

# 高普考

刑法 楊過 | 行政法 陳希

重點整理



allpass

讀家  
READER PLACE

# 讀家

考生的心聲，讀家聽到了——！  
就讓讀家幫助你一起走向國考的終點！



雲端

23800元

(共同科目詳細課表請洽班內服務人員)

★加贈共同科目及當年度總複習課程★

科目	師資	上課日期	堂數
民法總則	常陽(黃映智)	【先修】2021/07/31(六) 10:00、14:00 【正規】2021/09/04起每周六 10:00、14:00	2 12
	陳楓(雷鈞威)	2021/10/26起每周二 10:00	12
刑法總則	楊過(郭文傑)	【先修】2021/07/31(六) 10:00、14:00 【正規】2021/09/01起周三、五 19:00 2021/10/17起周日 10:00、14:00	2 18
	王子璽	2021/11/29起周一、三 18:45 2022/02/19起周日 10:00、14:00 2022/03/10起每周四 18:45	18
行政法	陳希(洪宜辰)	【先修】2021/07/25(日) 10:00、14:00 【正規】2021/09/04(六) 10:00、14:00 2021/09/27起周一、二、四 18:45	2 34
行政學	許多	2021/08/24起每周二、四、五 14:00 2021/10/15起周五 14:00	30
公共管理	許遠(許展維)	2021/10/04起每周一、五 09:30、14:00	24
公共政策		2021/11/26起每周五、一 09:30、14:00	20
政治學	強納森(黃偉哲)	2021/09/28起每周二 14:00	23
地方政府與政治	許遠(許展維)	2022/01/03起每周一、五 09:00、13:00	20

※讀家補習班保留調整師資的權利

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

20210922



# 2022 高普考全修班



## 法律廉政 | 調查局(法律實務組)

法廉雲端

29800元

調查局雲端

26800元



← → ↻

科目	師資	上課日期	堂數
刑法	楊過(郭文傑)	【先修】 2021/07/31(六) 10:00、14:00 【正規】 2021/09/01起周三、五 19:00 2021/10/17起周日 10:00、14:00	2 30
	王子璽	2021/11/29起周一、三 18:45 2022/02/19起周日 10:00、14:00 2022/03/10起每周四 18:45	30
行政法	陳希(洪宜辰)	【先修】 2021/07/25(日) 10:00、14:00 【正規】 2021/09/04(六) 10:00、14:00 2021/09/27起周一、二、四 18:45	2 34
行政學	許多	2021/08/24起每周二、四、五 14:00 2021/10/15起周五 14:00	30
刑事訴訟法	安卓(李儼峰)	【先修】 2021/08/03(二) 18:45、08/05(四) 18:45 【正規】 2021/11/15起周一、三 18:45	2 26
公司/保險/票據	毅文(連弘毅)	2021/09/17起每周五、三 14:00	30
海商	許霍(方凱弘)	2022/05/08起每周日 10:00、14:00	6
海商(申論)	師資與時間確認中		2
社會學	藍星沙	2022/02/09起每周三、四 14:00	20
公務員法	良文育成	2021/10/27起每周三、五 14:00	31

※ 讀家補習班保留調整師資的權利

★ 加贈共同科目及當年度總複習課程 ★ (共同科目詳細課表請洽班內服務人員)



一般行政 | 一般民政 | 法律廉政 | 調查局(法律實務組)

# 高普考全修班9大特色

最好最多的  
雙師資  
民法、刑法雙師資

最長的  
觀看期限

不限觀看次數  
觀看到2023/08/31

最便宜  
的價格

分12期  
每月不到2000元

最完整的  
書籍講義

提供每科老師  
完整的上課講義或書籍

最新的  
雲端學院

5月已正式啟用

最實用的  
電子書網站

各種經驗認修法講座  
歷屆考題通通有

最實用的  
法學資料庫

與Legalworks合作  
提供優惠給學員

報名全修班  
★免費贈送★  
當年度先修班  
及總複習班

免費贈送  
所有  
共同科目



- 2021 -

# 高普考 考前重點整理

刑法 楊過 | 行政法 陳希

**讀家**  
READER PLACE

**- CONTENTS -**

**03**

-

**刑法**

楊過

**25**

-

**行政法**

陳希

2021 高普考重點整理

# 刑法

/ 楊過



## 爭點一、正當防衛「侵害的現在性」

有關於最重要的阻卻違法事由「正當防衛」中，其要素之一的「現在」應該如何判斷，學說實務可以說是眾說紛紜。以下帮大家整理一下現在和未來的侵害應該如何區辨的學說實務見解。

### 一、實務見解

實務對於侵害的現在性的判斷，大抵上都是認為只有進入到未遂階段（已經著手）的侵害才是屬於現在的侵害。

#### 最高法院 103 年台上字第 1495 號判決：

刑法第 23 條……所謂現在，乃別於過去與將來而言，此為正當防衛行為之時間性要件。過去與現在，以侵害行為已否終了為準，將來與現在，則以侵害行為已否著手為斷，故若侵害已成過去，或預料有侵害而侵害行為尚屬未來，則其加害行為，自無成立正當防衛之可言。

### 二、學說見解

(一)有效理論：

現在侵害所指的是，侵害者之侵害行為已經達到防衛者最後的有效防衛之時間點，亦即若超越此最後有效防衛之時間點，則防衛者便無法達到防衛之目的，或是開始必須承擔風險，必須付出額外之代價。

(二)預備行為最後階段說<sup>1</sup>：

許恒達教授是採取【預備行為最後階段說】。其認為實務見解以是否著手來認定現在性，標準未免過於僵化，此說因此認為雖然侵害行為仍屬著手實行前的預備階段，惟該預備行為係緊鄰於密接行為的最後階段，侵害行為即屬現在。

## 爭點二、緊急避難「自招危難」

所謂自招危難的情形，就是指今天之所以會發生危難的情事，就是恰恰好肇因於避難者本身所致。那麼這種應該係後（台語）的情形，我們還可以讓避難者主張緊急避難嗎？

1 許恒達，正當防衛與現在不法侵害的現在性，月旦法學教室，185 期，2018 年 3 月，頁 23 - 25。

## 一、實務見解

為了符合社會公平正義，應該認為自招危難的情形無法讓避難者主張緊急避難。

### 最高法院 72 年台上字第 7058 號判決：

倘其危難之所以發生，乃因行為人自己過失行為所惹起，依社會通念，應不得承認其亦有緊急避難之適用。否則行為人由於本身之過失致侵害他人法益，即應成立犯罪，而其為避免此項犯罪之完成，轉而侵害他人，卻因此得阻卻違法，有背於社會公平與正義，且無異於鼓勵因過失即將完成犯罪之人，轉而侵害他人，尤非立法之本意。

### 最高法院 105 年台上字第 383 號判決：

刑法上之緊急避難行為，須以災難之發生非出於行為人之故意或過失所致為前提，若災難之發生係由於行為人之故意或過失所致，則其故意或過失之行為自應依法處罰，殊無主張緊急避難之餘地。即所謂「自招危難行為」不得主張緊急避難。

## 二、學說見解<sup>2</sup>

應該區分情形以觀。除非是事先預謀而想藉此遂行犯罪行為，屬於緊急避難權之濫用而不得主張緊急避難外，其他案例縱因自身故意或過失行為招致危難發生，仍應具體判斷避難行為是否具有優越利益而定。

## 爭點三、容許構成要件錯誤

容許構成要件錯誤是比較進階的錯誤類型，意義即是指事實上本無阻卻違法事由之存在，而誤信為有此事由之存在，是屬於對阻卻違法事由前提事實之錯誤，也就是誤想系列的錯誤，常出現的包含誤想防衛及誤想避難。那麼容許構成要件錯誤的法律效果到底如何<sup>3</sup>？

### 一、嚴格罪責理論

此說認為行為人既然是出於故意侵害他人法益，就應該構成故意犯的不法行為，其誤會阻卻違法事由前提事實存在，只會使得行為人自認其行為是合法的，在罪責的層次上會因此欠缺不法意識，必須比照禁止錯誤的法律效果處理，區分是可避免亦或是不可避免異其法律效果。

<sup>2</sup> 參考 陳志輝，緊急避難與自招危難，月旦法學教室，112 期，2012 年 2 月，頁 33 - 35。

<sup>3</sup> 以下整理自 許恒達，員警槍擊拒捕通緝犯的正當防衛爭議——評最高法院 105 年度台非字第 88 號刑事判決與其歷審裁判，月旦法學雜誌，276 期，2018 年 5 月，頁 35。

## 二、限制罪責理論：

此說認為雖然行為人故意且積極地侵害他人法益，但行為人是為了保護自己，根本上欠缺了實質上損害他人法益的侵害意思，因此必須類推適用構成要件錯誤，認定行為人因此欠缺故意犯的不法，只能轉論以過失犯。

## 三、限制法律效果的罪責理論

此說認為容許構成要件錯誤的行為人仍具備故意犯不法，但是因其主觀上誤以為存在阻卻違法事由的前提事實，這會使得行為人形成故意侵害意思的過程，只會受到較低的規範上非難，因此行為人欠缺一般故意犯的罪責程度，欠缺故意罪責，此時應該進一步探討過失犯是否成立。

## 四、實務見解收錄：

### 最高法院 102 年台上字第 3895 號判決：

事實上本無阻卻違法事由之存在，而誤信為有此事由之存在，並因而實行行為者，即所謂阻卻違法事由之錯誤。此種錯誤，其屬於阻卻違法事由前提事實之錯誤者，乃對於阻卻違法事由所應先行存在之前提事實，有所誤認，例如本無現在不法之侵害，而誤認為有此侵害之存在而為正當防衛，此即所謂誤想防衛，學說稱之為「容許構成要件錯誤」。誤想防衛本非正當防衛，蓋其欠缺正當防衛要件之現在不法之侵害，故誤想防衛不阻卻違法性，然而對於此種情形，即不知所實行者為違法行為，是否得以阻卻故意，因學說對於容許構成要件錯誤之評價所持理論的不同，而異其後果。在採限縮法律效果之罪責理論者，認為容許構成要件錯誤並不影響行止型態之故意，而只影響罪責型態之故意，亦即行為人仍具構成要件故意，但欠缺罪責故意，至於行為人之錯誤若係出於注意上之瑕疵，則可能成立過失犯罪。本院二十九年上字第五〇九號判例意旨以行為人出於誤想防衛（錯覺防衛）之行為，難認有犯罪故意，應成立過失罪責，論以過失犯，即與上開學說之見解相仿。但亦有學說認為，在一些重大案件中，不能完全適用過失犯之刑罰，否則會產生難以彌補的可罰性漏洞，因此應放棄罪責理論之適用，轉而適用嚴格罪責理論，亦即將容許構成要件錯誤視為禁止錯誤，並不排除行為人之故意。本院二十七年上字第二八七九號判例意旨，即對於阻卻違法事由前提事實之錯誤，不認為得阻卻故意。

### 最高法院 106 年台上字第 3989 號判決：

行為是否成立犯罪，係以不法與罪責為前提，故行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如欠缺實質的違法性，仍不成罪，故不論學術界或實務界，均普

