

# 《刑法及刑事訴訟法》

一、請問未必故意〔或稱結果不確定故意〕、疏虞過失〔或稱不認識之過失〕、懈怠過失〔或稱有認識之過失〕，三者有何區別？並請舉例說明之。(二十五分)

試題評析	本題題目並不困難，屬於基礎概念題，相同題目在歷屆考題中亦曾出現，雖然出題老師所用概念用語不為常見，但其亦標明通說用語。未必故意與懈怠過失是屬於故意與過失之間的灰色地帶，同學只要掌握故意與過失的要件以及其界限，便可以掌握未必故意與懈怠過失的相異，至於疏虞過失則較無太大爭議，必須記得於概念說明之後，再各舉實例說明，如此便可獲得相當分數。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師（L234）， P.2-48～49：未必故意、有認識過失之區別（相似度 60%）、 P.2-107：無認識/有認識過失（相似度 60%） 2.高點重點整理系列《刑法概要》，方律師（L117）， P.2-30～31：未必故意 VS 有認識過失之區別（相似度 60%）、 P.2-62：無認識/有認識之過失（相似度 60%） 3.高點法學錦囊系列《刑法-總則篇》，蔡律師、余律師（L207），P.356：有認識/無認識過失（相似度 60%） 4.高點經典題型系列《刑法總則經典題型》，金律師（L504），P.2-58～61：有認識過失 vs. 間接故意（相似度 60%） 5.高點法研所歷屆試題詳解（M503），P3-3～26 東海大學刑法（相似度 40%）

## 【擬答】

- (一)刑法第十二條第一項規定，行為非出於故意或過失者，不罰。亦即，行為人對於構成要件事實之發生必須是具有故意或過失，始能該當構成要件而成立犯罪。而故意又區分直接故意與未必故意，過失則區分疏虞過失與懈怠過失。
- (二)所謂未必故意係指行為人主觀上對於構成要件事實之實現有所認識，而容任構成要件事實之發生亦為其所接受。刑法第十三條第二項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生不違背其本意者，以故意論」，此即為未必故意之規定。例如，甲在行人眾多的道路上飆車，導致撞死乙，於此，甲應可以認識其在行人眾多的道路上飆車，極易造成他人的傷亡，但卻容認其飆車行為以致構成要件結果之發生，因此，甲具有未必故意。
- (三)所謂疏虞過失係指行為人在客觀情狀下，負有注意義務，並具有注意能力，但卻不注意或疏於注意而在無認識構成要件事實之情狀下，實現構成要件事實之主觀心態。刑法第十四條第一項規定：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失」，此即疏虞過失之規定。例如，護士疏於注意打錯針，致病人死亡，護士具有疏虞過失。
- (四)所謂懈怠過失係指行為人雖然認識構成要件事實發生之可能，但是基於自信認為其行為不致實現構成要件事實，進而從事該行為，終致實現構成要件事實之主觀心態。刑法第十四條第二項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，雖預見期能發生但確信其不發生者，以過失論」，此即懈怠過失之規定。例如，甲於運動場上投擲標槍，雖然看見乙在前方，但確信標槍不至於打到乙而仍投擲標槍，造成乙受傷，於此，甲具有懈怠過失。
- (五)綜上所述，在疏虞過失之情狀下，行為人未認識構成要件事實，而未必故意與疏虞過失則皆是對於構成要件事實有所認識，二者在概念上有些許相似，二者之區別主要在於故意與過失的界限，分述如下。  
故意係指行為人主觀上具有構成要件事實之認知與實現構成要件事實之意欲，亦即故意必須具有認知要素與意欲要素，而意欲要素之標準，則有希望說與容認說，前者係指行為人除認識客觀構成要件事實外，並須有積極使其實現之意欲；後者則係指行為人雖然未有積極之意欲，但任由構成要件事實發生其內心亦不反對，則仍具有意欲要素。通說及實務即採取容認說。因此，行為人若認識構成要件事實，但內心確信其行為不致構成要件事實之發生，而未有容認之心態，即為懈怠過失。反之，若行為人並未有確信而有容認事實發生之心態，則為未必故意。

