

109 年特種考試地方政府公務人員考試試題

等 別：四等考試
類 科：法律廉政
科 目：刑法概要

一、臺北市民甲參加旅行團於日本境內觀光，與同團 A 發生激烈口角及肢體衝突，甲出於重傷故意出手痛擊 A 之生殖器，幸經團友多人及時攔阻，A 僅致輕微紅腫試問：針對甲之行為，有無刑法之適用？(25 分)

刑法第 278 條：使人受重傷者，處五年以上十二年以下有期徒刑。犯前項之罪因而致人於死者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。第一項之未遂犯罰之。

【難易度分析】：★★

【破題關鍵】

要能正確回答這一題，必須要能掌握一個觀念：刑法上只有「未遂犯」而沒有「未遂罪」，以殺人罪來說，殺人未遂之人，所犯的依然是殺人罪，只是其既未遂型態是未遂犯，所以應該稱為「殺人罪之未遂犯」而非「殺人未遂最」。因此在本題中，重傷罪本身的法定刑是五年以上有期徒刑，依照刑法第 7 條，當然有我國刑法的適用，不會因為是未遂犯而有所不同。

【命中特區】

陳介中，老師解題—刑法概要（申論題），1C315，五版，第 1-12 頁。

【擬答】：

(一)甲之行為有我國刑法適用，分述如下：

- 1.我國人於境外犯罪，除刑法第 5、6 條所列之罪名外，必須所犯者為最輕本刑三年以上之罪，方有我國刑法適用。本題中，甲所犯者為重傷罪之未遂犯（第 278 條第 3 項），並非刑法第 5、6 條之罪，而就第 7 條規定而言，重傷罪之未遂犯是否為「最輕本刑為三年以上有期徒刑」之罪，不無疑義。
- 2.刑法上所謂之「本刑」，實務見解向來認為，刑法分則之加重減輕事由應納入計算，而總則之加減事由則否，故依實務見解而言，未遂犯之減輕屬總則之減輕，並非法定刑之增減，且未遂犯之效果為「得減」，實際上未必減輕，故甲所犯者仍為最輕本刑五年以上之罪，合於刑法第 7 條之規定。
- 3.再就理論而言，未遂犯相對於既遂犯，均為犯罪違犯的型態，故犯重傷罪而未遂者，其所犯之罪仍為「重傷罪」，亦即，未遂犯並非獨立的罪名，由此而論，甲所犯之重傷罪為最輕本刑五年以上之罪，亦合於刑法第 7 條之規定。

(二)故綜上所述，不論依照理論或實務之觀點，甲於境外犯重傷罪之未遂犯，依照刑法第 7 條，均有我國刑法適用。

二、甲因失業而心情煩躁，獨自一人於路邊小吃攤飲酒致微醉，突耳聞鄰桌之 A 大肆批評時下年輕人好吃懶做，甲受此刺激竟於暴怒下突然出手朝 A 揮出一拳，懼有心臟病之 A(此事實甲並未知悉)倒地受傷，進而引發心肌梗塞當場昏迷，經送醫急救仍告不治身亡。試問：甲應為其所為負何刑責？(25 分)

【難易度分析】：★★★★

【破題關鍵】

這題的考點是個傳統老考點：相當因果關係的「相當」與否，應以何人所認知的事實判斷？筆者平常在處理因果與歸責的問題時，都習慣以「條件理論+客觀歸責」的方式來處理（因為這

才是現在的主流)，但這一題，筆者卻改以相當因果關係來處理，因為這個考點是相當因果關係說所獨有的啊！

【命中特區】

陳介中，老師解題—刑法概要（申論題），1C315，五版，第 2-12~2-13 頁。

【擬答】：

(一)甲攻擊 A 之行為，不成立義憤傷害罪（第 279 條前段）：

依照實務見解，義憤必須限於「道義上之憤慨」，即使依照較為寬鬆的學說見解，也必須要被害人先有對行為人不禮貌的行為在先，才稱得上「義憤」。本題中，A 的言論並非針對甲而發，故難謂甲激於義憤而殺人。

