

刑法篇

主筆人：易台大

一、前言

鑑於各大學當年度法研所碩士班招生考題對國家考試的出題方向具有指標性意義（畢竟出題者會有高度的重疊性），筆者在此就 101 學年度的台灣大學（A 卷、B 卷）、政治大學與台北大學碩士班招生考題提供簡要爭點分析，企求能與國家考試脈動相契合，以利考生日後的準備方向與時間分配。要提醒的是，雖然法研所考試多會以出題老師的獨門見解或用語做針對性地回答，惟既然本分析是為了掌握國家考試的可能趨勢，筆者依然使用通說體系與概念加以說明，儘量避免過度偏鋒。此外，有些考題爭點繁多，在有限篇幅內實在無法詳細敘述，因此筆者將選擇該題中最重要的幾個爭點予以分析（其他爭點會在題目中做簡要解析），不足之處，祈請見諒。

總體而言，台灣大學 A 卷的重點在於「身分犯及參與關係」、「登載不實罪的體系解釋」、「自招危難可否主張緊急避難」、「妨害秘密罪的保護射程」；B 卷則是集中探討「被害人（或第三人）介入行為的歸責關係」。至於政治大學有「構成要件同意與阻卻違法承諾的差異」、「不作爲殺人與遺棄致死的區別」、「妨害名譽罪的解釋」等諸多考點；台北大學有「共犯關係的逾越」、「形式預備犯的共犯」與「偽造文書罪的足以生損害於公眾或他人」。以下就各爭點依據「總則→分則」的形式編排說明。（以下條文若未特別說明，均指刑法）

二、構成要件同意與阻卻違法承諾的差異（總則）

被害人自願讓行為人對自己爲構成要件該當行為，這種「自願」若定位在構成要件階層稱之爲**同意**，定位在違法性階層則稱作**承諾**，因此構成要件同意與（超法定的）阻卻違法承諾雖然外觀類似，但階層定位卻不相同。若將被害人的自願定位成構成要件同意，表示該類法益侵害特別重視被害人的意願（＝以被害人的意願作爲法益侵害的典型），這種情況涉及到刑法分則各類犯罪的要件設計，某些犯罪從文字上就可以看出這種傾向，惟某些犯罪則必須透過解釋途徑方可知悉。分類上有下述可能：

（一）以構成要件同意作爲入罪要件（類型一）：某些構成要件以被害人的同意爲成立要件，如欠缺此等同意則構成要件不該當，例如：加工自殺罪（§275）與加工自傷罪（§282），雖然法條文字是「得其『承諾』而殺（傷害）之」，仍無減其構成要件同



意之本質。此外，詐欺罪（§339）必須相對人陷於錯誤而自願為處分行爲，亦屬構成要件同意。這類入罪化的構成要件同意已經形成法益侵害的典型模式，乃建構不法內涵所不可或缺的要件，因此具備同意而構成要件該當後，**亦不能在違法性階層內又主張被害人承諾阻卻違法**，否則無疑是評價矛盾。

(二)以構成要件同意作為除罪要件（類型二）：與類型一相反的是，某些構成要件以未得被害人之同意為成立要件，若得被害人同意則構成要件不該當，典型如強制性交罪（§221），必須違反被害人為性行為之意願方可該當，倘若「被害人」有與「行為人」性交之意願，那根本就不會落入本罪的適用範疇，自然也沒有法益侵害可言。同樣的情形還有略誘罪（§241），以違反被誘人意思之手段作為構成要件行為，倘若被誘人同意則自始無本罪適用餘地。此外，解釋上私行拘禁罪（§302）、強制罪（§304）與侵入住居罪（§306）也歸屬本類型。

(三)以阻卻違法承諾作為除罪要件（類型三）：承諾得以阻卻違法的法理在於**被害人最大利益的考量**以及其**自我決定權**，亦即被害人在自我衡量之下，選擇接受法益侵害以換取對自己而言更大的利益，例如選擇接受動手術以換取未來的身體健康。其容許要件有**被害人對法益具有處分權、被害人有承諾能力、被害人出於自由意志、被害人於事前明示承諾、行為人對被害人之承諾有所認識**。

