

翰蘆圖書出版有限公司 出版

刑法分則問題研究(一)

曾淑瑜 著

翰蘆圖書出版有限公司 出版

刑法分則問題研究(一)

曾淑瑜 著

國家圖書館出版品預行編目資料

刑法分則問題研究／曾淑瑜著. -- 初版. --
臺北市：翰蘆圖書，1998- [民 87-]
面：公分

ISBN 957-8639-34-1 (第一冊：平裝)

1. 刑法－問題集

585.2022

87014801

刑法分則問題研究(一)

著者：曾淑瑜

發行人：孫進生

出版者：翰蘆圖書出版有限公司

地址：台北市懷寧街九十二號五樓

電話：(〇二)二三七五九〇九〇

二三八二二三三三

郵撥帳號：一五七一八四一九翰蘆圖書出版有限公司

登記證：局版臺業字第五四一號

初版日期：一九九八年十一月

定價：平裝 新台幣三〇〇元

版權所有・翻印必究

〈本書如有缺頁、裝訂錯誤，請寄回調換〉

ISBN 957-8639-34-1 (平裝)

〈自序〉

坊間有關刑法分則實例解說之書籍鮮見，有鑑於近年來犯罪手法日新月異，犯罪行為態樣更是層出不窮，遂興起蒐羅彙整相關社會犯罪問題，加以分析評論之想法。因問題實在太多了，特根據其爭議性大小、發生之頻率，及配合八十六年十月八日總統公布修正之刑法條文，先列舉二十個問題，並將本書命為「刑法分則問題研析（一）」，期再接再勵出版（二）、（三）——一系列，繼續蒐集更多刑事案例，以饗讀者。

本書兼重理論與實務，此為特色之一；配合刑法新修正條文之適用，適時引用說明，此為特色之二；邇來不論是國家考試或校內考試，實例題均佔二分之一強，學子於苦背教科書或法條之際，無法充分融會貫通者彼彼皆是，故每一問題除以案例方式表示外，並附上類似案例二則，以供演習，此為特色之三；一個犯罪行為態樣之出現，除得適用刑法外，其他諸如特別刑法亦有類此之規定，或為特別法之性質，或屬法條競合之情形，不容輕忽，又法律之研讀係屬全面性，而非片面（斷）

性的組合，故相關法律之規定，如民法、經濟法令之規定亦不得不瞭解，本書均有詳細的說明，此為特色之四。

本書能夠順利付梓，感謝外子辛勤地繕打、排版及校對，亦希望本書之出版能讓慧中、為中體認其母親認真之精神及毅力。當然，對於翰蘆圖書出版有限公司林月麗小姐的支持，爰深表感謝。

曾 淑 瑜 謹識

民國八十七年十月

刑法分則問題研析（一）

目 錄

問題一：公共安全疏失與公務員之刑責	一
問題二：圖利國庫之迷思	十三
問題三：飆車之刑事責任	二三
問題四：影本與偽造文書罪	三三
問題五：代理、代表資格之冒用與偽造文書罪	四七
問題六：不法使用大哥大之刑事責任	五九
問題七：刑法第二百六十六條第一項賭博罪所稱「財物」	七一
問題八：柏青哥與賭博罪	八七
問題九：業務上過失致死罪所謂「業務」之意義	九九
問題十：業務過失與普通過失之界限	一一五

問題十一：駕車肇事逃逸之刑事責任	一二七
問題十二：網路上之言論自由	一四一
問題十三：佔用屋頂平台或地下室與竊佔罪	一五五
問題十四：民間互助會刑事責任問題面面觀	一七三
問題十五：圍標之刑事責任	一八七
問題十六：論詐欺罪之二型態——訴訟詐欺與無錢食宿	二〇一
問題十七：利用自動設備之不法行為	二一七
問題十八：偽造變造公共電話通話卡之刑事責任	二二七
問題十九：不法利用提款卡之刑事責任	二四三
問題二十：不法利用信用卡之刑事責任	二六五

