

國考偵測站 ①

刑法篇

主筆人：張鏡榮律師（榮台大）

壹、前言

從法研所的刑法考題來預測國考方向，最主要的工作應該是去除掉某些教授的特殊見解與特殊用語，把握住傳統考點，同時也將最新的爭議放進考點，尤其是新修法的部分。首先，在105年7月1日沒收新制修正後，各種考試就很常看到它的蹤跡，這其中包括了三四等考試與法研所，獨獨還沒跟律師司法官考試的考生見面，這在107年3月14日三讀刪除刑法瀆職罪章與妨害投票罪章沒收相關規定後，更是可預見刑法總則沒收規定未來在實務上的重要性。因此，司律考試勢必得把握住沒收規定的適用；再者，最近這幾年的司律考題逐漸讓過去較屬於「難過頭」的學理爭議浮出檯面，例如：過失共同正犯、不作為共同正犯、不法減輕事實的構成要件錯誤等等，都屬於「德國吵翻天、台灣沒動靜」的爭議。而在考題中這些爭議的出現，也表示只有傳統爭點的背誦可能已經不足以應付司律考試，需要的應該是更多基本功的訓練。

貳、刑法總則

一、加重結果犯（107 北大刑法第 1 題）

(一)要件

刑法第 17 條：「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之。」為加重結果犯的明文規定，其成立要件有：故意基本行為、過失加重結果、行為人對加重結果的「預見可能性」、基礎犯罪與加重結果之間的因果關係，以及法律有處罰明文。其中較具有爭議的是預見可能性與因果關係。

首先，在預見可能性的要件中，實務見解認為，加重結果犯的加重結果須「客觀上能預見」；學說上從第 17 條「能預見」的文義觀察，主張應該同時包括行為人「主觀上能預見」，一般人客觀上卻不能預見的情形^{註1}。

^{註1} 徐育安，〈加重結果犯判決回顧〉，《台灣本土法學雜誌》，第 91 期，2007 年 2 月，頁 161-162。

再者，基礎行為與加重結果的因果關聯部分，實務見解延續「相當因果關係」理論，認為基礎犯罪與加重結果之間必須具備相當因果關係，方能論以加重結果犯，否則只能分別論以「故意基礎犯罪」與「過失加重結果」，兩者再競合。換言之，若有異常因果連結出現，因為出現因果關係中斷，不能成立加重結果犯。而學說上則在採取條件因果關係的前提下，以「直接關聯性」作為限制加重結果犯成立的要件。所謂「直接關聯性」，即加重結果必須直接由基礎犯罪行為所造成，且必須係基礎犯罪行為所蘊含的「典型危險」或「獨特危險」^{註2}，始屬之，若有第三人或被害人行為介入，即不得成立加重結果犯。

(二)考題解析

本題中，甲踢翻嬰兒車致 B 顱內出血死亡之行為，根據「個別化理論」，依其甲個人的知識、能力與經驗，應可預見此一傷害行為可能導致 B 因此傷重不治之情況發生，其對死亡結果具備主觀預見可能性。又，B 顱內出血死亡之結果係出於甲傷害 B 之基礎行為而來，兩者間具有條件因果關係與直接關聯性，故甲成立傷害致死罪。

二、沒收（107 台大刑法 B 卷第 1 題、107 北大刑法第 3 題、107 中正刑法第 2 題）

(一)審查流程

民國 105 年 7 月 1 日修正的新法沒收規定，將沒收從刑罰的性質獨立出來，使其成為獨立的制裁措施，並分成犯罪物沒收（§38）與利得沒收（§38-1）兩個類型，其審查方式應以如下流程進行：「沒收前提（刑事不法行為）→沒收標的（§38I、II、IV、§38-II、III、IV）→沒收對象（§38I~III、§38-II、II）→沒收範圍（§38II、II、IV、§38-II、III、IV）→利得沒收排除審查（被害人優先原則）。」

