3-84、3-100~3-103頁。 5.蔡律師，刑法總則編，466-468頁，474-476頁，高點出版。

## 【擬答】

### (一)連續犯部分：

- 所謂連續犯，按照刑法五十六條的規定「連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論。但得加重其刑至二分之一。」學說、實務、釋字152號解釋綜合而言，可以認為連續犯的意義是，行為人基於整體故意（或概括故意）而為數個同種類之行為，該數同種類之行為，是侵害同種法益，並該當相同的構成要件。
- 連續犯的本質原本是數罪併前（實質結合）的數罪，但卻透過法律的規定以一罪論法律效果雖加重二分之一，但是因為實務及學說上對於概括故意的認定，已經和分別起意的認定很難區別，可能導致法官的恣意，而使數罪併罰（實質競合）的規定受到架空。且原本是數個相同罪名的犯罪，不依實質競合處理，而用連續犯以一罪量刑，與數個不同罪名的獨立犯罪，在量刑上會有極大的落差，而違反平等原則。又通說亦認為祇有故意犯才適用連續犯、過失犯則不適用之，亦與罪責原則相違背，另連續犯依實務上之看法，國家對於連續犯罪祇有一個刑罰權，使得未經發覺的犯罪因既判力之作用無法再追訴，而影響司法威信，是以學說及實務上都有刪除的論點。
- 如果將連續犯刪除，數滿要為構成數個獨立的數罪，將來都必須透過實質競合來處理，學說上有認為數次同罪名之財產犯罪量刑可能高於人身犯罪（例如殺人罪）而與社會大眾之法感不符，且某些具有連續傾向之犯罪（例如吸毒），在實務的處理上可能產生困難，且德日刑法上目前雖無連續犯之規定，但學說判例仍舊肯定連續犯之存在，因此學說上有認為自刑法實務上之需要，與訴訟經之觀點而論，似屬不宜輕言揚棄。

### (二)牽連犯部分：

- 所謂牽連犯係指行為人所為之數個故意行為實現了數個不同的犯罪構成要件，數罪間有方法與目的或原因與結果之牽連關係，在量刑上以重罪量刑（§55後段），例如侵入住宅與竊盜罪。
- 牽連犯的本質原本是數罪併前（實質競合）的數罪，但卻透過法律規定以重罪來量刑，其理由學說上有認為出於預防的思想，亦即此要將來能讓行為不再犯目的犯罪或原因犯罪，則方法犯罪或結果犯罪也不會出現，所以處罰上沒有併前之必要。亦有認為牽連犯係出於一個預定的犯罪計畫，祇有違反規範一次的意思，從責任評價的觀點祇須以一罪量刑。上述的理由固言之成理，然牽連關係之認定罪說紛紜，且即使透過實質競合的方式量刑，亦能達到上述所謂的預防效果。又通說認為牽連犯之情形，國家對於被告祇有一個刑罰權。因此，如果牽連犯之一部有罪判決確定，對於另一部分犯罪，亦因既判力之作用無法再行追訴將影響司法威信且與大眾之法感不符（例如著名之周人參案，即以賭博判決確定，仍賂部分有牽連關係，而判決免訴）。應注意的是，學說上亦有認為牽連犯是想像競合的例示概念，原可適用想像競合之方式處理，而可加以刪除。

從上所述，牽連犯之存在弊多於利，實應加以刪除，並審慎認定行為數而分別依想像競合或競質競合處理。

二、甲有多次行竊經驗，但都運氣不佳，終至被捕。某日，甲見路邊豪華轎車，料有貴重物品，擦拭車窗，正擬行竊，卻遭車主發現追趕，甲腳程快，得以逃脫。再有一日，甲於白晝侵入住家搜尋財物，豈料竟是家徒四壁，一無可取。復再有一日，甲於夜間侵入公寓，得金項鍊兩條，放入口袋，正擬離去，遭屋主逮捕，問甲成立何罪。（二十五分）