遍承認超法規阻卻違法事由。其中，得被害人承諾或同意，即是一例，於受保護之法益具有可處分性時（例如身體、自由、財產、隱私等），在一定要件下，容許被保護人基於自主決定權，捨棄法律的保護；而犯罪行為，既屬行為人受意思決定與意思活動所主宰支配的人類行止，就有可能發生錯誤或失誤的問題，學理上乃有錯誤理論之發展，並對於不同的錯誤態樣，給予不同的評價。就阻卻違法事由的錯誤而言，苟行為人誤認有阻卻違法事由的行為情狀存在（例如：誤想防衛、誤想避難、誤認得被害人承諾或同意等等）而為防衛、避難、毀損財物、侵害人之身體、自由等行為，依目前實務見解，認應阻卻犯罪故意（主觀構成要件），緩解其罪責；就其行為因過失造成錯誤，於法條有處罰過失行為時，祇論以過失犯；法無過失犯處罰者，不為罪。

#### 爭點四、預備犯能否適用刑法第 27 條？

我們知道，在進入到著手階段而 abandon 即有刑法第 27 條中止未遂適用之可能。那如果今天的情形是行為人在尚未著手進入到未遂階段前就放棄犯行惹，亦即在犯罪的準備行為階段（即預備）時就放棄的話，那有沒有刑法第 27 條的適用呢？

##### 一、實務見解：否定說

###### 最高法院 32 年度上字第 2180 號判決：

如屬預備犯，則其行為之階段，尚在著手以前，縱因己意中止進行，仍與刑法第 27 條所定已著手之條件不合，自應仍以殺人預備罪論科。

實務的意思就是，如果你認為在預備階段放棄犯行可以有刑法第 27 條的適用，那顯然你近視太深應該要去看眼科惹，畢竟刑法第 27 條法條不就開宗明義寫的很清楚了，必須要是「已著手」才能有本條的適用嗎？這就是非常純（和谷關空氣一樣純）的文義解釋！

##### 二、學說見解：肯定說

學說見解認為在犯行不法內涵比較重的未遂階段時放棄犯行，都可以有刑法第 27 條的適用惹，更何況是在尚未踏進刑法處罰禁區的預備階段，在犯行不法內涵較輕的預備階段時放棄犯行，更應該有刑法第 27 條的適用。此時應依照舉重以明輕的衡平性法理，類推適用刑法第 27 條才是<sup>4</sup>。

4 可參 許恒達，強盜預備罪與放棄續行犯罪的刑法評價，載於：法益保護與行為刑法，2016 年 5 月，頁 314 以下。

## 爭點五、幫助犯之因果關係

有時候我們雖然提供了正犯一些犯罪上的幫助，但是正犯最後順利犯罪卻沒用到我們所提供的幫助，例如說正犯想要侵入他人住宅行竊，於是我提供給他一把萬能鑰匙，但剛好被害人住宅門沒關，正犯根本就沒用到萬能鑰匙；又或者是我雖提供正犯一把刀協助他更容易殺人，但正犯幾拳就把被害人打死，根本沒用到我給正犯的刀。

那麼在上述的這些情形，幫助犯提供的幫助很明顯和正犯的法益侵害結果無法連上一條名為因果關係的線，如此的狀況下提供協助者還能成立幫助犯嗎？此即涉及到幫助犯因果關係的問題。

### 一、實務見解

#### 最高法院 102 年度台上字第 1650 號判決：

幫助行為和結果發生固須具備因果關聯，但不以具備直接因果關係作為必要，舉凡予正犯以物質或心理上之助力，對侵害法益結果發生有直接重要關係，亦屬幫助犯罪之行為。

#### 最高法院 107 年度台上字第 1094 號判決：

行為人所為之幫助行為，當然必須與犯罪結果間有因果關聯，但不以具備直接因果關係為必要。而應認為只要行為有直接或間接予以正犯犯罪便利，足以增強正犯犯罪的力量即可，並不以提供之幫助具有不可或缺的地位或是必定要具有關鍵性影響為必要。

#### 最高法院 109 年度台上字第 979 號判決：

又關於幫助犯對正犯之犯罪是否具有因果性貢獻之判斷，學理上固有「結果促進說」與「行為促進說」之歧見，前者認為幫助行為對犯罪結果之發生，須具有強化或保障之現實作用始可；後者則認為幫助行為在犯罪終了前之任一時間點可促進犯罪行為之實行即足，不問其實際上是否對犯罪結果產生作用。茲由於實務及學說均肯定幫助行為兼賅物質上或精神上之助力，且從即令物質上之助力於犯罪實行時未生實際作用，仍非不得認為對行為人產生精神上之鼓舞以觀（例如提供鑰匙入室竊盜，但現場未上鎖，事後看來是多此一舉），可徵幫助行為對於犯罪結果之促進，並非悉從物理性或條件式之因果關係加以理解，尚得為規範性之觀察。換言之，若幫助行為就犯罪之實行，創造有利條件或降低阻礙，進而提升或促進結果發生之蓋然性而惹起結果，

即堪認定其因果性貢獻之存在，進而可將法益侵害之結果，於客觀上歸責予提供犯罪助力之行為人，而成立幫助犯。

## 二、學說見解：

學說上對於幫助犯之因果關係此問題，眾說紛紜，可以簡化成以下這幾種說法<sup>5</sup>：

- (一)有認為在幫助犯的脈絡下否定任何因果關係之要求，將之理解為一種抽象危險犯的結構。依此，不具因果關係之幫助行為，或者甚至是無效的幫助行為，均可成立既遂的幫助犯。
- (二)亦有採應肯定條件因果關係的立場。在此應援用與正犯相同的條件公式，即幫助行為應係正犯既遂結果不可想像其不存在的條件，才能論以幫助既遂。（如果其幫助行為根本沒有作用到正犯著手時點，則是現行法下不罰的未遂幫助；如果幫助行為的作用有持續到正犯犯行未遂階段時，仍可成立幫助未遂；而如果有持續作用到正犯既遂時，則可成立幫助既遂。）
- (三)亦有採折衷立場。依照促進公式，只要幫助者的行為對於實現犯罪構成要件的主行為於任何一個時點有所促進、支助，即為已足。所要求的是一種增強、促進的因果作用。

## 爭點六、不作為犯之正共犯區分（不作為正犯與幫助犯的區辨）

對於應如何區分不作為之正共犯此問題，茲將學說和實務對此議題的觀點臚列於下：

### 一、學說見解<sup>6</sup>：

(一)主觀理論：

在具保證人地位者不阻止第三人實施犯罪的情形，應視該不阻止犯罪之行為人係出於正犯意思或共犯意思，而分別成立不作為正犯或不作為幫助犯。

(二)犯罪支配理論：

通說所採區別正犯與共犯的犯罪支配理論，不論是在作為犯或是在不作為犯中都應該一體適用。所以仍應該視該具保證人地位者之不作為是否達到犯罪支配地位之程度而定。

(三)正犯理論：

不純正不作為犯是義務犯，義務犯中決定正犯與共犯的標準並非是犯罪支配，而是在於特別義務的違反，因此倘若具保證人地位者違反其作為義務而不阻止

<sup>5</sup> 以下整理自 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，頁 328 - 329，2017 年 2 月 2 版。

<sup>6</sup> 學說整理自 林書楷，刑法總則，2018 年 9 月 4 版，頁 477 - 483。

他人實施犯罪，結論上都應該成立不作為正犯，此說又稱為義務犯說。但採此說的學者也認為，在純正身分犯、己手犯或是意圖犯等情形，具保證人義務但欠缺適格身分、或未親手實施犯罪、或欠缺意圖者，其違反義務之不作為仍無法構成正犯，而是應該成立不作為幫助犯。

(四)幫助犯理論（蕭宏宜老師採之）：

在違反保證人義務而不阻止他人犯罪之情形，只有那個直接實施犯罪之行為人具犯罪支配地位，而不作為相較於積極犯罪行為往往僅具備較少之犯罪操控力，因此違反作為義務而未採取介入措施之保證人僅屬於犯罪之配角，僅因其升高了正犯犯罪行為成功的機會而構成不作為幫助犯。

(五)區別理論（林書楷老師採之）：

此說從保證人義務類型出發而以之作為區別不作為正犯與幫助犯之基準者。倘若具保證人地位者係違反保護義務而不阻止他人犯罪，應視為不作為正犯；但如果其所違反的是監督義務，則僅構成不作為幫助犯。

◎林書楷老師採取區別理論的精采論述：

保護義務具有保護對象之特定性，在刑法評價上保證人針對特定保護對象違反義務之不作為足以視為與其積極作為等價，故在第三人針對保護對象實施犯罪行為時，保證人違反保護義務之不作為可以直接評價成不作為構成要件行為而成立正犯。相對地，監督義務由於欠缺保護對象之特定性，其保護對象可能是危險擴散後遭受侵害的任何對象或法益，此時若將違反監督義務之不作為直接評價成構成要件行為，將使得不作為構成要件的範圍擴散，違反構成要件明確性原則，因此不應將保證人違反監督義務之不作為直接評價成構成要件行為，故違反監督義務之保證人僅能構成不作為幫助犯。

## 二、實務見解：主客觀擇一理論

**最高法院 105 年台上字第 88 號判決：**

又刑法上之幫助犯，固以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為而成立，惟所謂以幫助他人犯罪之意思而參與者，指其參與之原因，僅在助成他人犯罪之實現者而言，倘以合同之意思而參加犯罪，即係以自己犯罪之意思而參與，縱其所參與者為犯罪構成要件以外之行為，仍屬共同正犯，又所謂參與犯罪構成要件以外之行為者，指其所參與者非直接構成某種犯罪事實之內容，而僅係助成其犯罪事實實現之行為而言，苟已參與構成某種犯罪事實之一部，即屬分擔實行犯罪之行為，雖僅以幫助他人犯罪之意思而參與，亦仍屬共同正犯。此為現行實務上一致之見解。是就共同正犯與從犯之區別，係採主觀（是否以合同之意思即以自己共同犯罪之意思而參與）、客

觀（是否參與構成要件行為）擇一標準說（參見民國 94 年 2 月 2 日修正公布之刑法第 28 條之修正立法理由）。而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，若於事前或事中共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。

## 爭點七、有義務遺棄罪之罪質

有關於刑法第 294 條有義務遺棄罪的罪質為何，素有爭論，茲分述不同見解如下：

### 一、實務見解：抽象危險犯說

#### 最高法院 104 年台上字第 2837 號判決：

刑法第二百九十四條第一項之違背義務遺棄罪，構成要件為「對於無自救力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護，而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護」，屬身分犯之一種，所欲保護的法益，係維持生命繼續存在的生存權，而以法令有規範或契約所約明，負擔扶養、保護義務之人，作為犯罪的行為主體；以其所需負責扶養、保護的對象，作為犯罪的客體。又依其法律文字結構（無具體危險犯所表明的「致生損害」、「致生公共危險」、「足以生損害於公眾或他人」等用詞）以觀，可知屬於學理上所稱的抽象危險犯，行為人一旦不履行其義務，對於無自救力人之生存，已產生抽象危險現象，罪即成立，不以發生具體危險情形為必要（參照本院八十七年台上字第二三九五號判例）。