(二)甲上述行為，成立普通傷害罪（第 277 條第 1 項）：

1. 客觀上，甲毆打 A 的行為與 A 的死亡結果間具有相當因果關係；主觀上，甲具有故意。
2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)甲上述行為，不成立過失致死罪（第 276 條）：

1. 客觀上，甲毆打的 A 的行為與 A 的死亡結果間具有條件因果關係無疑，然是否具有相當因果關係，牽涉「相當性」之判斷基準，學說上有不同見解：

- (1) 主觀說：以行為人所認識的事實為判斷對象，並以行為人的認識能力作為判斷基準。
- (2) 客觀說：以事後客觀（即法官）所知的事實為判斷對象，並以法官的認識能力作為判斷基準，實務見解採取此說（76 台上 192 判例）。
- (3) 折衷說：以旁觀者所認識，及行為人主觀所認識的事實，為判斷對象，並以一般人或行為人的認識能力為判斷基準。

2. 上述不同見解，應以「折衷說」較能符合此理論的意義，而依照此說，因被害人有心臟病是行為與一般人均無從得知，故依照此說判斷，甲所攻擊者即為「一般人」，而 A 竟心肌梗塞死亡，顯然不相當，故甲不成立本罪。

(四)甲上述行為，不成立傷害致死罪（第 277 條第 2 項）：

一般認為，加重結果犯是故意犯與過失犯的結合，然因甲對 A 的死亡並不成立過失犯，因此甲也無從成立傷害致死罪。且縱使依照傳統實務，認為加重結果的成立只要重結果客觀上能預見即可，然此種結果客觀上亦難以預見，故甲不成立本罪。

三、某市政府工務局違建拆除大隊隊長甲，接獲拆除 B 宅危樓違建之上級長官命令，甲經形式審查後，認命令完全合法，乃按時帶隊前往執行公權力。不料，甲竟錯將 A 宅當成拆除令上之 B 宅而加以夷為平地。試問：甲之行為應負何刑責？(25 分)

刑法第 353 條：毀壞他人建築物、礦坑、船艦或致令不堪用者，處六月以有期徒刑。因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；“致重傷年以上十年以下有期徒刑。第一項之未遂犯罰之。

【難易度分析】：★★★★

【破題關鍵】

這是一個乍看之下會覺得不知道該怎麼寫，不過其實仔細想一想就會知道，這就是容許構成要件錯誤啊！只是轉個彎考各位而已。在構成要件層次，等價客體錯誤不阻卻故意，而在違法性層次，把容許構成要件錯誤的各說介紹出來，應該就差不多了。

【命中特區】

陳介中，老師解題—刑法概要（申論題），1C315，五版，第 3-60~3-62 頁。

【擬答】：

(一)甲將 B 宅拆除的行為，不成立毀損建築物罪（第 353 條）：

1. 客觀上，甲拆除 B 宅的行為與 B 宅毀損的結果間具有因果關係與客觀可歸責性；主觀上，甲誤 A 宅為 B 宅屬「等價客體錯誤」，不阻卻故意，故甲仍有毀損故意。
2. 於違法性，所應探討者在於，甲得否依照公務員依上級命令行為（第 21 條第 2 項）阻卻違法。甲確實有上級獲得上級機關的拆除命令，然而，該命令是命甲拆除 A 宅而非拆除 B 宅，故就拆除 B 宅而言，客觀上等同毫無合法的拆除命令存在，而甲卻主觀上卻認為有此命令存在，因此屬於「容許構成要件錯誤」，而其處理方式，學說上有下列不同見解：
 - (1)故意理論：在古典犯罪體系下，故意所要認識的對象除了構成犯罪事實之外，還包含了不法意識。當時認為，對於阻卻違法事由前提事實認識的欠缺，屬於不法意識的欠缺，因此應該阻卻故意。
 - (2)負面構成要件理論：從二階論的觀點來看，行為人固然認識到了客觀的正面不法要件存在，但是行為人誤以為客觀的負面不法要件存在，因此欠缺故意，不成立故意犯罪，但仍有可能成立過失犯。
 - (3)嚴格罪責理論：行為人認為其所為的行為是法所允許的，屬於欠缺不法意識，因此應該將之視為禁止錯誤。若適用於我國法，就是依照第 16 條，視該錯誤是否可避免來決定行為人的刑事責任。
 - (4)限制罪責理論：認為這種錯誤雖然不是構成要件錯誤，但是跟構成要件錯誤類似（都是事實層面的誤認），因此應類推適用構成要件錯誤處理。
 - (5)限制法律效果的罪責理論：容許構成要件錯誤既不是構成要件錯誤，也不是禁止錯誤，而是一種獨立的錯誤類型。此種錯誤類型，並不會影響構成要件故意，只會影響罪責故意，因此，應認為行為人欠缺良知非價，阻卻罪責故意，而視情況成立過失犯。
3. 本人採取限制法律效果的罪責理論，此說較能妥善處理此問題。在本題中，行為人亦無其他阻卻違法事由，故具備違法性，而於罪責，因其欠缺良知非價，故阻卻罪責故意，不成立本罪。