(二)考題解析

本題甲因雖未被判決有罪，惟仍具備貪污不法行為，且甲之賄款係直接因犯罪所取得之財物，依刑法第 38 條之 1 第 4 項係違法行為所得；沒收對象的部分，甲死亡後其賄款由妻乙與子丙無償繼承取得，依刑法第 38 條之 1 第 2 項第 2 款，應向妻乙及子丙沒收賄款；此外，甲將匯款之 200 萬元轉匯給知情的小三丁，依刑法第 38 條之 1 第 2 項第 1 款規定，應向丁沒收之。又，另交給留學代辦公司戊作為留學費用的

^{註2}黃榮堅，〈犯罪的結合與競合〉，收錄於：《刑法問題與利益思考》，一版，2003 年，頁 501。

賄款 100 萬係為購買機票、租房及代繳學雜費等，非屬本款以無償或顯不相當對價取得賄款，故不得對戊沒收，但得對丙追徵 100 萬元價額。

三、不純正不作為犯

(一)作為 vs 不作為 (108 中正刑法第 2 題)

1. 區分標準

(1) 社會意義說^{註3}

自「社會行為論」內涵來推導，作為與不作為的差異在於兩者所顯示的社會意義不同。換言之，應以行為所具有的社會意義在刑法判斷上的重要之處為何，以確定作為或不作為^{註4}。

(2) 風險說

從行為與法益之間的關聯性觀察，刑法之所以告誡人民應該做什麼事，就是期待人民改變現狀並消除眼前既存的風險^{註5}。依此，「作為」係行為人製造風險或加速風險的實現，「不作為」則是放任或未抑制既有風險^{註6}。

2. 考題解析

本題與最高法院 106 年台上字第 1740 號判決案例事實高度類似。丙前後兩次阻礙櫃檯人員協助之行為，依照「風險說」，因 B 跌倒受傷陷入無自救力的生命危險狀態已經形成，甲阻礙救助並未改變 B 所處空間的生存條件，自非積極提高 B 生命危險的狀態，只能評價為「不作為」，而不該當刑法第 293 條無義務遺棄罪，僅能進一步討論是否構成第 294 條第 1 項有義務遺棄罪^{註7}。

^{註3}學說名稱參考自周漾沂，〈刑法上作為與不作為之區分〉，《科技法學評論》，第 11 卷 2 期，2014 年 12 月，頁 91。

^{註4}林山田，《刑法通論（下）》，十版，2008 年，頁 238；林鈺雄，《新刑法總則》，六版，2018 年，頁 533-534；陳子平，《刑法總論》，四版，2017 年，頁 150；林書楷，《刑法總則》，四版，2018 年，頁 451。

^{註5}蔡聖偉，〈論故意之不純正不作為犯〉，收錄於：《刑法問題研究（一）》，一版，2008 年，頁 190。

^{註6}黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，四版，2012 年，頁 676、頁 680。

^{註7}謝煜偉，〈得同居人承諾而阻斷他人救助—評臺灣高等法院 104 年度上更（一）字第 22 號及最高法院 106 年度台上字第 1740 號判決〉，《月旦裁判時報》，第 65 期，2017 年 11 月，頁 57-58。

(二)不作為正共犯（106 台大刑法 A 卷第 2 題）

當第三人進行侵害行為客體或法益的行為時，保證人若以不作為的方式參與犯罪，其應成立不作為的正犯或共犯，涉及不作為正共犯的區分：

1.區分標準

(1)主客觀擇一理論（實務）

正共犯的區分標準在作為犯與不作為犯中應採同一見解，故依照「主客觀擇一說」，若保證人與其他正犯基於主觀上的「犯意聯絡」而以不作為的方式實現共同犯罪之目的，應論以「共同正犯」；惟若以「幫助」的意思不積極阻止，使犯罪易於實現，僅能成立「幫助犯」^{註8}。

(2)犯罪支配理論

依照主客觀混合判斷的「犯罪支配理論」，客觀上的不作為若難以辨別是否達到支配犯罪的程度，保證人主觀上對於犯罪駕馭及企求犯罪目的的程度，即成為決定性的標準^{註9}。

(3)幫助犯理論

「犯罪支配理論」在不作為犯中並無用武之地，因為相較於具有犯罪支配的正犯，違反作為義務的保證人通常只有較少的犯罪操控力，難以將其不干預視為一種「支配」，故其不作為僅屬促進構成要件實現的「幫助犯」^{註10}。