命題意旨	竊盜著手、不能未遂、連續犯。
答題關鍵	1.分行為所成立之罪討論。 2.最近的期刊論文的基本見解必須知道。

擬答鑑示	1.參考：許玉秀，不能未遂與繼續犯，《台灣本土法學》8期，頁128以下。 2.參考：許玉秀，竊盜之著手與科刑一罪之競合，《台灣本土法學》21期，頁150以下。 3.參考：蔡律師，刑法分則編，229-234頁、238-241頁、256-260頁、133-138頁，高點出版。
------	--

【擬答】

- (一)甲擦拭車窗，可能構成刑法三二 條三項的竊盜未遂罪：本罪主觀構成要件上行為人必須有竊盜故意、不法意圖和所有意圖，甲擦拭車窗的真正目的是為了偷車內的貴重物品，所以甲在擦拭時可以肯定有竊盜故意，此外甲內心所想的是這是法律上無權源的想要把車內貴重物品據為己有，有不法意圖和所有意圖，該當於主觀構成要件。客觀上甲必須已經達到竊盜的著手，至於何謂竊盜的著手，因為竊盜罪的法益建立在財物事實支配關係的移轉之上，行為人一旦能夠對於行為客體具備事實支配的「可能性」時，才應該承認為竊盜的著手，此種事實支配的可能性必須就具體情形而決定之。甲在擦拭車窗時根本不知道「貴重物品」是什麼，而且他也還沒有打開車門或車窗以對「貴重物品」建立事實支配的可能性，所以甲未達著手，不構成未遂，且竊盜罪亦無處罰預備之規定，故行為不成立本罪。
- (二)甲侵入他人住家，可能構成刑法三 六條一項的侵入住居罪：甲未得該住家的居住權人同意而侵入之，甲也認識此種情況，沒有其他阻卻違法 and 阻卻罪責事由，甲構成本罪。
- (三)甲侵入家徒四壁之家搜尋財物，可能構成三二 條三項的竊盜未遂罪：同上所述，甲在侵入搜尋時對於其行為用以竊盜有認識，也有不法意圖和所有意圖，所以具有本罪的主觀構成要件該當。客觀上甲雖然進入，可以肯定甲已著手，因為在通常觀念下，對於家宅的竊盜，於侵入搜尋時可以發生事實支配的可能性，但是在本題中因為該住家家徒四壁以致無法順利獲取財物，也就是說甲因為該偷竊對象之特殊情況而無法達到既遂，必須討論甲是不能未遂或是障礙未遂（普通未遂），學說上對於此一問題有不同的看法，有認為必須從行為的危險性判斷，也有認為必須從行為人主觀是否重大無知加以判斷，管見以為宜以行為本身是否製造了法律所不能容忍的危險加以判斷，如行為不能達到既遂的理由在於行為本身依當前社會所具備的科學知識看來，不會有不能容忍的危險，則屬不能未遂，如果會有不能容忍的危險，則屬障礙未遂。甲所竊盜的是一般住家，在一般住家中依社會通念會有發生財物受損的可能性，因此仍是社會所不能容許的危險，因此甲的行為是障礙未遂。沒有其他的阻卻違法或罪責事由，甲構成本罪。此外，因為甲是在白晝侵入住家，不必討論夜間侵入住宅的加重竊盜罪。
