

# 《刑法》

一、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）

命題意旨	將過去舊爭點重新包裝，用較活潑的形式呈現，旨在測驗考生的基本觀念是否清楚。
參考資料	蘇俊雄，刑法總論 I，186 頁；II，278 頁；高點法學錦囊，刑法總則，19 頁。

【擬答】

對於故意自陷精神障礙狀態以實現不法事實情形，刑法理論上有從習慣法發展出來「可控制之原因行為」理論加以因應，使此種情形的行為人仍須本諸「責任原則」論處，其法理依據在於行為人自己對於法益侵害的控制能力已經有意識地加以奪取，此種看法已為現今國內學界及實務界所接受，合先敘明。

（一）刑法第一條所稱之「法律」，是指經立法院通過，由總統公布的法律，並不包括習慣法。詳言之，習慣法是一種由一般法律確信經久形成，而由法官在判例中加以確認的不成文法。基於罪刑法定原則的要求，犯罪及刑罰的判斷基礎，應以形式法規為原則，習慣法應受排除。蓋因刑法干預人民之自由及權利至深且鉅，且習慣法未經立法程序明文化，有其未盡明確之處，故刑法規範需排除依據習慣法來定罪科刑的可能性。

（二）然而上所述對於習慣法適用之禁止，乃是禁止依據習慣法創設分則中處罰的類型，至於法官解釋法律及推理，則基於解釋自由之原則，習慣法上之見解，亦有其應用的作用。因此，法官在適用「實質法律」時，習慣法自不在排除之列。具體言之，習慣法在刑法分則中，對於罪刑規定的適用，應受排除，不得以習慣法作為刑事判決的依據；但在刑法總則的領域，習慣法的適用，則被容許，且相當普遍，尤其是習慣法對於構成要件要素的解釋，或對於有利於行為人的阻卻違法事由之認定，有相當的參考作用。

據此，則法官於具體個案中，援引原因自由行為之法理，排除刑法第十九條之適用，與罪刑法定原則並無抵觸，因其係依據法理解釋刑法總則中關於責任能力的認定，而非引用習慣法創設分則中的處罰類型。

二、某甲因竊盜罪入獄。假釋不久，自行製作警察服飾，連續三次冒充警察，對違規機車騎士盤查，並扣押機車三輛，成立何罪？應如何處罰？（25分）

命題意旨	主要測試考生對於相關罪名及競合觀念的熟悉程度。但因題目中若干細節空白，故答題時必須自行假設，小心回答。
參考資料	高點法學錦囊，蔡律師，刑法分則。

【擬答】

## (一) 首先討論某甲成立何罪：

1. 某甲連續三次穿著警服冒充警員，係屬公然冒用公務員服飾，成立刑法（以下同）第一五九條冒用公務員服飾官銜罪。又，其進而對路人盤查，乃屬冒充公務員行使職權，另構成第一五八條之僭行公務員職權罪。  
上述之兩罪乃一行為所違犯，侵害法益同一，故為法條競合之關係，僅論以後一罪名（僭行公務員職權罪）即可。  
而某甲雖有連續三次的行為，但其所侵害之法益同一，故僅論以包括一罪為已足。
2. 某甲「扣押」機車三輛，倘若其主觀上具有不法所有意圖（具有以所有人自居的心態），則另構成財產犯罪。惟此財產犯罪究應論以詐欺罪或是竊盜罪，尚有爭議。  
實務上有判例認為此時應屬詐欺取財罪（第三三九條第一項）之罪責（四十台非十八），因行為人係冒充公務員施詐方取得財物。但另有學者主張，詐欺罪之成立需有相對人（受詐騙者）的財產處分，而處分必須出於自願性。倘若處分並非出於被害人自願的意思所為（被欺騙的持有人認識到其行為將導致持有的喪失，但係在被強制的情形下），則行為人仍應論以竊盜罪而非詐欺。  
倘依學說見解，則此時某甲成立三個竊盜罪（第三二〇條第一項）。此三次侵害財產法益的行為，因係侵害不同持有者的不同一法益，故無法論以包括一罪，而應分別論罪、評價。若某甲係出於單一的整體故意，則此三個竊盜罪應依第五十五條論以連續竊盜罪。
3. 某甲「盤查」違規騎士的行為，如果有「搜索」的行為，則可能另構成第三〇七條的違法搜索罪。  
惟某甲實際上並非搜索權人，能否成為本罪之行為主體，尚有不同意見，實務上認為本罪以有搜索權之人違法搜索為成立要件，學者通說則認為本罪之行為主體亦應包括無搜索權之人。若依學說見解，某甲倘有搜索他人身體或車輛的行為，自應論以本罪。又，倘若有對數人搜索，則因侵害了數個自由法益，故應分別論罪。
4. 僭行公務員職權罪與竊盜罪和違法搜索罪之間，有認為係屬牽連犯之方法目的牽連關係，亦有認為想像競合之關係，有鑑於僭行公務員職權罪具有繼續犯之性質，其實施時間與另二罪完全重疊，故屬一行為觸犯數罪名，侵害數法益的想像競合犯，從一重處斷。

