

99年特種考試地方政府公務人員考試試題

代號：41950 全一頁

等 別：四等考試

類 科：法律政風

科 目：刑法概要

考試時間：1 小時 30 分

座號：_____

※注意：(一)禁止使用電子計算器。

(二)不必抄題，作答時請將試題題號及答案依照順序寫在試卷上，於本試題上作答者，不予計分。

- 一、甲、乙二人從事營造業工作，某日二人謀議自建築工地之頂樓共同將建築廢棄物投下地面，惟因未注意樓下是否有人，致將經過該處之路人丙壓死。試論甲、乙成立何罪？（25 分）
- 二、甲、乙二人因故爭吵，甲遂教唆丙殺害乙，得丙同意後，甲又借手槍一把供丙使用，丙即持該手槍將乙擊斃。試論甲成立何罪？（25 分）
- 三、甲從友人處得知乙非常富有，某日冒充司法警察至乙宅實施檢查，未料乙宅未有任何值錢之物品，甲隨即離開。試論甲成立何罪？（25 分）
- 四、甲某日持 500 元鈔至書店購買一本價值 200 元之書籍，店員乙誤認為 1,000 元紙鈔，而欲找予 800 元時，對甲云：「找您 800 元吧！」甲雖明知乙找錯錢，仍取之而去。試論甲成立何罪？（25 分）

【考題綜覽】

從今年地特四等法律政風的刑法概要考題來看，本年的題目其實並不困難，只要掌握了基礎的概念，就可以輕鬆獲得基本分數。今年的考題，除了與以往相同，重視法條的熟悉度與基本概念的定义之外，關於學說上基礎見解之理解與運用，則成為今年考題的特色。例如第四題店員照錯錢而顧客明知卻收取之案件，即屬學說上探討詐欺罪與侵占罪關係之重要討論類型，只要能將基礎學說分別說明，並附具體理由並清晰闡述己見，應可受閱卷委員之青睞。於此也再一次證明刑法在國家考試上的準備與應用，應以法條、定義的熟悉為基礎，而配合案例式的練習，熟練筆寫答題之方式，並具體掌握重要的學說爭點，將可望取得高分，有效提升上榜的機率。

一、

答：(一)首先，依據學說通說見解以及民國 95 年 7 月 1 日修正施行的現行刑法第 28 條的修正理由可知，刑法第 28 條所稱的共同正犯，不論係採取學說多數說的犯罪支配理論，或是實務上主觀客觀擇一標準說的一貫見解，均將刑法第 28 條所稱之共同正犯，置於故意犯的領域之下，而依據刑法第 28 條之規定：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」同時，依據司法院大法官釋字第 109 號解釋之見解，共同正犯，大致上可以分為實行的共同正犯以及共謀的共同正犯，惟不論係實行之共同正犯，或共謀之共同正犯，其成立要件之一，均為故意犯。故我國刑法體系中，尚無過失共同正犯成立之空間。

(二)依共同正犯成立之要件加以檢查，如欲使甲、乙兩人對於丙之死亡結果負實行共同正犯之責任，則依據犯罪支配理論或實務上之主觀客觀擇一標準說，必須甲乙兩人具有殺害丙之認識與故意，且基於此故意而實行殺人行為，方得構成刑法第 28 條所稱之實行的共同正犯。然而甲、乙共同謀議之部分，僅違法丟棄建築廢棄物，而對於丙之死亡，並不具有殺人故意，僅具有重大之過失。而甲、乙兩人從事營造業工作，關於建築廢棄物之清除處理，係屬於日常業務執行之範圍，依據刑法第 276 條第 2 項之規定，應負業務過失致人於死之罪刑。

(三)上述情形，學說上有將其稱為同時犯，如兩人過失開車撞傷同一人者，應不成立共同正犯，而應個別成立過失傷害罪，與上述見解道理相通。亦即，如非故意犯者，除以客觀歸責理論自造成法所不容許風險之觀點加以說明外，過失犯並無成立共同正犯之空間。因此，本題就丙之死亡結果而言，甲與乙同時應負刑法第 276 條業務過失致人於死之罪責。