- (四)甲於夜間侵入公寓，可能構成侵入住居罪：依題意所指，因為甲有取得金項鍊，所以本題中甲應該是侵入了公寓中的住家，因為不會有人把金項鍊放在樓梯間，所以甲在未得住居權人同意下侵入他人住家，客觀構成要件該當，主觀上有故意，沒有阻卻違法 and 罪責事由，甲構成本罪。
- (五)甲得兩條金項鍊並放入口袋，可能構成刑法三二 條一項的竊盜既遂罪：甲在未得持有人同意下，破壞原持有人對兩條金項鍊的持有，問題是甲隨後就被捕了，是否有建立自己對於金項鍊的持有即為問題，因為所謂建立自己持有就是建立對於財物的事實上支配關係，金項鍊的體積不大，只要是放入口袋，就可以肯定行為人已經建立起此種事實上支配關係。因此甲已經放入口袋，可以肯定已經建立起自己對於金項鍊的持有，客觀構成要件該當。甲主觀上認識其行為，知道其行為沒有法律上理由，也知道他在破壞他人持有建立自己持有，有不法意圖和所有意圖，沒有其他阻卻違法 and 阻卻罪責事由，甲構成本罪。
- (六)甲得兩條金項鍊並放入口袋，可能構成刑法三二一條一項的加重竊盜罪：客觀上甲已經該當竊盜罪的要件，而且甲又是在夜間侵入公寓中的住家行之，因此客觀上該當，主觀上甲也認識他夜間進入公寓中的住家行之，所以也該當主觀要件，沒有阻卻違法 and 罪責事由，甲該當本罪。
- (七)競合：甲有三次的行竊，這三次都不是針對同一法益，所以不討論繼續犯的問題，但是這三次行竊是否要透過連續犯的規定處理？因為連續犯的主觀要件是「概括故意」（整體故意），對於其內涵有認為必須要在第一次行為之前即有全部行為的認識，有認為後一次決意是前一次決意的延續即為已足，管見以前說為當，因為連續犯之所以合併處罰正是其於整體的故意認知。甲在第一次行為前依題意並沒有計劃要進行多少次的行為，所以不具連續犯的整體故意認知，不構成連續犯。因此甲三個行為是數罪併罰的關係，第一個行為不構成犯罪；第二個行為是一行為構成侵入住居和竊盜未遂，侵害數法益，從一重竊盜未遂處斷，不過學說上也有認為這是兩行為，應該構成方法目的關係的牽連犯，從一重竊盜未遂處斷，結論上相同；第三個行為構成侵入住居、普通竊盜既遂、加重竊盜既遂，之罪為法條競合，論以特別要件的加重竊盜罪，再和第二個行為的竊盜未遂數罪併罰。

