

國考偵測站

刑法篇

主筆人：旭台大

壹、概說

作為當年國家考試前哨戰的法研所考題，往往能夠反映當年度重要爭點及趨勢，必須特別注意。綜觀 2016 年台灣大學、政治大學、台北大學及東吳大學法研所考題，可以發現爭點平均分布在刑法總則與刑法分則當中的重要條文。以刑法總則為例，不意外地考題落點大多在「正犯與共犯」章節（因為一張考卷怎可能每一題都只有一個行為人？）。首先，就「加重結果犯與共同正犯」爭點，先前已於「103 年司法官」中出現，今年又在法研所中現形，一考再考的爭點，提醒考生千萬不要鬆懈。又去年（2015）因為網路直播軟體盛行，使用該軟體會員利用直播功能播放猥褻、性交影片，導致負責人遭檢警傳喚，東吳大學即以此時事命題，涉及開發軟體之負責人提供該軟體予會員使用之行為，是否屬於「中性幫助行為」，這是比較容易被忽略的考點。

至於刑法分則部分，涉及多數參與人之人數計算，一直是熱門考點。例如：2014 年新增訂「三人以上共同犯之」之加重事由，究竟該三人人數應如何計算？是否有包含共謀共同正犯？以及新增訂該條之立法理由為何？東吳大學亦以此新修法內容命題，而台灣大學也不約而同的以詐欺罪的「不正方法」作為命題考點。此外，由於刑法剛通過刑法沒收新修正條文，將於 2016 年 7 月 1 日施行，法研所未將此範圍命題，不代表不重要，請考生千萬小心。又政治大學及台北大學不約而同的以肇事逃逸罪之保護法益為爭點命題，肇事逃逸罪自立法重刑化以來，備受關注，除保護法益外，個別要件的解釋也必須要注意。最後，由於律司考試大綱已列入貪污治罪條例為考試範圍，台灣大學則以「職務行為」等為爭點命題，雖然律司尚未直接以貪污治罪條例命題，但考生還是必須小心突襲，畢竟二試法條本中未附有貪污治罪條例的法條。

最後，在這個重刑化、鄉民崇尚的正義是祭典式的高潮、凡事講求效率不探求背後原因，以為幾聲槍響便能解決社會問題的年代，希望各位考生順利通過考試後，能別忘了當初進入法律系的初衷，在握有接近上帝掌握生殺的權柄後，更應該小心謹慎。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

貳、刑法總則

爭點一：中性幫助行為（東吳大學第二題）

所謂的中性幫助，係指提供助力者的行為雖然可以用來幫助他人實現構成要件，但是助力行為本身可以是對任何人為之，助力的行為，相對於正犯行為人或正犯的行為有其獨立性，並非專為法律上不法的目的而為之，例如：販賣斧頭予行為人，行為人持斧以殺妻，或者律師、會計師提供專業意見，顧客以該專業意見逃漏稅捐。

至於中性幫助行為是否構成刑法上幫助犯，其審查基準如何？

德國學說上有藉用客觀歸責理論審查行為是否「製造法所不容的風險」，或審查是否符合客觀要件之「社會相當性」。

惟有學者認為「中性幫助」行為係屬多餘概念，蓋欲判斷行為人之行為，是否具有「日常特質」而屬於可被容許，從來都必須兼顧主、客觀要件，無庸繞個彎由客觀容許風險的「中性行為」概念解決^{註1}。而我國實務亦採此見解，並認為我國刑法第30條幫助犯之「幫助故意」之認定標準容有參考價值：「如果正犯的行為客觀上顯示正犯就是要從事犯罪的行為，而提供助力者也知悉時，提供助力的行為才能評價為刑法規定之幫助行為；反之，相對地，如果提供助力者不知道正犯如何去運用其助力行為，或只是認為其助力行為有可能被用來作為犯罪時，則其助力行為仍然不能被評價為刑法規定之幫助犯」（臺高院94上訴3195決）。

爭點二：不能未遂（東吳大學第三題）

刑法第26條規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」所謂不能發生犯罪結果，係指任由行為發展下去，構成要件終究不會實現^{註2}。其實，不能發生犯罪結果是所有未遂犯的共同特徵，並非專屬於不能未遂的要件。因此，不能未遂的判斷重點則在於行為人之行為「有無危險」，有印象理論及具體危險說不同判斷標準，我國多數實務見解係採「具體危險說」看法。

針對我國學界多數採取的印象理論，係以行為人主觀上所認識的事實為基礎，再以一般人之角度加以評價行為人是否重大無知；若非「重大無知」，即非不能犯^{註3}。惟有實務見解認為，採取印象理論前提下，「重大無知」不宜作為有

