

榜首們的唯一選擇！

2021 司律二 讀家 21 總複習

05/22(六)隆重開課

史上最強師資陣容來啦！超強 **3** 師資只在讀家！
堂數最多！師資最優！CP值最高！就是要讓你今年就上榜！

一試 + **二試**

一試 面授 6000元 | 雲端 7500元

面授 9800元 | 雲端 12800元

二試 面授 6000元 | 雲端 7500元

科目	師資	一試堂數	二試堂數	科目	師資	一試堂數	二試堂數
民事財產法	張璐(洪健智)	3	4	公司法 證交法	祁明(林子堯)	2	3
	賴川(賴建樺)				陳楓(雷鈞歲)		
	程穎(陳姿嵐)			保險法	柏達(吳治霖)	1	1
身分法	程穎(陳姿嵐)	1	2	票據法/強執	歐政(毛書傑)	1	/
刑法	連芯(簡佑君)	3	4	國公	林綺(彭郁紋)	4	
	周易(楊駿賢)			國私	路易(蔡菘萍)	1	
	楊過(郭文傑)			法英	Alexis(郭怡妘)	1	
憲法	徐偉超	2	2	法倫	歐拉(陳慶鴻)	1	
	寧尚(李俊良)			智財	凝以(林穎)		
行政法	徐偉超	3	3	財稅	王介(曾玠智)	1	
	鍾禾(莊智翔)			海商/海洋	許霍(方凱弘)	1	
民訴	安排中	4	4	勞社	游正曄	2	
	李甦(李杰峰)						
刑訴	言頁(許願)	3	4				
	益明(林邦彥)						

※ 讀家補習班保留調整的權利

詳細課表請洽班內服務人員



榜首們的唯一選擇!

史上最強師資陣容來啦! 超強 **3** 師資只在讀家!
堂數最多! 師資最優! CP值最高! 就是要讓你今年就上榜!

2021 讀家 一試 二試 司律總複習

民事財產法：張璐、賴川、程穎
身分法：程穎
刑法：連芯、周易、楊過
憲法：徐偉超、寧尚
行政法：徐偉超、鍾禾
民訴：李甦、師資安排中
刑訴：言頁、益明
公司/證交：祁明、陳楓
保險：柏達

一試 + 二試

面授 9800元 | 雲端 12800元

一試 面授 6000元 | 雲端 7500元

二試 面授 6000元 | 雲端 7500元

一試總複習

科目	師資	上課日期	堂數
民事財產法	張璐(洪健智)	07/12(一)18:45、07/14(三)18:45、07/15(四)18:45	3
身分法	程穎(陳姿嵐)	06/19(六)14:00	1
刑法	連芯(簡佑君)	06/02(三)18:45、06/09(三)18:45、06/11(五)18:45	3
憲法	徐偉超	05/22(六)18:45、05/29(六)18:45	2
行政法	徐偉超	06/05(六)18:45、06/06(日)09:30、06/06(日)14:00	3
民訴	李甦(李杰峰)	06/10(四)18:45、06/17(四)18:45、06/21(一)18:45 06/24(四)18:45	4
刑訴	言頁(許願)	07/10(六)10:00、07/10(六)14:00、07/11(日)10:00	3
公司法	祁明(林子堯)	06/27(日)10:00、06/27(日)14:00	2
證交法	祁明(林子堯)	07/04(日)10:00、07/04(日)14:00	2
保險法	柏達(吳治霖)	06/05(六)14:00	1
票據法	歐政(毛書傑)	06/15(二)18:45	1
強執	歐政(毛書傑)	06/22(二)18:45	1
國公	林綺(彭郁紋)	06/12(六)18:45、06/19(六)18:45、06/26(六)18:45 07/03(六)18:45	4
國私	路易(蔡松萍)	06/20(日)14:00	1
法英	Alexis(郭怡妘)	07/11(日)14:00	1
法倫	歐拉(陳慶鴻)	07/01(四)18:45	1
◆ 加贈加開 ◆			
民事財產法	賴川(賴建禎)	05/29(六)10:00、05/29(六)14:00、06/05(六)10:00	3
	程穎(陳姿嵐)	06/12(六)09:30、06/12(六)14:00、06/19(六)09:30	
刑法	周易(楊駿賢)	06/01(二)18:45、06/03(四)18:45、06/08(二)18:45	3
	楊過(郭文傑)	06/28(一)18:45、06/30(三)18:45、07/05(一)18:45	
憲法	寧尚(李俊良)	05/31(一)18:45、06/07(一)18:45	2
行政法	鍾禾(莊智翔)	06/29(二)18:45、07/06(二)18:45、07/13(二)18:45	3
民訴	安排中		
刑訴	益明(林邦彥)	06/13(日)09:30、06/13(日)14:00、06/20(日)09:30	3
公司法	陳楓(雷鈞威)	06/26(六)09:30、06/26(六)14:00	2
證交法	陳楓(雷鈞威)	07/03(六)09:30、07/03(六)14:00	2

二試總複習

科目	師資	上課日期	堂數
民事財產法	張璐(洪健智)	08/08(日)10:00、08/08(日)14:00、08/11(三)18:45 08/13(五)18:45	4
身分法	程穎(陳姿嵐)	09/08(三)18:45、09/15(三)18:45	2
刑法	連芯(簡佑君)	08/25(三)18:45、08/28(六)14:00、09/01(三)18:45 09/04(六)14:00	4
憲法	徐偉超	09/11(六)09:30、09/11(六)14:00	2
行政法	徐偉超	09/12(日)09:30、09/12(日)14:00、09/19(日)09:30	3
民訴	李甦(李杰峰)	08/30(一)18:45、09/02(四)18:45、09/06(一)18:45 09/09(四)18:45	4
刑訴	言頁(許願)	09/18(六)10:00、09/18(六)14:00、09/25(六)10:00 09/25(六)14:00	4
公司法	祁明(林子堯)	08/15(日)10:00、08/15(日)14:00、08/22(日)10:00	3
證交法	祁明(林子堯)	08/22(日)14:00、08/29(日)10:00、08/29(日)14:00	3
保險法	柏達(吳治霖)	08/14(六)18:45	1
智財	凝以(林穎)	09/22(三)18:45、09/24(五)18:45	2
財稅	王介(曾玠智)	09/26(日)14:00	1
海商	許霍(方凱弘)	09/22(三)18:45	1
海洋	許霍(方凱弘)	09/24(五)18:45	1
勞社	游正暉	09/26(日)10:00、14:00	2
◆ 加贈加開 ◆			
民事財產法	賴川(賴建禎)	08/14(六)10:00、08/14(六)14:00、08/21(六)18:45 08/28(六)18:45	4
	程穎(陳姿嵐)	09/04(六)18:45、09/11(六)18:45、09/18(六)18:45 09/19(日)14:00	
刑法	周易(楊駿賢)	08/10(二)18:45、08/12(四)18:45、08/17(二)18:45 08/19(四)18:45	4
	楊過(郭文傑)	08/18(三)18:45、08/20(五)18:45、08/23(一)18:45 08/26(四)18:45	
憲法	寧尚(李俊良)	08/09(一)18:45、08/16(一)18:45	2
行政法	鍾禾(莊智翔)	08/24(二)18:45、08/31(二)18:45、09/07(二)18:45	3
民訴	安排中		
刑訴	益明(林邦彥)	09/05(日)18:45、09/12(日)18:45、09/16(四)18:45 09/23(四)18:45	4
公司法	陳楓(雷鈞威)	08/21(六)09:30、08/21(二)14:00、08/28(六)09:30	3
證交法	陳楓(雷鈞威)	09/04(六)09:30、09/05(日)09:30、09/05(日)14:00	3

* 讀家補習班保留調整的權利

讀家
READER PLACE

02-7726-6667 · 02-7726-6766
台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班
10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號

20210223



20210331 讀家刑法講座：

從刑法文章看國考趨勢

文章 出處	薛智仁，虛遷戶籍罪之「從嚴」解釋—評台灣高等法院 109 年度上訴字 第 114 號刑事判決，月旦裁判時報，第 102 期，2020 年 12 月，頁 70-80。
----------	---

甲、乙、丙三人皆任職於桃園市之中華航空公司逾二十年以上，並為中華航空股份有限公司企業工會(下稱「華航工會」)會員。華航工會於 107 年 5 月 31 日舉行會員代表大會，表決通過推派該工會秘書長 A 參選桃園市第 2 屆市長選舉。三人為使 A 順利當選並取回參選之保證金，分別將個人戶籍遷移至桃園市戶籍地址，經選務機關將其列入選舉人名冊，嗣於 107 年 11 月 24 日桃園市長選舉投票日領取選票及投票¹。

本判決從嚴解釋之方式

1. 所謂虛遷戶籍，是行為人在「該選舉區沒有繼續居住之事實」。
2. 行為人是否虛遷戶籍，應該以各該選區之選舉區為標準，只要是實際居住該選舉區，即使戶籍登記地址與實際居住地址不同，也不該當虛遷戶籍。
3. 考量本罪立法意旨，配合現代生活型態，就「居住事實」應持較為寬鬆、彈性的認定標準，在行為人基於工作，而與工作地實際上存在密切關連性之情形下，應認其在工作地有居住事實。
4. 甲、乙、丙雖非居住在其登記遷入之桃園市戶籍地址，但多年來於「上班時間」均在桃園市工作，與其切身相關之勞動權益事務，亦與桃園市政府的施政相關，服務地點又位於桃園市選舉之選舉區內，一直(長期)與桃園市有「人、地之連結關係」，而非僅遇節日、休假或親友婚喪喜慶而至桃園市短暫居留之情形。依前開說明，甲、乙、丙在桃園市長選舉區內有居住事實，不該當本罪「虛偽遷徙戶籍」客觀構成要件。

本罪違憲疑慮

臺灣高等法院 109 年上訴字第 114 號刑事判決

¹ 台灣桃園地方法院 108 年度選訴字第 16 號刑事判決。

<p>限制參政權（憲 17）</p>	<p>判決</p>	<p>學者有認為住居所的變更，除法律別有特殊規定外，不能假藉任何理由予以限制，即使遷徙的目的係為特定政治目的，也不能因此認定有出籍入刑的問題存在，若將投票予某特定候選人而遷徙戶籍之行為視為「虛偽遷徙戶籍」，則同樣係遷徙戶籍，何以候選人為選舉，將戶籍遷徙至與其生活無任何淵源之地點，並登記為該地之候選人，國人並不質疑其正當性，而為實現參政權，於選舉前將其戶籍遷徙至其欲行使投票權之地點並投票，卻為法所不容。而人民有依其意願選擇在何處行使選舉權之自由，刑法第 146 條第 2 項之規定，在某程度上已對於人民參政權為不必要之限制。</p>
	<p>本文</p>	<p>然而，此一觀點有商榷餘地。首先，這是對於公職人員選舉罷免法的不當解讀。選舉權人的必要條件是「在各該選舉區繼續居住四個月以上²」，並且居住期間應「自戶籍遷入登記之日起算³」，上述規定的意義，並非指行為人有戶籍遷入登記達 4 個月，即可取得選舉權，而是指行為人必須有繼續居住 4 個月的事實，始能取得選舉權，戶籍遷入登記僅是選務機關認定居住事實存在的證據方法。因此，虛遷戶籍之人依法沒有選舉權。</p> <p>其次，選罷法以繼續居住 4 個月的事實作為選舉權人的必要條件，固然是對於普通選舉原則的限制，使欠缺居住事實之人不能參與選舉。但是，此一限制的理由是實際居住各該選舉區之人，對於當地的政治、社會文化等事務有最低的熟悉度，與該選舉區有最低限度的連結，故此一限制尚屬合理。在生活型態多元的現代社會中，居住事實不是建立個人與特定地域連結的唯一因素，但是就算存在其他可能的聯繫因素，也不代表居住事實已經完全喪失作為聯繫因素的合理性。社會生活型態的轉變，或許是立法者重新檢討選罷法的契機，考量是否新增居住事實以外的聯繫因素，但是無法構成上述規定違憲的理由。因此，本罪作為確保選舉權人資格之規範效力的刑罰規範，亦不構成對於參政權的違憲干預。</p>
<p>違反平等原則（憲 7）</p>	<p>判決</p>	<p>雖一為候選人，一為選舉權人，身分並不相同，但均係為選舉而遷移戶籍，一為合法，一為非法，仍係不合理之差別待遇。此種情形與未住戶籍地，長期在外地工作，甚至長年在國外，</p>