(4)義務犯理論

作為義務的違反是成立不作為正犯的必要條件，故不作為犯在性質上屬於「義務犯」，當保證人違反其保證人義務而不阻止他人實施犯罪時，即應成立不作為「正犯」，若與作為的第三人具有犯意聯絡，得成立不作為的「共同正犯」。換言之，不作為犯原則上不存在共犯型態，例外在親手犯（例如：父親不阻止兒女間的亂倫）或意圖犯（例如：欠缺所有意圖的店員未阻止顧客竊盜）得成立共犯^{註11}。

^{註8}最高法院 105 年台上字第 88 號判決。

^{註9}林鈺雄，〈新刑法總則〉，六版，2018 年，頁 559。

^{註10}蕭宏宜，〈竊盜行為的犯罪參與問題〉，《月旦法學雜誌》，第 230 期，2014 年 7 月，頁 277-279。

^{註11}林山田，〈刑法通論（下）〉，十版，2008 年，頁 276-281。

(5)義務內涵理論

考量到不作為犯義務違反類型上的差異，應依不同類型的義務做不同認定：「法益保護型」的保證人違反「保護義務」時，因此類保護對象具有特定性，應成立不作為「正犯」；相對地，「危險源監督型」的保證人所須的法益不具備特定性，其未履行「監督義務」的不作為並非構成要件行為，僅能成立「幫助犯」（例如：父親不阻止小孩霸凌同學）^{註12}。

2.考題解析

本題中，監所管理員丁在監視器前看見牢房中甲對乙未阻止的行為，依照風險說，丁未阻止甲性侵乙係未排除既存風險之不作為。又，丁為身分公務員，應具有保護丁法益不受侵害之保證人地位，其在甲性侵乙時未予阻止係以不作為之方式，提供甲利於實現犯罪之片面物理幫助行為，且與甲性侵行為間具有直接重要關係，且主觀上有幫助與幫助既遂雙重故意，應成立刑法第 221 條第 1 項強制性交罪之幫助犯，並依第 134 條不純正瀆職罪加重其刑。

四、容許構成要件錯誤（108 台大 B 卷第 1 題）

(一)定義

「阻卻違法事由」又稱「容許構成要件」，若行為人誤以為得阻卻違法的客觀情狀存在，亦即對阻卻違法事由的「事實情狀」（例如：防衛或危難情狀）產生誤認，即屬「容許構成要件錯誤」^{註13}，例如：甲見到乙在路上毆打丙而被激起正義感，遂持球棒朝乙腿部重擊來拯救丙，豈知乙丙只是正在拍鄉土劇。

(二)法律效果

「容許構成要件錯誤」行為人的主觀想法乃自認所為是法律容許的行為，並沒有與法規範敵對的意思，因此法律效果即與「不法意識」相連結^{註14}。而「不法意識」的爭議圍繞在「故意」的定位與要素變遷，因此應從「故意」在犯罪階層體系上的演變來觀察此一爭議：

1.阻卻或減輕罪責

(1)故意理論（古典與新古典階層體系）

^{註12}林書楷，《刑法總則》，四版，2018年，頁481-483。

^{註13}王皇玉，《刑法總則》，四版，2018年，頁255。

^{註14}王皇玉，〈誤想防衛之成立要件與法律效果〉，《月旦裁判時報》，第40期，2015年10月，頁63-64。

位於罪責階層的「故意」包括對事實的認識、意欲以及不法意識，欠缺不法意識的狀況無論是何種理由造成，均應否認故意的成立，僅能視情況成立過失^{註15}。

(2)嚴格罪責理論（新古典暨目的論綜合體系）^{註16}

「構成要件故意」包括認識與意欲兩個要素、「罪責故意」僅剩不法意識，故無法因欠缺不法意識而排除「構成要件故意」。依此，行為人若知道自己的行為侵害法益，但是卻誤認此為合法行為，其不法意識的欠缺應視為禁止錯誤減輕或阻卻罪責（§16）^{註17}。

