

# 刑 法 講 義

## 第 二 回

204300-2



社 團 法 人 考 友 社 出 版 行 發 行

# 刑法講義 第二回



## 第二回 (1/2)

第二講 犯罪成立及正犯	1
命題大綱	1
重點整理	2
一、犯罪成立之違法性及罪責	2
二、犯罪參與之正犯	33
精選試題	46

## 第二回 (2/2)

第三講 共犯及競合論	1
命題大綱	1
重點整理	2
一、犯罪參與之共犯	2
二、競合論	13
精選試題	32

## 第二講 犯罪成立及正犯

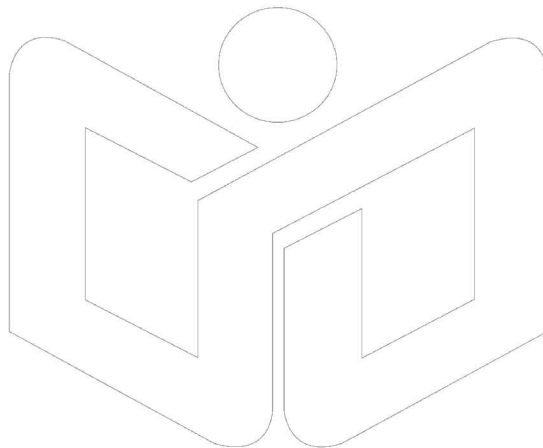


### 一、犯罪成立之違法性及罪責

- (一)違法性
- (二)罪責
- (三)錯誤論

### 二、犯罪參與之正犯

- (一)概論
- (二)間接正犯
- (三)共同正犯





## 一、犯罪成立之違法性及罪責

### (一)違法性：

#### 1. 「違法性判斷」在刑法體系之地位：

##### (1)構成要件該當後，先推定行為的不法性：

構成要件乃在描述各種不同犯罪行為的不法內涵，則刑法分則各別不同的犯罪構成要件規定，當行為人所為的行為事實，符合法定犯罪構成要件描述之事實時，除非有特別容許該當行為的事由存在，其可認該當構成要件之行為，此為刑法所規範禁止之違法行為，即學理上所謂之「構成要件該當推定違法之機能」。

##### (2)違法性，終局確定行為的不法性：

①有些行為雖具構成要件該當性，惟於特定條件下，原應處以刑罰的行為，為社會或法律所允許。

##### ②例如：

行為人甲面對他人暴力搶劫，為防衛自己的生命、身體與財物的安全，而打傷強盜，此類正當防衛而退敵之行為，具傷害罪的構成要件該當性，但因其行為為一般社會大眾所認可，亦與刑法保護法益的基本價值相符，自不能認為其具違法性。

#### 2. 阻卻違法事由：

##### (1)意義：

①係指得排除構成要件該當行為之違法性的特殊事由。

②此類特定事由，因足以阻卻構成要件該當性所推定的違法性，故學理上稱之為「阻卻違法事由」。

##### (2)分類：

##### ①法規阻卻違法事由：

係指刑法上明文規定得以排除行為之違法性的事由：

##### A. 依法令之行為：

##### (A)意義：

係指行為人依法律、命令或其他成文法規所為之行為，雖該當犯罪構成要件，但得阻卻違法性之行為。

(B)相關規定：刑法第 21 條第 1 項  
依法令之行爲，不罰。

(C)要件：

a. 須有法令之明文規定：

只要行爲人所爲的行爲，符合刑法以外之其他法律或法律所授權之命令規範，行爲人之行爲係屬合法者，在刑法規範的評價，僅能認定其爲合法，不能爲不同評價。

b. 實施符合法令規定的行爲：

所謂依法令之行爲，非指其行爲在形式上有特定條文作爲依據，即可以阻卻不法，而是須能從整個法律體系解釋爲合法，才是依法令之行爲。

c. 依法令而爲行爲之意思：

行爲人主張依法令之行爲，須行爲人主觀上認識法令並有依法令實施行爲之意思。

(D)類型：

a. 自助行爲（又稱爲「自力救濟」）：

乃民法上以自力保全或滿足自己權利之行爲，例如：民法第 151 條。

b. 父母懲戒子女之行爲：

基於父母爲保護與教養子女而行使親權之必要，民法第 1085 條之規定，父母得於必要範圍內，懲戒其子女。

c. 逮捕現行犯之行爲：

刑事訴訟法第 88 條第 1 項之規定，現行犯，不問何人得逕行逮捕之，因此，雖非負有逮捕職務之一般人，依上開規定而逮捕現行犯之行爲，係依法令之行爲，而得阻卻違法。