² 選罷法第 15 條第 1 項。

³ 選罷法第 4 條第 2 項。

	<p>僅於投票時始返鄉投票之「虛偽不遷徙戶籍」行為，同屬虛偽登記戶籍，何以前者為刑法處罰之行為，後者卻有返鄉投票之美名？刑法第146條第2項之規定，已形成不合理之差別待遇。</p>
<p>本文</p>	<p>首先，本罪在文義上排除虛遷戶籍成為候選人的情形，並不等於虛遷戶籍成為候選人在刑法上不構成犯罪。因為，虛遷戶籍之人登記成為候選人，仍然是在依法欠缺候選人資格的狀況下獲得票數的分配，造成不合法的投票結果，因而成立刑法第146條第1項之妨害投票結果正確罪。事實上，虛遷戶籍而投票的行為，原本也應該成立刑法第146條第1項之罪名，立法者增訂同條第2項，僅是為了終結當時適用第1項所產生的爭議，而不是排除虛遷戶籍成為候選人的可罰性。因此，虛遷戶籍而投票與成為候選人，在刑法上受到相同的處罰，僅是適用不同的罪名，此種適用法律的技術差異並不構成差別待遇。</p> <p>相對於此，長期未居住戶籍地而投票，則確實是現行法不具可罰性的行為。因為依據選罷法第4條第2項，選舉權人之要件在「戶籍登記後」繼續居住4個月，而不是在「投票日前」已繼續居住4個月，故即使投票人長期不居住戶籍地，通常不會影響其已取得之選舉權人資格。問題是，本罪僅處罰虛遷戶籍而投票之人，卻不罰事後不再居住戶籍地而投票之人，是否構成不合理的差別待遇？從居住事實是在建構個人對於當地事務之最低連結來看，長期不居住戶籍地的人，很可能與虛遷戶籍的人一樣，已經喪失對於當地事務的熟悉度，與選舉結果也缺乏利害關係，此種差別對待與其所追求之目的缺乏合理關聯性。然而，既然選罷法以「戶籍登記後」繼續居住4個月作為建立個人與地域連結的因素，則表示其所要求的人地連結關門檻不高，行為人在投票日時是否實際熟悉當地事務或與投票結果利害相關，並不重要。相較之下，虛遷戶籍之人在選舉區不曾有過居住事實，長期未居住戶籍地之人至少曾有4個月的居住事實，只有後者滿足立法者所設定之最低限度的連結關係，故二者的投票行為可罰性不同，勉強仍可以根據立法目的合理說明的差別待遇，不違反平等原則。至於選罷法的居住事實計算方式是否合宜，有無修正必要性，則是另一個問題</p>

限制遷徙自由（憲10）	<p>判決</p> <p>再者，戶籍法上之戶籍登記係憲法第 10 條所保障之居住遷徙自由，雖公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項規定在各該選舉區繼續居住 4 個月以上者，取得各該選舉區之選舉人。表面上並無剝奪任何人的投票權，但與刑法第 146 條第 2 項之規定聯結，對於有意遷徙戶籍之人，刑法第 146 條第 2 項之規定構成負面壓力，即對於任何有意遷徙之人，在選舉前 4 個月遷徙，將無法在新戶籍地投票，而僅能在原戶籍地投票，但原戶籍地若因過於遙遠或其他因素不便回去，例如在外島，則勢必使遷徙者於選舉前在遷徙戶籍或留在原地之間做選擇，自屬限制國民居住遷徙自由之規定，且司法院大法官會議釋字第 443 號解釋認為：「憲法第 10 條規定人民有居住及遷徙之自由，旨在保障人民有任意移居或旅行各地之權利。若欲對人民之自由權利加以限制，必須符合憲法第 23 條所定必要之程度」、釋字第 443 號解釋亦認為：「憲法第 10 條規定人民有居住及遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括出境或入境之權利。」</p>
	<p>本文</p> <p>本判決引述學說認為，本罪導致在選舉前 4 個月內欲遷徙之人，可能考量只能在原戶籍地投票，選擇留在原地而不遷徙戶籍，故本罪構成對於遷徙自由的違憲干預。這個觀點令人不解。</p> <p>第一、本罪之適用對象是「虛偽遷徙戶籍」之人，行為人實際上並未改變停留地點或住所，只是做出虛偽的戶籍遷入登記，即使本罪對其投票行為予以處罰，對於有意或實際遷徙之人，並不會產生任何不利益。因此，以實際遷徙可能帶來行使選舉權的不便利，推論本罪干預行為人的遷徙自由，可說是風馬牛不相及。</p> <p>第二、隨著實際遷徙而產生行使選舉權的不便利，其實是來自選罷法第 15 條第 1 項所明訂之繼續居住 4 個月的選舉權人必要條件。問題是，此一規定對於遷徙之人所產生的不利益後果，是否構成對於遷徙自由的干預？依據現代的干預概念，國家行為若是使個人完全或部分「不能」從事基本權所保障的行為或享受其保障的法益，不論此效果是有意或無意的、直接或間接的、法律或事實的、有無命令或強制的性質，皆構成對於基本權利的干預。然而，系爭規定使在選舉前 4 個月內遷徙的人，必須承擔在原戶籍地投票的不便利，類似每個人搬家之後，必須辦理各種地址變更，為子女辦理轉學等日常麻煩，並不會剝奪個人遷徙的可能性，或使遷徙一事遭遇重大阻礙。我</p>

	<p>們鮮少聽聞有人只因為短期內必須回原戶籍地投票，便放棄遷徙至新戶籍地。因此，選法第 15 條第 1 項，以及確保其規範效力的本罪，都稱不上對遷徙自由造成干預。</p>
--	---

立法技術質疑

虛遷戶籍而投票之客觀構成要件	<p>認為其雙行為犯的結構，可能導致行為人進行須為遷徙戶籍之登記時，即已成立未遂犯，使可罰性起點過度前置。</p>
	<p>況且，取得投票權的戶籍設定行為，皆為真實，根本稱不上是虛偽遷徙戶籍。</p>
意圖使特定候選人當選之主觀構成要件	<p>從本罪的虛遷戶籍行為，無法推論出行為人有使特定候選人當選的意圖，與 169 條 2 項與 135 條 2 項之擬制立法不同。</p>
	<p>此要素可能導致明示其一排除其他的結果，誤認本罪有意不罰非法影響公民投票結果與意圖成為候選人而虛遷戶籍之人。</p>
	<p>所有投票行為無非是為使所支持的候選人當選，本罪卻將理所當然之事，明定為意圖內容。</p>

本文以為判決臚列學說對本罪立法技術的各式批評，卻未精確分辨不同批評背後的實質觀點

否定虛遷戶籍投票之刑罰正當性學說	肯定虛遷戶籍投票之刑罰正當性學說
<p>本罪是將原本不構成刑法第 146 條第 1 項妨害投票結果正確罪的行為，比照該罪予以處罰。因此，此說認為本罪採取「擬制」的立法技術，並質疑本罪以「意圖支持特定候選人當選」作為主觀構成要件，不僅產生舉證困難，而且無法使虛遷戶籍投票的危險程度與妨害投票結果接近。然而，上述批評的最大疑義在於，其不當否定虛遷戶籍投票的刑罰正當性。如果我們可以接受，刑法第</p>	<p>如果學說與實務當初能夠正確理解，虛遷戶籍投票就是第 146 條第 1 項無權投票意義下之「詐術」，本罪其實沒有增訂的必要。本罪的增訂雖然終結了當時的法律適用爭議，卻也產生了不可忽視的副作用，其中最重要的，就是本罪構成要件的制定與適用沒有緊扣「無權投票」的不法內涵。一方面，本罪之制定未能緊扣無權投票」的核心不法意義，才透過附加意圖使特定候選人當選」的</p>

146 條第 1 項之規範目的在於保護合法形成投票結果，既然虛遷戶籍之人不符合繼續居住 4 個月的選舉權人要件，即屬於無權投票之人，其投票行為就已經使投票結果不符合法律規定，因而導致不正確的投票結果。對於虛遷戶籍之人的投票適用刑法第 146 條第 1 項處罰，許多文獻認為有違憲法第 23 條之比例原則，因為戶政或選務機關可以透過加強實質查核的方式，防止虛戶籍之人被登記於選舉人名冊，或對於虛遷戶籍行為科予行政罰鍰，沒有動用刑罰的必要性。然而，上述主張並非無疑。加強戶籍登記正確性之查核或正確製作選舉人名冊，固然是減少選舉幽靈人口的有效手段；但是，無論行政機關如何加強戶籍登記與選舉人名冊之正確性，現實上都無法避免，無居住事實之人可能被登記在選舉人名冊上，透過投票行為導致不合法的投票結果。在這個範圍之內，對於虛遷戶籍而投票的行為施以刑罰，正是發揮行政查核與罰所不能達成的一般預防效果，難以否定其符合比例原則之必要性要件。因此，虛遷戶籍之人的投票，原本就構成刑法第 146 條第 1 項妨害投票結果正確罪，本罪僅在重申其同樣導致不合法投票結果，並非採取「擬制」之立法技術，對於本罪之擬制技術不當等相關批評，亦隨之失去立論基礎。

主觀要件，限縮虛遷戶籍投票的可罰性，忽略了不論行為人是出於何種理由虛遷戶籍，都無法取得選舉權人資格，其投票行為律構成無權投票。更有甚者，本罪之制定造成一個普遍的誤解，以為行為人虛遷戶籍而成為候選人、參與公民投票等，皆屬於立法者不欲處罰的對象，而不知這些行為原本都可能構成刑法第 146 條第 1 項。另一方面，本罪之適用也未能緊扣無權投票的核心不法意義，導致最高法院將行為人「領取選票」當成本罪之既遂時點，不待行為人將選票投入票，又將「虛偽戶籍遷徙登記」當作著手實行時點，忽略虛偽戶籍登記僅是進行無權投票的準備動作，對於本罪所欲保護之合法投票結果欠缺直接危險。就此而言，在本判決提及之立法瑕疵之中，本罪之增訂導致遺漏對於其他妨害正確投票結果行為之處罰，又可能過度前置對於虛遷戶籍投票行為之處罰，均屬於值得認同的批評。

由上述可知，本判決臚列學說對本罪立法技術的各式批評，卻未精確分辨不同批評背後的實質觀點，這導致我們難以確定，在本案合議庭的法律確信中，本罪到底是不當擴大對於虛遷戶籍投票的處罰，還是反而不當限制、重申虛遷戶籍投票的處罰。如此一來，如何從這些實質立場迥異的各式批評中，推論出「從嚴解釋」本罪構成要件的必要性，就是一個有待論證的主張。

虛遷戶籍概念之從嚴解釋

前述分析顯示，本判決引述學說對於本罪之違憲疑慮與立法技術批評，作為「從嚴解釋」本罪構成要件之理論基礎，實質上並無說服力。不過，本文不認同本判決所建構之從嚴解釋的理論基礎，並不等於反對其對於虛偽遷徙戶籍」要素的從嚴解釋方式。因為不論本罪有無違憲疑義或立法瑕疵，在尚未被宣告違憲失效或修法之前，我們必須在法律文義許可的範圍內，依據保障投票結果合法產生之規範目的，對於本罪構成要件進行解釋。以下本文將指出，本判決在認定行為人是否為虛偽徙戶籍時，以各該選舉之「選舉區」為地理基準，並且彈性、寬鬆地認定繼續居住事實，值得贊同。

如前所述，本罪係在禁止無選舉權人之投票行為，行為人取得選舉權的要件之一是「於各該選舉區繼續居住4個月以上」。依此，在認定行為人否實現虛偽徙戶籍要素時，應該緊扣本罪之立法意旨，以行為人是否在「該選舉區」繼續居住為標準。