(3)限縮法律效果罪責理論（新古典暨目的論綜合體系）^{註18}

「故意」具有雙重功能，一方面是主觀構成要件該當的基礎（構成要件故意），另一方面則作為罪責判斷基礎（故意罪責），亦即構成要件故意是故意罪責的表徵，有故意不法原則上即有故意罪責，例外在「容許構成要件錯誤」的情形阻卻故意罪責。詳言之，「容許構成要件錯誤」發生在違法性階層，不應排除行為人的「構成要件故意」，但因其欠缺不法意識而阻卻「故意罪責」^{註19}。又行為人在主觀上並無積極侵害法益的法敵對心態，不能滿足故意犯罪罪責層次上較高的非難要求，只能視其是否符合過失犯要件而成立過失犯^{註20}。

2.阻卻（主觀）構成要件或不法

(1)限制罪責理論（新古典暨目的論綜合體系）

發生此種錯誤的行為人雖欠缺不法意識，但是因為所誤認的對象是「事實」情狀，因此「嚴格罪責理論」在此應受到限制而不適

^{註15} 王皇玉，《刑法總則》，四版，2018年，頁256。

^{註16} 林山田，《刑法通論（上）》，2008年，十版，頁441；王皇玉，《刑法總則》，四版，2018年，頁257；許恒達，論誤想防衛，《中研院法學期刊》，第18期，2016年3月，頁140。

^{註17} 學說上採此見解者，參照陳子平，《刑法總論》，四版，2017年，頁365；黃常仁，《刑法總論》，二版，2009年，頁102；林書楷，《刑法總則》，四版，2018年，頁233。

^{註18} 此說為國內通說，採此見解者包括林山田，《刑法通論（上）》，2008年，十版，頁442；王皇玉，《刑法總則》，四版，2018年，頁259；林鈺雄，《新刑法總則》，六版，2018年，頁348-349；林東茂，《刑法總則》，一版，2018年，頁309；張麗卿，《刑法總則理論與應用》，四版，2011年，頁293；黃惠婷，〈正面阻卻違法事由錯誤〉，《月旦法學雜誌》，第76期，2009年2月，頁78-79。

^{註19} 林山田，《刑法通論（上）》，2008年，十版，頁397-398、441-442。

^{註20} 許恒達，〈論誤想防衛〉，《中研院法學期刊》，第18期，2016年3月，頁146、150。

用^{註21}。而即使誤認的事實不屬於構成要件，但是仍可類推適用構成要件錯誤，排除行為人的構成要件故意，僅成立過失犯^{註22}。

(2)負面構成要件要素理論（二階犯罪階層體系）

若「總體不法構成要件＝構成要件＋違法性」，則「故意」除了對「正面構成要件（＝構成要件）」事實須有所認識之外，也包括事實上「無負面構成要件（＝阻卻違法事由）」的認知。依此，由於行為人並不知道事實上沒有阻卻不法事由的存在，其行為應欠缺故意而排除其主觀不法，僅能視情形成立過失^{註23}。

(3)修正負面構成要件要素理論（二階犯罪階層體系）

依「禁止錯誤」爭議下的「阻卻不法故意理論」，不法意識既為「故意」的一環，當行為人誤認阻卻違法事由存在時，即不可能認識到其行為具備違法性，因而得以阻卻不法故意^{註24}。

3.實務見解：阻卻構成要件故意

早期實務判例認為，應排除容許構成要件錯誤行為人的故意^{註25}，後來雖有主張在侵害重大法益時不得阻卻故意的見解^{註26}，但目前較有參考價值的是「阻卻構成要件故意、緩解罪責」的說法^{註27}。

(三)考題解析

本年度的台大考題結合時事與台灣美食「肉圓」，出了一個典型的客體錯誤和容許構成要件錯誤的題目。甲朝丙臉上噴胡椒噴霧的行為看似是一種傷害故意，但是筆者認為甲後來朝丙胸前猛力揮鐵條的行為，應該可以把整體評價為殺人故意下的接續犯。在主觀構成要件的層次，應討論「等價客體錯誤」的爭議，通說採取「法定符合說」，甲該當刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪構成要件^{註28}。違法性與罪責的部分