至於所謂「推測承諾」是在無法取得被害人事實上承諾的前提下，衡量客觀情況可推測被害人若知悉相關情事也會予以承諾，因此行為人得據此超法定阻卻違法事由阻卻違法。如前所述，**推測承諾其實是對於法益持有者真意的可能性判斷**，因此至少基礎內涵上須具備與「得被害人承諾之行為」等同的除罪要件，如被害人對法益有處分權與承諾能力。此外，由於推測承諾僅屬行為人的自我臆測，帶有相當程度的誤判風險，**學說上普遍認同推測承諾只享有補充性**，亦即在有取得事實承諾的可能性時，無由適用推測承諾，且當被害人事前已明示拒絕承諾時，也無法主張推測承諾從事後推翻。最後，基於對被害人自主決定權的尊重，無論是何種推測承諾類型，**探討時都必須竭盡所能地先探求被害人真意**，例如：有無被害人所遺留的線索、過去相類似的經驗等等。

政大第一題

→先探討乙對甲 15 日所為之傷害罪，乃是有關類型三「阻卻違法承諾」之情形，由於僅是輕微身體法益，因此被害人有處分權，此外甲係出於自由意志並有處分能力，且事前明確地加以承諾，乙也確切地接收到該承諾，故乙得主張阻卻違法承諾而不成立犯罪。



再探討乙對甲 15 日所為之乘機性交罪，乃是有關類型二「構成要件同意」之情形，依題目所示，甲客觀上並未對性交部分加以同意，但在乙的主觀理解中似乎是有所同意。就此而言將落入構成要件錯誤的結構之中，不過由於本罪不處罰過失犯，因此不成立犯罪。

最後探討乙對甲 25 日之私行拘禁罪，先審查類型二「構成要件同意」，現實上甲未有任何同意，故構成要件依然該當；再審查類型三「阻卻違法承諾」，同樣甲未有任何承諾，無從主張之。此時必須繼而判斷「推測承諾」之問題，並竭盡所能地先探求被害人真意，鑑於甲過去有要求乙綑綁的類似經驗，因此可主張阻卻違法推測承諾而不成立犯罪。

三、被害人（或第三人）介入行為的歸責關係（總則）

客觀歸責理論中有一種特殊案例，是透過被害人或第三人居間的自主行為而引發結果，前者稱被害人介入型，學理上多數使用自我負責原則加以詮釋，後者稱第三人介入型，流行的解釋方法是回溯禁止原則。實際上無論用什麼理論來說明這些特殊案例，皆不脫離客觀歸責理論的操作，以下簡單介紹之：

(一)被害人介入型—被害人自我負責：

這類案例的特徵在於透過**被害人居間的自主行為**，繼而引發法益侵害的可能性，例如：行為人交付特定物件給被害人，被害人藉由該物件對自己施加法益的侵害。在這類案例中行為人是否對被害人製造實現該罪所不容許的風險，依然需要仰賴限制行為自由的思考模式。被害人於收受物件或資訊後錯誤地加以運用的可能性，廣泛地存在我們的日常生活之中，我們可以想像有人購買剪刀來自裁、領取木炭來自殺、服用藥品而死亡等等。若只因為存有這些可能性便全面禁止物件或資訊的流通，對轉讓者（如出租人、賣方）與受讓者（如承租人、買方）而言，都是行為自由的過度限制。在此取得平衡的方式是：**要求受讓者必須有能力做出理性決定，同時在有理性能力的當下，被害人（=受讓者）自我負責。**

若被害人有理性能力時，則行為人的交付未製造不容許的風險；相對而言，若被害人當下沒有**理性決定能力**時，則行為人的交付便製造了不容許的風險。除此之外，縱使被害人有理性決定能力，但卻**沒有認識到對做成理性決定具有重要性的情狀**，當行為人對此情狀具備**優越風險認知**時，為了保護那些僅有一般認知而無法充分自我防護的被害人，行為自由的限制便取得了正當性基礎。