問題一：公共安全疏失與公務員之刑責

甲、乙、丙、丁分別任職於某地方政府工務局建管課、都計課、消防局、建設局工商課，擔任違建、都市土地分區使用、消防安全設備及工商登記之審查。某日因戊餐廳大火造成數十人傷亡，調查結果除餐廳員工已使用煮咖啡器材不慎失火外，餐廳違法擴建營業面積，未設置明顯標誌的逃生門，且不合格消防設施，是造成人員傷亡慘重的主要原因。問上述公務員於餐廳申請營業登記後，放任違法建築、營業，及不執行安全檢查之行爲，是否須負刑事責任？

〈參考法條〉

刑法第十條第二項

稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。

刑法第一百二十二條第一、二、四項

公務員或仲裁人對於違背職務之行爲，要求期約或收受賄賂，或其他不正利益者，處三

年以上十年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。

因而為違背職務之行爲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科一萬元以下罰金。
犯第一項或第二項之罪者，所收受之賄賂沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。

刑法第一百三十條

公務員廢弛職務釀成災害者，處三年以上十年以下有期徒刑。

刑法第二百七十六條第二項

從事業務之人，因業務上之過失犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金。

貪污治罪條例第二條

依據法令從事公務之人員，犯本條例之罪者，依本條例處斷；其受公務機關委託承辦公務之人，犯本條例之罪者，亦同。

貪污治罪條例第四條一項第五款

有下列行爲之一者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣一億元以下罰金：
五、對於違背職務之行爲，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。

一、受公務機關委託承辦公務之人是否為公務員

刑法上所稱公務員，係指依法令從事於公務之人員（刑法第十條第二項），此為所有法規中對公務員採取最廣義之定義者。即凡在各類政府機關及其附屬組織中之服務人員，無論從事公權力、私經濟或其他性質之工作，只要非基於國民義務者均屬之。是以，經國家考試取得公務員任用資格，任職於政府機關者自屬之；行政機關因業務上之需要聘用或僱用人員，依法令從事於公務者，亦屬刑法上之公務員。有疑問者是，受公務機關委託承辦公務之人是否為公務員？關此，我國學者有正反兩方意見（註一）：

（一）肯定說

貪污治罪條例第二條規定，依據法令從事公務之人員，犯本條例之罪者，依本條例處斷。其受公務機關委託承辦公務之人，犯本條例之罪者亦同。基此，私法人或其他團體受公務機關之委託承辦公務，在其內任職之人，依前開規定，無異視其為一般之公務員。

（二）否定說

有謂從事於公務者，必須立於公務主體之一方，若以私人權利之地位，承辦國家或

其他公法人所移轉之事務者，即不得謂為公務員（註二）。又如為其個人營利，或從事於依私法所組織之公司或團體之事務，固非公務；即僅受政府委託辦理特定之事務，如法院指定之辯護人，或選任之鑑定人，亦非公務員（註三）。

司法實務通說認為特別刑法如規定受公務機關委託承辦公務之人亦適用該特別刑法予以處罰，自應依其規定（三二院二五六九、三六特覆三四一五、七〇台上四八三四參照），似採肯定見解。惟觀肯定說之意見，僅謂受公務機關委託承辦公務之人適用特別刑法——貪污治罪條例予以處罰，並未明言其亦屬刑法上所稱公務員，有刑法處罰公務員各罪之適用，故論理上直接將適用特別法與適用刑法劃上等號，顯然太過草率，毋寧將刑法上公務員認定之標準界定於「有法令之依據」及「從事於公務」二個要件上。申言之，受委託者不論是私法人、非法人團體，甚至是個人，如有法律或行政命令（註四）之依據，委託其行使公權力或辦理行政事務，受託事務之性質同於一般公務所從事者，自屬刑法上所稱公務員，有刑法之適用。再者，鑑於公共安全之重要及公務員人力不足現象，政府機關目前紛紛將行政事務，亦有涉及公權力行使者，委託民間團體辦理，例如將工商登記委由地方商業會；將消防安全設備、建築物之安全檢查等委由專業技師或專業技術團體辦理，已成趨勢，如能將該等依法令從事於公務之人員納入刑法之適用範疇，較符刑法立法之本旨。惟