d. 依法施行人工流產之行爲：

例如：優生保健法第 9 條。

e. 公務員依法執行職務之行爲：

公務員依據法令之規定，執行其職務之行爲，亦屬於依法令之行爲，例如：警察依法執行逮捕或拘提等強制行爲。

B. 公務員依所屬上級公務員職務上命令之行爲：

(A)相關規定：刑法第 21 條第 2 項

依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰。但明知命令違法者，不在此限。

(B)要件：

a. 執行命令者，須具有公務員之身分：

惟有公務員始有依命令執行職務之可能。

b. 須有上級公務員之職務命令：

(a) 命令，係指上級公務員對所屬下級公務員所下達之一般或個別指示並要求其執行之謂。

(b) 爭點問題：

遵行上級公務員僅以口頭下達的命令，得否主張阻卻違法？

依通說及實務見解，上級公務員之命令若僅係口頭命令，即因該命令欠缺形式要件，下級公務員若據以執行，即非依命令之職務行爲，不能阻卻違法。

c. 下級公務員執行職務須符合命令之範圍：

下級公務員之行爲，須未逾越上級公務員所下達職務上命令的內容，若逾越命令之範圍，即不得阻卻違法。

d. 須基於行使職務之意思：

係指下級公務員認識上級公務員所下達之命令，係屬上下級公務員職務上負責範圍之事項，並決意行使其職務的意思。

e. 須非明知命令違法：

(a) 下級公務員所執行之上級公務員職務上命令，若形式與實質均合法者，固得阻卻違法，縱上級公務員之命令實質上違法，執行命令之下級公務員不知該命令爲違法者，亦得阻卻違法。

(b) 若執行時明知上級公務員之命令違法，即不得據以阻卻違法。

C. 業務上正當行爲：

(A) 意義：

係指以反覆實施同種類之行爲爲目的之人，就其業務上所爲之行爲，縱與犯罪構成要件相當，苟未逾越社會公認之業務工作、目的之適當範圍，則足以阻卻其行爲之違法性。

(B) 相關規定：刑法第 22 條

業務上之正當行爲，不罰。

## (C)要件：

## a. 行為人須從事特定業務之人：

## (a)業務：

係指以反覆實施同種類之行為為目的之社會活動，其性質具有持續性與固定性。

## (b)業務範圍：

包括主要部分之業務，以及為完成主要業務所附隨之準備工作與輔助事務。

(c)業務亦不以專職之事務為主，兼差之工作如具有社會特殊屬性（地位）活動的意義，只要事實上反覆執行該事務者，可認係從事業務活動。

## b. 業務之性質，是否須為法律所許可？

## (a)甲說：

業務之性質，須非屬法律所禁止之事，故娼妓不能主張其與有配偶之人性交易，係業務上之正當行為，而阻卻相姦行為之違法性。

## (b)乙說：

行為人執行業務是否為法律所許可或和某一行為是否為法律所容許，並無邏輯上必然關係，例如：娼妓不問對方是否有配偶之性交易行為，也依然是業務上之正當行為。

## c. 行為須在業務範圍內：

行為人該當犯罪構成要件之行為，必須為行為人所從事之業務範圍內之行為，方能阻卻違法。

## d. 行為須具有業務上的正當性：

係指某些行為雖然在一般生活的利害關係上不被容許，但從該業務的目的意義觀之，此一類行為有其特殊的正面意義，應該被容許。

## e. 須履行實施特定業務所應盡之義務：

從事特定業務之人，必須於實施業務上之正當行為，已盡其實施該項行為所應遵循之客觀必要的注意義務以及相關行為規範者，始能阻卻違法。

## f. 須經相對人之同意：

凡從事業務之人，關於業務取得之正當性，均須經契

約當事人之他方同意，此項同意並不以事先同意為必要。

g. 執行業務之意思：

係指從事業務之人認識其所為乃基於相對人之同意，且在同意範圍內執行其業務範圍之必要行為。

D. 正當防衛：

(A) 意義：

係指對於現在不法侵害，為防衛自己或他人之權利或利益，而對侵害者所為的適當反擊行為。

(B) 相關規定：刑法第 23 條

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。

(C) 要件：

a. 必須有侵害行為存在：

(a) 侵害：

係指特定的權利遭受侵害之危險或現實的損害。

(b) 侵害客體：

正當防衛所要保護的對象「為自己或他人之權利」，換言之，須有自己或他人之權利遭受侵害之危險，始有正當防衛可言。

(c) 侵害的來源：

得據以主張正當防衛之侵害來源，僅限於自然人之行為，按通說，若動物之攻擊，係由於人類行為所操控者，等同人類所實施之侵害行為，對之採取反擊措施，得主張正當防衛。

b. 侵害行為之不法性：

(a) 不法之侵害：

即是違法之侵害，係指侵害行為或攻擊行為在客觀上違背法律的評價，或有合法化的規範存在，但受侵害者或受攻擊者對於此侵害無容忍之義務。

(b) 對於他人實施的緊急避難行為，得否主張正當防衛？

按多數說見解，緊急避難固為法律所許可，得以阻卻避難者行為的違法性，但緊急避難的本質，係將危難轉嫁予他人承受，但避難行為對象無容忍他人侵害自己法益的義務，故不能以緊急避難行為係屬合法，即剝奪



