

# 《刑法概要》

## 一、何謂「原因自由行為」(actio libera in causa)? 又原因自由行為是否具可罰性?(二十五分)

命題意旨	行為與責任能力同時存在原則及其例外。
答題關鍵	先予以定義、再說明問題點，最後解明學說上的處理與自己的看法
擬答鑑示	1.參考：方律師，《刑法總則》2-229 以下，高點出版。 2.參考：法觀人第 43 期，命中！

### 【擬答】

- 所謂原因自由行為是指行為人在精神狀態正常時，即具有侵害特定法益之故意或有侵害特定法益之預見可能性（過失），而故意或過失地自陷無行為能力之狀態，而在無行為能力狀態下，實現犯罪之構成要件而言。
- 原因自由行為之問題點在於，刑法上強調「責任能力與行為同時存在原則」，因此行為人在行為時以具有責任能力為可對之科與刑事責任的前提，但是在原因自由行為的類型中，行為人所進行的行為基本上可分為「原因階段」與「結果階段」，行為人在原因階段具有責任能力，並有構成要件故意或過失，唯並沒有嚴格意義下的犯罪行為，但是行為人又基於故意或過失而在結果階段於欠缺責任能力的狀態下實施犯罪行為，如果單純依據結果階段，即實施犯罪行為的行為時點看來，該結果階段是欠缺責任能力的，因此對之科與刑罰違反「責任與行為同時存在」的原則，不過行為人其實是在原因階段就有相當的故意過失而陷入結果階段以進行犯罪，如果不處罰似乎又有法益保護完整性上的困擾，因此在這裏就發生了兩難的情況。
- 有鑑於上述情況，刑法學者對於原因自由行為就進行思考，而有下列幾種不同的看法：  
不罰說：嚴格遵守行為與責任同時存在原則，不處罰原因自由行為。  
處罰說：又可分為兩種不同的理由構成  
例外說：對於可歸責於行為人的原因所造成的精神障礙下的不法行為，如果不予處罰，就會有法益保護的漏洞，因此在此將刑法十九條所要求的責任能力與行為同時存在原則作限縮解釋，以為其例外。  
前置說：行為人在原因階段對於特定法益的侵害已有了預見或預見可能性，其故意或過失地設下了導致結果發生的因果關係，因此必須將原因階段和結果階段視為單一的整體行為處理，而責任能力的認定則提前至原因階段。
- 通說基本上採取肯定可罰性的觀點，不過在理由上較傾向第二個說法，管見亦以為將原因與結果階段合併觀之，而肯定行為人是具有責任能力的看法。但必須滿足兩個要件，第一是對於自陷於障礙狀態，行為人須有故意過失，第二是於原因階段時就對於法益侵害有故意或過失。必須嚴格把關此兩要件，才能處罰原因自由行為的行為人。

## 二、何謂「不罰之後行為」？成立「不罰之後行為」須具備何種要件？試舉例以明之(二十五分)

命題意旨	不罰後行為的體系定位，意義，要件。
答題關鍵	要指出這是競合（或罪數）論的問題，而不是犯罪論的問題，再進而就意義、要件、案例說明之。
擬答鑑示	1.參考：方律師，《刑法總則》，頁 3-67 以下，高點出版。 2.參考：高點司法四等特考考場寶典，第 2-12 頁，第六題，命中！

### 【擬答】

- 不罰的後行為，在刑法總則的體例上是在罪數論（或競合論）上討論的對象，其意義為，行為人先後為兩個行為，而後行為是針對前行為所侵害的同一法益而為之，行為人先為前行為之後，因為要使其前行為之犯罪有實益，或不易被發覺，進而以另一個行為進行另一個犯罪，只不過這兩個犯罪都是針對同一法益而發，並以前行為的犯罪存有可罰性。因此學說上認為，在此等狀態，行為人先後兩行為雖該當兩罪，但是只要以一罪來處理即可，因此後行為即不構成罪。
- 的後行為除了上述定義之外，也有學者認為必須以「狀態犯」為前提，在即成犯和繼續犯不能成立不罰後行為。
- 不罰後行為的要件，按照一般通說見解，如下所述：  
前後行為的行為人必須為同一人：如果不同一人時，就會產生獨立的可罰性，和不罰後行為之所以不罰的宗旨有違。前後行為侵害同一法益：正是因為只侵害同一法益，所以後行為不具可罰性。行為客體必須同一後行為在犯罪論上能獨立成罪：後行為是因為競合論的理由而不論罪，但是以犯罪論的角度來說，仍應獨立成罪。
- 例：甲以強制手段取得乙之財物後，為了不使其強盜行為東窗事發，乃將其取得之財物毀損。在本例中，甲的前行為構成強盜，後行為是毀損，這兩個行為所侵害的對象都是被害人的財物持有利益，因此只要透過強盜罪來處理即可，後行為在犯罪論上縱使成罪，但因沒有處罰上的實際意義，因此透過不罰後行為而不論其犯罪，行為人甲只構成一個強盜罪。