^{註21} 王皇玉，《刑法總則》，四版，2018年，頁259。

^{註22} 許恒達，〈論誤想防衛〉，《中研院法學期刊》，第18期，2016年3月，頁129。

^{註23} 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，四版，2012年，頁245-246。

^{註24} 薛智仁，〈禁止錯誤之法律效果—為故意理論辯護〉，《政大法學評論》，第142期，2015年9月，頁62；許玉秀，《犯罪階層體系及其方法論》，一版，2000年，頁66、70、草圖十四。

^{註25} 最高法院29年上字第509號判例。

^{註26} 最高法院102年台上字第3895號判決。

^{註27} 最高法院106年台上字第3989號判決。

^{註28} 若依部分學者「主觀歸責基礎認知」的觀點，以規範角度確認甲的主觀歸責時，因為甲於視線模糊下朝「特定人」噴灑有胡椒噴霧，又朝其胸前揮鐵條，其主觀認知所開啓的

則應討論甲是否成立誤想防衛，以及誤想防衛的法律效果，若採通說的「限縮法律效果罪責理論」，在罪責層次排除甲的故意殺人刑責，並另逐一檢視過失致死罪的要件，以確立甲成立刑法第 276 條過失致死罪。

五、相續共同正犯

(一)基本概念

「相續共同正犯」係指在實行構成要件後、犯罪完成之前，始形成犯意聯絡並參與犯罪行為的共同正犯。由於其並未對於參與前之行為有所支配，為了避免此種「事後故意」亦被認定具有可罰性，應僅在其有利用既成條件共同繼續犯行的意思^{註29}，或對加入前的行為有相互利用補充關係^{註30}時，始能就其一部行為負全部責任^{註31}。

例 1：甲出於強盜目的而將乙壓制在地，命令乙自行交出皮夾，否則就要勒死他，旁觀的路人丙向甲表示合作之意，與甲一起搜刮乙身上的全部財物。丙在甲強制行為結束後，利用甲創造的強制狀態共同取財，客觀上並未額外侵害乙的自由法益，自不符合強制與取財行為間的目的關聯，不應令甲丙共負全部責任，故甲成立普通強盜罪（§328I）、乙成立普通竊盜罪的共同正犯（§320I+§28）^{註32}。

例 2：甲在強盜乙後，為了避免乙揭發犯罪事實，立即產生殺死乙的意思，路過的朋友丙知悉相關事實加入共同與甲殺死乙。強盜殺人罪（§332I）屬本質上數罪的結合犯，丙在甲強盜乙犯罪完成後始行程與甲的殺人犯意聯絡，甲之行為既已完成，自非丙所得利用的條件，丙僅負殺人罪共同正犯（§271I+§28）之責^{註33}。

可能性範圍應及於誤認客體同一性的情況，故該當刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪的構成要件。詳細的理論說明，參照周漾沂，〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《臺大法學論叢》，第 43 卷第 4 期，2014 年 12 月，頁 1498-1511。

^{註29}最高法院 101 年台上字第 988 號判決、最高法院 104 年台上字第 1790 號判決。

^{註30}最高法院 102 年第 14 次刑庭決議。

^{註31}否定相續共同正犯應為前行行為負責的觀點，或進而全面否定此概念的觀點，分別參照古承宗，〈詐欺罪之相續共同正犯〉，《月旦法學教室》，第 134 期，2013 年 12 月，頁 25；蕭宏宜，〈共同正犯的概念內涵與食物發展〉，《法令月刊》，65 卷第 2 期，2014 年 2 月，頁 80-96。對此概念的批評，參照薛智仁，〈相續共同正犯概念之商榷〉，《月旦刑事法評論》，第 1 期，2016 年 6 月，頁 106。

^{註32}薛智仁，〈相續共同正犯概念之商榷〉，《月旦刑事法評論》，第 1 期，2016 年 6 月，頁 117。

^{註33}最高法院 103 年台上字第 1930 號判決。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(二)考題解析 (108 政大刑法第 1 題)