(二)第三人介入型—第三人自我負責

這類案例的特徵在於透過**第三人居間的自主行為**，繼而引發法益侵害的可能性，例如：行為人交付特定物件給第三人，第三人藉由該物件對他人施加法益的侵害。



在這類案例中行爲人是否對他人製造實現該罪所不容許的風險，同樣需要仰賴限制行爲自由的思考模式，因爲我們若要禁止這些活動，無疑將對行爲自由形成令人無法忍受的限制。在此取得平衡的方式依然相同：**要求受讓者必須有能力做出理性決定，同時在有理性能力的當下，第三人（=受讓者）自我負責。**

若第三人有理性能力時，則行爲人的交付未製造不容許的風險；相對而言，若第三人當下沒有**理性決定能力**時，則行爲人的交付便製造了不容許的風險。再者，行爲人若是對特定物件**負有監督者的保證人義務**，則讓他人接觸該物件便製造了不容許的風險。最後，若行爲人的行爲內涵本身就是**在促使第三人犯罪**（例如：提供運鈔車資訊、銀行保險箱密碼與保全配置圖，或讓與萬能鑰匙、長距離狙擊槍等等），鑑於並無所謂「促使他人犯罪」的行爲自由，此時便有限制行爲自由的理由。

台大（B卷）第一題

→乙男討論是否成立未得同意墮胎罪（§291），爭點在於甲女於醫院中自行決定讓胎兒流掉（當下胎兒仍有保住的可能性），可否阻斷對乙的歸責關係？在此發生所謂被害人（將甲當做墮胎罪被害人）或第三人（將胎兒當做墮胎罪被害人）的介入，而有自我負責法理的適用空間。依題意甲有理性決定的能力，是故乙之行爲與墮胎結果之間欠缺歸責關係，客觀構成要件不該當。惟本罪有處罰未遂犯之規定，乙基於墮胎故意著手於墮胎構成要件行爲之實行，成立本罪未遂犯（§291Ⅲ），緊接著便是可否適用中止未遂的判斷（§27）。在此，學理上幾乎沒有不同結論，一致認同乙可以成立中止未遂，不過條文適用上有些許爭議，有認爲應類推適用§27 I 後段之規定，有主張直接適用§27 I 後段，也有認爲直接適用§27 I 前段者。

台大（B卷）第二題

→甲男是否成立過失致死罪的不作為犯，主要爭點與前題相同：乙女的自我危險行爲可否阻斷對甲的歸責關係？本題特殊之處在於乙女是潛水新手，因此對於潛水的相關行動並無理性決定能力，甲男依舊受到歸責。且甲男乙女身同一組，甲男基於危險共同體此保護者保證地位而負有作為義務，有作為可能性卻不爲法所期待之行爲，主觀上雖無殺人故意，卻對乙女死亡具備預見可能性，自當成立本罪。

四、自招危難可否主張緊急避難（總則）

刑法上的緊急避難（§24），最爲重要的特徵便是「利益衡量」此一要件，並可以由兩



個面向切入，一者為結果層面的觀察(=衡平性)，一者係行為層面的觀察(=相當性)。自招危難的案例便與利益衡量有高度相關性。行為人以可歸責的方式，自行引起緊急避難的危難情狀，學理上稱作**可歸責的自招危難**，這種情形可否主張緊急避難，有下列不同見解：

(一)**原因不法行為理論**(72台上7085決傾向此說)：只要原因行為有過失而具備不法性，這個原因不法行為致使之後的結果行為不得援引緊急避難而阻卻違法。倘若承認可以援引緊急避難阻卻違法，無異鼓勵行為人不必盡注意義務保護法益。

(二)**利益衡量說**(通說)：可否主張緊急避難還必須通過衡平性之檢驗，並且將「行為人自招危難」納入的考量因素當中。因此只有當保全利益「顯然優越於」犧牲利益時才能阻卻違法。

(三)**區分判斷說**(如黃榮堅老師)：此類案例可供評價的行為時點有兩個，「結果行為時」與「原因行為時」，應針對兩個不同時點逐一個別地評價是否得以成立犯罪。倘若結果行為時已然符合所有的緊急避難要件，那麼該時點便得以主張緊急避難以阻卻違法；惟原因行為時行為人具有過失，且不具備緊急避難要件，仍然構成犯罪。