要再次強調的是，相對於虛偽遷徙戶籍的文義，這確實是一種限縮解釋，但是理由不在於本罪的違憲疑義或立法瑕疵，而是本罪之規範功能在於保障投票結果之合法產生，故必須配合選罷法之選舉權人資格要件，將虛偽遷徙戶籍限定於依法沒有選舉權的情形。例如，在縣市長選舉，其選舉區及於該縣市之全部行政區域，只要行為人在該縣市之任何行政區域有居住事實，即使戶籍登記在A區卻實際居住於B區，其仍是在該選舉區有實際居住之事實，不屬於虛偽遷徙戶籍的情形。相對地，在縣市議員選舉，其選舉區通常僅限於某一縣市的一個或多個行政區域，如果上述A區和B區屬於不同選舉區，行為人實際居住B區卻將戶籍登記於A區，則其於該選舉區欠缺實際居住之事實屬於虛偽遷徙戶籍的情形。換言之，行為人有無本罪之虛偽遷徙戶籍，應視其於各次選舉之選舉區有無居住事實而定，無法一概而論。

相對困難的問題是，選罷法之繼續居住概念如何判斷。若是本文認知無誤，戶政及選舉實務及學說至今對於「居住事實」似乎尚無明確的判斷標準，這在現代社會中卻是一個亟待解決的問題。因為現代生活型態相當多樣，家庭生活在A地，工作場所在B地的情形非常普遍，法律上已經很難單純以民法所謂的住所或居所作為認定居住事實的唯一標準。如果再考量到，選舉權人資格以在選舉區繼續居住4個月以上為要件的實質理由在於，唯有實際居住的事實才能夠建立選舉權人與選舉區事務之最低連結，使其被認定為該選舉區之政治共同體成員之一，那麼在現代多元的生活型態之下，完全否認個人對於工作地點之公共事務欠缺最低限度關聯性，也不符合立法者以繼續居住事實作為取得選舉人資格要件的實質理由。因此，儘管戶政與選舉實務尚無明確的居住事實認定標準，刑事法院仍然可以考量本罪之立法意旨，配合現代生活型態提出較為寬鬆、彈性的居住事實認定標準，至少在行為人與工作地實質上存在密切關聯性的情形下，承認其於工作地有居住

事實。採取彈性寬鬆的「居住事實」概念來認定行為人是否實現「虛偽遷徙戶籍」之客觀不法構成要件，仍然在構成要件的可能文義範圍之內，並無違反類推適用禁止原則的疑義。從刑罰之最後手段性來看，透過較為彈性寬鬆的「居住事實」概念對於「虛偽遷徙戶籍」之構成要件要素做限縮解釋，也有其合理性。當然，一個居住事實的明確標準，仍然有待學說和實務的努力，不過至少在行為人基於工作而與戶籍登記地事務有實質關聯時，不妨肯定其與當地之連結和家庭生活所在地不相上下具備居住事實。

依此，本案被告在其登記遷入之地址雖無家庭生活，但是長年在華航公司工作服務，與其切身相關之勞動權益事務均與桃園市政府施政相關，服務地點亦位於桃園市長選舉之選舉區內，本判決據此認定其於選舉區內有居住事實，不僅切合其生活型態，而且符合繼續居住事實作為選舉人資格要件的實質理由。因此，本案被告在桃園市長選舉區內有居住事實，不該當「虛偽遷徙戶籍」之客觀不法要件。

意圖支持特定候選人當選概念

本判決認定本案被告不該當虛偽遷徙戶籍的客觀不法要件，故無庸進一步審查被告是否實現「意圖支持特定候選人當選」之主觀不法要件。但是假如反對本判決對於「虛偽遷徙戶籍」的從嚴解釋，認定本案被告行為該當客觀不法要件，則有必要進一步思考，本案被告是否實現「意圖支持特定候選人當選」之主觀不法要件。

依據刑法學說的主流看法，「意圖」要素和「故意」要素一樣，概念上是由「認知」與「意欲」兩大要素所組成，對於主觀構成要件所描之結果，行為人必須有以達成此一結果為目的之「意欲」但是只要「認知」此一結果有實現之可能性即可。以竊盜罪之所有意圖為例，行為人必須出於使自己或第三人居於類似所有權人之地位之目的，但是對於可能持續剝奪原所有人之所有權人地位有所預見。換言之，如果行為人只有達成特定結果之目的，卻根本不認為有實現此一結果的可能性，將因為欠缺必要的「認知」要素而無法實現「意圖」要素。

因此，本罪之「支持特定候選人當選」的意圖，指行為人出於支持特定候選人當選之目的，同時對於特定候選人可能因此當選有所認知，如果欠缺其一，「意圖支持特定候選人當選」之主觀要素將無法實現。

在一般的虛遷戶籍投票的情形，行為人不僅是以支持特定候選人當選為目的，而且也認其所支持之特定候選人可能因此當選。因為此種所謂「選舉幽靈人口」的現象，通常是發生在選舉區小的地方選舉上，例如離島地區之各級選舉、台灣本島之村里長或縣市議員選舉等。在這類選舉之中，由於選舉權人的數量少，候選人動員支持者虛遷戶籍投票，才有可能透過改變選舉權人數及得票數而影響當選與否的結果。因此，虛遷戶籍之人只要知道其所欲參與之投票屬於小選舉區，通常就會知道其投票可能使其所支持之候選人當選，具備意圖使特定候選人當選」

的主觀要素。必須強調的是，這並不是在主張本罪之成立以虛偽遷徙戶籍投票足以影響當選結果為客觀要件，因為只要虛遷戶籍之人參與投票，就足以使投票結果受到無選舉權人之票數影響而不正確，有無影響當選結果並不重要。但是，本罪既然以行為人主觀上出於「支持特定候選人當選」之意圖為要件，行為人主觀上至少要認為，其虛遷戶籍而投票可能讓所支持之候選人當選。

然而，本案和一般的虛遷戶籍投票並不相同，因為被告所參與之投票是 2018 年第 2 屆桃園市市長之選舉，本次選舉人數為 173 萬餘人，由得票數最多之候選人當選。在選舉人數如此龐大的選舉之中，幾乎不曾聽聞候選人以動員支持者虛偽遷徙戶籍的方式操弄選舉結果，其原因正是現實上不可能動員到足夠多的幽靈人口去影響當選結果。基於此一現實因素，本案被告在徙戶籍至桃園時候，其主觀上所認知的事實是，其所支持之市長候選人不可能因為自己的虛遷戶籍投票而當選。被告之所以在明知 A 不可能當選的情況下，仍然虛偽遷徙戶籍而投票，並不是出於重大無知誤認其可能因此扭轉 A 的落選結果，而是純粹出於支持 A 以參選表明保護勞工的理念，或希望助其取回參選保證金而已。因此，即使認為本案被告在客觀上是虛遷戶籍而投票，主觀上根本未認知道 A 因此當選的可能性，欠缺「支持特定候選人當選」的意圖。

文章 出處	謝煜偉，中止行為的要求程度，月旦法學教室，第 201 期，2019 年 7 月，頁 17-20。
----------	--

甲與乙分別在遠處開槍射擊丙，但甲、乙兩人互不知對方的存在。甲擊發之子彈未命中丙，而乙擊發的子彈則命中丙的腹部。甲誤以為命中丙，心生悔悟出於意，將丙送醫救治；而乙則誤以為沒有命中，雖然手邊仍有子彈，仍出於己意離去。丙因甲及時送醫挽回一命。論甲與乙的刑事責任為何？

通說採主觀說區分既了未遂與未了未遂

學說以實行行為完成與否區分既了未遂與未了未遂，實行行為完成的話為既了未遂，未完成的話則為未了未遂。

現今通說採取主觀說來區分實行行為完成與否，藉由行為人心中的犯罪計畫來決定行為究竟完成了沒有。只要在犯罪最後實行行為完畢時，行為人主觀上認為已經完成犯行最後一個步驟，則屬既了未遂。反之，則屬未了未遂。

通說的問題點：會出現中止行為要求程度與現實需求不符的情況

若以行為人主觀想法來判斷既了或未了，可能會出現主觀誤判客觀情勢的問題。如例題所示，甲子彈沒命中卻誤以為命中，故需要做出積極送醫行為；丙子彈命中卻誤以為沒命中，僅需消極放棄，即符合中止行為的要求。如此將會造成中止行為要求程度與現實需求不符的情況。主觀說的論者回應，行為人心中誤認有命中，就必須做出積極防果行為才能享有中止優惠的待遇；另一方面，在子彈有命中卻誤以為沒命中的情形，只要消極放棄犯行就符合中止行為之要求，但尚需有「既遂結果未發生」，或者「結果未發生與中止行為之間

有因果關係」才能享有中止犯的優惠。

本文以為通說忽略了「最後實行行為時」這個看法，會面臨嚴重的標準不一致問題

以本案為例，若最後實行行為時是扣下板機，那行為人應該是既了未遂，但通說卻將誤以為沒有命中的乙，評價為未了未遂。故通說所採取的標準表面上雖然緊扣著「實行行為時點」，但實際上已然悄悄偷渡到「行為人事後確認手段未產生作用時」，來判定是否屬於未了未遂的立場。簡言之，就是行為人行為之後，未遂的型態會根據行為人主觀上對於危險認知的差異，從「已完成」(開槍那剎那覺得會命中)又「恢復成」未完成(事後確認彈著點發現沒命中)的奇異現象。

中止行為的要求程度的判準應聚焦在是否已經開啟朝向既遂結果發生之因果流程，未了未遂與既了未遂的區分不重要

本文採新客觀說(因果關係遮斷說)，中止行為要求的程度，應聚焦在是否已經開啟朝向既遂結果發生之因果流程，只要已經讓保護客體陷入隨時會發生既遂結果的具體危殆狀態，那麼行為人就必須投入積極救助行為才能該當於中止行為，本文以為此說才能正確對應到客觀上中止行為的需求程度，而行為人主觀上對於危險狀態的認知，以及相對應的舉措程度，應該屬於「中止意思」的問題，而不是「客觀上中止行為要求程度」的問題。

本文：中止未遂之主、客觀要件

若行為人客觀上已開啟朝向既遂結果發生之因果流程，除了客觀上要有符合阻斷危險實現之需求的中止行為，主觀上亦需具有對於危險狀態、阻斷危險之需求乃至於發動中止行為之意思。至於中止意思的任意性乃下一步要檢討的要件。

本案涵攝結果

因丙最後未死亡，甲與乙開槍之行為都分別可論以殺人未遂罪。而甲可以成立中止犯，甲的行為並未開啟死亡結果實現的因果流程，依照因果關係遮斷說，甲只需放棄犯行繼續即可符合中止行為的要求。而甲不但放棄犯行繼續，甚至進一步將丙送醫救治，並不會妨礙其中止犯之成立。

而乙無法成立中止犯，乙已經開啟了丙死亡結果實現的因果流程，需要進一步投入積極防果之行為，但因乙只有消極放棄犯行，無法符合中止行為之要求，不能論以中止犯。

文章 出處	許恆達，國道急煞堵車的刑事責任，月旦法學教室，第 220 期，2021 年 2 月，頁 14-17。
----------	--

甲駕駛小客車沿國道行駛，行經高速公路某處，適乙駕駛小貨車亦行經該處，自中間車道變換至外側車道而行駛於甲車前方，致甲車、乙車險發生擦撞，甲因而心生不滿。因此強行自乙車右側急速斜向往左變換車道至乙車前方，乙為閃避碰撞，緊急變換車道至左側車道，甲又駕駛甲車再次擋住乙車前方，並驟然減速，乙為閃避碰撞而變換車道至右側車道，甲見狀再駕駛甲車向右變換車道至乙車前方，並驟然減速而作勢停車，雙方來回數次。請問甲的刑事責任為何？（最高法院 107 年台上字第 4928 號刑事判決改編）

