

《刑法概要》

試題評析

第一題：本題偏冷門，但考生只要掌握住預備犯之本質及過失犯與加重結果犯之基本概念即可獲取高分。

第二題：本題屬於基本題型，只要掌握竊盜罪之基本概念，與販賣猥褻物品罪關於「販賣」一詞的傳統爭議，要獲取高分應不困難。

第三題：本題難度偏高，第一小題之不動產可否為侵占罪之客體，於準備考試時較易被考生忽略；第二小題雙重身分犯之概念，學說爭議頗多，實務見解又常未附理由，若思緒未釐清，想要在考試有限的時間內答的中肯完整，實屬不易。

第四題：本題不難，只要掌握法條基本概念即可輕鬆得分。

一、下列犯罪有無預備犯？（25分）

（一）過失犯。

（二）加重結果犯。

答：在犯罪階段上，主要可分為犯意、陰謀、預備、著手實行、未遂與既遂等五個階段。其中預備階段係指行為人為了實現某一犯罪行為的決意而從事的準備行為，以便積極創設犯罪實現的條件或排除、降低犯罪實現的障礙。刑法原則上不處罰預備犯，但為了積極地保護某些重大法益（如生命）的目的，亦設有例外處罰預備犯的規定（如刑法第271條第3項，處罰殺人罪之預備犯）。而有些犯罪的準備行為，因本身危險程度相當高，因此刑法將規定為一個獨立的犯罪型態，例如刑法第199條收受偽造或變造有價證券之器械原料罪。

（一）過失犯之成立要件，除有結果之出現外，行為與結果之間須具有相當之因果關係，且行為人亦違反了注意義務。從法條上觀之，刑法第14條第1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」、第14條第2項則規定「行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生者，以過失論」。無論是14條第1項之無認識過失抑或第2項之有認識過失，兩者之前提均在於行為人對於犯罪構成要件並無使其發生之決意或容認。而從上述預備犯之定義可知，行為人係基於實現其犯罪之決意而為犯罪行為之準備，故過失犯不能成立預備犯。

（二）而所謂加重結果犯，係指行為人因犯某罪致生某較重結果，而該結果之發生係在其可能預見之範圍，則須依法律之規定加重其刑。故加重結果犯須具備：

1.行為與加重結果之發生有因果關係；2.行為人對於加重結果之發生係能預見；3.行為人對於基本行為有犯罪故意，而對於加重結果無犯罪故意；4.刑法上設有加重處罰之規定。由上述加重結果犯之成立要件可知，加重結果犯本質上是綜合故意與過失之構成要件之特別犯罪類型，行為人對於加重結果之發生係能預見，依向來實務之見解，所謂能預見乃指客觀情形而言，既然行為人對於加重結果主觀上並無故意，故加重結果犯無法成立預備犯。

二、下列犯罪行為究係既遂或未遂？（25分）

（一）意圖販賣猥褻之物品買入後尚未賣出、經警查獲。

（二）盜伐樹木砍倒於地但樹木並未搬離現場即經查獲。

答：

（一）本題涉及販賣猥褻物品罪（§235 I）所謂的「販賣」意何所指的問題，有不同見解：

1.(1)所謂「販賣」，係指以營利為目的，將猥褻物品販入或賣出而言，一旦有販入或賣出，犯罪即屬完成；致同法條第2項中之意圖販賣而持有猥褻物品罪，係指販入以外之其它原因而持有猥褻物品後，始起意販賣而尚未出售者之情形。

(2)依此說，本題情形已屬既遂，該當235條第1項之罪。

2.(1)販賣猥褻物品罪，需於販入後，復行賣出，始能夠成，如僅販而未賣，或僅締結契約，均不得論以販賣罪。

(2)依此說，本題情形不得論以販賣，而應論以235條第2項之意圖販賣而持有猥褻物品罪。

(二)此種情形為竊盜未遂：

- 1.竊盜罪既遂時點之認定，學說上有接觸理論、移去理論、隱藏理論、掌握理論等，但均各有所偏，無法作為唯一之標準。
- 2.所謂竊取，是指未經同意破壞持有之支配關係，而建立自己之持有支配關係，所以既遂時點之判斷，在於行為人何時建立起自己的持有支配關係。
- 3.本題所竊取之物為重量較重、體積較大而較難移動之樹木，故其尚須有其他措施之介入，例如以車輛或其他裝備加以裝運，而行為人業已裝妥於運輸工具上，方可認為竊取既遂。

