

## 國考偵測站 ①

## 刑法篇

主筆人：鏡台大

## 壹、考向說明

新制後律師司法官考試刑法部分的出題方向，相較於舊制已部分跳脫傳統爭點的考法，除了考生在平時閱讀不得不知的犯罪論爭點以外，額外分配些許刑罰論（例如：宣告型或沒收等等）的考點，而這些考點有時可從當年各校的研究所考題當中獲知大致的方向。因此，本文將從 2015 年台灣大學、政治大學、台北大學、中正大學及成功大學等校的刑法考題中，為大家整理出一些較為重要的爭點並解析，亦儘可能去除只會出現在研究所考試中的獨門暗器考題，以符合國考方向。

## 貳、爭點解析

## (一) 刑法總則

**爭點一：錯誤理論（台大、北大）**

今年度錯誤章節內的「結果提前發生的因果歷程錯誤」總共出現了兩次，雖算是刑總內較為進階的爭點，但仍有在國考中出現的可能性。有學者認為成立故意未遂與過失既遂想像競合、亦有學說認為成立故意既遂罪，另有區分說主張應該以提前發生的結果在行為人計畫中的預備或未遂階段而定，若在預備階段，儘可能成立過失犯；若在未遂階段，則成立故意既遂罪。

**爭點二：預備犯（中正）**

預備犯的爭點當中，最重要的是預備犯得否主張中止犯的問題。後一爭點除了在今年的中正大學考題中出現，歷年律師司法官考試當中也出現相當多次，考生必須特別留意。依照實務見解，著手後才能主張中止未遂，因此預備犯不得主張之；相對地，學說從目的解釋認為，應讓不法性較低的預備犯亦得類推適用中止犯的刑罰優惠。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

**爭點三：未遂犯（政大、北大、成大）**

未遂犯的爭點中就屬不能未遂與中止未遂最受出題者愛戴。刑法第 26 條不能未遂認定上有舊客觀危險說、具體危險說與重大無知說的爭論：舊客觀危險說在事後客觀的觀點認定是否具有發生犯罪結果的可能，並分類為絕對不能與相對不能；具體危險說則將客觀觀點提前至事前觀察，以行為人與一般人的標準認定是否具有侵害法益的危險；重大無知說則認為應以當代科學知識，結合行為人主觀對因果的想像綜合判斷，若行為人的想像脫離科學的因果法則，則成立不能未遂。

**爭點四：自招危難（政大）**

自招危難是否得主張緊急避難的爭議上，實務認為為了避免鼓勵犯罪，故意與過失自招危難接不得主張緊急避難；一般學說則以為應區分為二：若係事前預謀招致危難以主張緊急避難，應為權利濫用而不得主張之；若非事先預謀，則即使行為人出於故意或過失，應具體個案衡量行為人是否合乎緊急避難的要件。

**爭點五：刑法第三十一條擬制共同正犯（台大、政大）**

台大考題從刑法第 214 條係不法減輕或罪責減輕以測驗考生是否理解刑法第 31 條第 1 項與第 2 項的區分；政大則直接以實例題測驗考生本條的應用，考生亦可在論罪完後，在立法論的層次批評本條立法。

一般而言，身分犯的分則立法可以區分為純正身分犯與不純正身分犯：前者係指該身分為創設不法的事由，無此身分者及不可能成立該條犯罪，例如：瀆職罪章的犯罪。而若與有身分者共同實行犯罪者，應依第 31 條第 1 項將該無身分者擬制為共同正犯；相對地，不純正身分犯的身分僅為加重或減輕罪責的要素，一般而言均有一個普通規定存在，例如：普通殺人罪與殺害直系血親尊親屬罪。而若與有身分之人共同犯之，該無身分之人應依第 31 條第 2 項論以普通之刑。

**爭點六：刑法第三條至第九條（台大）**

台大刑法的 AB 兩卷不約而同出了刑法第 3 條至第 9 條的適用。一般而言，若題目提及外國人或外國地，在答案卷中應討論是否得適用我國刑法的問題，亦即應由第 3 條屬地原則、第 4 條格第犯、第 5 條保護原則、第 6 條與第 7 條屬人原則、第 8 條以及第 9 條複勘原則。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## (二)刑法分則

### 爭點一：妨害自由罪章（台大）

台大今年的 AB 兩卷亦不約而同出了妨害自由罪章的犯罪，此種犯罪類型雖較為冷門，但仍有可能隱身在考卷的某個小爭點測驗考生的細心程度。考生需要注意分辨的是和誘與略誘的差異：僅有以強暴脅迫或詐術等違反被害人意願的方法為之，才有可能成立略誘。此外，若題目的被害人年齡低於二十歲或十六歲，應一併討論刑法第 240 條和誘罪與第 241 條略誘罪。

### 爭點二：強盜罪與準強盜罪（政大、成大）

準強盜罪的既未遂判斷上有眾多見解的爭論，實務見解（68 台上 2772 判例）認為，應以前行為為竊盜罪或搶奪罪的既未遂作為認定標準；有學說認為應以是否至使難以抗拒為標準；亦有主張以是否建立自己持有支配為準；另有以為應以強暴脅迫手段是否完成為基準，在考試時應盡量將實務見解與通說見解呈現在答案卷中，始可能獲取高分。

### 爭點三：詐欺罪（台大、成大）

這兩年在詐欺罪章中最重要的考點應該在於第 339 條之 4 的新增訂。其中特別以制訂來處罰詐騙集團的第一項第二款「三人以上共同犯之」最具有考相。依據最高法院 76 年台上字第 7210 號判例見解，結夥三人之人數認定不包括共謀共同正犯，然而在本款的立法理由內明文應包括共謀共同正犯的計入，在答題時應特別點出此一爭點。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！