本院二十九年上字第三七七七號判例所謂：「事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪」乙節，乃專指義務人不履行其義務「之際」，「業已」另有其他義務人為之扶養、

保護為限（參照上揭八十七年判例），自反面而言，縱然有其他「無」義務之人出面照護，但既不屬義務，當可隨時、隨意停止，則此無自救能力的人，即頓失必要的依恃，生存難謂無危險，行為人自然不能解免該罪責。又上揭所稱其他義務人，其義務基礎仍僅限於法令及契約，應不包括無因管理在內，否則勢將混淆了行為人的義務不履行（含積極的遺棄，和消極的不作為）惡意，與他人無義務、無意願，卻無奈承接的窘境。行為人將無自救力的人轉手給警所、育幼院或醫院，無論是趨使無自救力之人自行進入，或將之送入，或遺置後不告而別，對於警所等而言，上揭轉手（交付、收受），乃暫時性，充其量為無因管理，自不能因行為人單方的意思表示，課以上揭各該機關（構）等公益團體長期接手扶養、保護的義務，而行為人居然即可免除自己的責任，尤其於行為人係具有民法第一千一百十五條所定的法定扶養義務場合，既屬最為基本的法定義務，其順序及責任輕重，當在其他法令（例如海商法的海難救助、道路交通管理處罰條例的肇事救護義務）或契約之上。至於兒童及少年福利與權益保障法第七條第二項第六款，雖然規定警員應維護兒童安全，又警察法第二條亦規定警察應保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利，仍非謂警察應長期替代、承擔對於棄童的扶養義務。何況行為人原可依法向相關社會福利機關（構）請求提供協助，適時、適切、適法使無自救力人獲得生存所必要的安置、保護措施，倘竟捨此不為，卻任令逃免刑責，無異鼓勵不法，豈是事理之平，又如何能夠符合國民的法律感情、維持社會秩序、實現正義。

**最高法院 107 年台上字第 1362 號判決：**

刑法第 294 條第 1 項之違背義務遺棄罪，以負有扶助、養育或保護義務者，對於無自救力之人，不為其生存所必要之扶助、養育或保護為其要件。此所謂生存所必要之扶助、養育或保護，係指義務人不履行其義務，對於無自救力人之生存有發生危險之虞者而言，係抽象危險犯，故不以果已發生危險為必要。又負有此項義務之人，不盡其義務時，縱有其他無照護義務之人為之照護，因該非出於義務之照護（類似無因管理）隨時可能停止，對無自救力之人之生命既仍處於有可能發生危險之不確定狀態，自不影響該依法令負有此義務之人遺棄罪之成立。

## 二、學說見解

### (一)抽象危險犯說

一有遺棄行為，即擬制對生命有危險，且遺棄罪條文中並未有「致生命之危險」之描述。抽象危險犯構成要件之解釋仍要有其合理性，而不是拘板庸澀的緊盯條文文義，若將無自救力之人從人煙渺渺的荒野移到市區，理論上提高了獲救機率，這舉動並非法秩序所要譴責的遺棄行為，將遺棄罪解釋成是抽象危險犯，並不會有過度入罪之疑慮。

### (二)具體危險犯說

認為遺棄罪之成立，僅對於生命具有抽象危險仍有未足，需有具體危險。因為並非對無自救力之人之遺棄行為，均具應刑罰性，而是只有遺棄行為會導致無自救力之人喪失生命之高危險性，始有加以刑罰制裁之必要。

#### 楊過小叮嚀：

大家一定要非常清楚這個爭點什麼時候要使用。這個爭點使用的時機都會是在行為人將無自救力之人放在一個「相對安全的地方」時才會提及此爭點。例如說像是「醫院、警察局、育幼院」。

不然如果今天將無自救力之人放在動物園的老虎獅子區裡面，說真的你採哪說都沒差，因為不管你採哪說都一定會有危險嘎嘎嘎！

## 爭點八、竊盜罪、搶奪罪與詐欺罪的區分

竊盜罪與其他財產犯罪的區辨一直以來都是膾炙人口的考點。所謂竊取行為一般來說指的就是未經他人同意，破壞他人對其物的持有，並進而建立自己對其物的新持有而言。其與搶奪行為又應如何區分？又如果是施用詐術騙取對方財物的「詐欺式竊盜」的情形，究竟應該論以竊盜罪或是詐欺罪？以下即分別的探討這些問題。

### 一、竊盜罪 VS 搶奪罪

#### (一)甲說：

此說認為從竊取的「竊」字可得而知，竊盜罪限於是秘密、偷偷摸摸而破壞他人持有並建立自己持有（我們也將竊取別人物品的人叫做小「偷」）。而與之有所區別的搶奪罪的搶奪行為指的自然就是「公然」且乘人不及抗拒、乘人不備而取走他人物品的行為。

最高法院 106 年度台上字第 2013 號判決：刑法上之搶奪罪所謂的搶奪行為，是指乘人不備，公然掠取他人之財物，即足當之。

(二)乙說：

需使用不法腕力而猝然攫取，使被害人不及抗拒，至於是否公然在非所問<sup>7</sup>。

(三)丙說：

搶奪乃是指行為人以當場直接侵害持有人自由意思的手段，破壞持有人對物之監督支配關係，但未達抑制對方自由意思程度之行為<sup>8</sup>。

(四)丁說：

竊取的「竊」字不應解釋為祕密、偷偷摸摸的意思，而僅表示未得他人同意之意思，只要是未得他人同意破壞持有並建立持有即合致竊取的行為。又參酌刑法第 325 條第 2 項有加重結果犯的規定，可知搶奪罪刑度高於竊盜罪的原因是在於搶奪手段足以造成他人生命、身體危險性，故不妨將搶奪行為解釋為「足以引起生命、身體危險性的竊取手段」。而物品是否在他人緊密持有中是可以當作輔助判準的<sup>9</sup>。

(五)戊說：

應將搶奪行為實質理解為「當特定物與被害人身體具有空間上直接的連接關係，例如手提或肩背，行為人對該特定物實施不法腕力以實現持有移轉的行為」<sup>10</sup>。

## 二、竊盜罪 VS 詐欺罪

其實竊盜罪與詐欺罪的區分，所關涉的點即在於應如何定性「處分」的意義。因為竊盜罪是無處分型的犯罪，也就是他損的犯罪，易言之，竊盜罪就是指行為人利用自己的外力而破壞他人對其物的持有，並建立起自己的新持有的犯罪，從頭到尾都沒有被害人自己處分物品的行為穿插其中。但詐欺罪是典型的有處分型的犯罪，即自損犯罪，被害人透過行為人詐術的施用而自願性地處分財物給行為人。因此到底行為人的行為要論以竊盜罪或是詐欺罪，就牽涉到何謂「處分」？

處分此要素指的就是直接或間接導致財產利益減損的行為，作為或是不作為或是單純的忍受都可以合於處分的定義，例如：契約的訂定、所有權的讓與或是勞務的提供等等。而處分行為必須具有處分意識，所謂處分意識指的是被欺騙者對於物之持有支配關係的移轉須有所認知之意<sup>11</sup>。講白話點，就是指必須要知道自己交給對方什麼東西的意思啦！

7 林山田，刑法各罪論（上），頁 371 - 372，2006 年 10 月 5 版。

8 甘添貴，刑法各論（上），頁 251，2014 年 8 月 4 版。

9 蔡聖偉，搶奪行為之認定，月旦法學教室，74 期，頁 14 - 15，2008 年 12 月。

10 古承宗，刑法分則：財產犯罪篇，頁 116 - 118，2018 年 3 月。

11 吳耀宗，詐欺罪與竊盜罪之區別，月旦法學教室，149 期，頁 25，2015 年 3 月。

### ★實務見解

對於竊盜罪與詐欺罪的區辨也是以到底有無處分（交付）為區分標準：

**最高法院 33 年度上字第 1134 號判決：**此實務見解認為詐欺罪是有交付型的財產犯罪，以被害人有處分財物為必要；但竊盜罪是屬於無交付型的財產犯罪，也就是指行為人以外力破壞他人持有並進而建立自己對物的持有，被害人並無交付、處分財物給行為人。

以下可以透過 **104 年東吳刑法組** 試題來說明竊盜罪與詐欺罪的區分！

例題：甲在某大賣場內，因貪圖便宜，趁人不注意，將標價新台幣（下同）五千元之微波爐抽出包裝改置入標價一千元之電熱器外箱後，將裝箱外表封妥回復原狀，搬至賣場出口收銀處結帳。收銀員見裝箱封口完好無缺，即依裝箱標籤條碼掃瞄結帳而向甲收取一千元後，將該箱貨物交付甲取走。試問：甲應負何刑責？

在以上的題目中，收銀員以為他處分的物品是電熱器，但事實上其交給他人的物品是微波爐，等於是收銀員並未認知到其事實上處分的物品的持有支配關係移轉關係（其並未認知到其處分微波爐），等於是應論以無處分型的竊盜罪才對！

## 爭點九、強盜罪 VS 擄人勒贖罪

強盜罪與擄人勒贖罪到底應如何區分，實務和學說見解大相逕庭。區分關鍵就在於實務和學說對於擄人勒贖罪的解釋，兩者的解釋可以說是差了十萬八千里。以下就幫各位整理實務和學說的見解。

### 一、實務見解

**最高法院 101 年度台上字第 4508 號判決：**此判決認為區分強盜與擄人勒贖罪，係以是否將被害人擄走脫離其原有處所，使喪失行動自由，而移置於自己實力支配下，為其區別標準。即單純施以強暴、脅迫等手段，使人交付財物，構成強盜罪；如先將被害人擄走置於行為人實力支配下，再予以脅迫，以便向被害人或其關係人勒索財物行為，一經實現，犯罪即屬既遂，不以須向被害人以外之人勒索財物為必要。

也就是說，實務見解認為所謂擄人勒贖，即係指行為人以取財的目的，使被害人脫離原處所，長期地置於自己的實力支配之下之意，至於是否有行為人、人質、付贖金者的三面關係，在非所問。

### 二、學說見解

學說見解普遍認為區分強盜罪與擄人勒贖罪的關鍵是在於「三面關係」的有無。也就是說，要想成立擄人勒贖罪，必須具備行為人、人質以及付贖金者三方的關

係，藉由三面關係，可以造成更大的社會恐慌，也因為利用了付贖金者對於人質生命身體安全的憂慮，將可造成更巨大的財產侵害。如此始能合理解釋擄人勒贖罪的法定刑遠高於強盜罪的實質理由<sup>12</sup>。

## 爭點十、準強盜罪之既遂時點

刑法第 329 條之準強盜罪一直都是財產犯罪的大重點。其中最重要的爭點就是準強盜罪的既遂標準為何，會有這樣的爭議其實是在於準強盜罪的特殊犯行結構所致。因為準強盜罪的犯行可以區分成前段及後段，前段是行為人必須先有一個竊盜或搶奪的行為，而後段則是行為人必須要施以強暴脅迫（且依照釋字第 630 號解釋，此強制力尚必須至使他人難以抗拒），那問題就在於準強盜罪的既遂時點到底應以前段或是後段的完成為標準，亦或是仍有其他更為合理的判準？