^{註1} 蕭宏宜，〈P2P 業者的刑事責任問題--ezPeer 與 Kuro 案判決評析〉，《法令月刊》，59卷9期，2008年9月，頁69-85。

^{註2} 林東茂，〈未遂犯〉，《月旦法學雜誌》，第138期，2006年11月，頁212。

^{註3} 所謂不能未遂，依刑法第26條規定，須其行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，始足

無危險之唯一判準，僅得作為認定有無危險之參考之一；亦即，「重大無知」並非區分普通未遂與不能未遂的唯一標準。

至於具體危險說則係指，判斷有無侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，再本諸客觀上一般人公認之因果法則而為判斷（99台上2419決）。

針對不能未遂「不罰」的法律效果，有認為屬於「阻卻構成要件」，亦有認為屬於「個人免除刑罰事由」。

就採取「阻卻構成要件」者，蕭宏宜教授認為：「行為無危險的不能犯，不論在解釋上認為欠缺結果非價或行為非價，結論都是無不法可言，**刑法第26條的不罰，是指『不構成犯罪』，並且因為行為沒有製造法所不容許的風險，既不存在構成要件行為，根本沒有著手，也無所謂未遂可言，因此欠缺應罰性，犯罪不成立。**據此，在刑法第26條沒有刪除的情況下，不妨將其視為僅是一個注意規定，並非獨立的未遂犯罪類型，與未遂犯罪成立後、透過刑事政策再做考量的需罰性問題無關^{註4}。」

採「個人免除刑罰事由」說者（通常是採「重大無知」說）認為，不能未遂係屬已著手於犯罪構成要件，而犯罪未既遂之未遂犯，並不阻卻構成要件、違法性或罪責。刑法第26條所以「不罰」，係因**刑事政策考量**，由於行為人對於基本常識的重大誤解（重大無知），不會影響法規範效力^{註5}，而欠缺應刑罰性，立法者乃放棄刑罰。

以上兩說之區別實益在於：甲教唆丙下毒殺乙，丙卻誤拿白糖致乙毫髮未傷。甲教唆丙殺乙，是否構成教唆故意殺人未遂罪（§271II、29），若肯認丙構成不能未遂後，涉及「不罰」之定性：(1)阻卻構成要件：基於「限制從屬性」，甲不構成教唆犯。(2)個人免除刑罰事由：基於「限制從屬性」，甲構成教唆犯。

爭點三：正犯後正犯（臺北大學第一題）

早期，在共犯從屬理論是採取「嚴格從屬理論」的前提下（正犯必須為構成要件該當、具有違法性及罪責的行為），再加上採取「緊縮行為人」（親手實現不法構成要件之人才是刑法上的行為人）概念，使得利用**無責任能力及不具故**

當之。若有侵害法益之危險，**而僅因一時、偶然之原因**，致未對法益造成侵害，則為障礙未遂，而非不能未遂（103台上734決），此時論以同法第25條之一般未遂犯，自無不適用法則或適用法則不當之情形（103台上681決）。

^{註4}蕭宏宜，〈未遂與犯罪參與〉，三民，2015年，頁50-52。

^{註5}蔡聖偉，〈再論刑法第二十六條的適用標準—新法生效後最高法院裁判之發展趨勢觀察〉，《台灣法學雜誌》，第128期，2009年5月，頁74。

意、過失者為犯罪行為之人，因為正犯為無責任能力人或不具故意、過失者而無法從屬其罪責，而不成立犯罪。為彌補此一漏洞，才由實務及學說演變出間接正犯的概念^{註6}。在間接正犯的理論基礎上，發展出「負責原則」及「犯罪支配理論」。

傳統學說對於間接正犯的理解，係以「負責原則」為基礎，認為被利用人必須在法律上完全無法為自己負責，而具有工具性的情況下，利用人方須負起正犯之責。例如：(1)無刑事責任能力者；(2)他人欠缺違法性；(3)無犯罪故意之人；(4)受詐欺之人；(5)受強制之人；(6)發生不可避免禁止錯誤之人。

惟「犯罪支配理論」興起後，聚焦在利用人對於被利用人因果流程的操控，達到與親自實行構成要件該當之**意思支配**，而非被利用人是否可以單獨為自己行為負責，作為間接正犯的判斷標準。因此，被利用人無論是否構成犯罪，利用人皆需為其操控被利用人行為的因果流程所形成之「意思支配」負擔正犯責任。在犯罪支配理論的理解下，利用人即得利用具有**犯罪故意且須負完全刑事責任之人**作為犯罪工具，以達到犯罪目的，稱為「正犯（被利用人）後正犯（利用人）」。因此，**同一犯罪的二個犯罪參與者，皆可能被當作該罪之正犯處罰**。

承認「正犯後正犯」的概念，其實已經大幅度逸脫原先間接正犯的內涵（利用不構成犯罪之人為犯罪工具），演變成只要利用人透過他人之手作為犯罪工具，即可成立間接正犯，重點只是在**利用人是否支配犯罪構成要件實現的流程**而已^{註7}。

