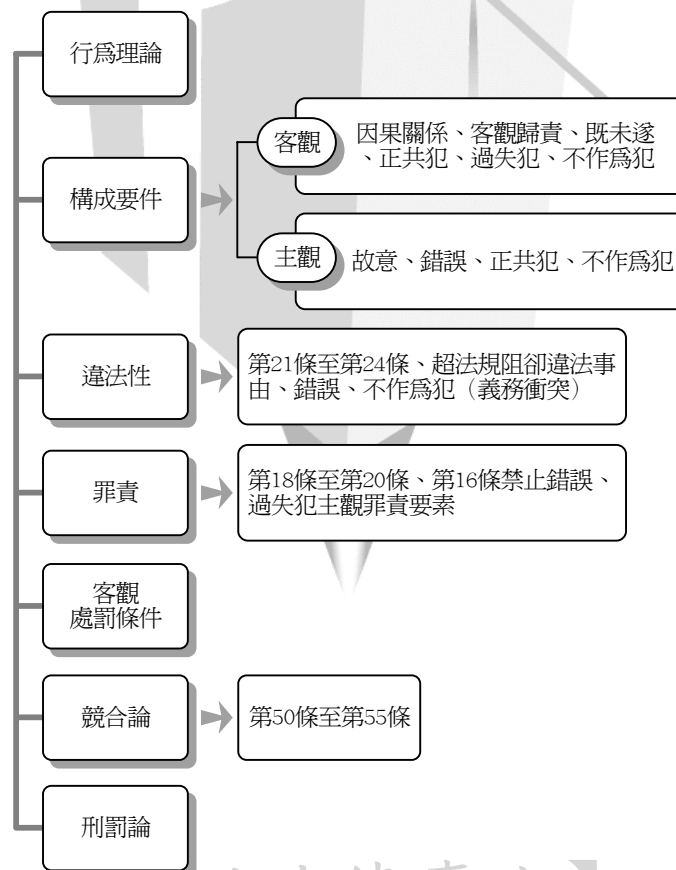


刑總體系與基本原則

不知道讀者第一次接觸到刑總，是否有來到火星的感覺？一大堆抽象難懂的組合文字全部都看得懂，放在一起就不知道在說什麼，究竟要怎麼讀呢（雙手大力搖隔壁的肩）？

筆者認為，刑總的學理討論雖然較為艱深，需要一些時間的醞釀才能體會其中的奧義，但是在考試上刑總也是相對容易準備的科目，理由在於它有一定的體系脈絡，所謂的體系脈絡就是犯罪階層體系。因此，建議讀者先給每個章節主題一個體系定位，會讓學習刑總的路走得平順許多，也能在解題的時候迅速抓到相關爭點的編排方式唷！

以下提供刑總各章節在犯罪階層體系所對應的位置（僅供解題參考）：



【高點法律專班】

38
版權所有，重製必究！

主題 1.1 刑法的基本原則與解釋

本章節在律師與司法官考試中出題比率較低，但是偶爾仍會不經意的隱身在題目中某個小爭點，而且是刑法學習者不可不知的法學阿杯ㄉ（硬要用德文念有沒有！），因此筆者仍然酌量將類似概念放進來讓讀者在考前得以快速複習恢復記憶。此外，刑法第10條第2項公務員概念的相關考題，由於國多與分則公務員犯罪結合出題，所以筆者將相關考題集中於第2部分、刑法分則當中。

題型 1.1.1—罪刑法定原則

何謂罪刑法定原則？其派生原則為何？試簡述之。

（筆者自擬）

◀ 爭點解析 ▶

本題是單純的申論題，測驗讀者的刑法基本功是否扎實。

◀ 解題架構 ▶

- (一)罪刑法定原則的意義與功能。
- (二)相關派生原則。

◀ 擬答 ▶

(一)罪刑法定原則的意義與功能：

罪刑法定原則規定於刑法第1條。其意義為國家以刑罰手段剝奪人民生命、自由或財產權時，必須以事先明定的法律作為依據。而罪刑法定原則的功能在於避免國家濫用刑罰權以保障人民基本權。