三、甲於某夜凌晨時分，攜帶鋼鋸，潛入乙宅行竊，得古董花瓶一座。返家後，發覺竟為贗品，一氣之下，乃重摔毀該花瓶，問甲之刑責應如何論處？(二十五分)

命題意旨	加重竊盜罪如果有兩個以上事由時、不罰後行為、侵入住居與加重竊盜的競合問題。
答題關鍵	分點說明，一個一個談。
擬答鑑示	1.參考：林山田，《刑法通論（下）》，頁 304、322。 2.參考：蔡律師，《刑法分則》，頁 266，高點出版。

【擬答】

1.甲潛入乙宅，可能構成刑法三 六條一項的侵入住居罪：

客觀上甲沒有得到住居權人乙的同意，而進入其住宅，是屬於本罪客觀要件上所規定的「無故侵入他人之住宅」，客觀構成要件該當，而甲也對其未得同意有所認識，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法 and 阻卻罪責事由，甲構成本罪。

2.甲於夜間攜帶鋼鋸潛入乙宅行竊，可能構成刑法三二一條一項的加重竊盜罪：

本罪客觀上必須以行為人已經達到竊盜罪的既遂為必要，所謂竊盜的既遂，是指行為人在未得原持有人的同意下，破壞其持有，並建立起自己的持有，甲在沒有得到乙同意之下即取得古董花瓶一座，係屬竊盜部分客觀要件該當，但是本罪除了竊盜部分之外，還必須有加重事由的存在，按照刑法三二一條的規定，其第一款對於夜間侵入住居行竊而加重，其第三款針對攜帶兇器而加重，甲不僅於夜晚凌晨時分侵入乙之住居，又攜帶具有強大殺傷力，而可以被認定有人身危險之物的兇器—鋼鋸，就前部分可以該當第一款的加重事由，就後部分可以該當第三款的加重事由，而甲同時該當兩款以上的事由時，應該如何處理？學說及實務上的基本見解認為，只要透過一個加重理由而構成加重竊盜罪即可，因此甲雖然該當了兩個加重要件，但是只要以一個加重竊盜罪來討論即足。本題中甲已經達到既遂，並且有加重事由的存在，可以該當本罪的客觀構成要件。主觀上甲認識其行為，有竊盜故意，甲知道他的行為沒有法律上的理由，有不法意圖，甲也認識其行為破壞他人持有並建立自己的持有，有取得之所有意圖，也認識他該當加重要件的事實，因此主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法 or 罪責事由，甲構成本罪。

3.甲摔毀花瓶，可能構成刑法三五四條的毀損器物罪：

本罪客觀上必須致他人之物為毀棄、損壞或致令不堪用，甲將乙之花瓶摔毀，已致該花瓶毀棄，客觀構成要件該當，主觀上甲認識其行為，沒有其他阻卻違法 and 阻卻罪責事由，甲構成本罪。

4.競合：

首先必須處理甲的行為數有幾個，甲於夜間持兇器侵入乙住居行竊，學說上有認為甲是兩個行為，即前行的侵入行為和後來的竊盜行為，但也有認為甲是一行為者，管見以為因為侵入行為是一個繼續犯的類型，而依德國通說，如果繼續犯的旨在於實現狀態犯的構成要件時，論以一行為處理，因此以後說為當，故甲侵入行竊是一行為，此外甲在事後對於花瓶的毀壞是另一行為。甲以一個行為在夜間攜帶兇器侵入住居並為竊盜，該當加重竊盜和侵入住居兩罪，因為甲所該當的加重竊盜罪滿足其第一款夜間侵入住居，就此看來，甲所該當的加重竊盜罪對於侵入住居罪是特別要件，具有特別關係，因此只要論以加重竊盜罪即可，侵入住居罪被排斥而不適用。甲又以另一個行為構成毀損器物罪，因為這是對於第一個行為所侵害的花瓶之持有利益的同一法益侵害，而加重竊盜罪又是狀態犯的構成要件，因此後行為應該論以「不罰的後行為」，不論其罪，因此甲只構成一個加重竊盜罪。