二、甲意圖供行使之用，於民國九十三年九月一日以新台幣五千元向姓名不詳之人購得偽造之信用卡一張，嗣自行在該信用卡之背面隨意偽簽「張三」之姓名，再於同日持往特約商店某電話通信設備公司刷卡消費購買行動電話一支，並在店員提出之簽帳單上偽簽「張三」名字，不知情之店員即交付甲行動電話一支。請問甲所為係犯何罪？應如何論處？(二十五分)



試題評析	本題為實例題，同學不用慌於冗長的案例陳述中，只要按著時間點區分各行為，再加以逐一探討，需注意偽造信用卡罪的偽造內容之定義，單純在卡面上偽造行為是否已屬於偽造信用卡罪之偽造的討論，最後在罪數的競合，切勿遺落以討論成立之罪名，事實案例並不複雜，同學應該至少可以獲得一半分數以上。
高分閱讀	1.司法三等考場寶典，P3-10~11：題目 13（相似度 30%） 2.高點重點整理系列《刑法分則》，方律師（L235）， P3-122~127：行使偽造變造支付工具罪（相似度 60%）、 P2-155：偽造變造支付工具罪（相似度 60%） 3.高點法學錦囊系列《刑法-分則篇》，蔡律師、余律師（L208） P.563~564：偽變造金融卡、信用卡罪（相似度 60%） P.516~518：偽變造私文書（相似度 60%） 4.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA005），P.73-2：73 年司法官第三題（相似度 40%） 5.高點法研所歷屆試題詳解（LA005），P4-2~17 中原大學刑法（相似度 60%）

【擬答】

(一)甲購得偽造信用卡之行爲：

甲具有供行使之用的意圖，而收受該偽造信用卡，成立刑法第二〇一條之一第二項後段收受偽造信用卡罪。

(二)甲於該信用卡背面偽簽「張三」之行爲：

1.甲之行爲是否成立刑法第二〇一條之一第一項偽造信用卡罪：

當卡片與磁條（電磁紀錄）未能附合時，卡片並無簽帳之功能，故本罪之偽造行為對象主要係指信用卡上磁條（電磁紀錄），並非僅指信用卡卡面，所以，甲僅於卡面偽簽「張三」並未偽造磁條，並不成立偽造信用卡罪。

2.甲之行爲成立刑法第二一〇條偽造私文書罪。

甲偽簽「張三」屬於簽名之署押，成立刑法第二一七條偽造署押罪，又，信用卡背面之簽名是表彰持卡人身份並作為消費核對之用，依習慣或特約，足以為表示其用意之證明，依第二百二十條第一項規定，為準私文書，因此，甲之偽簽行為亦成立刑法第二一〇條偽造私文書罪。偽造署押罪與偽造私文書罪，具有保護法益同一性，屬於法條競合，論以偽造私文書罪。

(三)甲於簽帳單偽簽「張三」之行爲：

簽帳單之簽名係表示確認持卡人同意該消費之意，並供日後核對消費之用，足以為表示其用意之證明，故為準文書，如同前述，甲之行爲成立刑法第二一〇條偽造私文書罪。

(四)甲使用該信用卡向該商店購買一支手機之行爲：

1.甲使用該偽造信用卡之行爲，已成立刑法第二〇一條之一第二項前段行使偽造信用卡罪。

2.甲以偽造之信用卡向該商店購買手機，事實上銀行並無發行該信用卡，此已屬使用詐術，使該商店陷於錯誤而交付手機，而銀行不會對偽造卡片之消費付款，故商店亦有財產上之損害，故甲成立刑法第三三九條第一項詐欺取財罪。

3.行使偽造信用卡罪與詐欺取財罪之間，不具有法益同一性，且行使行為與詐欺行為屬同一行為，故屬一行為觸犯數罪名，應成立想像競合犯，依刑法第五十五條從一重處斷，論以詐欺取財罪。

(五)綜上所述，甲成立一個收受偽造信用卡罪、二個偽造私文書罪以及一個詐欺取財罪。甲之收受偽造信用卡行為應屬於行使偽造信用卡之不罰前行為，而僅論以行使偽造信用卡罪即可，又如前述，行使偽造信用卡罪與詐欺取財罪成立想像競合犯，而二個偽造私文書罪與詐欺取財罪間非同一行為，無保護法益同一性，但具有方法目的關係，故成立牽連犯。因此，二個偽造文書罪，行使偽造信用卡罪與詐欺罪四罪間，甲從一重之詐欺取財罪處斷之。