三、刑法第三 二條第一項規定謂：「私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由者，處五年以下有期徒刑。」試問本罪之法律性質，究係「繼續犯」抑或「狀態犯」？究係「結果犯」抑或「單純舉動犯」？並說明本罪與「強制罪」（刑法第三 四條）之關係。（二十五分）

命題意旨	刑法三 二條的性質、犯罪類型的理解、自由法益侵害的概括與具體規定。
答題關鍵	1.先將三 二條的法益、非難重心、結果的發生是否必加以說明。 2.再分別寫出繼續犯、狀態犯、結果犯、單純舉動犯的定義，然後與述說明釐清關係。 3.最後以法益的觀點說明三 二和三 四的不同。
擬答鑑示	1.參考：蔡律師，刑法分則，頁99-125，高點出版。 2.參考：林山田，刑法通論(下)，頁277-278。 3.參考：方律師，刑法總則，2-34頁，高點出版。 4.參考：蔡律師，刑法總則編，114-125頁，高點出版。

【擬答】



- (一)刑法三 二條的法律性質與構成要件分析：本罪所保護的法益是被害人潛在的行動自由，換言之，是一個人在空間上的行動自由，其構成要件按照學說上一般的見解，是行為人在違反被害人意思的前提下，將被害人拘禁在一個空間裏，並進而導致行為人行動往來的自由受到剝奪。
- (二)透過如上的分析，必須在行為人的行動自由受到「一定期間」的「確實剝奪」時，才可能該當於本罪既遂犯部分的規定，這是因為行動自由的受侵害不能只以單一個時點就表現出來，至少必須有一定時間的持續，如此才有行動自由受侵害的意義。另外，雖然構成要件上沒有明文寫出被害人的行動自由必須發生「確實的剝奪」，但是解釋上仍必須以之為要件，否則一則無法確實認定未遂犯的要件，二則違反刑法對於個人法益的侵害以法益的實際侵害作為重心的觀點。
- (三)所謂狀態犯，係指行為一旦造成法定之不法情狀，犯罪即屬完成。犯罪完成後，實行行為雖已停止，而不法之狀態仍然存續，而存續之事實不再是犯罪之事實。而所謂繼續犯係指構成要件之行為須對法益一定時間繼續侵害之犯罪。或有認為行為人之意思，足以決定行為所造成不法情狀之久暫的犯罪。行為人之行為只要發生構成要件該當結果，犯罪即屬既遂；惟行為人如未放棄犯罪之實施者，法定構成要件不斷地實現，是以在繼續期間仍是犯罪之實行，謂之繼續犯。繼續犯之重點在於對於法益必須一段時間侵害才能既遂或者是行為人既遂後若不放棄犯意，則構成要件事實則不斷地實現。就刑法三 二條的犯罪性質而言，因為行動自由必須有一定時間的剝奪，才有行動自由受侵害可言，一瞬間的剝奪不能說是行動自由的剝奪，而立法者的非難核心也就在行動自由的持續性侵害之上，且行為人既遂後若不放棄犯行，則妨礙行動自由之事實，則不斷實現，故本罪就構成要件上論之，應該是繼續犯。
- (四)所謂單純舉動犯，是指構成要件只規定了行為，行為人單純為行為，就構成既遂犯（通常也不會有未遂處罰的規定）；所謂結果犯，是指構成要件除了行為，還有結果的規定，行為人之行為至少要與結果的發生有因果關係和客觀歸責的前提下，才能構成既遂。刑法三 二條透過上述的說明，必須有被害人的行動自由受到剝奪，才能認定該當於第一項的既遂犯，否則只能構成第三項的未遂犯。因此就構成要件論之，是屬於必須有結果的出現，才能論以既遂犯。
- (五)刑法三 四條的強制罪，就學說上而言，是屬於意志形成自由的侵害，行為人以強暴、脅迫的行為使被害人行無義務之事或妨害他行使權利，此種規定按照通說的見解是自由法益的基本規定，自由法益其他構成要件的規定是就具體類型的自由加以規定的，而強制罪則是就最基本的意志形成自由之侵害加以規定，因此可以認為強制罪是其他自由法益保障的構成要件之基礎，其他自由法益的侵害毋寧可說是對於意志形成自由侵害的具體化、類型化，但基本的侵害都是架構在強制罪所保護的意志形成自由之上，刑法三 二條是就行動自由侵害加以規定，也是一種意志形成自由的具體化，因此兩者的關係可以說強制罪是概括構成要件，而三 二條是具體構成要件，如果行為人以一行為該當兩罪，則論以法條競合的特別關係（學說上亦有認為係吸收關係）只適用具體構成要件的三 二條即可。然而如果行為人以數行為分別實現了妨礙行動自由罪及強制罪的構成要件，例如，把人關起來強制他人工作，此種情形通說認為應論以不罰之後行為（或法條競合）而適用妨害行動罪。但亦有認為數行為就應該有數次的評價，所以應論以牽連犯。

四、刑法第一二四條規定：「有審判職務之公務員或仲裁人，為枉法之裁判或仲裁者，處 \_\_\_\_\_」

- (一)此條文中「法」的意義為何？又本條之「法」與刑法第一條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者，為限。」條文內所稱之「法律」是否同義？（十五分）
- (二)刑庭審理中，辯護律師聲請調查有關被告不在場的證據，法官故意不表示任何意見，也不調查證據，在該證據不明情況下做出判決。該法官的行為是否會成立枉法裁判罪？（十分）

命題意旨	枉法裁判罪的理論。
答題關鍵	先討論枉法裁判的理論，再以違背義務為核心論述，進而確認第二部分的實例。
擬答鑑示	1.參考：劉幸義，枉法裁判行為理論與方式。 2.參考：劉幸義，罪刑法定主義的理論與實務批判。 3.參考：蔡律師，刑法總則編，697-704 頁。高點出版。