四、甲意圖供行使之用，偽造乙之印章，並假冒乙之名義，利用丙銀行之空白支票本製作空頭支票一批，用於進貨時支付價金，致不少人蒙受財產上之損失。甲之行為應如何論罪？(二十五分)

命題意旨	本題是在考競合的問題，千萬不要在犯罪論部分著墨太多。
答題關鍵	有兩種作法，一種是以競合論的寫法討論，一種以實務「吸收犯」的作法討論，本解答採前者，但如採後者也是可以的。而如採前者，可以參考蔡律師刑法分則部分的說明。
擬答鑑示	1.參考：蔡律師，《刑法分則》，頁 589-590，高點出版。 2.參考：高點司法四等特考考場寶典，2-17 頁，第 20 題，命中！

【擬答】

1.甲偽造乙之印章，可能構成刑法二一七條的偽造印文罪：

甲無權限而偽造乙的印章，該行為足以發生損害於乙或其他與甲交易之他人，而甲有認識，該當本罪。

2.甲冒乙之名義，製作空頭支票，可能構成刑法二 一條一項的偽造有價證券罪：

甲無權限而為支票之製造，支票是可以交換財產上對價的文書，客觀要件該當，主觀上甲有認識而且又有行使意圖，該當本罪。

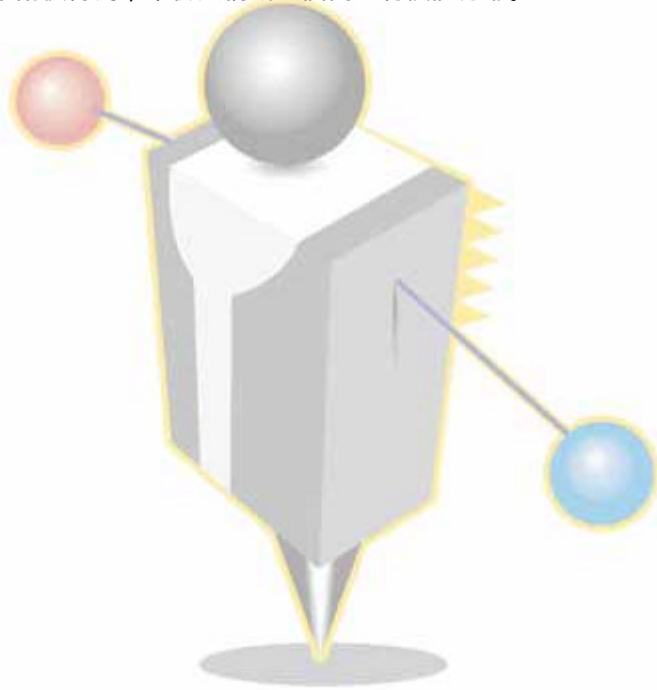
3.甲於進貨時使用偽造之支票，可能構成數個刑法三三九條一項的詐欺取財罪：

本罪客觀上以行為人行使詐術而令相對人陷於錯誤，致為財物之交付為要件，甲將不可能兌現的支票交給被害人，被害人誤甲已經交付貨款之價金，故將其貨物交給甲，該當於客觀要件，主觀上甲有詐欺故意 and 不法所有意圖，該當本罪。唯因為題目中沒有寫明甲是以一行為使數人上當，或是數次為之而令數人上當，故以下在競合論將分兩種情況討論之。

4.甲於進貨時使用偽造之支票，可能構成數個刑法二 一條二項的行為偽造之有價證券罪：

甲使用其所偽造之支票，支票為有價證券，甲構成數個本罪。但因題意有同上的問題，以下在競合時分別討論之。

5. 甲偽造印章，進而製作空頭支票，應該論以一行為，一行為侵害一個社會交易秩序的法益而該當數罪名，法條競合，只論以偽造有價證券一罪。至於進貨時的行為，如為數行為，則應該肯認行為人在一開始就存有連續犯的連續故意，而進貨的任一行為都是一行為侵害數法益，該當詐欺、行使偽造有價證券兩罪，依想像競合以行使有價證券罪處斷，而再論以行使有價證券罪的連續犯，與前面甲構成偽造有價證券罪是不同二行為的兩罪，但是該兩行為侵害同一法益，應該構成不罰的後行為，因此後部分的行使有價證券罪不成罪，甲只單獨構成偽造有價證券一罪。如果進貨時的行為是單純一行為，該一行為依前述構成數個詐欺與數個行使偽造有價證券罪，依想像競合，依行使偽造有價證券罪處斷，再與前行為的偽造有價證券罪論以不罰後行為，甲仍只構成一個偽造有價證券罪。



高 點