## (二) 應如何處罰：

1. 倘若某甲違犯此等犯罪時，已經過假釋期間，則其徒刑的執行視為已執行，其在五年內在犯，應依第四七條累犯之規定加重其刑至二分之一。
2. 倘若某甲係在假釋期間未滿前違犯此等犯罪，原假釋應依第七八條撤銷，繼續執行，此部分竊盜罪之執行與新違犯之數罪間，無任何競合上的關係，故為單純的合併執行即可。
3. 甲自行製作之警員服飾，依第三八條第一項第二款沒收。

三、某甲為任職於某政府單位之主管公務員，與其親戚即土地所有人某乙串通，於該單位因工程徵收土地辦理地上物查估補償作業時，由某甲變造公文書上所登載地上物之數量後，該文書轉由財務單位據以發給補償金，某乙因而多獲取新台幣三十萬元之利益。試問某乙於刑法上之刑事責任如何？（25分）

命題意旨	測試考生對新文獻的敏感度！
參考資料	高點法學錦囊，蔡律師，刑法分則，537-542。黃榮堅，本土3期。

## 【擬答】

(一) 某乙與某甲串通在某甲職務上所掌之公文書上為不實登載，可能構成刑（以下同）上偽造文書罪章中，關於公文書登載不實方面的罪名。某甲係變造地上物的「數量」，係單純的變造一則事實，因此其為「不實」登載應屬無疑。然而有問題者，乃是某乙與登載之某甲係串通和，究應如何論罪，有三種可能：

1. 甲說成立公務員登載不實罪的共同正犯（第二一三條、第三一條第一項）。至於第二一四條之適用，應限於登載之公

### 務員係屬不知情的情形

2. 乙說成立公務員登載不實罪的教唆犯（第二一三條、第卅一條第一項），與前說的差別在於是否堅持無身分者不得成立身分犯之正犯。
3. 丙說成立使公務員登載不實罪（第二一四條）。此為少數說，主張第二一三條之公務員關係為罪責範疇的考量要素，故不具此身分者，應成立第二一四條之罪。

上述三說，以甲說為國內實務及傳統學說所採（註）倘依此說，則甲乙兩人應論以公務員登載不實罪的共同正犯。甲、乙二人成立公務員登載不實罪後，將該不實文書轉由財務單位據以發給補償金應論以行使公務員登載不實文書罪（第二一六條）。而公務員登載不實罪，為行使罪的吸收，祇論以行駛公務員登載不實文書罪。

（二）某乙藉由某甲的公務行為以得利，可能構成第一三一條公務員圖利罪。甲具公務員身分，違背法令執行公務，其得成立圖利罪自不待言。有問題者，乃是不具公務員身分之得利人（某乙）是否亦得論以圖利罪之共同正犯？對此問題，學說與實務上有不同看法：

甲說如果按照國內傳統以來之通說看法，圖利罪當中的公務員身分，形式上係屬於成立犯罪的要件，所以非公務員者亦可因 § 311 的規定，構成圖利罪的教唆犯或是共同正犯。

乙說圖利罪之被圖利者與圖利罪犯者間，並非平行一致性犯意聯絡，而是對立一致性的關係，因此兩者間並不會成立共同正犯（87 台上 626 決）。

丙說對於圖利罪而言，公務員身分是一個不法要件，也同時是區分其論罪科刑的罪責要件。刑法上對於圖利罪的規定，並沒有像賄賂罪一樣根據其不同身分、不同罪責分別規定，換句話說，立法者並未就非公務員參與圖利之行為另設較輕之規定，其意旨應該是「對於圖利行為的處罰，僅限於公務員就其職務關係上的圖利」。至於一般人，至少從現行法所規定的形式來看，應該被認為是不處罰的。

倘依實務或丙說的看法，則乙不構成圖利罪。

（三）某乙可能構成第三三九條第一項之詐欺取財既遂罪。

某乙委由甲之登載，對於財務單位傳達了不實的資訊，使財務單位據此錯誤資訊發給補償金，進而國庫產生財產損害，並且無任何阻卻不法事由存在，主觀上亦認知此等事實，亦無阻卻罪責事由，故應成立詐欺取財既遂罪。

（四）某乙所犯之行使公務員登載不實文書罪與詐欺罪之間，應如何論罪，有實例認為此係屬方法目的之牽連關係，然事實上此二罪名係透過一行為所違犯，所侵害法益則各不相同，故應論以想像競合（第五十五條前段）。