台大(A卷)第二題

→甲下令行為同樣會有「第三人自我負責」的討論，已如上所述，茲此不贅。乙下令停止所有生產線定期停工檢修的業務，全力衝刺產量，因而自行招致生產線過熱而引發火災，乃是可歸責的自招危難行為，並進而導致逃命時造成A之死亡。依據實務見解乙不得主張緊急避難(原因不法行為理論)；依據通說見解，由於保全利益(生命)並未顯然優越於犧牲利益(生命)，因此也無從主張緊急避難阻卻違法，但仍有主張避難過當寬恕罪責的空間。

五、身分犯及參與關係(總則)

刑法中直接涉及身分犯及參與關係的條文是§31，雖然有法條的明文規定，但通說的理解卻與法條文字內容大相逕庭，尤其是有關「純正身分犯之犯罪，無身分之人可否擬制具備純正身分而成立該罪正犯？」部分。

(一)§31 I 規定：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。」實務見解向來依照法條的文義作解釋，認為無身分之人雖然不能單獨成立純正身分犯的正犯，**但只要和有身分之人共同實行犯罪行為，就可以連同成立純正身分犯的共同正犯**。換言之，當無身分之人與有身分之人共同實行犯罪時，便可以將無身分之人擬制為有身分之人。

(二)學說見解則認為條文中的「共同實行」乃錯誤立法，因為無身分之人其自始便構



成要件主體資格不該當，不具有任何的**正犯性**，至多可能成立共犯，此根本就無待法律明文規定亦然。因此有身分之人可以成立**純正身分犯**，無此身分之人至多**成立共犯**，絕對不會像§31 I 所述般，擬制無身分之人也可以成立純正身分犯之正犯。結論是：§31 I 乃錯誤立法，應加以刪除。

至於§31 II 所規定之不純正身分犯：「因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人，科以通常之刑。」就結論而言並無太多爭議，有身分之人成立特別之罪，無身分之人則成立普通之罪。

台大(B卷)第一題

→針對甲乙兩人侵占醫院咖啡之行爲，甲本身爲院內護士，具備「持有身分」及「業務身分」，自得成立§336 II 的業務侵占罪，有疑問之處在於乙該如何論罪？依題意所示，兩人係分工合作以遂行侵占行爲，故屬共同實行的行爲模式，按照學說見解的看法，業務身分乃不純正身分，無身分之人只能成立普通之罪，乙既然並非院內人士而無此業務身分，自然僅能論以§335 的普通侵占罪。再者，持有身分係純正身分，無此身分之人至多成立共犯，乙既然並無持有咖啡在先，至多從屬於甲的不法（從屬於§335 的不法）而成立共犯（依題意會是教唆犯）。結論是：甲成立業務侵占罪，乙成立普通侵占罪的教唆犯。

惟實務見解對於業務侵占罪有相異於學說的理解方式，其認爲「持有身分+業務身分」均屬本罪的純正身分，通通適用§31 I 的擬制正犯規定。結論是：甲乙成立業務侵占罪的共同正犯。

六、共犯關係的逾越（總則）

所謂「共犯關係的逾越」，係指拿共犯行爲與正犯行爲相較，共犯行爲所欲參與之不法與正犯所實現的不法並不一致。這裡的不一致，可以是量上的不一致，也可以是質上的不一致；當然也可以是共犯行爲大於實行行爲的不一致，或共犯行爲小於實行行爲的不一致。整理如下：

(一)質的不一致：共犯一律對逾越部分無庸負責。

(二)量的不一致：在「**共犯行爲大於實行行爲**（教唆強盜、正犯竊盜）」的情形，通說認爲成立輕罪既遂的教唆犯（竊盜罪的教唆犯），實務則認爲成立重罪未遂的教唆犯（強盜未遂的教唆犯）。在「**共犯行爲小於實行行爲**（教唆竊盜、正犯強盜）」的情形則無爭議，成立輕罪既遂的教唆犯（竊盜罪的教唆犯）。

北大第二題



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

→第一小題是典型共犯關係的逾越，甲教唆乙犯普通傷害，正犯乙卻實行重傷行為。
首先，此乃量的不一致；再者，屬於共犯行為小於實行行為之情形。因此甲成立輕罪既遂的教唆犯，亦即普通傷害罪的教唆犯。