#### 【擬答】

- (一)1.刑法一二四條是處罰「枉法裁判或仲裁的公務員或仲裁人」，而其構成要件中的行為類型即是「枉法」行為，而枉法的「法」即為行為人的裁判或仲裁是否「枉」之標準，至於如何認定該標準，即「枉法」的「法」為何有四種不同的觀點：
- (1)主觀枉法理論：所謂的法是指「法官或仲裁人的主觀上對於法律的確信」，枉法是指行為人違背該確信的裁判或仲裁。
- (2)客觀枉法理論：所謂的「法」是指「客觀之法」，而客觀法的內容為何又有不同的看法，有認為是指通說或最高法院的裁判、有認為指確定力審級的法律見解、有認為是指審理枉法案件的刑事庭之意見，而枉法即違背此種客觀法所為的判決。
- (3)混合枉法理論：「法」包含了兩個層面的要素，第一是客觀之法，第二是行為人的主觀法確信，必須同時違反了這兩種「法」，才能稱為「枉法」。
- (4)違反義務理論：「法」不僅指客觀可主張之法，還包括行為人在訴訟和仲裁上的義務，因此枉法包括了三種情形，第一是與客觀枉法理論相同的枉法行為，第二是違背其審判或仲裁的程序而提出或不利用特定的證據進行程序，第三是依據和事理無關的裁量來進行裁判或仲裁。就以上四說，管見以為以第四說的違背義務說為當，因為從本罪所保護的法益來觀察，本罪的法益在於確保法治機能，亦即在審判、仲裁時，法律所擁有的社會公正秩序機能，法官和仲裁人均具有維持社會公正秩序機能的義務。主觀理論以行為人的內心確信為法的內容，將使本罪成為違反信念的犯罪；客觀理論只強調司法行為的正確性，無法說明法官或仲裁人具有社會公正秩序義務的重要性，混合枉法理論則兼具兩者之憾，因此只有違背義務理論才能說明法官和仲裁人透過違背義務的方式以侵害該社會公正秩序，因此

以第四說為可採。

2. 同上所述，刑法一二四條之「法」即包括了客觀之法以及行為人在訴訟與仲裁時的義務。只要違背其一即為枉法行為。
  3. 此外，刑法第一條的「法律」是指立法院通過、經總統公布生效的「實證法」而言，只有透過實證法的明文規定才能科與行為人刑罰，而該實證法必須以成文化的文字書寫、以行為時有效，規定上明確其罪與刑的範圍為限。在第一條所稱的實證法自然與刑法一二四的枉法之「法」不同，因為刑法一二四的枉法並不只有實證法，還包括法院對於實證法的解釋（這部分是客觀之法）以及在程序中的特定義務而言。
- (二) 1. 如前所述，所謂的枉法是指未依「客觀之法或其義務」裁判或仲裁，就此可以大別出三種行為人可能的行為方式，第一是不正確地適用法律（即客觀之法），第二是法官或仲裁人以不符真實性的事實情況為裁判基礎，違反其真實義務而為判決或使裁，第三是法官或仲裁人其於與事理無關的衡量、有意地濫用裁量。
2. 如果在刑庭審理中，辯護律師請求調查有利於被告的證據，而法官「故意」不表示意見亦不調查，而不清楚該證據下為判決，此種行為所涉及的是上述第二種枉法行為態樣。刑事程序的基本原則是「實質真實發現」，但該真實發現不是沒有受到限制，亦即如果基於事實上或法律上理由，無法完整地闡明事實，即受有限制，就事實上理由而言，例如證明的困難性，法律上理由，例如證據的禁止等等，因此，法官在訴訟上的義務應該是在訴訟規則、事理一般評價的前提下進行刑事程序的真實發現，如果法官沒有依據上述要求進行真實發現，就算發現的是客觀上的真實，還是屬於違背義務的行為。因此，就枉法行為的第二種類型在刑庭的實踐上，應該認為只有法官以不符訴訟規則或事理一般評價的義務時，才能說是枉法裁判，而客觀真實為何就違背義務理論而言是不重要的。
3. 承上所述，本題中的法官具有調查證據的義務而故不調查，並且在該證據是有利於被告的證據之情況下故意為之，客觀構成要件該當於違反義務的真實發現責任，主觀上又是基於故意，沒有其他阻卻違法或罪責事由，應該構成枉法裁判罪。



高點