(二)相關派生原則：

基於「有法律才有刑罰」的基本思想，其派生原則如下：

1. 明確性原則：

刑法條文的「構成要件」與「刑罰效果」必須明確，才能使受規範者能預見行為是否受到處罰。至於是否明確的判斷標準有三：

【高點法律專班】

39
版權所有，重製必究！

苟其意義非難以理解、受規範者所得預見、並可經由司法審查加以確認（釋字第432號參照）。

2. 類推適用禁止原則：

於窮盡法律文義無法找到適當的解釋方式時，不得逾越文義類推解釋，惟刑法容許有利於行為人的類推解釋。

3. 減少使用空白刑法：

空白刑法係指規定犯罪和刑罰的法律，但具體行為內容則規定於其它法律或法規命令，猶如構成要件空白的規定，故應減少使用之。

4. 習慣法禁止原則：

習慣法須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎。刑法禁止習慣法作為「直接」法源依據，以避免法官創設法律所未規定的犯罪類型。

5. 溯及既往禁止原則：

為了保護人民對於法秩序的信賴，刑法原則上不得溯及既往適用。溯及既往原則分為真正與不真正溯及，後者通常適用在繼續犯的情形，此時仍可適用行為完成後的新法，自不違反不溯及既往原則（28上733號判例參照）。

live 貼心提醒

但是容許作為構成要件的解釋基礎，與有利於行為人的阻卻罪責事由。例如：過失的注意義務標準與不作為犯的保證人地位（74台上4219判例）。

live 貼心提醒

依照刑法第2條從舊從輕原則，刑法並非絕對禁止溯及既往，在不違反罪刑法定原則的前提下，若是對行為人有利，則可以溯及既往。

解後入心聲

不知道大家有沒有聽過網友Jimcoco寫的刑法歌XD，最後一句洗腦式的反覆唱着「罪~刑~法~定~」，正是在表達它是貫穿整部刑法的指導原則。

罪刑法定原則涉及相當多刑法學理較為深入的基礎問題，之所以在書的一開頭就放這題，沒有想波動讀者心跳的意思，反而是想要藉這個機會呈現出申論題的解題方式。一般而言，申論題的考題除非前後問號問的是同一個問題，否則一個問號應該要開一個標作答較為清楚。

【高點法律專班】

40
版權所有，重製必究！

實務怎麼說



最高法院74年台上字第4219號判例

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。

最高法院28年上字第733號判例

略誘罪為繼續犯，當被誘人未回復自由以前，仍在其犯罪行為繼續實施之中其間法律縱有變更，但其行為既繼續實施至新法施行以後，自無行為後法律變更之可言。



沒事多練習

王五無膽量下手殺害其仇人李四，乃先飲酒壯膽，致酒醉不能自主的狀態，用手槍將李四擊斃。法院認定王五在開槍當時已陷於無責任能力的狀態，惟依「原因自由行為」(actio libera in causa)之習慣法，認王五對其殺人行為具有故意，而應構成殺人罪責。王五的辯護律師，主張法院引用習慣法理論，做認定成立罪責的依據，有違罪刑法定主義的原則。試問：

(一)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」，其所謂「法律」，是否包括習慣法在內？(10分)

(二)習慣法在何種場合於刑法上具有適用效力？(15分)

(89司法官第1題)

【例題解析】

(一)此小題涉及罪刑法定原則當中習慣法禁止原則。解題內容應著重在使用習慣法與罪刑法定原則相扞格之處(=禁止適用習慣法的理由)。

(二)答題重點在於習慣法禁止原則的適用界線，與劃出該界線的原因，並且盡量將最高法院74年台上字第4219號判例要旨放入答案內。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！