七、形式預備犯的共犯（總則）

欲成立共犯必須符合限制從屬形式的要求，也就是從屬於正犯的不法（構成要件該當性＋違法性），且§29 I（§30 I 結構亦同）規定：「教唆他人使之『實行』犯罪行為者，為教唆犯。」明文要求正犯必須達到實行（＝著手以後）之程度。簡單說，若正犯尚未著手實行構成要件行為，那麼共犯也無從成立。不過在此所確立的原則，在遇到**形式預備犯**時將發生爭論，典型如預備殺人罪（§271 III），有認為**可以將預備行為看作形式預備犯的構成要件行為**，因此依然符合正犯著手實行構成要件行為之描述，可以成立共犯；有認為**預備行為就是著手的前階段行為**，正犯無論如何就是還沒著手，無從成立共犯。

北大第二題

→第二小題正犯 B 僅止於預備殺人行為，A 可否成立預備殺人罪的教唆犯？原則上就是前述兩說的並陳，此爭議學界尚未塵埃落定，不過實務似乎較傾向肯定見解。

八、不作為殺人與遺棄致死的區別（分則）

通說見解向來認為，若由客觀面觀察，不作為殺人罪（§271）與違背義務遺棄致死罪（§294 II）的客觀構成要件要素，分別都有因為違反道路交通安全處罰條例§62 II，而製造了法所不容許的風險，並且皆因為具備有危險前行為而形成保證地位，死亡之結果亦非反常的發生。故兩罪客觀面所呈現的事實是完全相同的，無從作為判斷的標準，因此勢必要從主觀面切入觀察區分。不作為殺人罪是實害犯，所以在主觀面上行為人**必須有發生實害的故意**始可該當；相對地，違背義務遺棄致死罪是危險犯（具體危險或是抽象危險有爭議），故主觀上**不須要有實害的故意**。是故，若行為當下行為人認為被害人將死，便討論殺人罪的不純正不作為犯；若認為被害人不會死、但有死亡的危險性，便討論違背義務遺棄致死罪。

政大第二題

→依據修正前民法規定，甲男乙女經法院公證結婚，雖未辦理結婚登記，仍舊發生法律上結婚之效力。嗣後兩人分手且未辦理離婚登記，婚姻形式上依然存續，乙女形式上有保證地位。惟保證地位之認定應以實質關係為據，依題目所示兩人數月以來並無共同生活關係，可知乙對甲並無任何危險前行為、最近親屬關係或特別依賴關



係存在。丁與甲之間沒有任何關係，更遑論危險前行為或特別依賴。依據通說見解，縱使乙、丁行為當下有放任甲死亡的想法，也將因為客觀上無保證地位而不會成立殺人罪的不純正不作為犯。

九、妨害名譽罪的解釋（分則）

刑法分則第 27 章係規範侵害個人評價的犯罪類型，而所謂個人評價可以區分為「**侵害名譽法益**」與「**侵害信用法益**」，前者係個人之人格在社會生活上所受之尊重，所涉及的是社會上的評價；後者則是自然人或法人在經濟活動中之可靠性以及給付能力，所涉及的是經濟上的評價。關於侵害名譽法益的部分，學說上進一步將名譽法益區分為兩種：

(一)**感情名譽**：乃是一個人對於「**自己在社會上被評價**」所生的主觀感受，也由於感情名譽的破壞十分主觀，甚至可以說是取決於被害人的主觀自我意識（對於同一句話，今天我覺得不舒服就是有被侵害，改天我沒有覺得不舒服就是沒有侵害），因此若用刑法加以介入似乎有違明確性原則，是故我國刑法在公然侮辱罪（§309）中強調「公然」要件作為保護的界限，實務見解更認為必須限於以「**抽象言詞**」謾罵始會成立。