行政實務中，行政機關於何種條件下始得委託私人行使公權力或辦理行政事務，現行法律設有規定者不多見，若未有法令依據而受委託承辦公務之人，因過失傷害人或致人於死，僅可能成立刑法第二百八十四條第二項、第二百七十六條第二項業務過失傷害罪或業務過失致死罪。

此外，受委託行使公權力之受託者，與另一概念行政輔助人（Verwaltungshelfer）不同，行政輔助人係在行政機關指示下，協助該機關處理行政事務（包括公權力之行使），性質上為機關之輔助人力，並非獨立之官署或具有自主之地位，常見者如協助警察、消防人員執行勤務之義勇警察或義勇消防人員即屬之。此種人員雖非為受公務機關委託承辦公務之人，然其是否屬刑法上所稱之「公務員」，即其是否為依法令從事於公務之人員，端視前揭人員有無法令上之依據，及法令賦與其何種職務。

二、可能構成廢弛職務釀成災害罪

（一）本罪為故意犯

即行為人須故意廢弛職務，始能成罪。如監獄官員過於專心觀賞足球比賽而未注意獄內犯人群毆致人於死；鐵路看柵工因打瞌睡疏未放下柵欄。因刑法第一百三十條

不處罰過失行為，縱使有因過失廢弛職務致釀成災害情事，亦不成立該條罪名。設例中，如確定甲、乙、丙、丁於擔任基層建管、工務、消防、商業登記的取締違規營業、違章建築、消防設備，未確實執行審查；且在戊餐廳公開違法營業中，有卷案記錄未命其定期改善或停止營業之處分記錄者，即足見該相關公務人員確有故意廢弛職務情事。

(二) 須有廢弛職務之事實

所謂廢弛職務，乃指未盡其職務上應盡之職責。亦即公務員對於某種災害有預防遏止之職責，因疏於盡職，不為預防或遏止，致釀成災害。又公務員未盡職務上應盡之職責，至何種程度，始能謂有廢弛職務之事實，則應依公務員職責之性質內容，就各個具體事實，綜合各資料判斷之。依建築法第七十六條規定，供公眾使用之建築物，直轄市、縣（市）（局）主管建築機關應檢查其構造、設備及室內裝修。其有關消防安全設備部分應會同消防主管機關檢查。同法第七十七條第二、三、四項規定，直轄市、縣（市）（局）主管建築機關對於建築物得隨時派員檢查其有關公共安全與公共衛生之構造與設備。供公眾使用之建築物，應由建築物所有權人、使用人定期委託中央主管建築機關認可之專業機構或人員檢查簽證，其檢查簽證結果應向

當地主管建築機關申報。前項檢查簽證結果，主管建築機關得隨時派員或定期會同各有關機關複查。前開規定既賦與主管機關檢查供公眾使用之建築物之義務，該義務即屬該管公務員職責之所在，如未盡職責，自為廢弛職務。再者，依都市土地分區使用管制規則及消防法各相關法令規定，基層工務、消防單位有取締擴大違法營業面積、未設置明顯標誌逃生門及不合格消防設施之義務，如未盡其職務上應盡之職責，即為廢弛職務。有問題者，乃負責商業登記之基層公務員丁，依其職務之性質，對於本案例所述相關情形是否有廢弛職務情事？不無討論之餘地。從商業登記法第八條應申請登記之事項觀之，登記之事項僅為商業主體之名稱、組織、所營業務、所在地等，尚不包括營業面積、逃生門之設置地點、消防設備之配置；且同法第十九條規定，商業登記採對抗主義，而非成立要件、生效要件，基此，縱使商業實際營業面積與登記不符，因非屬該管公務員之職責所在，似不發生廢弛職務之問題。且最高法院三十年上字第2898號判例謂：「刑法第一百二十條之釀成災害，以對於某種災害有預防或遏止之公務員，廢弛其職務不為預防或遏止，以致釀成災害為其成立要件。若不合於所列要件，即難謂為應構成該條罪名。」辦理商業登記之公務員既非以預防或遏止某種災害為其職務，參考前揭解釋，丁非本罪之犯罪主