爭點四：正犯後正犯不作為犯（台灣大學 A 卷第二題）

刑法上的作為犯，是違反禁止行為人為一定行為的「禁止規範」；而不作為犯則是違反刑法要求行為人必須為一定行為的「誡命規範」（或有稱「命令規範」）^{註8}。應如何區分「作為」或「不作為」，區分實益在於，若肯定行為人系爭行

^{註6}詳細演變可參閱：蔡聖偉，〈論間接正犯概念內涵的演變〉，《東吳法律學報》，19卷3期，2008年1月，頁40以下。

^{註7}蔡聖偉，〈論間接正犯概念內涵的演變〉，《東吳法律學報》，19卷3期，2008年1月，頁65-66。

^{註8}此係指純正不作為犯而言。以刑法第149條聚眾不解散（純正不作為犯）而言，刑法要求行為人必須於一定時間內解散，而行為人違反此誡命規範，方構成本罪。然而，針對不純正不作為犯而言，以刑法第271條殺人罪為例，條文係要求行為人禁止為殺人行為的禁止規範，只是行為人選擇以作為或不作為的方式違反該禁止規範而已，因此不純正不作為犯是違反刑法的禁止規範，而非誡命規範。詳見：林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2014年，頁531-532。

為屬於不作為，則再進一步討論不作為犯的保證人地位等客觀、主觀等要件。也因此，區分標準有下列不同看法：

1. 評價規範說

採此說者奠基於「社會行為論」，認為刑法上的行為，必須事由人類意志驅動的外在物理變動外，還必需是具有社會意義的行為。也因此，基於「社會評價的觀點」^{註9}，所謂「不作為」，是一種法律及社會上的「價值判斷」，必需視具體個案中，行為人應受「社會非難」或「法律規範評價的重點」何在，亦即以「**可非難的評價重點**」作為判斷標準^{註10}。簡單來說：不作為就是不為社會期待的一定身體行動^{註11}。然而本說遭到「社會價值」與「評價重點」模糊難以區分之批評。

2. 風險關係說

而有學者採取「**風險關係說**」，其認為作為犯係指禁止我們作出製造風險的行為；而不作為則是法律期待我們消滅既存風險，但我們卻**放任既有風險的作為**，導致利益侵害失控而實現全部不法構成要件，因為對於既存風險，**法律勢必期待行為人消滅風險的作為**，而違背作為義務的作為，則是不作為^{註12}。

3. 法權領域說

採「法權領域說」之學者認為，個人存在於世界，均可透過法律所保障的諸多權利（例如：隱私權、名譽權或財產權等），建構屬於自己的法權利領域，而在不破壞他人法權利領域前提下，在自我權利領域中，個人可以自由地形塑自我，但是自由地行使個人權利下本來就會存在一定風險，例如：駕駛車輛行駛遷徙自由時，可能遭遇車禍風險。

所謂的「作為」即是行為人將風險輸出到他人法權領域中，而違反刑法「禁止規範」；至於「不作為」則是雖然個人未輸出風險到他人法權領域中，然對於發生在他人法權領域中，因該他人自由行使權利所導致的風險，未將該**風險撲滅的行為**。必須注意的是，為什麼刑法會平白無故要求行為人去撲滅他人製造出的風險？這涉及到行為人必須積極撲滅風險的義務，而該義務就

^{註9}周漾沂，〈刑法上作為與不作為之區分〉，《科技法學評論》，11卷2期，2014年12月，頁92。

^{註10}林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2014年，頁533-534；王皇玉，《刑法總則》，新學林，2014年，頁504。

^{註11}陳子平，《刑法總則》，元照，2015年，頁144。

^{註12}黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，元照，2012年，頁676；蔡聖偉，〈不作為犯：第一講—論故意之不純正不作為犯（一）〉，《月旦法學教室》，第51期，2007年1月，頁50。

是指「保證人地位」^{註13}。

4. 結論

其實，不論作為與不作為係採取何種學說，於特定情況下若因檢討之行為不同，導致個案當中同時有成立「作為犯」及「不作為犯」時，論以「作為犯」即足以包括評價整個「作為」與「不作為」時，則直接在「競合」層次，直接論以該罪之「作為犯」即可^{註14}。

爭點五：加重結果犯與共同正犯（政治大學第二題）

論加重結果犯之責任，須先審認該基本構成要件之行為，與加重結果之間，有無因果關係存在（構成要件該當性問題），而後始能論其對加重結果之發生能否預見，以資決定。否則，**行為與加重結果間，如無因果關係之存在，乃係偶然的加重結果犯，縱對加重結果之發生可能預見，仍不能使行為人負加重責任，如無預見可能性存在，縱加重結果係由行為人之行為所引發，即加重結果之發生與行為人之行為間具有因果關係，亦不能使行為人負加重結果部份之責任。**