### 一、前行為既遂說

最高法院 68 年度台上字第 2772 號判決：

實務見解是以竊盜或搶奪的既未遂來判斷準強盜罪的既未遂。如竊盜或搶奪既遂，則準強盜罪既遂；若竊盜或搶奪未遂，則準強盜罪未遂。

### 二、強制既遂說

此說認為應以後段的行為實現為既遂的判斷標準，又釋字第 630 號解釋要求強制力必須至使難以抗拒，所以加總來看，自然就應以行為人所施的強制力是否發生難以抗拒的效果來決定準強盜罪的既未遂<sup>13</sup>。

### 三、穩固持有說

此說認為準強盜罪仍然是一個財產犯罪，其保護法益是財產的所有及持有，所以如果要論既遂，自應從法定犯行完成後，是否終局性地破壞財產歸屬關係。也就是說，準強盜罪的既遂應該是行為人透過強暴、脅迫行為進而穩固了財物的持有關係。所以我們應該在準強盜罪的客觀構成要件中加入一個不成文的結果要素：穩固新持有<sup>14</sup>。

12 林東茂，刑法分則，頁 212，2018 年 9 月。

13 甘添貴，刑法各論（上），頁 271，2014 年 8 月 4 版。

14 蔡聖偉，偷「機」不著——準強盜罪的既遂認定問題，月旦法學雜誌，181 期，頁 289，2010 年 6 月。許恒達，準強盜罪的犯型結構與既遂標準，台灣法學雜誌，204 期，頁 162—163，2012 年 7 月。

## 爭點十一、加重竊盜罪的加重事由

加重竊盜罪各款加重事由，在考試上已經可以說是重要性爆表的老梗，尤其是第三款的凶器，這個已經愛考到不知該說甚麼惹！以下我們就幫大家整理一下各款重要的考點吧！

### 一、第一款：公寓樓梯間、醫院病房皆合於第一款事由

#### 最高法院 76 年台上字第 2972 號判決：

公寓大廈的樓梯間為住宅的一部份，和公寓有密切不可分的關係，有第 321 條第 1 項第 1 款之適用。

#### 最高法院 101 年台非字第 140 判決：

醫院病房既係病人接受醫療及休養生息之處所，病人住院期間，病房即為其生活起居之場域，各有其監督權，除負責診治之醫生及護理人員在醫療必要之範圍內，得進出病房外，尚非他人所得隨意出入，自不屬於公共場所或公眾得出入之場所。是醫院病房難謂非刑法加重竊盜罪所稱之有人居住之建築物，倘乘隙侵入醫院病房內行竊，自己構成刑法侵入有人居住之建築物竊盜罪。

### 二、第二款：使用萬能鑰匙不合於第二款事由

### 三、第三款：兇器認定採取客觀說、自然界物質非兇器

#### 最高法院 79 年台上字第 5253 號判決：

按刑法第三百二十一條第一項第三款之攜帶凶器竊盜罪，係以行為人攜帶凶器竊盜為其加重條件，此所謂凶器，其種類並無限制，凡客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之凶器均屬之，且只需行竊時攜帶此種具有危險性之凶器為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要。螺絲起子為足以殺傷人生命、身體之器械，顯為具有危險性之凶器。

#### 最高法院 92 年台非字第 38 號判決：

凶器排除自然界物質〈石頭、磚塊〉。

◎例題：

甲在夜市購得金屬製，幾可亂真之玩具槍一支（非槍砲彈藥刀械管制條例之槍枝，但可將人敲擊成傷），即與友人乙謀議持該玩具槍為犯罪工具，二人持上開玩具槍，在偏僻之巷道尋找目標時，適遇丙路過，甲即持該玩具槍指向丙，命丙交出財物，丙誤為真槍，不敢輕舉妄動，任由乙取走其皮包，內有現金、名片等物。

【101 年司法官】

甲、乙、丙為搬家公司業者，共同意圖為自己不法之所有，謀議利用上班時間無人在家之際，推由乙、丙攜帶搬家時使用之螺絲起子備用，侵入他人住宅行竊，惟為增加人手以利搬運，並謀議找不知情之丁加入。甲、乙、丙乃向丁佯稱渠等受客戶委託代為搬家，因人力不足，商請丁協助。丁不疑有他，而予允諾。嗣甲在公司留守，乙則在身上暗藏螺絲起子一把，並駕駛貨車載同丙、丁，於 100 年 1 月 26 日上午 10 時許到達戊宅，由丙持萬能鑰匙開啟門鎖後，三人進入宅內，將戊所有之財物搬上車，載離現場。警方依據鄰人提供之車號，循線查獲，將甲、乙、丙、丁移送偵辦。檢察官於偵查中發現四人有竊盜之罪嫌，又查知甲為戊之舅父之子。

試問：(三)若本件之竊盜行為經合法告訴，檢察官於 100 年 3 月 10 日起訴時，逕依 100 年 1 月 26 日修正公布之刑法第 321 條第 1 項第 4 款、第 3 款、第 1 款之結夥三人以上攜帶兇器侵入住宅竊盜罪嫌，對甲、乙、丙、丁提起公訴，本案能否成立結夥三人以上竊盜罪？侵入住宅竊盜罪？攜帶兇器竊盜罪？（40 分）

【103 年律師】

無業大學畢業生甲在公園中見乙於樹下專注上網，乘乙不注意時，出手欲從乙身後拿取其錢包。路人丙見狀，高呼抓賊，甲驚慌逃逸，致未取得財物。丙縱身一撲，將甲壓制倒地。兩人纏鬥，甲用蠻力將丙摔傷，繼續逃逸，遭巡邏警員制伏。檢察官偵查結果，認為甲因失業困苦，且深具悔意，所犯只該當竊盜未遂，丙也撤回傷害告訴，遂以竊盜未遂係屬微罪，依職權不起訴，並對傷害罪不起訴處分。另一告訴人乙不服，聲請再議，上級法院檢察署檢察長認該再議有理由，以該職權不起訴用法不當為由，命令原檢察官起訴。

試問：(三)檢察官依法起訴後，法院調查結果認為甲趁乙不注意時已取得其錢包，只是在與丙纏鬥時脫落，致其遭警員逮捕時，查無贓物。而且，發現甲在背包內攜帶乙把水果刀，甲對此則辯稱係為野餐之用，竊盜乃是臨時起意，絕無行兇意圖。試問甲之罪責為何？（20分）

【104年司法官】

#### 四、第四款：人數計算三大排除（共謀共正、共犯、無責任能力人）

##### 最高法院 37 年上字第 2454 號判決：

認為結夥犯以具有責任能力的行為人為限〈題目出現 14 歲以下的人時，需特別注意！〉，無責任能力人不能算入結夥人數之內。

##### 最高法院 76 年台上字第 7210 號判決：

結夥犯應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內。

#### 五、第六款

##### 最高法院 62 年台上字第 3539 號判決：

車站、埠頭當以車船停靠旅客上落停留及必經之地為限，而非泛指整個車站或埠頭地區而言。

#### ◎多重加重事由的處理

##### 最高法院 69 年台上字第 3945 號判決：

如犯竊盜罪兼具數款加重情形時，因竊盜行為只有一個，仍只成立一罪，不能認為法律競合或犯罪競合〈但判決主文應將各種情形揭明，並於判決理由中引用各款〉

以上這個判決是在處理具有多重加重事由時的情形，非常重要，如果可以的話，字號要記一下喔 ><

## 爭點十二、刑法第 185 條之 4 新修法條文內容

刑法第 185 條之 4：

- I 駕駛動力交通工具發生交通事故，致人傷害而逃逸者，處六月以上五年以下有期徒刑；致人於死或重傷而逃逸者，處一年以上七年以下有期徒刑。
- II 犯前項之罪，駕駛人於發生交通事故致人死傷係無過失者，減輕或免除其刑。

針對三讀通過的新條文，立法院有關刑法第 185 條之 4 的立法理由如下：

- 一、司法院釋字第七七七號解釋意旨認為非因駕駛人之故意或過失所致事故之情形是否構成本條「肇事」，尚非一般受規範者所得理解或預見，其文義有違法律明確性原則；且有關刑度部分，一律以一年以上七年以下有期徒刑為其法定刑，致對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告，對此等情節輕微個案構成顯然過苛之處罰，於此範圍內，不符憲法罪刑相當原則，與憲法第二十三條比例原則有違，應予修正。
- 二、為使傷者於行為人駕駛動力交通工具發生交通事故之初能獲即時救護，該行為人應停留在現場，向傷者或警察等有關機關表明身分，並視現場情形通知警察機關處理、協助傷者就醫、對事故現場為必要之處置等，故縱使行為人駕駛動力交通工具發生交通事故致人死傷係無過失，其逃逸者，亦應為本條處罰範圍，以維護公共交通安全、釐清交通事故責任，爰依上開解釋意旨，將本條「肇事」規定修正為「發生交通事故」，以臻明確。
- 三、有關本條法律效果部分，應依對法益侵害之程度訂定不同刑度之處罰，以符憲法罪刑相當原則，爰依釋字第七七七號解釋意旨，就法益侵害之結果為傷害、重傷或死亡之情形，分別規定其刑度；另增訂第二項規定，就犯第一項之罪之駕駛人，於發生交通事故致人死傷係無過失者，予以規定減輕或免除其刑，以符合憲法比例原則之要求。

## 爭點十三、偽造罪章檢驗順序

在學習偽造罪章時，並不是就直接抱著書本猛讀，而是必須依循正確的學習步驟進而掌握此罪章的重點所在，下面就詳細介紹學習偽造罪章正確的檢驗步驟！

## 一、客體：

首先在寫有關於公共信用犯罪的題目時，你必須要先確定你審查的到底是甚麼客體！這點真的灰熊重要！例如說統一發票到底是什麼（私文書或有價證券）？人民幣到底是什麼（有價證券或貨幣）？區辨出客體除了你法條才會用對外，也會影響後面的行為態樣（例如說登載不實這個行為只有文書才有，交付於人只有有價證券和貨幣才有。），甚至還會影響競合喔！

為了方便大家記憶偽造罪章中重要的客體，以下即以表格的方式帮大家整理！

1. 私文書	支票影本、附屬票據行為(背書)、信用卡背面簽名、文書影本、逮捕通知書收受人簽章欄內之簽名、公務員所簽之私法契約、有中獎的統一發票(實務：私文書、學說：有價證券)、當票、取款憑條、戲票(戲園之入場券)。
2. 公文書	公務員職務上製作的文書、傳票。
3. 特種文書	護照、汽車牌照、身分證、警察證、畢業證書、執照、健保卡。
4. 準文書	汽機車引擎號碼、互助會標單、手機簡訊、正字標記、稅戳、屠宰稅驗印戳、e mail。
5. 有價證券	匯票、支票、本票、美金、人民幣、倉單、載貨證券、有中獎的統一發票(實務：私文書、學說：有價證券)。

## 二、行為：

認識和區辨完客體後，再來就是認定行為。到底本例中行為人有哪些行為呢？重點有蠻多的，例如偽造和變造的區分，無權代理是否偽造、冒用已死之人或是根本不存在的人之名義是否偽造、使公務員登載不實及實質審查權限的認定、行使及交付於人的差異等等，都是膾炙人口的經典題型！