刑法第 304 條強制罪的討論

強暴？

實務見解：只要實行一切有形力的攻擊行為，有形力是否作用於被害人身體則不重要，即使攻擊第三人或對物進行有形力攻擊，也可以成立強暴行為。

本文以為應嚴格解釋 304 強暴的概念，行為人必須行使有形力，造成行為人與被害人之間未成傷害的身體接觸，從而干擾被害人意思自由，才有辦法成立強暴行為。

WHY？

若依照實務見解，那麼生活中所有身體動作都可能成立強制罪（EX 以有形力竊取他人機車，影響他人騎乘機車的權利），如此將會把應適用其他罪名的行為全部認列至強制罪，混淆不同的法益內涵，若行為人與被害人之間欠缺「身體接觸關係，這類的自由干擾只能理解為其他法益侵害必然附帶之結果；附帶一提，有學說認為對於強暴行為無須有過多限制，透過違法性階層的可非難性實質判斷即可，然而這種見解把原本應屬於構成要件解釋的問題，遲延到違法性的可非難性審查，甚至無視我國無類似德國刑法強制罪可非難條款的法律文字，就直接援用德國刑法的解釋方法，並不妥適。

刑法第 185 條第 1 項妨害往來交通罪

多數實務：單純擋住特定被害人之前進方向，不符合壅塞的定義，因此只能論以概括他法，而他法則指「除損壞、壅塞以外，並包括其他足以妨害公眾往來通行之方法」

部分實務與學說：應廣義解釋「壅塞」之文義，及並不限於以交通工具以

外的有形物阻塞交通進行，還包括使用交通工具而造成通路的壅塞效果。

本文：在其他駕駛人前緊急煞車至多帶來特定車道的後方車輛前進障礙，尚難納入「堵」塞的文義範圍，但應可認定為類同外部型侵害的手法，可成立本罪的「他法」。

文章 出處	許恆達，擇一共同正犯，月旦法學教室，第 213 期，2020 年 7 月， 頁 24-27。
----------	---

爭點

共同犯罪之參與者間，若其分擔行為欠缺相互支援關係時，能否成立共同正犯？

★常見的共同正犯 VS 擇一共同正犯

共同正犯	擇一共同正犯
共同正犯透過犯意聯絡而形成計畫，再依據計畫來分工，每個人分擔的行為相互之間有相互支持、輔佐關係。	個別分工內容能獨立致生損害，但有人之分工，現實上欠缺相互支持關係，又與損害流程毫無關係。

<p>EX 甲、乙看阿璽長得太帥，共同決意要把他毀容。甲用阿璽左臉一巴掌，乙用阿璽右臉一巴掌，把阿璽打成豬頭，成功將其毀容。</p>	<p>EX 甲、乙決意要殺丙，兩人並知悉某日丙要出門慢跑，出於共同殺害丙之犯意，甲、乙分別埋伏在前門、後門外，等待丙出門後，各自持刀殺丙。丙當日選擇自後門離家慢跑而遇上乙，乙成功殺死丙。⁴</p>
---	--

那擇一共同正犯裡因隨機因素而未能正確選擇有效路徑的參與者，其行為欠缺支援力道與因果關係能否構成共同正犯？(可不可以把帳算在廢物頭上)

實務見解	內涵	認為共同正犯的責任基礎，在於犯意聯絡所形成的犯罪計畫，即使無分擔行為，仍得基於參與謀議、擬定計畫而成立共同正犯。故即使甲的分擔行為無從直接支持乙，但至少甲仍因「參與謀議」而提供重要貢獻，甲「參與謀議」產生犯罪計畫，乙再依計畫攻擊丙，與丙受到的侵害有因果關係，甲成立共同正犯。
	本文批評	共同正犯並不因犯意聯絡而全面成立，還必須有實質支配法益損害流程的分工。擬定計畫只是預備階段準備活動一部分，真正具有支配損害能量的行動，始終是實行階段的重要分工，故不應承認共謀共同正犯。
主流學說	內涵	分工的重要性應從事前時點決定，只要從事前的預期視角，可得認定有助於整體損害的實現具有重大貢獻，即使事後該貢獻無助於構成要件實現，或欠缺重要性，仍肯認共同正犯。但若從事前觀察，個別貢獻的時間、空間差距過大，足以稀釋相互協力關係，則仍可能否定共同正犯。從被害人丙在整體計畫啟動時，尚未選擇從前門或後門離家，甲、乙只有一人有機會殺人，另一人雖然不能啟動殺人流程，卻可透過攔堵另一個出口，使得丙無從逃離，此種可能的事前分工預期，已足讓甲、乙相互協力而成立共同正犯。
	EX	甲乙丙要去 A 宅偷東西，但擔心 A 宅的保鑣會突然出現，決定讓丙守在門外把風，但實際上保鑣沒有出現。雖然以事後的角度的來看丙無實質貢獻，但可從事前的角度肯認其貢獻，丙得成立共同正犯。

⁴ 簡化自本篇文章之案例事實。

本文批評	<p>共同正犯之所以能支配犯罪，是因為共同實行分工活動而開啟損害流程，而個別分工必須事實上對於集體行動帶來關鍵影響力，預期分工有無時、空距離並非關鍵。作為分工前提的計畫，只是使參與者產生分工的行動聯結，並無法直接損害法益。亦即，非屬典型構成要件行為的分擔行為，不能只是事前預期提高風險而已，還必須在現實流程中已經提高集體行動內蘊的損害風險。如果僅從計畫觀察分工，係曲解行為實行而支配犯罪的理念，從而錯誤地將犯罪支配解釋成「犯罪計畫支配」。</p>
本文見解	<p>應從事後的視角判斷分擔行為的重要性。只要個別分擔無法實質地帶來其他參與者分擔活動的協力機能，此時就表示個別參與者並非「累積效果而共同實現」構成要件，而是個別、獨立地實行個人的攻擊法益行為。以上述案例來看，當甲、乙分別埋伏於前、後門時，這表示雙方已經無協力效果，不符必須相互協力的基本要求，損害只能與乙的分擔行為產生因果關係，卻無法與甲的行為有任何因果關係，所以甲不成立共同正犯。不過，甲的分擔行為對於乙而言，具有心理意義上的支援效果，而乙也在此一心理支持下完成殺人行為，故甲可成立殺人既遂罪的心理幫助犯。</p>

簡單來說，實務見解認為只要有犯意聯絡就好，即便沒有行為分擔也可以成立共同正犯。但主流學說認為還是要有行為分擔，只是那個分擔的行為事前看起來有用就好，即便事後來看是個廢物行為也沒關係。許老大則認為分擔行為要有確實發揮功效，事後來看也不可以是廢物行為辣！

文章出處	許恆達，搶黃燈與注意義務的認定基準，月旦裁判時報，第 93 期，2020 年 3 月，頁 49-60。
------	---

甲駕駛自用小客車，行經十字路口時，行使方向的號誌已轉為黃燈，甲乃加速欲穿越路口，同時機車騎士乙亦經過該十字路口的另一側，乙行使方向的號誌仍為紅燈，惟乙仍闖越紅燈進入路口，甲在通過交岔路口時發現乙，立即剎車，但仍發生碰撞，乙人車倒地，受有四肢癱瘓之重傷。

通說與實務認為要構成過失犯，行為人必須違反注意義務

實務強調違反客觀注意義務是構成過失犯的必要條件，學說則強調注意義務的來源，包括具體規則、一般生活中的必要注意，並透過信賴原則微調注意義務的實質內容。學說並將注意義務分為內在注意與外在注意，內在注意是指能夠預見損害發生的風險；外在注意是須實行有效控管風險行為的避險措施。

本文以為之注意義務的實質內容須考量距離損害發生的時空遠近，注意義務本身的外在行動影響與內在預見關係，風險行為的危險性強弱應先觀察注意義務的時間軸線，必須考量距離損害的時空關係，應先優先觀察關鍵情狀的迫近時刻行為人有無違反風險控管的外在注意義務，再觀察該時點前的外在活動，若都沒有外在注意義務的違反，才能透過內在注意義務的違反判斷行為人構成過失刑責，而這種內在注意義務會連結行為人未能有效蒐集周邊資訊，且錯誤認知風險情狀的資訊蒐集義務。例如道路交通安全規則第 94 條第 3 項⁵的車前狀況注意義務。而資訊蒐集義務的範圍，應依風險活動的性質以及個案的利益量關係予以決定

甲闖黃燈沒有在交岔路口煞車停止也沒有減速，沒有違反注意義務

本件關鍵的交通情況為交叉路口撞擊時點，與該時點具備直接密切的行為是快速通過交岔路口的行為，應先從此時點觀察甲有無違反注意義務。

依我國現行交通規則⁶，號誌轉為黃燈時並不立即喪失路權，黃燈僅只作為警告該方駕駛人「即將」喪失路權，既然路權尚未喪失，搶著轉換黃燈時機而進入交岔路口的駕駛行為，仍符合整體交通法規的期待；而再就實質的利益權衡來說，會面臨轉黃色燈號的駕駛人，若已經接近交岔路口的停止線時，如果要即刻煞停，其反應時間相對有限，不僅可能無法有效煞停，還是進入交岔路口區域，還有可能在緊急煞停的同時，讓來不及煞停的後車撞上，要求駕駛人立即緊急煞停，可能帶來的不利後果並不算少，與其強行要求駕駛人不得進入交岔路口，倒不如抱持開放態度，委諸個別駕駛人依其速度、行車周邊狀況、距交岔路口距離與時間，許可其個別決定。

綜合以上的分析，不論從交通法規的路權設定，或是從實質的利益衡角度來看，都欠缺要求接近交岔路口時，面對轉黃燈的駕駛人立即煞停且不得通過的正當理由。

甲可依信賴原則而認定未違反車前狀況注意義務

本件交叉路口撞擊時點之關鍵情況時刻甲之外在活動無注意義務違反如同所述，此時應觀察與損害距離較為疏遠的車前狀況注意義務。

⁵ 汽車行駛時，駕駛人應注意車前狀況及兩車並行之間隔，並隨時採取必要之安全措施，不得在道路上蛇行，或以其他危險方式駕車。

⁶ 道路交通標誌標線號誌設置規則第 206 條第 4 款「圓形黃燈用以警告車輛駕駛人及行人，表示紅色燈號即將顯示，屆時將失去通行路權」。

本文以為搶黃燈的駕駛人，其行為雖然是容許風險之行為，但具備高風險，應負有特別的車前況注意義務(資訊蒐集義務)，但仍必須進行風險行為強度與利益衡平的判斷，而認定行為人得否主張信賴原則故不具備注意義務之違反，故車前狀況注意義務的有下列前提。

- (一)僅限於合理時間前足以讓該駕駛人注意之動態。
- (二)該被害人的客觀行動已經接近路口。
- (三)被害人有違規闖入路口的明顯跡象。

本案例中，甲搶黃燈進入交岔路口已達到容許風險邊界，是實行高風險的活動時，故提高甲對於車前狀況注意義務。但是仍應進行利益衡量，才能確認強化資訊蒐集義務的正當性及其界限。甲駕駛一般小客車通過交岔路口時，甲要維護的利益僅只於駕駛人一般性的行動自由，其雖不具備特別的公益屬性，但這種快速交通而讓往來便利則屬於社會生活中的必要活動之一，甲為了實現社會共同肯認且需要的行動自由，同時也在符合交通法令的行動界限之內加速通過交岔路。而該項利益的實現，最終侵害違規闖紅燈的乙之身體與健康利益，然而，乙之所以受損，部分原因是乙本身自己違反路權的闖紅燈行為，且本件甲在通過交岔路口前，乙並沒有闖入路口的明顯跡象，故當甲通過路口時，並無合理時間注意乙之動態，甲可主張信賴原則，而認定其未違反注意義務，甲不構成過失致重傷罪。

文章 出處	蔡聖偉，「容許構成要件錯誤」案型的實例審查，月旦法學教室，第 219 期，2021 年 1 月，頁 54-68。
----------	--

廣告系學生 A 要拍攝畢業短片，其中有段性侵劇情，A 挑選了校園偏僻處拍攝，找來同學 B、C 協助演出，依照 A 的規劃，B 要持塑膠道具刀將 C 撲倒並作勢性侵，C 大聲呼救，A 則於一旁持小型攝影機錄影。正式拍攝時，壘球隊隊員甲碰巧行經該地，聽到 C 的呼救聲信以為真衝上前去，見到一旁拍攝的 A 非但沒有因此懷疑事件的真假，還斷定 A 若非 B 的同夥就是可惡的旁觀者，大聲喝斥並抽出球棒揮向 B 欲阻止其性侵行為，B 聞聲立刻起身，甲一棒擊中 B 造成其肩膀挫傷，A 與 C 趕緊上前阻止甲並送 B 就醫，所幸傷勢無大礙。