體。

(三) 須因而釀成災害

本罪係結果犯，必因廢弛職務，因而釀成災害，始成立犯罪。亦即災害之發生，與公務員之廢弛職務，具有相當因果關係。所謂災害，係指災變之發生，使多數之公眾生命、財產、身體遭受損害。例如主管堤防之官員，於洪水發生前，未盡修繕之責，致河堤潰決。又如颱風來臨，氣象台事先未為預報，致使大多數人之生命、財產遭受損害。如僅使少數人遭受損害，則不能謂之災害，例如看守火車平交道之鐵路人員，未將柵欄放下，致火車壓斃行人，則不能成立本罪，僅可成立刑法第二百零七十六條第二項業務上過失致人於死罪（註五）。又釀成災害亦可觸犯其他罪名，此可區分為故意、過失二種情形而定。例如公務員因疏於職責，不修堤防，而導致人之死傷、財物之毀損者，此過失結果自吸收於災害之中，不另成立其他罪名。但公務員如係出於故意造成災害者，則應對災害之結果，所發生之各事實，負故意之罪責，成立其他罪名。如上例出於故意不修堤防，意在造成大眾死傷與毀壞他人財物者，則應負殺人、傷害、毀損等罪責。最後要注意的是，本罪之重點在於因果關係之檢驗，蓋並非公務員廢弛職務，即有可能釀成災害，否則即違反刑法謙抑主義

，此非屬本案例討論之重點，故暫略之。

三、可能構成刑法第一百二十二條、貪污治罪條例第四條第五款之違背職務受賄罪

按公務員在執行建管、工務、消防安全檢查之際，收取業者「公關費用」、「保護費」，放任違法建築與營業，或不執行安檢，很顯然的，其即有違背職務之行爲。刑法第一百二十二條違背職務受賄罪所謂「違背職務的行爲」，係指在其職務範圍內不應爲而爲，或應爲而不爲而言，故凡違背職務之一切作爲或不作爲，均屬之。又只須有違背職務行爲之意思，並以尚未實行違背職務之行爲，即成立本條第一項之罪名；如已實行違背職務之行爲，則應構成本條第二項之罪名。因後者爲前者之加重處罰規定，前者之低度行爲應爲後者之高度行爲所吸收，不再論以本條第一項之罪，亦不發生想像競合犯之問題。此外，行爲人之要求、期約或收受賄賂或其他不正利益，與其實行違背職務行爲之間，須有因果關係之存在，始能成立本罪。是故，基層建管、工務、消防單位之公務員在收取公關費用或保護費後，故意不執行職務，或在執行建管、工務、消防安全檢查之際有故意放水之行爲，該管公務員違背職務之行爲與賄賂或不正利益之間即有因果關係。

貪污治罪條例第四條第一項第五款對於違背職務受賄之行爲亦設有處罰之規定，爲刑法第一百二十二條之特別法，依特別法優於普通法之原則，自應優先適用該條例處斷，可處無期徒刑或十年以上有期徒刑，並得科新台幣一億元以下罰金。

四、結論

(一) 目前政府基於精簡人力、行政革新之政策，均將某些行政事務，亦有涉及公權力行使者，委託民間團體辦理，例如有將工商登記委由商業會辦理者；有將供公眾使用建築物之檢查簽證委由主管建築機關認可之專業機構或人員辦理者。凡此受公務機關委託承辦公務之人通說認爲有貪污治罪條例第二條規定之適用，至於其是否爲刑法第十條第二項所稱公務員，則應視其是否符合「有法令之依據」及「從事於公務」二個要件，否則，若未有法令依據而受委託承辦公務之人，因過失傷害人或致人於死，僅可能成立刑法第二百八十四條第二項、第二百七十六條第二項業務過失傷害罪或業務過失致死罪。

(二) 甲、乙、丙因對違法建築、營業、合格消防設備之安全檢查放任或不執行所引發之災害，有預防或遏止之職責，據證據所稽，如有故意廢弛職務，致釀成災害，且災