但進到行為的審查前，還是必須先確認客體，如果你客體是鎖定在文書，審查行為時就不會有交付於人此行為態樣囉！所以客體的認定真的很重要啊！

以下即附錄有關於行為的重要實務見解以供各位參考：

### (一)偽造與變造的區分

**最高法院 29 年度上字第 1785 號判決：**

此判例認為變造是在不更改原有文書的本質，僅就內容有所更改者而言。如已對文書的本質有所變更，則應屬偽造而非變造。

所以雖然是對於內容作更改，但若已達原有性質的破壞（例如將無效改成有效，即無中生有的情形），即應論以偽造！

(二)無權代理是否為偽造

**最高法院 95 年度第 19 次刑庭決議：**

無代理權而假冒本人之代理人名義，製作虛偽之有價證券或私文書之行為，與直接冒用他人名義偽造有價證券或私文書無異，仍然符合偽造行為之定義。

(三)冒用以死之人的名義及無他人授權而冒用皆屬偽造

**最高法院 107 年度台上字第 1753 號判決：**

此判決認為冒用以死之人的名義製作文書，因社會上一般人仍有誤認其為真正文書之危險，故仍屬於偽造行為；而若有他人授權製作文書，當然不合於偽造行為的概念，但若行為人非基於他人之授權委託，卻私自以他人之名義製作文書，當屬無權製作而偽造。

(四)行使與交付於人的區辨

**最高法院 32 年度上字第 477 號判決：**

變造有價證券之行使罪與交付罪之區別，在於犯人有無欺騙相對人之意思以為斷，如有欺騙之意思，則為行使，否則為交付。

### 三、競合

基本上，寫到偽造罪章，沒有寫到競合，鐵定不是老師題目出錯，百分之五百萬是你寫錯！

首先我自己是把【偽造文書當作是正常人】，【偽造有價證券和貨幣罪當作是怪胎】！為何如此呢？看下去就會知道！

正常人的偽造文書，偽造行為和行使行為當然是論行使（高度行為吸收低度行為），行使是後階段行為，吸收前階段行為蠻正常的。再來是行使行為和詐欺行為，因為保護法益本來就不同（一個是保護財產，一個是保護公共信用），所以論想像競合，這樣結論也超正常，所以我稱之為正常人！

反觀怪胎的貨幣及有價證券犯罪，行使和詐欺，本來應該是想像競合，沒想到實務認為詐欺會被行使行為吸收（？）。而對於偽造和行使，實務認為偽造吸收行使（前階段行為吸收掉後階段行為，最後竟然是論前階段行為？）這就比較不合於一般人的想像，所以我稱之為怪胎！

◎那以下就用表格替大家整理一下競合的結論吧！這真的要熟記，這部份真的是考到偽造罪章必考的呀！

罪名	偽造貨幣	偽造有價證券	偽造文書
行使、偽造	偽造吸收行使	偽造吸收行使	行使吸收偽造
行使、詐欺	行使吸收詐欺	行使吸收詐欺	兩罪想像競合

◎【考題觀摩】

彰化市民甲為廣東深圳市之臺商，因逢美中貿易所生之關稅摩擦，工廠產品滯銷致周轉不靈，為支付積欠工人之薪資，竟摹擬仿真製作面額分別為 20、50 及 100 圓之人民幣各一批，並持以充作薪資交付予不知情之員工。翌月，甲自知即將東窗事發，乃斷然拋下深圳之廠房及設備急忙返臺。試問：甲之行為應如何處斷？

【108 年司法三等法院書記官】

## 爭點十四、自我庇護行為之可罰性

所謂自我庇護行為，指的就是行為人去教唆他人犯某罪以便讓自己可以脫罪的行為，這樣的行為到底可不可罰？就是自我庇護行為所要探討的爭議！！

◎自我庇護行為犯罪的比較

	刑法 164 條	刑法 165 條	刑法 168 條
自我庇護行為是否成立犯罪	否定 (最高法院 24 年上字第 4974 號判決)	否定	肯定

### 一、教唆他人將自己藏匿或頂替自己，是否成立刑法 164 條之教唆犯？

自己藏匿自己是人之常情，所以教唆他人藏匿自己或教唆他人頂替自己，這樣的行為應該認為欠缺期待可能性而不成立犯罪。(也有認為犯人不成立本罪的教唆犯的理由在於，既然犯人自我隱蔽的正犯行為是法律所不罰的行為，則不法內涵較正犯為輕的教唆行為當然也不能論以教唆犯，這是舉重以明輕的法理)

## 二、教唆他人湮滅有關於自己犯罪的證據，是否成立刑法 165 條之教唆犯？

此他人係屬罪責要素，故行為人會因為欠缺他人此罪責要素而不成立本罪之教唆犯（亦有認為行為人自己湮滅自己的證據此正犯行為皆屬不罰，則教唆他人湮滅證據此不法內涵較低之共犯行為更應不罰）

## 三、教唆證人作偽證以便讓自己脫罪，是否成立刑法第 168 條之教唆犯？

### 最高法院 97 年台上字第 2162 號判決認為：

被告在訴訟上固有緘默權，且受無罪推定之保障，不須舉證證明自己無罪，惟此均屬消極之不作為，如被告積極教唆他人偽證，為自己有利之供述，已逾越上揭法律對被告保障範圍。最高法院二十四年上字第 4974 號判例乃針對刑法第一六四條第二項頂替罪所作之解釋，尚不得比附援引，藉為教唆偽證罪之免責事由。

2021 高普考重點整理

# 行政法

/ 陳希



## 壹、修法重點——行政程序法第 128 條新法增訂 ( 新增第 3 項 )

### 一、新修條文

#### ◎行政程序法第 128 條

I 行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限：

- 一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。
- 二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。
- 三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。前項申請，應自法定救濟期間經過後三個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。

II 但自法定救濟期間經過後已逾五年者，不得申請。

**III 第一項之新證據，指處分作成前已存在或成立而未及調查斟酌，及處分作成後始存在或成立之證據。**

### 二、解析

#### (一)基本概念

行政程序再開（或稱重新進行），係行政程序法所賦予之特殊救濟程序，因此須滿足行政程序法第 128 條之要件使為合法申請：

1. 處分須不可透過一般救濟程序為之，具不可爭訟性。
2. 需有程序再開事由（第 1 項 1-3 款事由）。
3. 需相對人或利害關係人無重大過失而未救濟（第 1 項但書）。
4. 需於救濟期間經過之 5 年內申請（同條第 2 項）。

#### (二)第三款事由之爭議解讀：

1. 過往實務就第三款事由之認定：

過往因無明文發現新證據之時點，因此實務見解均認為應限於「處分作成時業已存在，為申請人所不知，且未經行政機關斟酌」之情形。換言之，若為處分作成後始產生之證據，即不得作為程序再開之事由。

## 2. 現行見解評析：

因前述實務見解係於法無明文之情況下限制人民之救濟權利，故依照以下理由而有新法之修訂：

- (1) 過往實務見解係**增加法無明文之限制**，即**違反法律保留原則**。
- (2) 基於對人民權利之保護，即**保障人民權利**。
- (3) 確立行政行為之合法性，即**遵守依法行政原則**。

### (三) 附論提醒：判決確定後可否申請程序再開

若人民係透過一般救濟程序進行救濟，於判決確定後欲以行政程序法第 128 條申請再開，應否允許？

#### 1. 否定說 (多數實務見解)：

##### (1) 例外從嚴

程序再開已屬特殊救濟程序，自應從嚴解釋，不應准許於判決確定後復為申請。

##### (2) 一般救濟程序中已有再審程序相應

一般訴訟程序中已有「再審」此一特殊救濟程序相應，不應准許另以程序再開為之。

#### 2. 肯定說 (部分學理見解)：

##### (1) 基於人民權利之維護

若個案中確有違法之處，自應容許人民對之救濟，以免權利受害而無從救濟。

##### (2) 基於平等原則

相類事件應有相類處置，若個案中確有違法時，自應修正。

#### 3. 折衷 (部分實務見解)

原則上不允許救濟，蓋一般救濟程序中已有再審程序以資支應；惟若人民無法進行再審時，此時除程序再開外，別無他途，則例外應允許。

## 貳、近期實務見解速記

考場上分秒必爭，故此處是給申論題的各位先以表格方式快速記憶，表格中有標示頁數部分，再翻至該頁數速讀細論。又因選擇題亦可能以各爭議之結論出題，故於開頭【標題】處直接填上結論。

大法庭裁定	
109 大 1 號	<p>【人民對徵收後補償金額不滿應提起課予義務訴訟】</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>被徵收土地所有權人認補償價額不足而提起行政訴訟之情形，其自當提起<b>課予義務訴訟</b>請求主管機關另作成給付補償差額之授益處分，或變更原補償處分另為補償價額較高之授益處分，方可取得對主管機關強制執行之名義，以達成其提起訴訟之目的，而非提起撤銷訴訟，請求撤銷對其授益之補償處分。</li> <li>被徵收土地之補償價額，<b>須經主管機關提交地價評議委員會評定其徵收當期之市價，並據以核定補償處分後，始得確定人民之給付請求權，尚非得由人民直接向主管機關請求金錢給付</b>，則被徵收土地所有權人對補償價額不服，尚不得逕依行政訴訟法第 8 條提起一般給付訴訟，請求主管機關發給補償費。</li> </ul>
109 大 2 號	<p>【Uber 公司違反義務之裁罰機關為直轄市政府】</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>公路法第 37 條第 1 項第 3 款：「經營汽車運輸業，應依下列規定，申請核准籌備：……三、經營計程車客運業，其主事務所在直轄市者，向直轄市公路主管機關申請，在直轄市以外之區域者，向中央主管機關申請。」</li> <li>將反覆繼續經營汽車運輸業者多次之非法營業行為，由<b>將反覆繼續經營汽車運輸業者多次之非法營業行為，由單一機關整合考量，綜觀違章情節全貌為適切之裁罰，避免多頭馬車造成之事實認定紊亂及違法重複處罰，乃最能貫徹上述公路法立法目的</b>，乃最能貫徹上述公路法立法目的。</li> <li><b>非法經營計程車客運業，除跨域流動外，且具移動迅速、反覆密接實施之本質，在同一日或二日內，其違章行為地即可遍及全國，此被法律上評價為單一之違法行為裁罰，首重效率及整體性觀察、考量。</b></li> <li>就公司主事務所在直轄市，未經依公路法第 37 條第 1 項第 3 款規定申請核准，而擅自經營計程車客運業者，<b>交通部公路總局無依同法第 77 條第 2 項規定對該公司予以裁處罰鍰並勒令停業之權限。</b></li> </ul>