於共同正犯應否就加重結果結果負責問題，實務見解採客觀預見可能性說認為，各共同正犯就加重結果之發生，於客觀情形能預見始須負責^{註15}；惟有學者採主觀預見可能性說，認為應以個別行為人能否預見加重結果的發生作為判斷標準。

有學者^{註16}及少數實務見解係採取「主觀預見可能性說」，認為應以個別行為人能否預見加重結果的發生作為判斷標準。理由在於，我國刑法第 17 條加重結果犯規定，已明白指出以個別行為人能否預見作為加重結果犯的成立要件。亦即，共同正犯間僅就基本構成要件範圍內負責，至於對於加重結果的發生是否負責，則應就刑法第 17 條之要件，就「個別」行為人對於加重結果的發生有

^{註13}周漾沂，〈刑法上作為與不作為之區分〉，《科技法學評論》，11 卷 2 期，2014 年 12 月，頁 105-107。

^{註14}蔡聖偉，〈不作為犯：第一講—論故意之不純正不作為犯（一）〉，《月旦法學教室》，第 51 期，2007 年 1 月，頁 50-51。

^{註15}共同正犯中之一人所引起之加重結果，其他之人應否同負加重結果之全部刑責，端視其就此加重結果之發生，於客觀情形能否預見；而非以各共同正犯之間，主觀上對於加重結果之發生，有無犯意之聯絡為斷（91 台上 50 例）。

^{註16}徐育安，〈共同正犯之意思聯絡與加重結果—最高法院九十九年台上字第三四三〇號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第 7 期，2011 年 2 月，頁 104-105；陳子平，〈結果加重犯—以最高法院九十九年度臺上字第四五九四號判決為主軸對近年相關判例判決之評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，第 35 期，2002 年 6 月，頁 24-25。

無預見可能性為斷（主觀預見可能性），而非以客觀預見可能性做為判準。

爭點六：結合犯（臺北大學第三題）

所謂結合犯係指結合兩個以上獨立罪名之犯罪，使成立一新罪名之犯罪。因結合而成為結合犯一部之犯罪，原來均為獨立罪名之犯罪，各有其犯罪構成要件，本得個別認定是否成立犯罪，如其中一個犯罪無法成立，即無從成立結合犯，應僅論以得成立之犯罪。

有疑問者在於：結合數罪間是否需有犯意聯絡？

實務採取否定見解，認為「強盜殺人罪，並不以出於預定之計畫為必要，祇須行為人以殺人為實施強盜之方法，或在行劫之際故意殺人，亦即凡係利用實施強盜之時機，而故意殺人，兩者有所關聯者，即應依本罪處罰(85第2次刑法)。」而學者則採取肯定見解，學說係奠基於「刑法故意理論」中「故意與行為同時存在原則」，既然法律已經將兩個獨立構成要件行為結合成一罪，則該行為人必須在行為時對於所結合的兩個犯罪必須「皆有」認識，且有意接連違犯兩個犯罪行為^{註17}。

參、刑法分則

爭點一：詐欺罪—不正方法（臺灣大學B卷第一題）

刑法第339條之2第1項之以不正方法由自動付款設備取得他人之物罪，其所謂「不正方法」，有下列不同看法：

1.設備使用規則理論

所謂不正方法，係指違反自動付款設備使用規則，進而影響該設備程式運作。若係出於自動提款機內部程式設計有誤，則該程式錯誤已成為設備使用規則之一部分，只要行為人使用真正提款卡並輸入真正密碼，已屬依照設備使用規則提領現金，不該當本罪之不正方法^{註18}。

另外，若是行為人盜用他人提款卡提領他人存款，只要行為人輸入真正的提款卡密碼，以及使用真正的提款卡提款，縱使是他人的提款卡，也是符合提款機設備的使用規則，提款機本來就是插入提款卡以及輸入真正密碼即可提

^{註17}王皇玉，〈強制性交殺人結合犯〉，《月旦法學教室》，第89期，2010年3月，頁32-33。

^{註18}王效文，〈自動提款機溢領款項的刑事責任〉，《月旦法學教室》，第137期，2014年3月，頁76。

錢（認卡不認人），亦不該當本罪之不正方法^{註19}。

2.主觀理論

所謂不正方法即使一切違反處分權人明知或可得推知之意思，而使用付款設備者。亦即，此說以處分權人主觀意思決定行為人之行為是否屬於無權、不正當行為。

惟有學者認為，此說之致命缺點在於，究竟要以誰的主觀意思作為處分權人之意思？金融機構還是持卡人呢？如果以金融機構之主觀意思為準，將導致本罪處罰界線操之在金融機構與存戶間的約定條款，處罰界線將因約定條款不同而有不同；若以持卡人之主觀意思為準，將使得單純的民事違約行為都可能違反持卡人主觀意思而受到本罪之處罰^{註20}。