一、揮棒攻擊 B 可能構成刑法(以下同)第 277 條第 1 項故意傷害既遂罪

(一)構成要件該當性

B 肩膀受到挫傷，屬生理狀態的不利變更，構成要件結果(傷害)已生。甲的行為對此結果的發生而言亦屬不可想像不存在之條件，具條件公式意義下之因果關係。對 B 揮棒攻擊的行為製造了不受容許的傷害風險，此風險也在乙的傷害結果中實現(具客觀可歸責性)，客觀構成要件該當。甲主觀上對於上開構成要件該當事實有所認知，並有意使其發生，具傷害故意。

(二)違法性

本案事實涉及到為維護他人權利而實施的防衛行為，要能透過正當防衛阻卻違法，首先必須客觀上存有侵害情狀(現在不法之侵害)，以及構成要件該當行為可被評價成防衛行為(對於侵害的排除屬適當且必要)關於防衛情狀的認定，學說上有「事前」與「事後」兩種立場的對立。案中，由於事發地點為校園，且一旁有人持攝影機攝，故即便採事前認定的立場，一般人基於這些可得認知的事實，亦將否定防衛情狀的存在，故可確認正當防衛之客觀要件不具備。但在另一方面，甲於主觀上所誤信存在的事實，是一個正當防衛事實(存有防衛情狀，且其所為對於侵害的排除而言，亦屬適當且必要)，此即為學說上所稱的「容許構成要件錯誤」。對此問題，學說上提出了以下幾種處理建議：

1. 故意理論

故意理論主張不法意識應包含在故意中，故意除了對於構成犯罪事實的

知與欲之外，還包括了不法意識。因此，處於容許構成要件錯誤的行為人不具故意，至多只能成立過失犯。

2. 嚴格罪責理論

依照三階層犯罪審查架構的固有體系來看，行為人業已該當故意犯罪之構成要件，其主觀上雖具正當防衛之意思，但客觀上究無不法侵害，故無法阻卻違法性，仍應成立故意不法。但在罪責階層，由於容許構成要件錯誤的行為人因該錯誤而認為自己所為乃受法所容許，故欠缺不法意識，應依禁止錯誤的規則處理。倘錯誤屬可避免，便仍成立故意犯罪，僅於錯誤不可避免時，始阻卻罪責。

3. 限制罪責理論

限制(縮)罪責理論認為，處於容許構成要件錯誤的行為人雖具構成要件故意，但其所誤認者為事實情狀，屬性上和構成要件錯誤相近，故應類推適用構成要件錯誤之法理，阻卻故意不法，應另行審查是否成立過失犯。

4. 限制法律效果之罪責理論

依照目前文獻上居於多數的限制法律效果之罪責理論，故意具雙重機能，除了在構成要件該當性所審查的構成要件故意之外，於罪責層尚須審查故意罪責(罪責故意責任故意)。其次，容許構成要件錯誤既非構成要件錯誤亦非禁止錯誤，而是一種獨立的錯誤類型，效果上並不會影響故意不法的成立(因此其他參與者仍能成立共犯)，而是阻卻罪責階層中的故意罪責要素，從而不適用故意犯的刑罰。如果行為人的誤認具有注意上的瑕疵，則可適用過失犯之刑罰處斷，不過此部分的處理，本說的支持者間主要有以下兩種不同主張：

(1)應在故意不法的前提下搭配過失罪責，亦即，成立的罪名仍為故意犯罪(如故意傷害既遂罪)，但適用各該犯罪類型過失制裁規範(如過失傷害罪)的法定刑。

(2)故意罪責要素一旦阻卻，便確定無法成立故意犯罪，應另行審查是否成立相關犯罪類型的過失犯。

5. 負面構成要件要素理論

依照負面構成要件要素理論，三階論中的構成要件該當性與違法性兩個審查階層的質相同，應將之合併成整體不法構成要件。於整體不法構成要件該當性的審查中，再分成正面要素與負面要素兩部分；前者為個別犯罪的要件該當性的審查，後者的內容則是「無阻卻違法事實存在」。行

為人若是對事實情狀有所誤認，無論是涉及到正面要素還是負面要素，均應適用相同的錯誤處理規則。依此，容許構成要件錯誤即屬構成要件錯誤，阻卻構成要件故意，應續行審查是否成立過失犯。

我國實務處理誤想防衛的問題時，早年有判例認行為人仍應成立故意犯罪，後則陸續有判解認應阻卻故意犯罪之成立，但無法進一步確認採前述何種學說(如 29 上 509 例、37 院解 3819、106 台上 3989)。

在現行法的框架下，恐怕已經沒有採取故意理論的空間，因為刑法第 13 條對於故意的認知內容限定在「構成犯罪之事實」，從第 16 條又可導出對法律的認知錯誤不會影響故意。而嚴格罪責理論則是將容許構成要件錯誤定性成禁止錯誤，但在反面容許構成要件錯誤的情形，卻又不可能得出幻覺犯(反面之禁止錯誤)的結論，故無法通過反面錯誤的體系檢驗。其前後無法一貫的關鍵就在於，該理論忽視容許構成要件錯誤的事實錯誤屬性。

至於限制法律效果之罪責理論，純粹以法律效果為導向(亦即:為了讓惡意參與者得以成立共犯，所必須肯定故意不法主行為的存在)，其中主張故意不法搭配過失罪責的立場，破壞體系之處甚明。事實上，惡意參與者的問題，大多已可透過間接正犯(錯誤支配)解決。至於另一主張阻卻故意罪責即不成立故意犯，而應另行審查是否成立過失犯的立場，實質上與限制罪責理論已相去不遠(差異僅在於是否肯定故意不法)。

最後，限制罪責理論，與負面構成要件要素理論二者，在錯誤問題的脈絡下，僅具形式上的差異，亦即:(1)是否維持構成要件該當性與違法性的區分、(2)究竟是直接適用構成要件錯誤的規則還是類推適用在實質內容方面，此二理論則無不同。與前述理論相較，限制罪責理論應屬可採事實上，即使維持三階論的架構，完整的不法(整體不法)也必須包含存有實現特定犯罪構成要件的事實」以及「無阻卻違法事實存在」二者，此二者僅從不同角度切入來檢證、評價犯行，欠缺其中任何一者即不存有完整的不法。與此相應，在主觀面向上，完整的故意不法亦應包含對於「構成要件該當事實」以及無阻卻違法事實」兩部分的故意，或可合稱為不法故意」依此，處於容許構成要件錯誤的行為人主觀上便欠缺完整的不法事實認知，應透過構成要件錯誤的規則阻卻故意不法，另行審查是否成立過失犯。

本案中，由於在違法性階層中已確認甲欠缺完整的主觀不法，故不成立本罪。

二、揮棒攻擊 B 可能構成第 284 條前段過失傷害罪

前已確認此一行為實現了故意傷害罪的客觀及主觀構成要件，而故意又包

含了過失的所有要件,亦即「有預見」以「可預見」(預見可能性、得預見)為前提,故本罪之構成要件亦屬該當。

其次,從事發地點為校園以及一旁有人持攝影機拍攝等周邊情事來看,甲若稍微謹慎留意些,應可辨識現場並沒有真的性侵害事件。因此,客觀上存在著完整的不法(無阻卻違法事實),而甲對於「客觀上無阻卻違法事實」乙點亦具預見可能性,故成立過失不法(容許過失)。

此外,亦無任何阻卻罪責事由存在,甲成立本罪。

文章 出處	林書楷，使公務員登載不實之研究—實質間接正犯的觀點，台灣法學雜誌，第 408 期，2021 年 1 月，頁 99-114。
----------	---

73 年台上字第 1710 號判例：214 之成立，須公務員「不具實質審查權限」

又刑法第二百十四條所謂使公務員登載不實事項於公文書罪，須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請予以登載，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，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。

→若公務員只須形式審查，行為人才有機會成立 214

刑法 214 構成要件的解釋，須考量其為實質間接正犯的本質，行為人有無犯罪支配力才是重點

刑法第 214 條使公務員登載不實罪的規定，其構成要件係在處罰使公務員不實登載公文書之行為，本質上是將利用公務員作為工具以遂行其偽造公文書之目的之間接正犯行為，透過立法的方式予以明文化，藉此以避免可能的處罰漏洞，故本罪事實上是一種「**實質間接正犯**」的處罰定。此種規定的功能類似於我國刑法第 31 條第 1 項關於純正身分犯之共同正犯與共犯的身分擬制規定，讓無公務員身分但卻實質上操控整個公文書不實登載事件的幕後行為人，得以經由使公務員登載不實罪之規定而對之論以實質間接正犯的刑責。

因此再解釋 214 之構成要件時，應該從犯罪支配的角度去理解，只有在行為人對公文書不實登載事件具**犯罪支配地位**時才能成立使公務員登載不實罪，公務員有沒有實質審查權限並非重點，因為即便公務員對登載內容具有實質審查權限，公務員還是有可能具有工具性⁷。且公務員對於登載的事項究竟是進行「**實質審查**」還是「**形式審查**」，院檢間之見解，甚至是不同級法院之間的認定也時常產生差異，實務見解顯然已動搖法律適用的安定性，且在個案中有可能會出現法律漏洞。

公務員懷疑申請登載事項可能不實但因無法確定，而予以登載之間接故

⁷ 例如公務員對於行為人所申請的登載事項，公務員雖具有實質審查權限，但因行為人以公務員家人之性命予以脅迫，公務員為救家人性命明知為不實事項但仍被迫於其所執掌之公文書上為不實登載，此時，被脅迫的公務員仍具工具性，以強制力脅迫公務員為不實登載的行為人無疑具有犯罪支配地位。

意情形，公務員仍具有工具性

在絕大多數的文書登載申請案件中，申請人提出的資料只要在外觀形式上並無呈現為不實，此時承辦公務員除非有證據能確認其屬不實，要不然只得依規定進行登載，這也是刑法第 213 條之公務員登載不實罪明定公務員須具備直接故意方得以構成該罪之原因，否則公務員勢必將動輒得咎。因此，當行為人利用了這樣的制度特徵，以外觀形式上難以確認其屬不實的資料據以向公務員提出登載申請，縱使承辦公務員可能對資料真實性產生懷疑，但在缺乏證據能確認其屬不實的情況下只能予以登載，此時使公務員對公文書登載不實可能存在「未必故意」但行為人對於整個公文書不實登載事件仍具有犯罪支配地位而得以成立刑法第 214 條的使公務員登載不實罪。

公務員甲以不實資料誤導另一公務員乙，使乙在其自己所執掌之公文書上為不實登載，此時甲應該成立刑法第 213 條公務員登載不實罪之間接正犯，抑或是成立刑法第 214 條使公務員登載不實罪之間接正犯？

本文以為此種情形，應視乙所為之登載事項是否屬甲之職務或職權範圍而定：

若乙所為之登載事項不屬於甲之職務或職權範圍	若乙所為之登載事項屬於甲之職務或職權範圍內（例如甲為乙的直屬上級長官或同屬承辦相同職務的公務員）
此時甲因欠缺對系爭事項進行登載的職務權限，在欠缺主體適格而無法構成刑法第 213 條公務員登載不實罪之間接正犯的情況下，應成立刑法第 214 條的使公務員登載不實罪	甲既具有登載系爭事項之職務權限的主體適格，此時即應構成刑法第 213 條公務員登載不實罪之間接正犯。