<p>109 大 4 號</p>	<p>【稅法修正前之請求權應依行政程序法時效，並自行政程序法修正施行後起算】</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 依現行稅捐稽徵法第 28 條第 2 項規定申請退還土地增值稅事件之法律適用順序，原則上是：納稅者權利保護法→稅捐稽徵法→（個別稅法）土地稅法→行政程序法。</li> <li>· 現行稅捐稽徵法第 28 條第 2 項規定：「納稅義務人因稅捐稽徵機關適用法令錯誤、計算錯誤或其他可歸責於政府機關之錯誤，致溢繳稅款者，稅捐稽徵機關應自知有錯誤原因之日起 2 年內查明退還，其退還之稅款不以 5 年內溢繳者為限。」</li> <li>· 消滅時效原則上固自請求權可行使起算，然現行稅捐稽徵法第 28 條第 2 項規定，並無涉及退稅請求權之時效期間或自何時起算之規定，該條項未規定時效期間，是因法律發生變動，經由屬行政法總論性質之現行行政程序法第 131 條第 1 項規定修正生效後之適用，始有規定特定時效期間，依現行行政程序法第 131 條第 1 項規定修正生效後，人民對行政機關之 10 年公法上請求權時效期間，始作為稅捐稽徵法第 28 條第 2 項退稅請求權之時效期間。</li> </ul>
<p>109 大 5 號</p>	<p>【性平委員外聘爭議——新法不得溯及適用已終結之程序】</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 法律規定溯及生效的事項，如有利於人民之事項，通常為憲法所不禁止……易言之，法律若已溯及，原則上即為違憲，溯及性法律，必須有明顯的優越於信賴保護之極為重要之公益上目的，且其重要性高於法安定性之要求，才例外保有效力。</li> <li>· 107 年 12 月 28 日修正公布之性平法第 30 條第 2 項規定性平會調查小組成員必要時「得一部或『全部』外聘。本法中華民國 107 年 12 月 7 日修正之條文施行前，亦同。」……向來立法者制定溯及既往適用之法律，對於溯及適用的對象、範圍均明確界定，未有含糊只講修正前「亦同」。……另觀諸修法之立法理由並未就此敘明是否新法有溯及適用之意，或有何基於極為重要公益之必要，而有溯及適用於新法規生效前業已終結之程序法律關係之意。</li> <li>· 故僅指在新法施行後，<u>調查小組尚未處理或尚未處理終結（即尚未提出調查報告）之事件，均適用新法繼續處理之</u>。是以，於性平法 107 年 12 月 7 日修正之條文施行前，調查小組程序已完成（即已提出調查報告）者，或甚至已作成解聘處分者，既屬新法施行前行政程序在法律上已終結，則新法關於性平會調查小組成員得「全部」外聘之規定，自不得溯及適用。</li> </ul>

高等行政法院座談會	
110 年 2 號 p.39	<p>【違反土汙法之公司負責人僅負金錢給付義務，與代履行費用之預付不同】</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>公司負責人並非污染行為人</u>，其依土汙法第 43 條規定所負連帶清償責任，需待主管機關依土汙法第 13 條第 2 項等規定採適當措施改善而實際支出費用後，始行發生。</li> <li>• <u>法上金錢給付義務與行為不行為義務之成立要件及執行方法迥然不同，故於公法上金錢義務之行政執行，殊無以間接強制之代履行方式進行執行之可能。</u></li> </ul>
110 年 3 號	<p>【原代理人有訴願權限時，嗣後委任他人時在途期間仍維持】</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 乙與甲均居住於臺中市，並有為甲提起訴願之權限，<u>則計算本件訴願期間自應扣除在途期間，不因甲嗣後另委任址設臺北市之丙而喪失在途期間之加計。</u></li> <li>• 倘因其嗣後選任丙為代理人即認應喪失在途期間之加計，<u>則甲委任非設址臺北市其他訴訟代理人時反而得加計其他不同之在途期間，將使此在途期間計算呈現不確定狀態，亦等同剝奪訴願人委任設址臺北市之代理人的機會。</u></li> </ul>
110 年 4 號 p.37	<p>【繼受房地之人為區域計畫法之行為責任人；亦以其為回復原狀之處分對象】</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 在編為農牧用地之土地上作非容許使用之鐵皮屋興建，其建造人固屬「違反第 15 條第 1 項之管制使用土地者」，<u>繼受該農牧用地並取得其地上違法興建鐵皮屋，而繼續使用鐵皮房屋之人，亦係「違反第 15 條第 1 項之管制使用土地者」</u>……亦為違反第 15 條第 1 項管制使用土地之行為人。</li> <li>• 區域計畫法第 21 條第 1 項後段規定，作成命變更使用、停止使用處分，<u>目的在終止違反管制使用土地，當以處分時違法使用土地之人為處分對象；而命拆除地上物恢復原狀，則係將已存在土地之違反管制狀態強制除去，以之作為恢復管制目的使用之手段，涉及地上物所有權之處分，故主管機關作成命「拆除地上物恢復原狀」處分，選擇處分對象時，應審酌受處分人有無該地上物之處分權，能否完成該下命處分之作為要求，其裁量始屬適法。</u></li> </ul>

<p>109 年 5 號 p.38</p>	<p>【鐵路法修正應適用新法（較輕），並不受舊法處罰額度限制】</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>由刑罰變為行政罰，具有延續性而非就此不罰，故行為時雖為刑罰，仍吻合罪刑法定，而係<u>依行政罰法第 5 條從新從輕原則</u>。</li> <li><u>縱然秩序罰的最高罰鍰金額，大於刑罰的罰金金額，仍應認為秩序罰規定較輕。</u></li> <li><u>新舊法輕重之比較即為擇定裁處所依據之規範，若認定修正後新法係屬較輕之處罰，則其適用應全部依照新法之規定，不得割裂適用。</u>故本件應適用 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定為處罰。</li> </ul>
<p>109 年 7 號 p.41</p>	<p>【公務員考績乙等得救濟】</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><u>客觀上即是遭評價其年度工作表現劣於經考列為甲等之其他公務員</u>，且其僅獲得半個月俸給總額之 1 次獎金給與，較之考列甲等可獲得 1 個月俸給總額之 1 次獎金給與。</li> <li>當年度考列乙等者，<u>當然喪失二年可取得同官等高一職等之任用資格</u>，而受有法律上之不利益。</li> <li>考績考列乙等同樣<u>延緩其受升官等訓練</u>之機會。</li> </ul>
<p>108 年 3 號 p.35</p>	<p>【處分撤銷並無權利失效之適用】</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>違法授益處分是否應予撤銷，重點在於<u>依法行政、信賴保護及重大公益間之選擇，與該處分作成之久暫無涉</u>。</li> <li>立法程序中已將「或自處分時起 5 年內為之」語句刪除。</li> </ul>

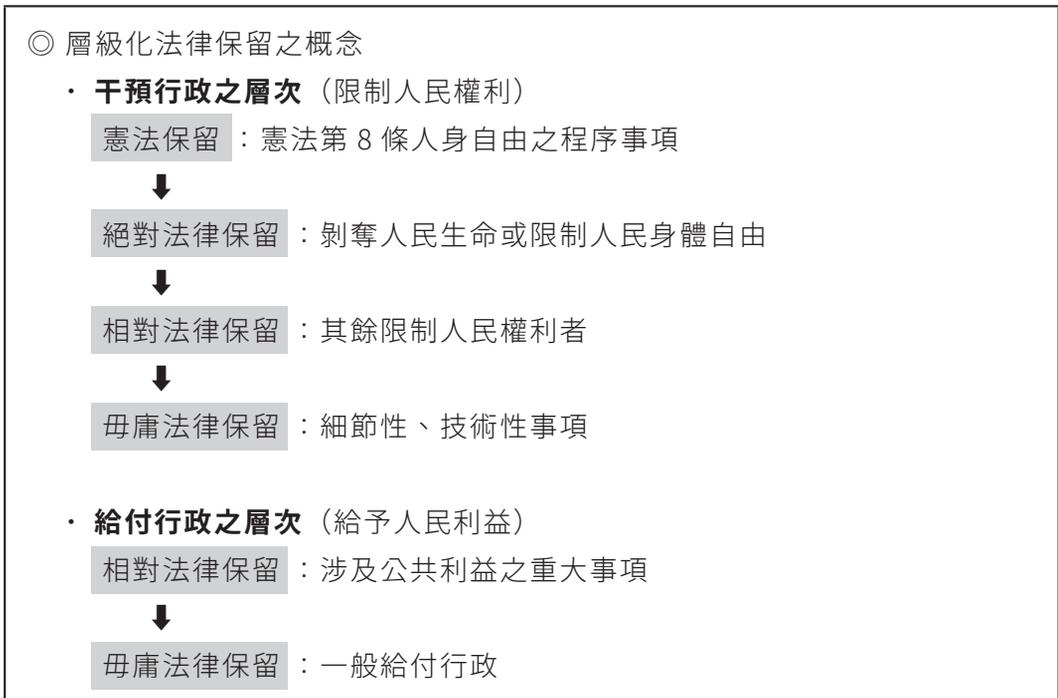
### 大法官解釋

<p>釋字 806 p.34</p>	<p>【街頭藝人表演之自治條例逾越法律保留原則違憲】</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>地方自治事項，凡<u>涉及對居民自由權利之限制者</u>，根據法治國原則相同法理，同樣有法律保留原則之適用，亦即應以經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布之自治條例（地方制度法第 28 條第 2 款規定參照），或經自治條例明確授權之地方行政機關訂定之自治規則定之。</li> <li>街頭藝人藝文活動之管制，屬地方自治事項，應無疑義。而許可辦法第 4 條、第 6 條規定要求街頭藝人使用公共空間從事藝文活動，應經主管機關核發活動許可證，始得為之；第 5 條要求街頭藝人須於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，始取得活動許可證，<u>均屬對人民職業自由與藝術表現自由之限制</u>。是依前揭法治國法律保留原則之要</li> </ul>
----------------------------	--

釋字 806 p.34	<p>求，<u>須以地方立法機關通過之自治條例，或經自治條例明確授權之自治規則定之。但前述規定其性質上卻僅屬地方行政機關發布之自治規則，既非地方立法機關通過之自治條例，亦未獲自治條例之授權，因而與法治國法律保留原則之要求有違。</u></p>
釋字 800	<p><b>【再審期間計算應自大法官解釋公布日起計算 30 日】</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>本院解釋宣告法令違憲者，各該解釋之聲請人據以請求再審時，其再審最長期間之計算，應扣除各該聲請案繫屬本院期間，如尚有剩餘期間者，應於剩餘期間內依法提起再審之訴；其剩餘期間如逾 30 日，仍應依法於各該解釋公布日起 30 日之不變期間內提起再審之訴。</li> </ul>
釋字 797	<p><b>【寄存送達規定吻合正當法律程序】</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>行政文書之送達，或可能涉及人民循序提起爭訟救濟期間之起算，與人民受憲法第 16 條保障之程序性基本權有關（本院釋字第 610 號、第 663 號及第 667 號解釋參照）；或可能與提起爭訟救濟無直接相關，惟仍涉及人民受憲法保障之其他自由或權利。是行政文書送達之程序規範，自應符合憲法正當法律程序原則之要求。</li> <li>不問一般送達、補充送達或留置送達，均以使應受送達人可得知悉應受送達文書為發生送達效力之要件，<u>作為前開送達方式之輔助、替代手段之寄存送達，亦使應受送達人處於可得知悉之地位，即為已足。</u>寄存送達先以送達通知書之黏貼與轉交、置放作為送達方式，再將文書寄存於應送達處所之地方自治、警察機關或郵務機構，便利人民隨時就近前往領取，藉以實現送達目的。文書於上開機關（構）並須保存 3 個月，<u>亦已兼顧文書安全、秘密與人民之受領可能。</u>……足認系爭規定所設寄存送達之程序及方式，尚稱嚴謹、妥適，則以行政文書依法寄存送達完畢時作為發生送達效力之時點，整體而言，其程序規範尚屬正當，與憲法正當法律程序原則之要求無違。</li> </ul>