（註）如果是採取丙說（黃榮堅教授）的立場，那麼接下來還必須討論另一個問題，就是實務上認為成立本罪的情形應該限於所涉及的事項係屬：一經他人之聲明或申報，公務員即有登載之義務，並依其所為之聲明或申報予以登載，而屬不實之事項者，始足構成，若其所為聲明或申報，公務員尚須為實質之審查（公家機關有審查權或是審查義務），以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，即非本罪所稱之使公務員登載不實則申報的內容不實就不是使公務員登載不實（82 臺非 402 決；72 臺上 852 決；73 臺上 1710 例；76 臺上 3570 決；64 臺非 158 決；法務部檢察司法 84 檢二字第 0282 號函之一）。黃教授對此又提出不同（但更有理）的說法。

四、張男為 T 市之色情業經營者，為物色應召女子，竟找到來自鄉下的未成年人王女，業已獲得王女同意為下海應召之色情行為。由於王女仍未成年，張男乃親至王女之故鄉，在張男游說及給付一筆金錢條件下，徵得王女之生父、生母同意，而讓王女隨張男至 T 市為色情應召行為。試問：張男、王女、王女之生父與生母，各應有何刑事責任？（25 分）

命題意旨	測驗新罪名及舊罪名的老爭點。
參考資料	陳志龍，法益與刑事立法，224-225, 226-227。高點法學錦囊，蔡律師，刑法分則，639-640。

【擬答】

（一）張男的部分：

1. 其意圖使王女與他人性交，而引誘王女以營利，構成刑法（以下同）第二三一條第一項之圖利使人性交罪，因其係基於常業之意圖而違犯，故論以同條第三項之常業犯。
2. 倘若王女係未滿十六歲，則張男意圖使未滿十六歲之女子與他人為性交，而引誘之，另成立第二三三條第二項之圖利引誘幼童與人性交罪。

3. 因王女為未成年人，故張男之行為亦可能構成第二四〇條第三項之加重和誘罪。然於此有問題者，乃是張男已得有王女父母之同意，是否仍應論以本罪？

關於被誘之未成年人的父母允許有加重意圖的行為人帶走未成年人之情形，行為人是否仍構成本罪，實務與學說有不同之看法：

甲說實務與通說均認為，第二四〇第一項與第三項都是在保護家庭的監督權，既然行為人已得監督權人之同意，對其自無侵害可言，即不構成本罪（22院886）。

乙說學說上另有少數學者強調，加重和（略）誘罪除了侵害到監督權人的監督權之外，主要還是涉及到「使被誘人陷於無助的危險狀態」，危及被誘人的性自主決定自由，或由於其在性方面的經驗不足而遭受危險。亦即，因為未成年人在性方面的知識與人生經驗尚不成熟，需要特別保護，故本項的重點反而應該是在於保障未成年人性的自主決定自由，而非家庭的監督權。因此，加重誘拐罪並不以「未得監督權人之同意」為客觀構成要件要素，只要行為人引起對於未成年人之性的危險脅迫狀況，即可構成本項之罪。

倘依甲說，則張男即不構成加重和誘罪，但如此顯與保護未成年之被監督者的立法意旨有所不符，而應以乙說為當。若依乙說看法，則因為第二四〇條第三項並非為監督權人之利益所設，從而也當然不發生該有監督權人對於行為人能為「有效之同意」的問題，即使得到監督權人之意思不生阻卻構成要件或違法之效力。在行為人有使被誘拐之未成年人為姦淫、猥褻的惡劣目的之情形，監督權人若為同意，顯然是濫用監督權，根本不應予以尊重，不得承認是有效的同意。

據此，張男仍應論以加重和誘罪。

4. 張男給付價金給王女之父母，係就人口及價金為合致之意思表示，且其係基於使王女為性交或猥褻行為之意圖，故成立第二九六條之一第二項的加重買賣人口罪。
5. 張男所構成的數罪，係一行為所違犯，然此等罪名顯係侵害不同之法益，故成立第五十五條前段之想像競合，從一重處斷。

#### （二）王女之部分：

王女受張男引誘而應召為色情行為，倘若與其為性交行為之對象為有配偶之人，則其構成第二三九條後段之相姦罪。

#### （三）王女生父生母之部分：

1. 其收受價金而同意張男將其女帶走，並且主觀上亦有使王女為性交或猥褻行為之意思，應論以第二九六條之一第二項的加重買賣人口罪。
2. 其不加干涉而放任張男將其女帶至應召站為色情應召行為，應成立意圖使人為性交行為而誘拐罪之幫助犯（第二三一、二三二、三十條、三十一條第二項）。
3. 兩罪名係透過一行為所違犯，且侵害數法益，故成立想像競合的關係。