甲以公務員家人之性命脅迫公務員乙，乙為避免家人性命危險，縱使明知為不實事項仍被迫於其所職掌之公文書為不實登載。

乙該當 213 犯罪構成要件，但本質上是「強制性緊急避難」的情狀，而乙得否主張緊急避難？

肯定說	否定說	折衷說
-----	-----	-----

只要符合緊急避難的要件，即可主張緊急避難。	行為人無法主張緊急避難，僅能成立減免（寬恕）罪責之緊急避難。	僅限於避難行為所要保護的法益顯然強烈優越於其所侵害之法益時，才能主張緊急避難。
-----------------------	--------------------------------	---

本文乙為不論採何見解，甲具備犯罪支配地位（強制支配），成立 214。

公文書登載之內容不具對外效力之事項或不具擔保證明效力之事項，均非本罪適用範疇

公務書種類龐雜，有必要限縮本罪之適用，有學說認為 213 與 214 保護法益係公文書內容之真實性與公信力的規範目的，此處所指的「公文書登載不實」，應僅限於公務員基於國家賦予之威信性於其職務範圍內所製作且能對機關外部發生證明效力的公文書，而且只有使公務員對於公文書所要擔保證明的事項為不實登載，才會成立 214。本文進一步認為，214 所謂公文書不實登載之內容，應限於公務員職務範圍內所製作具外部效力的公文書所欲擔保之特定權利、法律關係、身分、能力、資格等具法律上重要性事項的登載有虛偽不實時，才足以影響國家公文書登載內容的公信力，損及人民對公文書正確性的信賴，解釋上才符合「足以生損害於公眾或他人」的要件。

1. 不具對外效力之事項

甲向戶政機關之公務員謊稱身分證遺失，而申請補發自己證件。

實務	本文
公務員無實質審查權限，甲應成立 214。	甲所謊稱的申請補發事實（遺失或毀損）往往僅使公務員登載於機關內部收件簿或登記簿中，此項登載縱有不實亦不生對外效力，不涉及國家公文書的對外公信力與人民對公文書正確性的信賴，解釋上應認為無法構成 214。

2. 不具擔保證明效力之事項⁸

⁸ 本文以為，縱屬具有外部效力之公文書，倘若該不實登載之事項非屬公文書所欲擔保的證明效

甲謊報不實債權，而申請假扣押。

實務	本文
法官或司法事務官對於假扣押准駁之裁定係實質審查為由，而認為甲不成立 214	由於當事人之實體法律關係仍須於本案訴訟中經由法院判決確認，假扣押裁定之內容僅係法官或司法事務官准予保全扣押財產之登載，並不涉及擔保債權人實體法律關係的證明效力，因此甲不成立 214 ⁹ 。

甲持偽造本票或有權簽發而原因債權不實之本票（例如原因債權不存在、原因債權債務與票面金額不符等）向法院聲請取得准予為強制執行之裁定。

實務	本文
高等法院 ¹⁰ ：非訟法院准予強制執行的裁定程序是實質審查，甲不成立 214。	關鍵應在於准予本票強制執行之裁定是否具有擔保實體權利義務關係的證明效力？而本票准於執行裁定之內容僅係法官或司法事務官准予強制執行之登載，並不涉及擔保本票債權實體法律關係的證明效力，此部分債權人仍得提起確認本票債權不存在之訴訟予以確認，故甲不成立 214 ¹¹ 。
最高法院 ¹² ：非訟法院准予強制執行的裁定程序是形式審查，甲成立 214。	

力事項，亦即不涉及擔保特定權利、法律關係、身分、能力或資格等法律上具重要性之事項。此時行為人縱有使公務員登載不實之情形，也不構成 214。

⁹ 若甲果真獲得錯誤勝訴判決，由於錯誤勝訴判決具有擔保實體權利義務關係的證明效力，此時甲成立 214。另外若甲進一步以該錯誤確定判決據以向執行法院申請強制執行，則應另構成訴訟詐欺而成立詐欺罪。

¹⁰ 高等法院高雄分院 100 年度上易字第 143 號判決。

¹¹ 若甲據以申請裁定之本票係屬偽造或變造，仍應負刑法第 216 條行使偽造變造文書罪之責，倘若其因此取得准予強制執行之裁定再據以聲請強制執行，亦另應構成訴訟詐欺而成立詐欺罪。

¹² 最高法院 85 年度台上字第 3936 號判決。

文章 出處	許澤天，居酒屋的猛烈反擊—108年司法官與律師二試刑法試題解析，台灣法學雜誌，第407期，2021年1月14日，頁183-189。
----------	---

建商甲欲收購 A 地段土地興建商用大樓，乙於該地段經營一家小型居酒屋已久，該店是其與亡妻的心血結晶，故一再拒絕甲的要約。甲的計畫受阻，便要自己的司機丙去砸店，讓乙做不成生意，丙爽快答應，希望能報答甲對自己長久以來的照顧。當晚丙和好友丁吃宵夜時，提到自己要替老闆砸店，丁為表示支持，便主動出借木棍一支供其使用。丙將木棍帶回後，擔心木頭材質不耐敲打，最後還是決定用自己的鋁質球棒。數日後，丙帶著鋁棒前往乙的居酒屋，在路邊等到店家打烊關門，見店內僅剩乙一人，便翻牆潛入，一進去就用球棒四處猛敲，打破許多餐具和裝潢擺飾，乙上前制止，也被丙一陣亂打而全身受有多處挫傷。後來丙踩到餐具碎片滑倒，乙便趁機衝進廚房拿起菜刀，丙起身後揮舞球棒打算繼續攻擊乙，乙為自保便朝丙的腿部劃了一刀，受傷的丙轉身由後門逃出居酒屋。乙見愛妻遺物被嚴重破壞，怒火中燒，持刀追了出去，丙因傷口疼痛無法快跑，見乙持刀自後方追來，便蹲下高舉雙手求饒，乙竟想砍下丙的手，猛力揮刀砍去，將丙的左手掌自手腕處斬斷，登時血流不止。乙見狀怒氣稍微平復，便返回店內報警並委請警方電召救護車，丙則倉皇拾起斷掌自行勉力前往一旁的醫院急診室。由於傷口整齊，且在黃金接合時間內進行手術，丙的左手於術後復原良好，未留下任何永久性的功能障礙。試問甲、乙、丙、丁之行為在刑法上應如何評價？（答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人見解）

丙的部分

潛入居酒屋→刑法第 306 條第 1 項侵入建築物罪

營業用得居酒屋是建築物。屋主權人乙原則上僅在營業時間內同意他人進入，居酒屋已打烊，丙翻牆潛入即屬侵入。退步言之，即便丙是在營業時間內進入居酒屋，惟丙帶著鋁棒進入砸店，已非在外觀上呈現出合乎乙能予同意的顧客形象，亦也該當侵入。

用球棒打破許多餐具和裝潢擺飾→刑法第 354 條毀損罪

餐具和裝潢擺飾為他人之物，丙將它們打破係使這些物品受到實體損害的損壞行為，足生損害於他人。丙雖毀損數件物品，但它們同屬居酒店經營者乙所有，僅論以實現一次本罪構成要件即可。而雖然丙主觀上是

為他人犯罪之意思毀損物品，惟其具有主導毀損犯罪流程的犯罪支配地位，應論以正犯。

以鋁棒毆打乙→刑法第 277 條第 1 項傷害罪

侵入住居罪是繼續犯，行為人在犯罪結束前實施之其他犯罪，與侵入建築物具有手段目的關係時，自可評價為同一行為的部分合致，而成立想像競合。

惟毀損罪與傷害罪是丙分別違犯，具有實質競合關係，可否透過侵入建築物罪的夾結，而將此三罪評價為一行為的想像競合？

肯定說	認為三罪成立想像競合，法院在量刑中考量行為人的整體罪責即可。
否定說	若已有兩罪成立實質競合，自不能使多犯第三罪的行為人獲得想像競合的不當利益。
本文	本文採否定說，尤其毀損罪與傷害罪的法定刑均重於侵入建築物罪，更不能只因行為人多犯了一條侵入建築物罪，而使其在法律效果上獲得過度優惠。

然，若維持毀損罪與傷害罪的實質競合，又如何與侵入建築物罪想像競合？

有認為實質競合的兩罪各自與第三罪想像競合，再併合處罰。但本文以為，如此將使第三罪被重複評價，自屬不妥。

有認為先發生之罪與第三罪成立想像競合，再與後發生之罪併合處罰。但本文以為，此說忽略時間在後的罪名與第三罪具有想像競合關係。

故本文認為法院應對成立實質競合的毀損罪與傷害罪先訂出可能整體執行刑的上下限，再與侵入建築物罪的法定刑從一重處斷，以兼顧實質競合與想像競合的評價。

丁的部分

提供木棍→354+30

物理幫助？

丙非使用丁提供的木棍，而是使用自己的鋁棒，欠缺物理上的促進作用，是否成立本罪？

有認為幫助犯是抽象危險犯，縱使幫助行為與正犯行為欠缺因果關係，仍可成立幫助犯。

有認為幫助行為與正犯行為仍須具有因果關係，或對正犯行為具有促進作用，或提高正犯主行為實現犯罪的風險。

本文採後說，丁的幫助行為與丙的毀損主行為欠缺助益作用，丁之物理幫助為現行法不罰之無效幫助。

心理幫助？

丁得否因為對丙的毀損主行為表示支持，並出借木棍成立心理幫助犯？

有認為只要對正犯的犯罪計畫表示認同或表態支持，即可成立心理幫助犯。

有認為單純的肯定或表態支持正犯的犯罪計畫，尚不足以成立心理幫助犯，而應對正犯的犯罪決意具有強化作用，或提高其安全感，始能成立心理幫助犯。

本文採此說，不能濫用心理幫助概念網羅前述不能成立物理幫助的情形。故不能僅從汀的支持表態與出借木棍肯定其成立本罪。

小結，丁不成立本罪。

乙的部分

朝丙的腿部劃了一刀→277

雖該當傷害罪構成要件，但乙可透過正當防衛阻卻違法。

砍斷丙手掌→刑法第 278 條第一項重傷罪

重大傷害的長期性？（10 條 4 項 4、6 款）

否定說，只要行為當時造成被害人一肢機能的毀敗或嚴重減損，即該當重傷。

文獻與實務採肯定說，只要經過相當診治回復原狀，即不該當重傷。本文採此說，蓋「重大不治或難治之傷害」是重傷的共通要素，各種重傷的例示項目亦須符合此一要求，且只有造成長期性的傷害，方能說明重傷罪的嚴重不法內涵。

據此，丙的斷掌經手術接回，復原良好，未留下永久性的功能障礙，其機能自未達毀敗或嚴重減損，而只能評價為僅受輕傷。

小結：乙不成立本罪

砍斷丙手掌→刑法第 278 條第三項重傷未遂

構成要件該當。已無現在不法侵害，無法主張正當防衛，具違法性。罪責，緊鄰現在不法侵害後的反擊行為是否能主張免除罪責的防衛過當，容有疑義。縱使採肯定見解，出於怒火而非驚慌恐懼的乙，仍無法免除罪責。

279 義憤傷害

丙砸店與傷害行為是足以引發公憤的不正行為，且該不正行為是針對乙的人身與財產為之的冒犯挑釁，導致乙在此時空密切條件下情緒失控可評價為激於義憤。

準中止未遂

丙之重傷不發生非乙防止行為所致，故應探討乙是否盡力為防止行為？

盡力與否，是行為人是否在防止當時採用自己認為的有效、可靠與儘可能早點發揮作用的阻斷因果歷程行為，乙報警並委請警方電召救護車，當係從乙角度的最佳措施，自屬盡力。

乙砍斷丙手掌→277

競合

乙成立重傷未遂中止犯與普通傷害罪各自有其不法重點，前者側重行為人著手重傷害行為，後者強調傷害結果，兩者並非法條競合，應評價為想像競合，始能釐清所有不法。而法律效果除了考慮想像競合的從一種處斷外，應再受到義憤傷害的法定刑限制。