3.詐欺特性理論

因為機器不會陷於錯誤，但如果將機器比擬為人，行為人之方法具有類似詐欺特性時，則屬不正方法。有學者認為，本罪之制定係為彌補詐欺罪要求必須有「人」發生錯誤之處罰漏洞，因此本條之不正方法解釋應以具備類似詐欺特性為妥^{註21}。

4.實務見解：不限於施用詐術之一切不正當方法

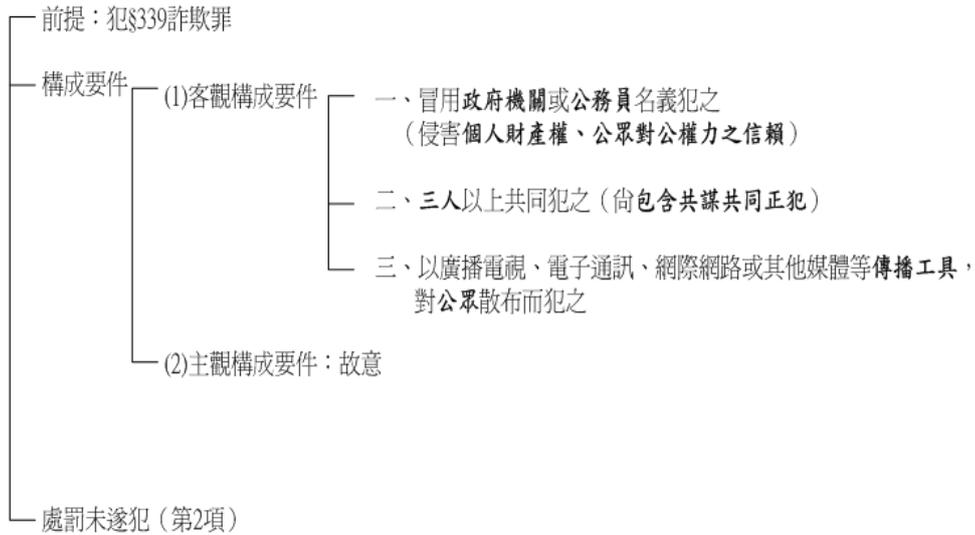
實務見解認為，所謂「不正方法」，係泛指一切不正當之方法而言，並不以施用詐術為限，例如：以強暴、脅迫、詐欺、竊盜或侵占等方式取得他人之提款卡及密碼，再冒充本人由自動提款設備取得他人之物，或以偽造他人之提款卡由自動付款設備取得他人之物等等，均屬之。

^{註19}採此說者，蔡聖偉，〈論盜用他人提款卡的刑事責任〉，《月旦法學雜誌》，第144期，2007年5月，頁27；李聖傑，〈溢領借款的詐欺—評台北地院九十二年度自字第十七號判決〉，《月旦法學雜誌》，第120期，2005年5月，頁224-225；林山田，《刑法各罪論（上）》，自版，2005年，頁471。

^{註20}蔡聖偉，〈論盜用他人提款卡的刑事責任〉，《月旦法學雜誌》，第144期，2007年5月，頁25。

^{註21}採此說者，王效文，〈自動提款機溢領款項的刑事責任〉，《月旦法學教室》，第137期，2014年3月，頁76；陳煥生、劉秉均，《刑法分則實用》，一品，2013年，頁501。

爭點二：加重詐欺罪（東吳大學第一題）



加重詐欺罪新增訂「三人以上共同犯之」之加重事由，難免令人與加重竊盜罪第321條第1項第4款「結夥三人以上而犯之」相比。依據加重詐欺罪之立法理由，已將共謀共同正犯計入三人之人數計算；惟依實務見解^{註22}，加重竊盜罪結夥三人之人數計算，則不計入共謀共同正犯，讀者宜注意。

另外，在加重竊盜結夥三人事由中，遭脅迫者^{註23}、無責任能力者^{註24}、欠缺竊盜故意者^{註25}、教唆犯^{註26}等，亦不計入三人之人數計算。應注意者，把風者則應計入加重竊盜結夥三人之人數計算^{註27}。同樣情形，是否能夠適用於加重詐欺

^{註22} 刑法分則或刑法特別法中規定之結夥二人或三人以上之犯罪，應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內。司法院大法官會議釋字第109號解釋「以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分之人實施犯罪之行為者，均為共同正犯」之意旨，雖明示將「同謀共同正犯」與「實施共同正犯」併包括於刑法總則第28條之「正犯」之中，但此與規定於刑法分則或刑法特別法中之結夥犯罪，其態樣並非一致（76台上7210例）。

^{註23} 以結夥犯之全體俱有犯意之人為構成要件，若其中一人缺乏犯意，則雖加入實施之行為，仍不能算入結夥三人之內。甲、乙二人脅迫丙共同行竊，丙非出於本意，則非結夥三人（46台上366例）。