受避難對象，防衛自己權益的機會。

c. 現在侵害：

(a) 過去之侵害與現在之侵害的界限為何？

實務見解認為，正當防衛須對現在之不法侵害，始能成立，過去與現在，以侵害行為已否終了為準。

(b) 未來的侵害與現在的侵害之界限為何？

實務見解認為，將來與現在之侵害的區別，則以侵害行為「已否著手」為斷。

(c) 現在之侵害：

係指侵害或攻擊即將馬上發生，或侵害或攻擊業已開始而仍繼續進行中，及侵害或攻擊行為已既遂但尚未終了。

d. 防衛情狀之判斷：

實務見解認為，防衛情狀是一單純的客觀要件，所以應從事後客觀的立場判斷，無庸顧及行為人主觀的認知，亦不須顧及第三人置於事件發生當下的認知與理解。

e. 實施客觀具有實效性的防衛行為：

防衛人對於現在不法侵害所為的防衛行為，須是對於法益的保護係屬有實際效用的，否則即非正當防衛。

f. 防衛行為須未過當：

如何判斷防衛行為有無過當，學說上有下列見解：

(a) 法益權衡理論：

判斷防衛行為是否過當，應將受到防衛行為之實施所損及的法益與防衛行為所保護的法益二者權衡，若防衛行為保護之法益，相當於或重大於防衛行為所損及的法益者，即不過當。

(b) 不得已理論：

正當防衛，須是出於不得已者，始不過當，即行為人所採取的防衛措施，須是為避免不法侵害之唯一方法，才可認係適當的防衛。

(c) 必要理論（實務、多數說）：

以防衛行為在客觀上有無必要，就侵害或攻擊行為之方式、輕重、緩急與危險性等因素，並參酌當時防衛者可資運用之防衛措施等客觀情狀，為衡量防衛是否過

精選試題

一、何謂「共同正犯關係之脫離」？其「意義」及「刑責」為何？試簡要說明之。

答：共同正犯關係之脫離：

(一)意義：

共同正犯中之一人，於犯罪完成前，放棄犯意而從共同正犯關係脫離。

(二)刑責：最高法院 94 年台上字第 3515 號判決

- 1.按被告事前共謀犯罪或參與預備犯罪之行為，但於即將開始實施犯罪行為尚未著手之際，因反悔而拒絕參與實施犯罪之行為，並以行動阻止其他人實施犯罪之行為。
- 2.縱其阻止行動無效，其他人仍下手實施犯罪行為而發生犯罪之結果，惟被告於其他人即將開始實施犯罪行為尚未著手之際，既已無與之共同犯罪之意思，亦未參與實施犯罪之行為，除法律有處罰該罪之陰謀或預備犯之規定，應論以該罪之陰謀犯或預備犯外，尚不能遽依該罪之共同正犯論擬。

二、「一般犯罪之中止」及「共同正犯之中止」，兩者差異為何？試說明之。

答：共同正犯之中止：

(一)通說見解：

認為中止犯罪的行為人必須使其本所參與的共同行為不致發生犯罪結果，始能成立中止犯。

(二)共同正犯中的一人或數人，若自願中止犯罪，則須有效阻止共同行為之實施或有效地防止犯罪結果之發生者，始能成立中止犯。

各類型中止犯之比較

	一般犯罪之中止	犯罪參與之中止
相關規定	刑法第 27 條第 1 項： 已著手於犯罪行為之實行， 而因己意中止或防止其結果 之發生者，減輕或免除其刑	刑法第 27 條第 2 項： 刑法第 27 條第 1 項之規定 ，於正犯或共犯中之一人或 數人，因己意防止犯罪結果

	。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，亦同	之發生，或結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之
法律性質	個人刑罰之減輕或免除事由	
特性	僅一人中止，即生中止未遂之法律效果	僅共同正犯之一人或數人任意中止犯罪，尚不足生中止效力，須經其中止行為，實行障礙或有效防止其犯罪行為結果發生或勸導正犯全體中止
法律效果	必減輕或免除行為人之刑罰	1. 必減輕或免除行為人的刑罰 2. 僅適用於中止犯罪之行為人，非適用於所有犯罪參與人

三、若數行為人基於共同犯罪之意思，為行為分擔，但於分別進行犯罪之預備行為時，即為警察查獲，未有其他的犯罪參與者達至著手實行的階段，然刑法設有處罰該預備行為之明文，各該參與犯罪預備行為者，得否成立預備罪之共同正犯？試論述之。

答：(一)舊刑法：

二人以上共同實施犯罪者，皆為正犯，按照實務之見解，舊刑法第 28 條條文中之「實施」，涵蓋陰謀、預備、著手、實行概念在內，故承認陰謀共同正犯、預備共同正犯。

(二)新刑法：

惟 94 年 2 月 2 日修正之刑法將「實施」一詞改為「實行」，依現行刑法第 28 條之立法理由，要成立共同正犯，個別行為人所分擔之行為，並不必然具有著手實行之外形，故所有行為人的行為，並不以全部均達著手實行的行為階段為必要，惟參與共同犯罪的所有行為人之行為中，須至少有 1 人已達著手實行的行為階段者，始有構成共同正犯之可能。

(三)職此，基於犯意之聯絡及行為之分擔，但於分頭進行犯罪預備行為時，為警察查獲，不能成立預備殺人罪之共同正犯。