## 參、重要概念解析

### 一、總論——法律保留原則之應用



#### (一) 疫情下各類措施檢驗（以 109、110 年申論考古統整）

##### 1. 限制人民權利

###### (1) 性質為行政處分：

禁止廠商將口罩出口、對醫護、教師或學生限制出國、違法群聚之裁罰、居家隔離措施。

###### (2) 性質為事實行為：

公布疫情資訊與確診者足跡、呼籲外出配戴口罩並保持安全距離。

##### 2. 給予人民利益

考題具爭議者，多半為設籍公共利益重大事項者，故**應至少有法律授權始得為之**。例如：因應疫情而發放三倍券，雖為給付行政，但因涉及公共利益之重大事項，故至少須有法律授權始為合法。

## (二)自治事項之規範應用——釋字第 806 號解釋

### 1. 自治規範之彙整

#### (1)自治條例

##### ①程序：

係由議會通過，並由地方政府公布之規定（地方制度法第 25 條）。又內容涉及**罰則**時，尚需中央機關**核定**後始得發布（地方制度法第 26 條）。

##### ②事項：

尤其第 28 條第 2 款「創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者」應以自治條例為之。

##### ③涉及罰則者，罰鍰不得逾 10 萬元；其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為（第 26 條第 3 項）。

#### (2)自治規則：

##### ①程序：

基於法定職權，法律**或自治條例授權**所訂定者，原則上進需函報中央機關備查，並送地方立法機關查照（第 27 條第 1 項）。

##### ②名稱：

規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則（第 27 條第 2 項）。

2. 釋字第 806 號解釋涉及街頭藝人表演之限制，**為限制其職業自由與藝術表現自由，因內容已限制地方自治團體居民之權利**，故應以自治條例為規範，若僅以自治規則進行限制，有違法律保留原則。

## 二、行政處分爭議

### (一)撤銷除斥期間之計算爭議

#### 行政程序法第 121 條第 1 項

第一百十七條之撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起二年內為之。

#### 1. 何謂「知有撤銷原因」——最高行 102 年 2 月決議

##### (1)決議見解

係指**明知及確實知曉**對處分相對人有撤銷違法處分之原因而言，並非以知悉違法原因時，為時效起算之始點。如違法原因發生後，對撤銷處分相對人是否有撤銷處分之原因，**尚待進一步確定，自難遽以違法原因發生時**，

**作為除斥期間之起算點**，仍應以有權撤銷之機關確實知曉有撤銷處分原因時，作為起算點。

(2)自處分作成時起算：

該人事法規之主管機關，於該法規訂定施行時理當已知悉其規定內容，則其對於原退休處分有無適用法規不當之瑕疵，自**以原退休處分作成時其是否已處於應知悉有該系爭法規之狀態為衡量，其既難諉為不知悉有該系爭法規存在之情事，自難謂其有知悉在後問題。**

(3)自略加調查而不難得知起算：

倘知悉違法原因發生後，對撤銷處分相對人是否有撤銷處分之原因，基於社會通念及經驗法則，**行政機關如略加調查而不難得知該撤銷原因應已發生而存在時，即得作為除斥期間之起算點**，以免使處分長期處於不確定的狀態。

2.若知悉之時點與處分作成間相距甚遠：——**108年法律座談會3號**

(1)決議見解：

違法授益處分是否應予撤銷，重點在於依法行政、信賴保護及重大公益間之選擇，與該處分作成之久暫無涉。又修法過程中已將「自處分時起5年內為之」之用語刪除，故無權利失效之適用。

(2)肯定見解：

權利失效制度是於消滅時效與除斥期間外，另一限制權利行使之獨立制度，若實體法或程序法上之權利人，於其權利成立或屆至清償期後，經過長時間而不行使，義務人依其狀況得推論其已放棄權利之行使者，該權利雖未消滅，亦不得再行使。

## (二)廢棄與返還爭議

### ◎ 授益處分之廢棄事由

#### • 處分之撤銷

行政程序法第 117 條：

「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：

- 一、撤銷對公益有重大危害者。
- 二、受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。」

#### • 處分之廢止

行政程序法第 123 條：

「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：

- 一、法規准許廢止者。
- 二、原處分機關保留行政處分之廢止權者。
- 三、附負擔之行政處分，受益人未履行該負擔者。
- 四、行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者。
- 五、其他為防止或除去對公益之重大危害者。」

### 1. 過往返還爭議

#### (1) 肯定見解

此見解認為，本於反面理論之意旨，國家以行政處分施以恩惠，自得以相應程序予以返還，故得以行政處分命返還。

#### (2) 否定見解

否定見解則強調法律保留，於行政程序法第 127 條修法前，僅規定此類情形之返還範圍得準用民法不當得利規定，並無允予行政機關逕以行政處分命返還。故人民若拒不返還，行政機關應提起一般給付訴訟以資救濟。

### 2. 現行見解

行政程序法第 127 條第 3 項已增訂，作為行政機關得透過書面行政處分命返還之依據；並增訂同條第 4 項，限制該處分確定前不得加以執行，以兼顧相對人之權益維護。

### 三、行政罰爭議

#### (一)按次處罰性質之探討

##### 1. 行政執行罰 (多數實務)

連續處罰之目的主要係督促行為人將來立即改善，完成改善超過限期之期間，每一日均得按日連續處罰；此與秩序罰主要目的係對過去違反公法上義務之制裁，尚有不同。

##### 2. 行政秩序罰 (陳敏、部分實務)

過往係在彌補早期行政強制執行法制的不足，然而既已規定為罰鍰，即應視為秩序罰，以免擴大制度之混淆。

##### 3. 兼具行政執行與行政秩序罰 (部分實務)

連續處罰性質上是併用行政罰及執行罰，尤其是在第二次處分以後都利用行政罰的外衣，達到執行罰之效果。

#### (二)行為責任與狀態責任——110年高等行政法院法律座談會第4號

##### 1. 概念區辨

###### (1) 行為責任

係指因行為人之行為、不行為所生之責任，例如：人民未登記即違法營業或法律定有防止義務而不為。

###### (2) 狀態責任

係指因「物」之狀態招致公共秩序或安全危害時，所需負擔之責任。此概念源於「危害防止」之觀點，亦源自「財產權之社會義務」，因並非行為所導致，亦不強調行為與結果間之因果關係，僅著重「物」之狀態是否維持。

##### 2. 歸責順序

###### (1) 當行為責任與狀態責任並存時，行為責任優先狀態責任：

因狀態責任並非人民行為所致，僅係因物之狀態維持，其責任歸屬複雜，故以所有權人或其他對物有管領權限者為責任人，因此，應以行為責任人優先課責。(最高行政法院95年1月份決議參照)。

###### (2) 同類責任中，以危害最近者優先課責：

當數人均違反規範時，以距離危害發生點最近者優先課責。

##### 3. 110年高等行政法院法律座談會提案第4號解析

###### (1) 興建者甲違反行為責任，買受人乙亦違反行為責任：

區域計畫法第15條第1項之違反係指「違規使用」，故並不限於建造行為本身，更及於買受違章建築後持續使用之行為。因此乙之責任並非係基於所有權人而生之狀態責任，而係本身亦進行違規行為而產生行為責任。

(2)又二者均為行為責任，故無行為責任優先狀態責任之適用，並以離危害最接近之乙為課責對象。

(三)從新從輕原則——109 年高等行政法院法律座談會第 5 號

◎行政罰法第 5 條

行為後法律或自治條例有變更者，適用行政機關最初裁處時之法律或自治條例。但裁處前之法律或自治條例有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者。

1. 刑罰與行政罰性質區辨

(1) 過往：本質差異

此見解認為，刑罰涉及社會道德所不能容忍之事項；惟行政罰則僅涉及社會政策之違反，二者有本質上之不同。

(2) 現行：程度差異

惟涉及設社會道德、公序良俗與否本趨於流動，故釋字第 517 號解釋即認為，二者非截然二分，而是程度上之不同。此由現行行政罰法第 26 條先以刑罰為主要追究方式，待刑罰未為追究時始以行政罰進行規範，即為此概念之明文。

2. 109 年高等行政法院法律座談會第 5 號解析

(1) 鐵路法第 65 條由過往行政刑罰變更為行政秩序罰，並不涉及處罰法定之爭議，而係該法規自始均存在，僅由較重之規範變更為較輕規範，為從新從輕原則之應用。

(2) 所應適用規範之爭議：

① 應適用新法，惟應以舊法之法律效果範圍為限：

最高行政法院 108 年判字第 396 號判決（即座談會另一說）認為，鐵路法由刑罰變更為行政罰，固然為程度上之減輕，故應適用新法。惟**本於法安定性與信賴保護原則，必須行為人於行為時對於何種行為（構成要件）應受如何的制裁（法律效果）有所認識或有預見的可能性，始得在該法律效果的範圍內依法對其加以懲罰**。因此，舊法若換算為罰金至多為 18 萬元，則適用新法時亦須於 18 萬元範圍內為之。

② 大會見解：應適用新法，且僅以新法之法律效果為斷

就新舊法裁處輕重之比較，係以法規本身蘊含之輕重為斷，不宜逕以得易科罰金之金額作為比較之基礎。故**新舊法輕重之比較即為擇定裁處所依據之規範，若認定修正後新法係屬較輕之處罰，則其適用應全部依**

**照新法之規定，不得割裂適用。故本件應適用 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定為處罰。**

#### 四、行政執行爭議

##### (一)金錢給付義務與行為不行為義務措施區辨——110 年高等行政法院法律座談會第 2 號

###### ◎行為、不行為義務之代履行規定——第 29 條

- I 依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為能由他人代為履行者，執行機關得委託第三人或指定人員代履行之。
- II 前項代履行之費用，由執行機關估計其數額，命義務人繳納；其繳納數額與實支不一致時，退還其餘額或追繳其差額。

1. 土壤危害之行為人係公司，負責人非行為人故不負行為義務：  
因負責人並非土地汙染之行為人，既無行為、不行為義務之課責，則無上述科以怠金、施以代履行之可能。
2. 既為金錢給付義務規定，即無以代履行手段並要求預付費用等規定之適用：
  - (1) 公司負責人部分：  
土壤及地下水汙染整治法（下稱土汙法）第 43 條為金錢給付義務，公司負責人既係付金錢給付義務，則於行政機關確實實施改善計畫前，因並未支出費用，該給付義務尚未開始；又因非代履行手段，亦無類似第 29 條第 2 項預付費用之應用。
  - (2) 附論：公司部分  
公司為土地汙染之行為人，故按理而言，行政機關可實施代履行措施，故若行政機關實施改善計畫因此支付費用，為免公司嗣後不為繳納，當可要求預付費用，**惟應依據行政執行法第 29 條**，土汙法第 43 條係金錢給付義務之規範，不得以此條作為預付之依據。