^{註24} 以結夥犯全體俱有責任能力為構成要件，若其中一人缺乏責任能力，則雖有加入實施之行為，仍不能算入結夥三人之內（37上2454例）。

^{註25} 若他人不知正犯犯罪之情，因而幫同實施者，不能算入結夥數內（24上4339例）。

^{註26} 所稱結夥三人，係指實施中之共犯確有三人者而言，若其中一人僅為教唆犯，即不能算入結夥三人之內（23上2752例）。

^{註27} 刑法上所謂結夥三人以上係指有共同犯罪之故意，結為一夥而言。把風行為，在排除犯

罪的人數計算，則必須靠實務見解發展相關見解方能得知。因此，若考試考出，建議可以分列肯定說與否定說，再採取一說，相信也會有一定分數。

爭點三：放火罪（臺北大學第二題）

刑法第 173 條與第 174 條之區別標準，在於放火罪的客體是否屬於「現供人使用住宅」或「現有人所在建築物」。

其中，所謂「現供人使用住宅」及「現有人所在建築物」，是否包含供行為人自己使用之住宅或建築物？另外，所謂「現有人所在建築物」之「人」，是否以放火當時有人在內為必要，實務則有不同見解。

1. 本罪客體是否包含供行為人「自己」使用之住宅或建築物？

若行為人放火燒毀自己單獨使用之住宅或現為自己所在之建築物，行為人是否構成刑法第 173 條第 1 項之罪？

(1) 本罪客體不包含供行為人「自己」使用之住宅或建築物

實務見解基於若行為人放火燒毀現供自己使用或現為自己所在之建築物，因行為人已明知放火行為並不致遭受何種意外危害，不能論以刑法第 173 條第 1 項之放火罪，因此必須將本條所稱之人限縮於放火行為人以外之人。

基此立場，學者進一步認為：「本罪現供人使用或現有所在之人，須作限縮解釋，乃指行為人以外之自然人而言，包括父母、兄弟姊妹、妻子兒女及其他之人在內。因此，在住宅等如係行為人所單獨使用或僅其一人在內者，即為第 174 條放火罪之客體，不成立本罪^{註28}。」

(2) 本罪客體包含供行為人「自己」使用之住宅或建築物

林東茂教授主要聚焦在當今房屋無論是大廈或公寓式，均屬整體建築，就公共安全而言具有不可分性，而認為：「如果自己的住宅現供人使用，自己的建築物現有人所在，成立第 173 條第 1 項之罪。即使現供人使用的住宅孤立一方，無依無傍，沒有左鄰右舍，縱火燒之，火勢毫無延燒可能，也成立第 173 條第 1 項的罪^{註29}。」

2. 「現供人使用住宅」之「人」的解釋：不以放火當時果有人在內為必要

罪障礙，助成犯罪之實現，在合同意思範圍內分擔犯罪行為之一部，故亦係共同正犯而應計入結夥之內（92 台上 2770 決）。

^{註28}甘添貴，《刑法各論（下）》，三民，2013 年，頁 11-12。

^{註29}林東茂，《刑法綜覽》，一品，2012 年，頁 2-240。相同見解：林山田，《刑法各罪論（下）》，自版，2005 年，頁 275。

刑法第 173 條第 1 項所謂「現供人使用之住宅」者，係指在放火當時，該住宅仍為人所使用中為已足，並不以放火當時果有人在內為必要；縱放火當時，居住於該住宅內之其他人皆已上班、上學或外出者，仍不失為現供人使用之住宅（97 台上 6562 決）。

3. 「現有人所在建築物」之「人」的解釋

(1) 平時有人在內為已足

對於「現有人所在建築物」之「人」的解釋，有實務見解及學者認為：「『所謂現有人所在』，一般認為係指放火行為當時，係供行為人以外之人作為起居飲食等日常使用之意，**只須該住宅現供人使用為已足**。行為時，是否有行為人以外之人在內，亦非所問^{註30}。」亦即，「現有人所在建築物」並不是指放火當時確實有人在內^{註31}，**只需要習慣上有人會在此進出，至少可以讓人自由活動之建築物即可**^{註32}。

(2) 放火燒毀時確實有人在內

對此，有實務見解及學者均認為：「所謂現有人所在建築物，**必須放火行為為當時，行為人以外之人正在其內**。只需現有人在內為已足，其有否留滯權利，是否限供人使用，以及該建築物等原來係供何用途，則非所問^{註33}。」若認為無論放火當時是否確實有人在內，均可解讀為「現有人所在」（平時有人在內為已足），則條文區分「現供人使用」與「現有人所在」即顯得沒有太大意義，且此種解釋已逸脫文義解釋界線，而有違反類推適用禁止原則之嫌^{註34}。