(二)甲上述行為阻卻故意後，無從改論過失犯罪，因毀損建築物罪不處罰過失，因此甲無罪。

四、因應近來疫情所帶來之衝擊，政府發行三倍券以振興國內經濟，甲因缺錢而起貪念，乃偽造三倍券(貳佰元、伍佰元面額各一批)並持部分偽券向 A 商店購物，由於購買金額過於龐大，遭 A 當場識破而報警處理。試問：甲之行為應如何處斷？(25 分)

【難易度分析】：★★★★

【破題關鍵】

三倍券的性質必然是有價證券而非貨幣，這點應該沒有疑問，所以本題其實就是個考古題：偽造有價證券、行使與詐欺的競合，應該不會太困難。

【命中特區】

陳介中，老師解題—刑法概要（申論題），1C315，五版，第 16-20~16-23 頁。

【擬答】：

(一)甲偽造三倍券的行為，成立收集偽造有價證券罪（第 201 條第 1 項）：

1. 三倍券表彰財產價值，且權利的行使與證券的占有不可分，性質上應屬有價證券。客觀上，甲無製作權而製作，自屬偽造行為；主觀上，甲具有故意與行使意圖。
2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)甲持三倍券消費的行為，成立行使偽造有價證券罪（第 201 條第 2 項）：

1. 客觀上，甲將偽造的三倍券充作真正使用，然並未達成使用目的即被識破，是否為行使行為的既遂，有所爭議：

(1)行使目的達成為斷：實務上認為，行使偽造貨幣罪必須以使用目的達成作為既遂。¹

(2)置於流通狀態為斷：學說上則有認為，將之置於流通狀態時，行使行為即已完成，此時行使罪即以既遂，至於其使用目的是否達成，應不生影響。

(3)上述不同見解，應以「置於流通狀態」一說較能符合規範意旨，故依照此說，甲並未達成其行使目的無礙本罪之既遂認定。

2. 主觀上，甲具有故意。且甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)甲上述行為，成立詐欺取財罪之未遂犯（第 339 條第 2 項）：

1. 依題所示，因商家當場陷於錯誤，亦即未陷於錯誤，故此犯行未既遂，應檢討未遂犯。主觀上，甲具有故意與不法所有意圖，客觀上，甲業已著手而未達於既遂。

2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(四)競合：

1. 甲偽造多數三倍券，仍僅成立一罪，因偽造有價證券罪的罪數是以被偽造人的人數決定，而非證券的張數決定。

2. 甲所觸犯之偽造有價證券與行使二罪應如何競合？有認為應論以偽造者，亦有認為應論以行使者。本人認為，偽造之法定刑較行使為重，應論以偽造有價證券罪，實務同此見解。

3. 而就詐欺部分，有學說認為詐欺與行使偽造有價證券之保護法益不同，應想像競合；然本人採取實務見解，認為有價證券之行使包含詐欺性質，因此詐欺無庸另論。

4. 故綜上所述，甲僅論以偽造有價證券罪即為已足。

¹ 最高法院 20 年上字第 1911 號判例：「(一)被告以偽造之中央銀行券，向某洋貨店購買肥皂，果由該店登時發見為偽造，則被告行使該票，尚屬未遂，自難律以刑法第二百十二條第一項之既遂罪。」這則實務見解是針對第 196 條的，在本條應該也同樣可以適用。