本題的主要爭點為乙是否成立相續共同正犯，次要爭點則是甲先殺人再強盜，以及其強盜未遂能否論以刑法第 332 條第 1 項強盜殺人既遂罪的問題。首先，只要侵害兩罪的保護法益，無論先殺人或先為強盜行為，均能成本罪。而依照實務見解，只要甲的殺人行為係為既遂，即能符合本罪「犯強盜罪」的文義，因此甲成立本罪既遂；再者，乙在甲強制行為後始加入拿取財物，不符合強盜罪主觀目的連結（為竊取財物而施行強制行為），抑未侵害 A 之自由法益，故不得成立本罪相續共同正犯，否則將無異承認「事後故意」的概念。

參、刑法分則：偽造犯罪與競合 (107 台大刑法 A 卷第 2 題)

一、有價證券概念

所謂「有價證券」係指表彰財產上權利之證書，而且財產權利之發生、移轉或行使必須以占有證券者而言，例如：票據^{註34}、信用狀、載貨證券^{註35}、外國貨幣^{註36}、中獎的公益彩券^{註37}、倉單^{註38}等等。此外，實務見解認為，「有價證券」並不以流通買賣為必要條件，只要符合上述定義，均屬「有價證券」的範圍，例如：禁止背書轉讓的銀行定期存款單^{註39}。

二、偽造 vs 變造

本罪的「偽造」係指無製作權限而冒用他人名義作成文書、貨幣或有價證券^{註40}，被冒用之人是否真實存在或是否已死亡，並非所問^{註41}。換言之，只要藉由「身分同一性的欺瞞」使交易相對人誤認文書真正名義人，皆符合「偽造」概念^{註42}；「變造」則指無修改權限之人，在不變更文書本質情形下作內容的改變，但若已使客體之本質變更，應屬「偽造」而非「變造」。此外，在有價證券的偽變造方面，實務見解強調變造的客體必須是原本就有效的有價證券，若更改無效、尙未發生效力或遭偽造有價證券的內容，

^{註34}最高法院 84 年台上字第 1426 號判例。

^{註35}最高法院 91 年台上字第 925 號判決。

^{註36}司法院院字第 3291 號解釋。

^{註37}台北地方法院 91 年訴字第 491 號判決。

^{註38}最高法院 40 年台上字第 44 號判例。

^{註39}司法院 (73) 廳刑一字第 507 號法律問題。

^{註40}林山田，《刑法各罪論（下）》，五版，2005 年，頁 427。

^{註41}最高法院 102 年台上字第 4026 號判決。

^{註42}盧映潔，《刑法分則新論》，十版，2015 年，頁 316。

使其具備有效有價證券之外觀，則屬「偽造」，例如：將空白匯票依式填寫加蓋印章，使發生有價證券的效力^{註43}、將未中獎的愛國獎券號碼更改為中獎號碼^{註44}，均屬「偽造」而非「變造」。

三、考題解析

(一)犯罪論

本題中，甲乙丙將未中獎的刮刮樂改成中獎刮刮樂，已變更其本質，故屬偽造。又，已中獎的刮刮樂實務上認為仍然屬於私文書，學說則主張中獎刮刮樂已符合有價證券要件，應為有價證券。再者，甲於領獎時填寫 A 之身分證字號與姓名，因領獎資料與受領收據具備文書三大功能（證明、穩固、保證功能），故為私文書，且甲無權製作該文書，已符合「有形偽造」概念，甲乙丙成立刑法第 210 條偽造私文書罪之共同正犯。又，甲以改造刮刮樂兌獎、並以領獎資料與受領收據兌獎，應分別成立刑法第 201 條第 2 項行使偽造有價證券罪、第 216 條行使偽造私文書罪，以及第 339 條之 4 第 2 款加重詐欺罪。

(二)競合論

依照實務見解，甲乙丙成立之行使偽造私文書罪與詐欺罪想像競合，再吸收低度之偽造私文書罪；而行使偽造有價證券罪吸收詐欺罪，再吸收行使偽造有價證券罪。

^{註43}最高法院 31 年上字第 2673 號判例。

^{註44}最高法院 41 年台上字第 96 號判例。