二、

答：(一)丙的行為：

依據刑法第 29 條第 1 項規定：「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。」而依據同條第 2 項之規定，教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。亦即，我國教唆犯之處罰，係採取限制從屬性說之見解，故應先確認正犯之罪，再論教唆犯之罪責。丙持槍將被害人乙擊斃，法益侵害結果既已發生，則丙依法應負刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪之責任。

(二)甲的行為與甲的刑事責任：

依上述之說明，丙成立殺人既遂罪。惟甲先為教唆行為，促使丙形成犯意，決意實行殺人行為後，復為殺人工具之提供。故而關於丙之死亡結果之發生，甲既得評價為刑法第 29 條之教唆犯，亦得評價為刑法第 30 條之幫助犯，故而產生參與犯的競合問題。依本題情形，甲所教唆、幫助而侵害者，僅有單一法益，而屬於學說上所稱一人而兼有數個不同之犯罪型態。在學說與實務之處理方式上，容有見解之不同。

1. 實務見解：

關於參與犯的競合問題，實務一貫見解係採取吸收關係加以處理，而依高度行為吸收低度行為之方式，認為刑法第 29 條教唆犯之罪質為高，而一律以教唆犯吸收幫助犯，不另論幫助犯。

2. 學說見解：

學說見解於此問題上，論述方式頗為歧異，大約可以分為下述 4 說：

- (1) 論單純一罪之吸收犯：單純一罪的吸收犯，係指實現一個構成要件及當然包括另一個構成要件，在這樣的情況下，只要論以一個吸收犯即可完全評價。於本題的情形，教唆犯製造犯意之後，藉由幫助行為加強教唆行為的成果，故教唆可以包含幫助，以吸收犯處理之方式，在結論上與實務見解相同，以教唆行為吸收幫助行為，而論以教唆犯即可。
 - (2) 論以包括一罪：所謂的「包括一罪」，指的是行為人出於一個意思決定，實施該當於同一構成要件，且具有密切關連性之數個行為，而侵害同一之法益者。參與犯之競合，屬於此一類型。依據本說處理時，則甲亦包括地論以一個教唆殺人既遂罪為已足。
 - (3) 論以法條競合的補充關係：本說認為對同一法益不同強度的侵害，係屬默示的補充關係之類型。教唆與幫助行為均屬對於同一法益之侵害，然教唆侵害法益之強度較高，故於本題情形，應論以教唆犯，如不能論以教唆犯，才論以幫助犯。
- (三) 依上述見解，不論係採取何種見解，丙既已成立刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪，則甲應依刑法第 29 條以及第 271 條第 1 項成立教唆殺人既遂罪。同時，自罪質而言，依據通說見解，教唆係造成他人實行犯罪之決意，而幫助僅為對於他人之犯罪行為增加精神或物理上之助力，故就罪質而言，教唆犯之罪質為重。則依據法條競合吸收關係之方式加以處理，以高度的教唆行為吸收低度的幫助行為即可，故甲應論以一個教唆殺人既遂罪。

三、

【考點分析】

從基本事實的構成要件來看，本題所涉及的事實雖然非常簡單，但是較為冷門，是屬於近年來比較少出題的條文。不過，在公務人員考試中出現這個類型的題目不能算是意外，如果確實無法記清楚法條的規定，至少也要依據學說基礎的見解（例如竊盜罪著手的判斷）論述行為人所為行為的關係。亦即，我們至少可以說明冒用公務員服章官銜罪與僭行公務員職權罪之關係，以及甲冒充警察檢查乙宅的行為，究竟是屬於竊盜行為的著手或是詐欺行為之實行，這是本題的關鍵所在。此外，題目並沒有假設甲在冒充警察時，乙宅有沒有人在家，因此如果偏向以詐欺處理的考生，就會面臨到詐欺相對人不好處理的問題，如果這個方式不好處理，可以選擇考慮將其說明為竊盜行為的實行，再進一步檢查要件，將會比較適當。