爭點四：肇事逃逸罪（政治大學第一題、臺北大學第二題）

肇事逃逸罪的保護法益，於實務及學說有不同看法。對於肇事逃逸罪保護法益的不同認定，將牽涉到各個構成要件的解釋應採取何種看法，以下針對不同的保護法益而為介紹：

1. 個人生命身體安全說

由於肇事逃逸罪的立法理由提及「加強救護，減少被害人之死傷」、「對被害

^{註30} 盧映潔，〈刑法分則新論〉，新學林，2014年，頁196。

^{註31} 林東茂，〈刑法綜覽〉，一品，2012年，頁2-239。

^{註32} 黃惠婷，〈刑法第一七三條之放火罪〉，《台灣本土法學雜誌》，第41期，2002年12月，頁72。

^{註33} 甘添貴，〈刑法各論（下）〉，三民，2013年，頁14。

^{註34} 陳子平，〈刑法各論（下）〉，元照，2014年，頁18。

人即時救護」以及「肇事逃逸罪的刑度參考第二百九十四條第一項遺棄罪之規定」，因此有學者認為本罪的保護法益與遺棄罪相同，皆為保護「個人之生命身體安全」。

準此，有學者^{註35}謂：「肇事逃逸罪雖然規定在公共危險罪章，但所保護的法益並不是公共法益，因為禁止肇事後逃逸並不能保證交通參與人謹慎小心為交通行為，禁止逃逸的效果直接表現在被害人的人身安全上面，所以肇事逃逸罪的規範目的在於讓被害人能獲得及時的救助……，因此肇事逃逸罪保護的法益和遺棄罪相同。」

2. 公共安全說

關於肇事逃逸罪的保護法益，採此說者，係立基於「**立法體系的編排**」，因為肇事逃逸罪置於「**公共危險罪章**」的體例，因此有學者^{註36}認為「本罪既然將其規定於公共危險罪章中，則其所欲保護之法益，應在於公眾往來之交通安全。」

有學者^{註37}針對保護公共安全法益的情形進一步闡釋：「**車禍發生後，不論有無死傷，都可能形成公共危險**。例如：大貨車撞斷電線桿，電線桿橫壓在馬路上。又例如：天橋上的貨櫃車撞斷護欄，車頭搖搖欲墜。多數車禍皆可能留下殘破的現場使人驚懼，也會引發後續的公共危險，例如：被後車追撞、汽油外漏引發燃燒或爆炸、機油溢出路面讓過往的機車騎士打滑摔傷。任何肇事者都有義務監控這種公共危險狀態，不讓實際侵害發生，這是不允許肇事逃逸的首要原因。」

對此，實務見解認為肇事逃逸罪所保護者主要為「**公共安全之社會法益**」，兼及「**個人生命身體法益**」。亦即，保護法益係在於往來交通安全之維護，減少被害人死傷，以保護生命身體之安全。

3. 民事損害賠償請求權說

有學者自比較法角度，參考德國刑法第 142 條「不容許離開交通事故現場罪」，主張我國肇事逃逸罪的保護法益為「**民事損害賠償請求權說**」。因此，學者進一步認為：「從其規定的形式與內容而論，本罪應係仿自德國刑法第 142 條的規定，而該罪在德國刑法係置於妨害公共秩序罪章之中，並非屬於

^{註35}許玉秀，〈擇一故意與所知所犯一兼論違憲的肇事逃逸罪〉，《台灣本土法學雜誌》，第 13 期，2008 年 8 月，頁 197。

^{註36}余振華，〈肇事逃逸罪之規範評價〉，《月旦法學雜誌》，第 193 期，2011 年 06 月，頁 13。

^{註37}林東茂，《刑法綜覽》，一品，2012 年，2-250 頁。

公共危險罪，其立法目的乃在於排除交通事故證據消失的危險，而使交通事故原因的調查，不致陷於困難重重之境，其保護法益兼及受損者與加損者的交通事故的雙方參與者，因係用以確保民事損害賠償的請求權，固屬抽象的財產危險罪^{註38}。」

4. 協助確認事故與責任歸屬說

同樣是參考德國刑法第 142 條「不容許離開交通事故現場罪」，採此說者卻主張我國肇事逃逸罪的保護法益在於「協助確認事故與責任歸屬」。

有學者^{註39}認為「德國刑法第 142 條的非難重點不在於肇事者的『自行離開』，而是在於肇事者『沒有能夠給予特定的確認』，亦即，凡是公共交通的參與者，若遇有自己涉及在內的交通事故，便產生了『停留現場以便確認事故發生相關事項』」；因此，另有學者^{註40}進一步認為，交通工具的使用雖為容許風險範圍，但交通事故的參與人應理解為危險共同體，藉由事故發生後，於現場留滯適當期間陳述與報告，使有調查或確認事故權責者（含：事故參與人、行政機關或司法機關），釐清事故因果關係及確認法律責任歸屬之可能，此可稱之為「確認利益」。