(二)**外在名譽**：乃社會上對於一個人所為的人格評價，也就是在**客觀社會上對於一個人的觀感**，此種社會觀感得以就該個人的具體行為舉止而有所調整升降，且此種社會觀感無論是自然人或法人均有之。誹謗罪（§310）就是用來保護外在名譽的侵害，無論行為人是用「虛假的具體事實」或是「真實的具體事實」指摘，只要造成外在名譽之減損，即該當「誹謗」之要件。但要特別注意的是，誹謗罪另有「**真實性條款**」的限制，通說俱認係特殊的阻卻違法事由，若所誹謗之事為真實者，原則上可阻卻違法而不罰，但在該事實涉及他人私德而與公共利益無關，便例外地不能阻卻違法。

政大第三題

→乙在 MSN 上的狀態欄上登打字句，先檢討是否成立公然侮辱罪。雖然可以該當公然此情狀要件（特定多數人得以共見共聞），但乙是以具體事實指摘甲，並不符合抽象謾罵的侮辱行為，不該當本罪。至於是否成立誹謗罪，爭點在於真實性條款的檢驗（構成要件該當性部分並無疑義，但要注意「散布於眾意圖」的審查）。該事實是否真實題目中並不明確，但就算該事實為真，也僅涉及他人私德而與公共利益無關，因此無從阻卻違法而成立本罪。

乙對甲丟香蕉之行為，在甲並未受傷、傷害罪也沒有處罰未遂犯的前提下，不會



成立傷害罪。雖說如此，乙仍然可以討論暴行侮辱罪（§309 II）。

十、妨害秘密罪的保護射程（分則）

§315-1 的考點在於行為客體（非公開之活動、言論、談話與身體隱私部位），以及行為要素（利用工具或設備窺視、竊聽）。先就行為客體而言，無論是活動、言論或身體部位，都必須緊扣「合理隱私期待」的解釋界線，在構成要件上則是以「非公開」與「隱私」加以界定。關於合理隱私期待可以拆成兩個要件來討論，首先行為人主觀上必須對活動、言論或部位有「隱私期待」，亦即取決於表示者是否保留了「對接收範圍的控制」；此外，該隱私期待還要在客觀上係屬「合理」，也就是客觀上存在確保隱密性的條件。綜言之，所謂合理隱私期待是：行為人主觀上對活動、言論或身體部位保留了接收範圍的控制，且受控制的範圍亦在客觀條件上被確保，主客觀要件缺一不可。是以，縱不欲他人窺視性交行為而有主觀上隱私期待，卻選在公園樹林內為之，仍因客觀上不足以確保隱密性而非屬合理，故公園樹林內性交不具備合理隱私期待。

再就行為要素而論，手段上必須利用工具或設備始能該當，**而這些儀器必須能夠超越物理上的障礙，直接擴張行為人的視聽能力**（因此眼鏡、助聽器都只能恢復到正常的視聽能力，故不包括在內）。至於使用與擴張視聽能力無關之工具、設備（例如：使用電鑽鑽洞後偷窺他人如廁）是否該當本罪之行為？由歷史與文義解釋觀之，除立法當時的確係針對擴張視聽能力之工具加以處罰外，文義上所使用之工具、設備必須和視聽能力有所結合，而有直接關連性。雖然按目的解釋或許有法益保護的必要性，惟此乃立法論上的建議，而非解釋論之範疇。

台大（A 卷）第二題

→乙在辦公室內安裝針孔攝影機是否該當§315-1？要思考的是辦公室內的行为是否具有合理隱私期待。由於題目當中並未提供辦公室的相關資訊，假若該辦公室是一個開放性的大眾空間，便可合理推論該空間不存在確保隱密性的條件，職是之故，乙並不成立本罪。至於丙取得攝影機後未交出並發表於 FB 之行為，可以討論業務侵占罪（§336 II）、隱匿刑事證據罪（§165）、散布猥褻物品罪（§235）等諸犯罪。

十一、偽造文書罪足以生損害於公眾或他人（分則）

關於偽造文書犯罪（§210-§212）都有「足以生損害於公眾或他人」此要件，通說與實務向來認為不以實際發生損害為必要，只須對於公眾或他人有發生損害之虞即為已足，且損害不以民事上或經濟上為限，行政上、刑事上均屬之。此外，若文書內容與客觀事實相一致，是否該當本要件？換言之，本要件所指是否為「內容不實」之意？