答：(一) 甲冒充警察進行檢查的行為：

刑法第 159 條規定：「公然冒用公務員服飾、徽章或官銜者，處 500 元以下罰金。」同時，刑法第 158 條第 1 項規定：「冒充公務員而行使其職權者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或 500 元以下罰金。」甲並非警察身分，卻冒充司法警察至乙宅實施檢查，由於警察人員具有依法查察犯罪行為，配合戶政單位進行戶口訪查之職權內容，因此甲冒充警察身分，至乙宅實施檢查的行為，顯然構成本條之構成要件。此外，如甲係著用警察制服或冒用代表警察身分之徽章、官銜等，亦構成刑法第 159 條冒用公務員服飾、徽章或官銜罪。依據學說見解，如甲除公然冒用公務員之服飾、徽章或官銜外，並進而有僭行該公務員職務之行為，則行為人所構成之二罪，係屬於法條競合之補充關係，應僅論以刑法第 158 條之僭行公務員職權罪為已足。

(二) 甲的刑事責任：

如上所述，甲為不法取得乙宅之財物，冒充警察至乙宅進行檢查。則於構成要件之檢驗上，依據刑法第 320 條普通竊盜罪之構成要件而言，甲既已進入乙宅進行檢查，則竊盜罪之著手，依學說通說見解，即以行為人基於竊盜之故意，搜尋財物為竊盜之著手，惟甲四處檢查搜尋後，並無任何值錢物品，遂離去犯罪現場。則甲冒充公務員進入他人房屋進行檢查之行為，與其竊盜未遂之行為，依據刑法第 55 條想像競合犯之規定，係屬一行

為觸犯數法益，該當數罪名之行為。故依法應從較重之第 320 條第 3 項竊盜未遂罪之規定處斷。故甲應成立刑法第 320 條第 3 項之普通竊盜未遂罪。

四、

答：(一)自客觀情形而言，乙原本應找給甲 300 元，但乙卻誤認甲所交付者為 1000 元鈔票，而找給甲 800 元。故關於甲不法取得之新台幣 500 元，究應如何處理；學說上見解分歧，實務亦無統一見解，故甲是否有刑事責任，應另行討論。

(二)依據學說與實務見解，關於甲故意不告知找錢錯誤而取得額外款項之行為，可整理如下：

1.成立不作為詐欺取財罪：

本說認為，利用他人錯誤之行為亦可成立詐欺。依本題情形而言，依據誠信原則，甲應告知乙找錯錢一事，並退還溢領之款項。如甲利用乙之錯誤而不法領得相關款項，即應成立不作為詐欺取財罪。

2.成立普通侵占罪：

本說認為，他人交付財物，並非行為人施行詐術所致，但被害人交付財物後，行為人侵占溢領之部分，應成立刑法第 335 條第 1 項之侵占罪。故甲關於新台幣 500 元之部分應得成立普通侵占罪。

3.成立侵占脫離持有物罪：

實務見解認為，他人錯誤交付財物，因其並無交付之意思，故收受者並未取得所有權。而該財物即因交付者之疏失而脫離其持有，自與刑法第 337 條所稱之「其他離本人所持有之物」相當。故甲利用乙之錯誤交付而取得新台幣 500 元之行為，應屬侵占脫離持有物罪。

4.區分說；本說區分情形處理如下：

(1)如乙係誤認數額，並未數錯，則其交付時對於全部之金額均有交付意思，則甲縱利用乙之錯誤而溢取款項，亦不成立刑法上之犯罪，僅有民法上不當得利之問題。

(2)如乙係數錯款項，而非數額之誤認時，則依本題情形而言，乙既無交付超過部分金額之意，則甲明知溢領而仍取得，即應成立刑法第 337 條侵占脫離持有物罪。

5.不成立犯罪：本說認為不成立不作為詐欺罪，蓋因顧客在法律上並無告知的作為義務，如僅單純利用店員之錯誤而溢領款項，不能認為乃詐術之施行，故甲之行為，應不構成刑法上之犯罪，僅為民事上不當得利之問題。

(三)依上述見解，甲僅有可能成立刑法第 337 條之侵占脫離物之罪，而無成立不作為詐欺罪之餘地。蓋交易習慣上，並無強令當事人負擔錯誤告知之義務，而縱契約有所約定，亦不應因未告知而以詐欺罪之刑事責任相繩，似有抵觸刑法謙抑性原則之疑慮。故甲較可能成立刑法第 337 條之侵占脫離持有物罪。