甲的部分

要丙去砸店→306+29

甲雖然是要求丙去砸店，惟丙侵入乙居酒屋的行為，是丙去砸店的通常流程，故並侵入居酒屋的行為是在甲要求丙砸店的授意範圍。故，甲對乙實施的侵入行為有所教唆。

要丙去砸店→354+29

要丙去砸店→277x

雖有因果關係，但非甲所教唆之違法行為。

競合

甲成立侵入建築物罪的教唆犯與毀損罪的教唆犯，兩罪成立一行為觸犯數罪名的想像競合。

文章 出處	許澤天，「假綁票」，真敲詐，月旦法學教室，第 192 期，2018 年 10 月， 頁 18-21。
----------	---

甲因為手頭拮据，遂對乙說，家大業大的丙有一獨生子丁，但丙對丁卻極為吝嗇，因此丁希望能演出一齣綁架的戲碼，以能從丙那裡撈一筆錢供大家花用。甲對乙詳細描述丁某日某時會從家裡出來，到時綁架丁要逼真一點，而丁也會假裝掙扎配合。然而事實上，甲完全都在欺瞞乙，丁根本未參與此計畫。嗣後，信以為真的乙誤認丁的掙扎是在演戲，而將其強行架走交給甲，並由乙出面要求丙將新臺幣 1,000 萬元現金置於指定之處所，否則將殺丁滅口。丙依照指示付款並由乙取款後，甲遂將丁釋放。試問甲、乙有何刑責？

乙的刑責

一、強行架走丁的乙可能成立擄人勒贖罪

(一)構成要件

乙強行架走丁，將丁置於自己實力支配後交給甲，該當擄人行為。然而，乙誤認丁係配合綁架戲碼假裝掙扎，乃係自願進入乙的實力支配，從而誤認取得丁的同意，而產生排除本罪故意的構成要件錯誤。

(二)結論

乙不成立擄人勒贖罪。

二、乙要求丙將贖款置於指定處所可能成立勒索罪

(一)構成要件

乙要求丙將贖款置於指定處所，否則將殺害丁，係向丙傳遞乙所能支配實現惡害，自屬恐嚇由於恐嚇的重點在於使受恐嚇者畏懼，乙雖自認丁與甲勾結，主觀上欠缺實現惡害的意願，並不影響使丙陷於畏懼的恐嚇成立。丙因恐嚇將贖款置於指定處所，亦造成丙的財產損失。乙主觀上具有故意，以及為自己與甲乙對於獲取該利益欠缺民法上的請求權，該利益具不法，乙對此具有故意。

(二)違法性與罪責

乙行為不具有阻卻違法與阻卻罪責事由的適用。

(三)結論

乙成立勒索罪。

三、乙要求丙將贖款置於指定處所可能成立強盜得利罪

(一)構成要件

本罪的手段同於強盜罪，乙雖未對丙施用強暴，卻可能成立脅迫。本罪的脅迫與勒索罪的恐嚇相同，均在傳達行為人可支配實現的惡

害，而使受威嚇者陷於恐懼。實務有認為脅迫係目前惡害的告知，恐嚇則屬將來惡害的告知。然而，概念上根本難以從時間遠近的角度區分脅迫與恐嚇，且從法益保護觀點亦無此必要，而是應當從惡害的內容區別本罪的脅迫與勒索罪的恐嚇，以彰顯本罪更為嚴重的不法程度。申言之，本罪的脅迫內容應限於對他人生命或身體的現時惡害告知，惡害的現時性是指受脅迫者如未立即配合交付財物或採取有效的防衛措施，自己或第三人的生命或重大身體利益，將會確定地或具高蓋然性地蒙受損害，而較勒索罪的恐嚇程度為高。此處，乙出面要求丙將新臺幣 1,000 萬元現金置於指定之處所，否則將殺丁滅口，使丙面臨如不立即配合交付現金，或採取有效的防衛措施，其子丁的生命將會確定的或具高蓋然性蒙受損害，乙的威脅自屬本罪的脅迫。丙因脅迫將贖款置於指定處所，亦造成丙的財產損失。乙主觀上具有故意，以及為自己與甲獲利的意圖。乙對於獲取該利益欠缺民法上的請求權，該利益具不法，乙對此具有故意。

(二)違法性與罪責

乙行為不具阻卻違法及罪責事由。

(三)結論

乙成立強盜得利罪。

四、競合

乙成立勒索罪與強盜得利罪，兩罪係在一行為下為之，具有法條競合的特別關係，適用屬於特別規定的後者。

甲的刑責

一、甲欺瞞乙使其架走丁可能成立擄人勒贖罪的間接正犯

(一)構成要件

乙強行架走丁的擄人行為，因產生排除本罪故意的錯誤，而遭甲利用成為實施本罪的行為工具(錯誤支配)，甲對利用乙為行為工具的擄人行為具有故意，且具利用丁父丙擔憂支付贖金的勒贖意圖。

(二)違法性與罪責

甲的行為不具有阻卻違法即罪責事由的適用。

(三)取贖後釋放人質

丙依照指示付款並由乙取款，則因丙是甲所利用的工具，甲已取得贖金。之後，甲將丁釋放，得減輕其刑(347v 後段)。

(四)結論

甲成立擄人勒贖罪，但因取贖後釋放丁，得減輕其刑。

二、甲因乙要求丙將贖款置於指定處所可能成立勒索罪的教唆犯

(一)構成要件

甲對乙詳細描述丁某日某時會從家裡出來，乃是使乙成為其所利用的擄人行為工具，却非針對乙向丙進行勒索的工具利用或犯罪分工，自無法成立本罪的間接正犯或共同正犯。

依據共犯從屬性原則，乙所成立的勒索罪符合違法主行為要求。教唆係與他人的心理溝通，並喚起他人產生違法行為的決意。甲對乙的綁架敘述，使乙產生從事本罪不法行為的決意，符合教唆行為。

甲對於教唆乙實現本罪違法行為的既遂，具有故意。

(二)違法性與罪責

甲行為不具有阻卻違法與阻卻罪責事由的適用。

(三)結論

甲成立勒索罪之教唆犯。

三、甲因乙要求丙將贖款置於指定處所可能成立強盜得利罪的教唆犯

(一)構成要件

甲非針對乙向丙進行強盜得利的工具利用或犯罪分工，自無法成立本罪的間接正犯或共同正犯。

乙所成立的強盜得利罪符合違法主行為要求。甲對乙的綁架敘述，使乙產生從事本罪不法行為的決意，符合教唆行為。甲對於教唆乙實現本罪違法行為的既遂，具有故意。

(二)違法性與罪責

甲行為不具有阻卻違法與罪責事由的適用。

(三)結論

甲成立強盜得立罪的教唆犯。

四、競合

甲所成立的勒索罪的教唆犯與強盜得利罪的教唆犯，係在一行為下犯之，並具有法條競合的特別關係，適用屬於特別規定的後者。強盜得利罪的教唆犯與擄人勒贖罪的間接正犯，亦係在甲一行為所違犯，兩者各有其不法評價重點，前者係不法程度較輕的財產實害犯的共犯，後者係不法程度較重的財產危險犯與人身自由實害犯的正犯，自無法成立法條競合，而只能評價為想像競合。

文章 出處	許澤天，計誘他人誤認獲殺人囑託與放任其發生，月旦法學教室，第189期，2018年7月，頁69-73。
----------	--

A 得慢性病臥病在床多年，日常起居都由大兒子甲照料。甲為了想早日得到父親的遺產，遂想出一招借刀殺人之計。雖然 A 仍有堅強的求生意志，但是甲竟然摹仿 A 的字跡捏造了一封信，信中 A 表明希望好友乙能讓 A 無痛苦地早日死亡。隨後甲將信拿給乙看，希望乙能成全 A 的意願，而乙也信以為真。乙在隔日碰到 A 的小兒子丙，向丙出示上述信件，丙不知信件係甲所偽造而誤以為真，出於尊重 A 的求死意願，對於乙的計畫也不予阻攔。甲、丙二人各自知悉乙計畫下手的時間，分別外出，任由乙趁 A 熟睡時，以枕頭將 A 蒙住口鼻使其窒息而死。試問甲、乙、丙有何刑責？

乙的刑責

一、乙以枕頭使 A 窒息死亡可能成立刑法(下同)第 271 條普通殺人罪

二、乙誤以為信件出自於 A 可能成立第 275 條受囑託殺人罪

(一)構成要件

本罪的適用在於行為人受被害人囑託，A 在客觀上既未囑託，乙似不得援用此一較普通殺人罪為輕的處罰條文。然而，乙受甲所欺騙，主觀上誤以為取得 A 的明確囑託，如若不能適用本罪從輕處罰，乙將成立超過其罪責的普通殺人罪。因此，依照「所犯重於所知，從其所知」的錯誤法理，乙仍適用本罪。

(二)違法性與罪責

乙行為不具有阻卻違法與阻卻罪責事由的適用。

(三)結論

乙成立受囑託殺人罪

三、競合

普通殺人罪與受囑託殺人罪具有法條競合的特別關係，適用屬於特別規定之後者。

甲的刑責

一、甲用假信件誤導乙殺害 A 的行為可能成立殺人罪的間接正犯

(一)構成要件

甲將摹仿 A 字跡的信拿給乙看，使乙信為真，而產生殺害 A 的決意，甲似乎應成立殺人罪的教唆犯。不過，乙決定殺 A 的理由在於尊重與同情 A 的求死意願，而此具有不法評價重要意義的減輕情狀事實卻為甲誤導。亦即，甲利用排除乙殺人心理障礙的錯誤，形成支配殺人事實的優越認知，乃係以間接正犯的方式實現殺人構成要件。甲具有利用乙殺人的故意。

(二)違法性與罪責

甲行為不具有阻却違法與阻卻罪責事由的適用。

(三)結論

甲成立殺人罪的間接正犯。

二、甲用假信件誤導乙殺害 A 的行為可能成立殺害直系血親尊親屬罪的間接正犯

甲利用乙所殺害的 A 係甲的父親，甲成立殺害直系血親尊親屬罪的間接正犯。

三、甲模仿 A 字跡所寫的信函可能成偽造文書罪

(一)構成要件

文書是適以且用以在法律交往中作為證據，且可判斷誰是製作人的有體化的人類思想表示。甲所製作載有字跡的信件係有體化的思想表示，且可判斷是 A 所製作，並適足以提供乙的殺人係受被害人 A 所囑託的重要法律事實證明之用。至於該信函是否在甲製作開始即有證明此一受託殺人事實之目的，抑或在製作完成後始由甲或乙援用作為證據，不影響文書的成立。此一屬於文書的信函，並非公務員職務上所製作的公文書，自屬私文書。文書的偽造，在於創設一個非由對外彰顯名義人所製作的文書。甲以 A 名義撰寫殺害自己的囑託信函，係創設非由對外彰顯名義人 A 所製作的文書，甲成立偽造文書。偽造文書須「足以生損害於公眾或他人」，對此要素的解釋，或有認為只要符合偽造文書即已具備，或有認為行為人須有行使意圖。無論如何，由於甲製作該信件時，就具有提供給乙，促使其產生殺害決意的意圖，自足以生損害於他人 A。

(二)違法性與罪責

甲行為不具有阻卻違法與阻卻罪責事由。

(三)結論

甲成立偽造私文書罪。

四、甲向乙出示該模仿信函可能成立行使偽造文書罪

(一)構成要件

行使偽造文書，乃是向不知文書遭身分詐騙之他人提出文書，而使其具有認知該文書內容的可能性。甲已向不知情的乙提出該信函，甚至使乙誤信為真，自符合行使偽造文書的概念。

(二)違法性與罪責

甲行為不具有阻卻違法與阻卻罪責事由。

(三)結論

甲成立行使偽造私文書罪。

五、競合

偽造文書乃是行使偽造文書的過程階段，依照補充關係成立與罰的前行為，

論以行使偽造文書罪。殺人罪與殺害直系血親尊親屬罪具有法條競合的特別關係，適用屬於特別規定的殺害直系血親尊親屬罪。行使偽造私文書罪與殺害直系血親尊親屬罪，為甲一行為所犯之，兩者成立想像競合。

丙的刑責

一、丙不攔阻乙殺 A 可能構成普通殺人罪的不作為犯

(一)構成要件

丙對 A 遭 B 殺死的結果未採取事實上可能為之的作為，設若丙採取該作為，結果將幾近確定不發生，則該不作為與結果具有假設的因果關係。丙係 A 子，兩人具有直系血親關係，丙對 A 的生命具有防止其死亡發生的保證人地位。