三、偵查中檢察官向法院聲請羈押被告，法院裁定准予羈押後，檢察官欲使被告具保停止羈押，試問檢察官應如何處理？〔二十五分〕

試題評析	本題目意在測試同學是否了解從檢察官的立場聲請具保停止羈押時應注意的細節。可參照：刑事訴訟法第一一〇條、一〇七條、一一四條。並須注意第一一〇條並未準用第一〇七條第四項。
參考資料	1.林鈺雄，刑事訴訟法上冊（3版），2003年9月，頁337以下。
高分閱讀	1.司法四等考場寶典，P.3-19~20：第9題（相似度60%） 2.法學圖說系列《刑事訴訟法I》，史奎謙（L750），P.4-100~103：停止羈押（相似度80%） 3.高點法學專用教材〈刑事訴訟法〉，第二回，P.113。

【擬答】

按羈押被告，須符合一定的要件，即重大之犯罪嫌疑、法定之羈押原因、以及羈押之必要性三者。今檢察官欲使被告具保停止羈押，乃是認為被告仍具有羈押之「原因」，只是不具羈押之「必要性」而言，在此期間內雖暫時停止羈押之執行，仍會受到一定的限制（刑事訴訟法第一一六條之二參照）。易言之，此與檢察官聲請撤銷羈押的情況並不相同，撤銷羈押乃羈押原因消滅，或因法定原因而視為撤銷，此時羈押裁定及其效力將不存在。

依刑事訴訟法第一一〇條第二項，於偵查中，檢察官得聲請法院命被告具保停止羈押。法院對該具保停止羈押之審查，



依同條第三項準用第一〇七條第三項之規定，法院得聽取被告、辯護人或得為被告輔佐人之陳述意見。然而，該具保停止羈押之聲請既係由檢察官於偵查中提出，依同條第四項之規定，法院無庸徵詢檢察官之意見，亦即決定權限在於法院，檢察官不得在提出聲請後，逕命具保而停止羈押。是故檢察官果欲使被告具保停止羈押，聲請時應敘明第一一四條的三款情形，避免法院駁回：

1. 所犯最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者。但累犯、常業犯、有犯罪之習慣、假釋中更犯罪或依第一百零一條之一第一項羈押者，不在此限。
2. 懷胎五月以上或生產後二月未滿者。
3. 現罹疾病，非保外治療顯難痊癒者。

又法院之許可停止羈押，尚須符合第一一一條所定之條件，即命提出保證書、指定相當之保證金額，檢察官聲請時亦應注意。

四、依刑事訴訟法之規定，對於被告及證人在一定條件下，均得以拘提之。試問對於被告及證人之拘提之條件有何差異？〔二十五分〕

試題評析	測驗考生對拘提的基本觀念。刑事訴訟法第七十五條、第一七八條、第七十六條。必須注意的是，逕行拘提被告時，仍須使用拘票，此與拘提證人、一般拘提被告的情況相同。
參考資料	1. 林鈺雄，刑事訴訟法上冊（3版），2003年9月，頁289。
高分閱讀	1. 法學圖說系列《刑事訴訟法I》，史奎謙（L750），P.4-81~84：拘提（相似度30%） 2. 高點律師司法官歷屆試題詳解（LA005），P87-1：87年司法官第1題（相似度30%） 3. 高點法學專用教材〈刑事訴訟法〉，第二回，P.82以下。

【擬答】

依刑事訴訟法第七十五條與一七八條，於一定條件下得拘提被告與證人，且拘提證人之規定，準用第七十七條至第八十三條及第八十九條至第九十一條之規定，原則上均須使用拘票。茲敘其要件差異如下：

被告、證人若經合法傳喚，無正當理由不到場者，均得拘提之。但依第七十六條之規定，若被告犯罪嫌疑重大，於下述四種情況得不經傳喚逕行拘提：

1. 無一定之住所或居所者。
2. 逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。
3. 有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。
4. 所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。

但無論是一般拘提被告或依七十六條逕行拘提被告，均與拘提證人一樣，須使用拘票。