(一)肯定說（實務見解）：偽造文書罪既須以足生損害於公眾或他人為成立要件，若為



追索債款而提出偽造的債券，只要對方對於行為人確負有此項債務，便不足生損害於他人。

(二)否定說(學說見解)：是否足生損害於公眾或他人，與該文書之內容是否真實，並無必然之關連性，雖然在文書內容真實的情況，大多數都不足以生損害於公眾或他人，但還是會有例外。如為追索債款而提出偽造的債券，若從文書的保證功能切入觀察，債權人冒用債務人的名義立據，自然就影響了文書的擔保功能；若從證據利益的角度切入，在訴訟上債務人原本享有證據優勢，因為債權人必須負擔舉證責任，若允許該類偽造文書出現，將使債務人的證據優勢受到影響。

北大第三題

→乙自己書寫借據之行爲，是否該當偽造文書罪(§210)，重點在於是否符合足生損害於公眾或他人此要件。由於甲確實有向乙借款，故此文書之內容確實與客觀真實相符，按實務見解不該當此要件；反之學說有力見解則認為將影響文書的保證功能，並損及乙的證據優勢利益，應該當此要件。倘若採取學說看法，那麼乙提出該借據向甲請求返還借款之行爲，更可成立行使偽造文書罪(§216)，兩罪最終僅論行使偽造文書罪即可。

十二、登載不實罪的體系解釋(分則)

關於登載不實罪(§213-§215)有公務登載不實罪、使公務登載不實罪，與業務登載不實罪三罪，就此三罪實務與學說有很大的差別，甚至在學說內部也有不同的意見，以下簡單介紹之：

(一)實務見解：間接正犯也可以適用§31 I的法理，因此當無身分之人利用有身分之人爲工具時，無身分之人可以成立純正身分犯的間接正犯。§213 與§214 的適用關係上，前者乃公務登載不實的直接正犯，規範的是爲登載之公務員；後者乃公務登載不實的間接正犯，規範的是爲登載公務員以外之人。所以§214 乃「§213 之間接正犯」的明文規定，也就是前述法理的明文化。相對而言業務登載不實罪(§215)，所規範的只有業務登載不實的直接正犯，也就是爲登載之業務員，但是並無另外的法條特別處罰業務登載不實的間接正犯，因此在涉及業務登載不實的情況，僅能處罰直接正犯。

(二)通說見解：純正身分犯的本質在於，有一定資格之人須負擔一定之義務，所以僅有負擔此一義務之人才可能造成法益侵害而成立犯罪。§213 掌握的是有製作該文書權限的公務員，若不具備此身分，那麼根本不能成立本罪。§214 的出現就是爲



了填補這個法律漏洞，換言之，就是爲了「保護公文書的公信力」所形成的「**截堵構成要件**」，用以**掌握無身分之人侵害公文書公信力的行爲**，而並非間接正犯的立法方式。§215 僅規定有製作該文書權限之業務員可以成立本罪，**並未另外加設截堵構成要件**，所以無身分之人利用有身分之人犯§215，並無法加以處罰。

(三)有力見解：§214 和§213 的保護法益完全相同，都是關於公文書的信用性，所以從不法的角度看來，這兩條並無不同，要觀察的是罪責的不同。§213 另外要求了公務員這個「**罪責要件**」，主要是因爲公務員相較於一般人而言，有比較高的**依法行政期待可能性**，所以§213 重於§214，是**罪責**的考量。相對而言§215 僅規定有製作該文書權限之業務員可以成立本罪，乃是罪責加重後的處罰規定，**既然未設有處罰無業務身分之人的普通構成要件**（因爲業務文書的公信力低於公文書），那麼無身分之人利用有身分之人犯§215，並無法加以處罰。

台大 (A 卷) 第一題

→有關無業務身分之人利用（不成立犯罪的）有業務身分之人登載不實，可否論以§215 之罪，以無罪爲結論之看法，便如上實務、通說與有力說之介紹，在此不贅。至於以有罪爲結論之看法則要自行發揮，例如：認定§215 本身可成立間接正犯，或透過§31 I 之法理成立間接正犯，抑或延伸有力見解，認爲立法者既然未設有處罰無業務身分之人的普通構成要件，原意是想讓有身分者與無身分者受等同之處罰。