##### (二)即時強制與直接強制之區辨

1. 即時強制與直接強制之概念差異  
即時強制並非因義務為反而生，係因阻止犯罪、危害或防免急迫危險之故；直接強制則係行為、不行為義務違反後，透過間接強制手段仍無法達成時，尚可使用之強制力。
2. 二者手段差異：
  - (1) 即時強制包含對人、對物強制：

①行政執行法第 36 條第 2 項：「一、對於人之管束。二、對於物之扣留、使用、處置或限制其使用。三、對於住宅、建築物或其他處所之進入。四、其他依法定職權所為之必要處置。」

②人民因此受有損失，依照行政執行法第 41 條得請求補償。若對補償不服，尚得宜起訴願與行政訴訟以資救濟。

(2)直接強制並無對人之管束：

行政執行法第 28 條第 2 項：「一、扣留、收取交付、解除占有、處置、使用或限制使用動產、不動產。二、進入、封閉、拆除住宅、建築物或其他處所。三、收繳、註銷證照。四、斷絕營業所必須之自來水、電力或其他能源。五、其他以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法。」

## 五、行政救濟——公務員救濟

### (一)基本判準變動

#### 1. 基礎關係與經營關係二分判準

早期見解認為，國家對於公務員之措施必須達到身分關係變動始有救濟可能，釋字第 243 號解釋即為一例。

#### 2. 重大影響判準

實務長期以來，均以該措施是否對公務員產生權利之重大影響為據，以判斷公務員得否對外救濟。故尚有最高行政法院 104 年 8 月份之二個決議：

##### (1)考績丙等得救濟

遭認定考績丙等之公務員，不僅影響獎金，尚於最近 1 年不得辦理陞任，未來 3 年亦不得參加委任升薦任或薦任升簡任之升官等訓練，**對晉敘陞遷之服公職權有重大影響。**

##### (2)原俸級調任於此判准下不得救濟

職務加給係因所任「職務」性質，而**另加之給與，並非本於公務人員身分依法應獲得之俸給**，故應認該職務調任，未損及既有之公務員身分、官等、職等及俸給等權益

#### 3. 特別權力關係之突破——釋字第 785 號解釋

(1)本號解釋後，公務員若認措施對其有權利侵害，即得救濟，不因身分之不同即予剝奪。

(2)故往後救濟程序如下：

##### ①針對行政處分不服（例如記過、申誡）

依公務人員保障法第 25 條復審➡對復審決定不服再向法院提起救濟。

②針對其他工作條件或管理措施

依公務人員保障法第 77 條申訴→對申訴決定不服再依第 78 條再申訴→若仍不服則區分措施樣態，措施若具有合法性疑義（而非適當性問題）則可向法院提起救濟。

(二)考績乙等之救濟爭議——109 年高等行政法院法律座談會提案第 7 號

1. 因釋字第 785 號解釋已將重大影響之判準排除，故只要有權利侵害即可救濟。

2. 又考績乙等尚屬使公務員受有法律上之不利益：

(1) 評價上即劣於甲等公務員

年終考績考列乙等者，雖仍得「晉本俸或年功俸 1 級」，惟客觀上即是遭評價其年度工作表現劣於經考列為甲等之其他公務員。

(2) 所獲財產較少，有財產權上之不利益

其僅獲得半個月俸給總額之 1 次獎金給與，較之考列甲等可獲得 1 個月俸給總額之 1 次獎金給與，顯然受有少半個月俸給總額獎金之法律上不利益。

(3) 影響升官機會，有晉敘陞遷之服公職權影響

公務人員考績法第 11 條第 1 項規定：「各機關參加考績人員任本職等年終考績，具有左列各款情形之一者，取得同官等高一職等之任用資格：一、二年列甲等者。二、一年列甲等二年列乙等者。」是當年度考列乙等者，當然喪失二年可取得同官等高一職等之任用資格，而受有法律上之不利益。另依公務人員任用法第 17 條規定，委任升薦任或薦任升簡任之升官等訓練係以最近 3 年 2 年列甲等、1 年列乙等以上為條件，考績考列乙等同樣延緩其受升官等訓練之機會。

(三)考績丙等救濟中，應以何機關為被告——最高行 107 年 9 月份決議

1. 因程序最終須銓敘部審定，故以銓敘部為被告：

公務人員考績之評定程序，依公務人員考績法第 14 條第 1 項規定，應由主管人員就考績項目評擬後，送請考績會初核，機關長官覆核，經由主管機關或授權之**所屬機關核定、銓敘部銓敘審定後，服務機關始得以書面通知受考人，而對外發生法律上效果**，故公務人員對於考績之審定處分如有不服，**原則上應俟機關考績案經主管機關核定，送銓敘部銓敘審定，並以書面通知受考人而對其發生法律效果後，以銓敘部為被告機關，向管轄機關提起救濟。**

2. 因銓敘部原則上無變更權限，故以核定機關為被告：

程序上雖以銓敘部審定後始送達相對人，惟考績評定程序中，銓敘部除有違反考績法情事外，並無變更權限。主管機關既執掌核定權限，且對所屬機關有指揮監督權，自以其為被告加以爭執，最為妥適。

3. 決議見解一因服務機關對個案狀況知之最詳，故以服務機關為被告：

(1) 公務人員之考績乃就其任職期間之工作、操行、學識及才能表現，本諸「綜覈名實、信賞必罰」之旨所為之考評，係為維持主管長官指揮監督權所必要，**屬於服務機關人事高權之核心事項**。

(2) 依**最適功能理論**，服務機關對於所屬公務人員之任職表現**最為清楚**，由其應訴最為適當。

最佛心  
特惠來囉

讀家 2022全修班

律師司法官 | 司特三、四等 | 高普考 | 轉學考

2022各班別	面授	雲端	12期分期專案
司律全修 <b>【單師資】</b>	31,800	34,800	2,650   2,900
司律全修 <b>【雙師資】</b>		38,800	2,650   3,233
司法三等全修班	25,800起	28,800起	2,150起   2,400起
司法四等全修班	22,800起	25,800起	1,900起   2,150起
高普考全修班 一般行政、一般民政	-	23,800	1,983
高普考全修班 法律廉政	-	29,800	2,483
調查局(法律實務組)	-	26,800	2,233
高考法制全修班	-	31,900	2,658
轉學考全修班	20,800	24,800	1,733   2,067

★ 分期可使用刷卡或無卡分期付款唷! ★

※ 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

20210901



# 司法四等 全修班

書記官 | 法警 | 執達員 | 執行員



由補教名師常陽領軍

搭配5大科先修課程  
讓你步步站穩根基！

面授 22800元起 雲端 25800元起

科目	師資	上課日期	堂數
民法概要	常陽(黃映智)	【先修】2021/07/31(六) 10:00、14:00	2
		【正規】2021/09/04起周六 10:00、14:00	42
刑法概要	楊過(郭文傑)	【先修】2021/07/31(六) 10:00、14:00	2
		【正規】2021/09/01起周三、五 19:00 2021/10/17起周日 10:00、14:00	30
	王子璽	2021/11/29起周一、三 18:45 2022/02/19周日 10:00、14:00 2022/03/10起每周四 18:45	30
行政法概要	陳希(洪宜辰)	【先修】2021/07/25(日) 10:00、14:00	2
		【正規】2021/09/04(六) 10:00、14:00 2021/09/27起周一、二、四 18:45	34
民事訴訟法概要	平若古(王中平)	【先修】2021/08/01(日) 10:00、14:00	2
	李甦(李杰峰)	【正規】2021/11/14起每周日 10:00、14:00	26
		2022/02/08起每周二 18:45 2022/03/21起周一、二、三 18:45	26
刑事訴訟法概要	安卓(李儼峰)	【先修】2021/08/03(二) 18:45 2021/08/05(四) 18:45	2
		【正規】2021/11/15起周一、三 18:45	26
強制執行法概要	徐偉超	2022/01/07起每周五 18:45	12
法院組織法	徐偉超	2021/10/15起每周五 18:45	12

※請家補習班保留調整師資的權利

★ 加贈共同科目及當年度總複習課程 ★

(共同科目詳細課表請洽班內服務人員)



# 讀家 2022

## 司法四等全修班

書記官 | 法警 | 執行員 | 執達員

# 9大特色

- 最好最多的雙師資（刑法、民訴雙師資）
- 最長的觀看期限（不限觀看次數，觀看到2023/08/31）
- 最便宜的價格（分12期每月不到2000元）
- 最完整的書籍講義（提供每科老師完整的上課講義或書籍）
- 最實用的電子書網站（各種經驗談修法講座歷屆考題都有）
- 最新的雲端學院（新的雲端學院5月正式啟用）
- 最實用的法學資料庫（與Legalworks合作提供優惠給學員）
- 報名全修班即贈當年度先修班及總複習班
- 所有共同科目同樣免費贈送！

## 絕無僅有！



# 109年度高普考 榮耀金榜

## 高考法制

探花 陳○伶  
 第四名 陳○任  
 第五名 張○綺  
 第六名 潘○寧

吳○家 林○傑  
 陳○輔 林○文  
 呂○穎 楊○筠  
 賴○嘉 謝○慧  
 林○成

## 高考法律廉政

探花 白○泰  
 第五名 廖○哲  
 第七名 陳○瑜

何○庭 黃○樺  
 賴○樺

## 高考一般行政

白○榆 蔡○錚

## 高考人事行政

林○瑞

## 普考一般行政

陳○傑 鄭○綿

## 普考一般行政

曾○婷

# 109年度司法四等 榮耀金榜

## 四等書記官

### ★狀元★

鄭○鈺

探花 羅○祥  
 第五名 張○綺  
 第六名 潘○寧

謝○慧 黃○樺  
 梁○瑜 李○旻  
 林○文 陳○慧  
 劉○鏞 彭○婷  
 邱○銓 鄭○豐  
 莊○鈞 夏○鈞  
 鄭○昕 洪○君  
 洪○馨 李○庭

藍○瑜 劉○玟 黃○薇 吳○嫻 邱○誠 魏○穎  
 廖○田 陳○如 楊○毅 謝○君 李○名 韓○有  
 溫○淳 陳○綦 楊○毅 陳○葉 陳○名 韓○有  
 廖○翔 陳○鈞 楊○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 姜○翔 羅○敏 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 詹○聿 曾○敏 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 沈○雅 黃○鈞 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 蔡○萱 吳○熙 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 康○庭 郭○瑜 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 廖○宏 李○任 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 何○竣 潘○筠 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 尤○鈞 黃○芳 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 時○軒 許○庭 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 張○閔 葉○君 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 楊○國 洪○潛 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有  
 蘇○絹 林○潛 廖○鳳 陳○葉 陳○名 韓○有

## 四等法警

邱○誠 魏○穎  
 李○名 韓○有

## 四等職達員

郭○正 康○壹  
 陳○廷 韓○有