爭點五：公務員瀆職—「職務上行為」（臺灣大學 A 卷第一題）

貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款規定：「對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益」，惟有疑問者在於，何謂本條所稱「職務上行為」？對此，最高法院早期係以是否屬於公務員之「法定職務權限」作為判斷；惟其後最高法院將職務行為之範圍擴張至「祇要該行為與其職務具有關聯性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當」，而採改「實質影響力」作為職務行為之認定基準。因而引發諸多學理上爭議，茲整理如下^{註41}：

^{註38} 林山田，《刑法各罪論（下）》，2006年，5版，頁320。

^{註39} 盧映潔，〈論刑法第一八五條之四「肇事致人死傷逃逸罪」的法益保護—兼評最高法院九十二年度台上字第五三七二號、九十二年度台上字第四五五二號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，第112期，2004年9月，頁243以下。

^{註40} 高金桂，〈有義務遺棄罪與肇事逃逸罪之犯罪競合〉，《月旦法學雜誌》，第121期，2005年6月，頁252。

^{註41} 提醒讀者，此處職務上行為的判斷，適用在所有貪污治罪條例中規定職務行為之犯罪。例如，違背職務收受賄賂或利益罪（貪污第4條第1項第5款）。詳細學說論述可參見：張麗卿，〈刑法上公務員受賄犯罪之研究〉，《輔仁法學》，第44期，2012年12月，頁1-49。

1.法定職務權限說

刑法瀆職罪之賄賂，係指對於公務員或仲裁人，關於職務上行為所給付之不法報酬而言，所謂職務云者，必須屬於該公務員或仲裁人**權限範圍內**之事項，始足以當之（24上3603例）。

所謂公務員職務上之行為，係指在其職權範圍內所應執行或得執行，而不違背其職責義務者而言，如公務員就其職務上應為之事項，故意消極的不作為或積極的以不正當方法為之，以及對於職務上不應為之事項故意積極為之，則均屬違背職務之行為（93台上1353決）。

至於貪污治罪條例第5條第1項第3款所稱「職務上之行為」，係指公務員在其**職務權責範圍內所應為或得為之行為**而言，且**非以公務員親為之為限**，其在職務上所得為之指示行為，亦包括在內。亦即指其權限範圍內之事項，而不違背其義務責任者（99台上8220決）。又公務員以消極不執行其職務上所應為或得為之行為，而要求不正利益，亦可成立該罪（101台上255決）。

因此，**所謂法定職務權限，不以法律明文規定為限**，他如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，及機關內發布之行政規章等所定職務，均包括在內；亦即凡為公務員在其職務範圍內所應為或得為事務均屬之，不以涉及公權力行使事項為限（103台上3435決）。

綜上，採取法定職權說之實務見解，將職務行為定義為「**依法令具有法定職務權限範圍**」、「**職務權責範圍內所應為或得為之行為**」。

2.實質影響力說

採此說之實務見解，認為貪污治罪條例之職務上行為，應從公務員所為，**實質上**是否為其權限所及，以為判斷。祇要該行為與其**職務具有關連性**，**實質上**為該職務影響力所及者，即屬相當。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

旭律師刑法爭議研究



影音課程+書同時貫通，精準掌握爭點！

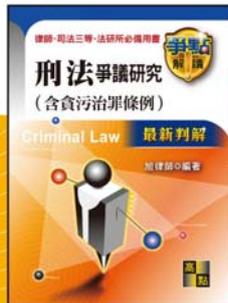
《刑法爭點—熱門案例解析》課程

名師影音解題精華，用題目理解觀念，
讓你短時間內熟悉刑法重要爭點，
不僅懂，更會寫！

真人講解，用題目理解觀念，網羅熱門爭議問題，
並配合時事、重要修法（如：沒收新制）
或易混淆爭點作為課程內容！



我要試聽



搭配《刑法爭議研究》一書使用

快速複習爭點外，亦可加強解題能力！

以實務見解為主，輔以學說見解、國考試題、
簡單易懂之圖表，一本書快速複習！

- ☆蒐錄經典實務見解、輔以學者文章評釋，貫徹一本書主義。
- ☆爭點式論述重要爭議，魔鬼考點一目瞭然。
- ☆將困難的刑法爭議轉化為簡單易懂之體系圖、心智圖、表格、
流程圖，減輕記憶負擔。

| 律師 司法三等 法研所 必備 | 品號 | 品名 | 定價 | 特價 |
|-------------------------|----------|--------------------------------|------|-----|
| | 65PLL027 | 刑法爭議研究（含爭點、解題影音）/ 旭律（行動版）（書+課） | 1150 | 790 |
| | 51ML7104 | 刑法爭議研究（書籍） | 550 | 495 |
| | 65PLL008 | 刑法爭點—熱門案例解析 / 旭律（行動版）（課程） | 600 | 420 |



高點文化事業
publish.get.com.tw



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！