有爭議的是，由於 A 係由乙殺害，丙係成立不作為殺人的正犯，抑或不作為殺人的幫助犯？此在文獻上有下列五種見解：

1. 有認為只有實施作為的乙具有犯行支配，欠缺犯行支配的丙不作為，僅能成立殺人罪的不作為幫助犯。
2. 有認為丙的不作為若具犯行支配，則屬殺人罪的不作為正犯；若不具犯行支配，則成立殺人罪的不作為幫助犯。
3. 有認為丙的不作為若具「正犯意願」，則屬殺人罪的不作為正犯；若不具「正犯意願」，則成立殺人罪的不作為幫助犯。
4. 有認為不作為原本就不具有犯行支配，其只要具備保證人地位，即可成立正犯，丙自應成立殺人罪的不作為正犯。
5. 有認為具有保證人地位之人，須區分保護者保證或監督者保證，只有前者才能成立不作為正犯，後者即屬不作為幫助犯，丙具保護其父 A 的地位，丙自應成立殺人罪的不作為正犯

本文以為正犯與共犯的區別，乃是客觀構成要件的主體地位判斷問題，自不能僅從行為人主觀的「正犯意願」判斷。並且，不作為乃是對因果歷程的放任進行，而無所謂的犯行支配，自不應從其有無犯行支配判斷其是否為正犯。事實上，不論結果發生是出於自然力或人為介入的因果歷程，保證人的防止義務並無不同，故既然在自然力情形，具有保證人地位者無疑地是正犯，則在未防止他人犯罪的情形，保證人的不作為，亦應評價為正犯。據此，前述文獻的第四說觀點較為可採，丙成立殺人罪的不作為正犯。丙主觀上知悉乙將要殺 A，卻出於尊重 A 求死意願的動機，任由乙為之，自具有不作為殺人故意。

(二)違法性與罪責

丙行為不具有阻卻違法與阻卻罪責事由的適用。

(三)結論

丙成立不作為殺人罪。

二、丙可能成立殺害直系血親尊親屬罪的不作為犯

丙未阻攔乙殺害的 A 係丙的父親，丙成立殺害直系血親尊親屬罪的不作為犯。

三、誤以為信件出自於 A 的丙可能成立受囑託殺人罪的不作為犯

(一)構成要件

由於本罪將囑託與承諾並列，在解釋上只要客觀上存在被害人囑託即可，受囑託人以外的第三人，仍可適用本罪的優惠。不過，A 在客觀上既未囑託，丙似不得援用此一較普通殺人罪為輕的處罰條文。然而，丙主觀上誤以為乙取得 A 的明確囑託，依照「所犯重於所知，從其所知」的錯誤法理，丙仍有適用本罪的處罰優惠。

此外，本罪在原則上雖不適用於不作為的情形(如保證人受被害人囑託放任其自殺)，以免混淆自殺的加工與屬於他殺的本罪。但在本案中，出現乙對 A 實施的他殺，未予阻止的丙，仍可適用本罪的不作為犯。

(二)違法性與罪責

丙行為不具有阻卻違法與阻卻罪責事由的適用。

(三)結論

丙成立受囑託殺人罪的不作為犯。

四、競合

普通殺人罪的不作為犯與受囑託殺人罪的不作為犯具有法條競合的特別關係，適用屬於特別規定的後者。至於受囑託殺人罪的不作為犯與殺害直系血親尊親屬罪的不作為犯，雖各自有其不同規範重點，而無成立法條競合的特別、補充或吸收關係，但亦不應成立想像競合。故在評價上亦應只適用前者，以避免因適用後者的嚴苛法定刑，導致在評價上無法顧及丙對 A 求死意願的尊重心態，而違反罪責原則。

文章 出處	古承宗，不作為之正犯與共犯的區分，月旦法學教室，第 221 期， 2021 年 3 月，頁 20-24。
----------	---

甲為 A 飯店的保全人員，其中一項工作內容為負責飯店財物安全。某日，甲見到乙進入儲藏室竊取大量的浴巾及盥洗用品，但一想到飯店低廉的勞動條件，決定放任乙行竊，讓飯店負責人吃點苦頭。試問甲的刑責為何？

甲為不作為犯，且有保證人地位→事實承擔或契約關係。

正犯還是共犯？

義務犯理論	<p>不作為犯是消極不實施特定行為，故無法支配犯罪發展歷程，所以不能以犯罪支配理論區分正共犯。故應將不作為犯理解為「義務犯」的觀點出發（相對應的，行為犯是支配犯），原則上只要是違反保證人義務所對應的結果避免義務，就是正犯（除了親手犯與身分犯）。</p> <p>本文反對：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 保證人違反結果避免義務，並沒有額外觸及各種犯罪參與模式的成立條件，難以推論所有違反保證人義務之不作為犯，皆為正犯。 2. 不管是作為犯還是不作為犯，皆有義務違反（作為犯有避免侵害他人法益的不作為義務，不作為犯則是避免侵害他人法益的作為義務），為何只有不作為犯是以保證義務確立正犯資格的標準。 3. 現行法關於正共犯之區分，正是影響不法內涵之質量差別，若以保證人義務證成不作為之人的正犯資格，相關的行為不法就不再保有質量上的階層關係。
主觀理論	<p>105 台上 88：</p> <p>就他人故意積極作為之犯罪所侵害法益具體結果之發生，負有法律上防止義務之人（即立於保證人地位者，下以此稱之），若對該他人之犯罪有所參與，其究竟應負共同正犯或從犯之責，原則上仍應依上開共同正犯、從犯之區別標準決定之。其中立於保證人地位者，縱僅消極不為</p>

	<p>阻止或防止行為，惟其與故意作為之正犯間，若於事前或事中已有以自己犯罪意思之共同正犯之犯意聯絡，其即係利用作為正犯之行為以達成其等共同犯罪之目的，即便其參與之方式，在形式上係以消極不阻止或防止之不作為使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現，而未參與作為之構成要件行為，亦係共同正犯。若立於保證人地位者，對他人故意積極作為之犯罪，與該他人間並無共同正犯之犯意聯絡，而僅能認有幫助之犯意，且其僅有上述使故意作為犯之構成要件行為（作為）易於實現之消極不阻止或防止之不作為時，應成立該故意作為犯之幫助犯。</p> <p>本文以為：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 行為人的主觀想法只能說明「個人是否獲如何認識客觀對象」，且無法觸及規範性的價值思考（例如是否或如何承擔義務） 2. 主觀理論是以行為人的主觀意思確立正共的資格，再依此評價結果區分行為人之不作為是正犯還是共犯的行為分擔，顯然存在「先射箭再畫靶」的論證謬誤。
<p>本文見解</p>	<p>本文以為刑法第 15 條的保證人地位僅指涉到誠命意義的結果避免義務，而義務本身並無針對正犯與共犯的不法內容，形塑出不同程度的應為要求，真正的區分依據還是以刑法第 15 條搭配第 28 條（或第 30 條）為主</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>作為犯→現實支配</p> <p>不作為→潛在支配</p> </div> <p>如此區分有助於理解不同的行為模式如何影響外部世界的變化，而行為義務（刑法 15 條）與犯罪支配之間具有規範上的對應性，所以針對不作為所預設的誠命要求形同框定出犯罪支配的射程範圍。</p> <p>故若不作為犯在規範上如同透過積極作為一般實現作為犯的構成要件【犯罪支配假定】，就是正犯。EX 父親見他人毆打自己小孩仍舊不採取救助行為（依據 15），父親的消極不作為如同自己為小孩的傷害結果創設一項原因，這樣的「犯罪支配假定」正是保證人因為實現作為犯的不法構成要件而得以處罰的基礎。</p>

共犯：【不作為之行為分擔乃是間接地任憑結果的實現】
EX 保全甲得知乙計畫破壞儲藏室的門鎖，以便進入室內行竊。然而，甲明知該門鎖毀損已久，根本不具有防盜功能。為了讓乙日後順利進入室內行竊，甲決定不報請更換門鎖。行竊當日，甲發現門鎖已損壞，便直接開門進入儲藏室實施竊取。

本件甲對於飯店財務具有保證人地位，依刑法第 15 條有保證人地位，其對於飯店財務遭乙之竊取，規範上已經進入假定的犯罪支配範疇，形同對此一竊取結果創設一項原因，

而且也不屬於間接地任憑結果實現的參與類型，所以甲應論為不作為竊盜的正犯。

(即日起至02/28止，搶先優惠價!)

面授 1,880起
3,800
雲端 2,980起
5,800



2021 讀家 司法特考 四等 總複習

去年首次推出即大受好評的總複習課程

由補教名師常陽及多位頂尖師資領軍

帶您最後衝刺!

科目	師資	上課日期	堂數
民法概要	常陽(黃映智)	06/19(六) 10:00、14:00、06/26(六) 10:00、14:00	4
刑法概要	楊過(郭文傑)	06/22(二) 18:45、06/24(四) 18:45、07/06(二) 18:45 07/08(四) 18:45	4
民事訴訟法概要	李甦(李杰峰)	06/28(一) 18:45、06/30(三) 18:45、07/05(一) 18:45	3
刑事訴訟法概要	安卓(李儼峰)	06/25(五) 18:45、06/29(二) 18:45、07/01(四)18:45	3
行政法概要	陳希(洪宜辰)	06/20(日) 10:00、14:00、06/27(日)10:00、14:00 07/04(日) 14:00	5
強制執行法概要	徐偉超	06/26(六) 18:45、07/03(六) 18:45	2
法院組織法概要	徐偉超	06/12(六) 18:45、06/19(六) 18:45	2

★ 加贈當年度共同科目總複習 ★

讀家
READER PLACE

02-7726-6667 · 02-7726-6766
台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班
10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號

20210226



去年首次推出即大受好評的總複習課程
由多位頂尖師資領軍，帶您最後衝刺！

雲端函授 ~~6,800~~
4,980
(即日起至02/28止，搶先優惠價!)

20
21 讀家

調查局
司法特考(三等)
總複習



調查局

法律實務組

科目	師資	上課日期	堂數
行政法	陳希(洪宜辰)	05/23(日) 10:00、14:00、05/30(日) 10:00、14:00 06/06(日) 14:00	5
刑法	楊過(郭文傑)	05/28(五) 14:00、05/31(一) 14:00、06/04(五) 14:00 06/07(一) 14:00、06/11(五) 14:00	5
刑事訴訟法	安卓(李儼峰)	05/31(一) 18:45、06/03(四) 18:45、06/07(一) 18:45	3
公司/票據/保險	毅文(連弘毅)	05/14(五) 14:00、05/18(二) 18:45、05/21(五) 14:00	3
海商	許霍(方凱弘)	06/04(五) 18:45	3

司法特三等

法院書記官、檢察事務官偵查實務組

科目	師資	上課日期	堂數
民法	常陽(黃映智)	05/22(六) 10:00、14:00、05/28(五) 18:45 05/29(六) 10:00、14:00	5
刑法	楊過(郭文傑)	05/28(五) 14:00、05/31(一) 14:00、06/04(五) 14:00 06/07(一) 14:00、06/11(五) 14:00	5
民事訴訟法	李甦(李杰峰)	06/01(二) 18:45、06/08(二) 18:45	2
刑事訴訟法	安卓(李儼峰)	05/31(一) 18:45、06/03(四) 18:45、06/07(一) 18:45	3
行政法	陳希(洪宜辰)	05/23(日) 10:00、14:00、05/30(日) 10:00、14:00 06/06(日) 14:00	5
強制執行法	徐偉超	06/26(六) 18:45、07/03(六) 18:45	2
法院組織法	徐偉超	06/12(六) 18:45、06/19(六) 18:45	2
智慧財產權法	凝以(林穎)	07/07(三) 18:45、07/09(五) 18:45	2

★檢察事務官偵查實務組雖僅考民法總則與債權、物權編，但為完整性仍以民法科目販售★

★加贈當年度共同科目總複習★

讀家
READER PLACE

02-7726-6667 · 02-7726-6766
台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班
10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號

20210226