三、不動產可否為侵占罪之客體？（10分）甲與在私人公司擔任出納之好友乙，共謀協議利用乙之身分、地位共同侵占乙業務上所掌管之金錢五萬元，甲係犯普通侵占罪或業務侵占罪？（15分）

答：

(一)不動產可為侵占罪之客體：

- 1.所謂「侵占」，係指持有他人之物之人，意圖為自己或第三人不法之所有，而將自己為他人所持有之物易持有為所有之主觀心態與客觀行為。
- 2.所謂「他人之物」，依通說之看法，係指所有權屬於他人之物，不論是動產或不動產，違禁物、贓物、共有物等，均包括在內。

(二)本題涉及雙重身分犯之爭議問題：

- 1.刑法之罪名中，有兼具純正身分犯與不純正身分犯之「構成身分」與「加減身分」雙重構成要件類型者，本題無身分之甲與有身分之乙共同參與的侵占行為，究應適用刑法第31條第1項或第2項，有不同見解：
 - (1)先依刑法第31條第1項擬制持有，再依第2項論普通侵占。
 - (2)依刑法第31條第1項成立業務侵占的共同正犯。
- 2.學生以為本題之犯罪既同時含有構成身分與加減身分，自不宜偏廢其一而置另一身分於不顧，況且若將「業務持有」視為一個不可分割之「構成身分」，而逕將甲依刑法第31條第1項論以業務侵占罪（§336 II）之共同正犯，則無異否認雙重身分犯之概念，因此，應採第一說之見解論以普通侵占罪（§335 I）較為妥當。

四、下列情形可否構成誣告罪？（25分）

(一)甲向警察誣告乙無故侵入丙之住宅。

(二)甲向監察院監察委員誣告乙瀆職。

答：

(一)甲向警察誣告乙無故侵入丙之住宅成立刑法上誣告罪：

- 1.刑法第169條第1項規定：「意圖使他人受刑事或懲戒處分，向該管公務員誣告者，處7年以下有期徒刑」。由此可知，誣告罪之構成要件為：
 - (1)向該管公務員誣告：
 - A.所謂誣告，即虛捏事實而為申告之行為，其內容必係具有相當程度之具體內容足以表示他人涉嫌違紀或犯罪者。又誣告之內容不以全部虛偽為必要，縱使內容少部份虛偽，但只要足以實現其誣告意圖即可成立本罪。
 - B.所謂該管公務員，於刑事訴訟程序，係指有偵查犯罪權之一切公務員，例如職司犯罪偵查之檢察官與其輔助機關（警察）、受理自訴審判之刑庭法官，於行政懲戒程序，則指行政主管長官、監察院之監察委員、公家機關負責督察之公務員（例如警政機關督察室之督察）。
 - (2)使被誣告者有受刑事或懲戒處分之危險：被誣告者係在法律上為能負刑事或懲戒責任之人，故對於非公務員誣告其違法失職不能成立本罪。而在客觀上，若被誣告者其行為於刑法上並非構成犯罪，則因其並不因此而受有刑事追訴之危險，故難論申告者成立誣告之罪。

(3)主觀不法要素：行為人於主觀上除須具備故意，亦即明知所訴為虛偽之情形。尚須有使他人受刑事或懲戒處分之意圖。

綜上所述，甲向警察誣告乙無故侵入丙之住宅之申告行為，因「無故侵入他人之住宅」之事實，構成刑法上第306條第1項之侵入住宅罪，而警察係偵查犯罪之輔助機關，屬於本罪所指「該管公務員」，故甲虛捏事實，向警察申告乙無故侵入丙之住宅之行為已構成刑法第169條第1項之誣告罪。

(二)甲向監察院監察委員誣告乙瀆職

同上所述，監察院對於公務員雖無直接懲戒之權，但有權提出彈劾案將公務員移送公務員懲戒委員會懲戒，有間接懲戒之權，故監察委員仍不失為刑法第169條第1項所謂之「該管公務員」，故甲向監察院監察委員誣告乙瀆職之行為，仍構成刑法第169條第1項之誣告罪。

【參考書目】

1. 高點吳律師《刑法總則》2-63頁、2-118至2-122頁。
2. 高點方律師《刑法分則》2-178~180頁、2-29頁。
3. 高點吳律師《刑法總則》2-228頁。
4. 高點梁國治編著《刑法概要》2-50頁。