

《刑法》

一、處罰未遂犯的理由是什麼？（五分）下述事件，應如何處斷甲、丙二人之行為？（必須說明判斷之包攝過程及理由）。

（一）甲下星期日交不出會錢，因而於星期五晚上到乙家行竊；走到乙家圍牆外，見左右無人，翻牆入庭院後，隨即被屋內猛犬嚇跑。（十分）

（二）丙男某晚翻牆入丁女庭院，欲偷窺丁女入浴。丙等待許久又見丁家無任何人在，遂起意取走庭院內名貴盆栽。在使用庭院內空肥料袋裝盆栽之際，聽到大門開鎖聲，驚慌之下，立即空手翻牆逃逸。（十分）

命題意旨	未遂理論、著手理論、竊盜著手應如何判斷。
答題關鍵	第一部分應回答未遂理論，但在答案中可以附帶性地提及未遂理論所導引出來的著手之問題及其理論，第二、三部分則分就個別行為討論其法律要件的該當與否。
參考資料	1.蔡律師《刑法總則》，頁 210~213，高點出版。 2.方律師《刑法總則》，頁 2-82~84，高點出版。 3.蔡律師《刑法分則》，頁 248~250，高點出版。 4.方律師《刑法分則》，頁 2-29~30，高點出版。
命中事實	《高點律師考場寶典》，頁 2-9，命中！

【擬答】

一、未遂犯係指行為人欲實施某既遂犯構成要件，惟在行為人著手為構成要件之實施後，竟發生行為人自始未予預料之事由，致使行為人所欲實現之既遂犯構成要件無法完全實現，此等主觀上有等同於既遂犯故意，但在客觀上已為著手卻未實現既遂犯構成要件的行為人，即為所謂之未遂犯。然而問題在於，對於此等未完全實現構成要件而侵害法益的行為人，是否可以透過刑事制裁的方式加以非難？就此學說上提出所謂的「未遂理論」以解釋處罰未遂犯的理由，原則上有下列三種見解：

- 1.客觀未遂理論：未遂行為之所以可罰，是因為其行為在客觀上具有實現構成要件而侵害法益的高度危險性，因此為求法益保護的充分，必須對有益法益侵害危險性但未充足構成要件的未遂行為加以處罰。
- 2.主觀未遂理論：未遂行為的可罰基礎在於行為人在犯罪時基於故意侵害法益之主觀心態，此等主觀心態顯現出行為人與法律的敵對意志，自應加以處罰。
- 3.印象理論：未遂犯的處罰基礎在於行為人欲實現其主觀上有法律敵對的法益侵害意思，此種法敵對意志會震撼社會大眾對於法秩序的信賴，甚而破壞法律的安定性與和平性。

就上述三說而言，客觀未遂理論過於強調客觀面的危險，忽略行為人主觀面的法敵對意識，主觀未遂理論則未針對行為人行為並未實現構成要件此點加以考量，兩說均有不足之處，因此現行學者之通說係採取印象理論，方兼能對未遂行為之主觀與客觀面予以考量。此外，因為刑法對於未遂犯採印象理論為其處罰根據，所以在未遂犯要件的設計上，其客觀構成要件的「著手」，自然必須以印象理論為基礎而設定其判斷內涵，現行通說就著手理論所採取的「主客觀綜合理論」即導源自印象理論，故可印證現行刑法對於未遂犯的處罰，即以印象理論為整體架構的基本論據。

二、甲的刑事責任

- 1.甲翻牆進入乙家的庭院，可能構成刑法第三 六條第一項之侵入住居罪：

本罪客觀上以行為人無故侵入他人住宅之附連圍繞之土地為要件，甲在未得乙同意之情況下自行翻牆進入乙家設有圍牆與外界隔離的庭院，乙家庭院依實務及通說見解因有圍牆與外界區隔，故屬附連圍繞之土地，甲在未得同意下即行進入之，應可認該當於本罪的客觀構成要件；主觀上甲對其未得乙同意即進入該庭院有完全的認識，有本罪之故意，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲該當於本罪。

- 2.甲行竊而被猛犬嚇跑，可能構成刑法第三二 條第三項之竊盜未遂罪或刑法第三百二十一條第一、二項第二款之加重竊盜未遂罪：



甲的竊盜行為因乙家有猛犬而未能順利取得乙之財物，自不成立竊盜既遂罪，然刑法針對竊盜的未遂行為另有處罰，以下即直接討論甲就未成功取得財物之行為是否成立竊盜未遂罪。

竊盜未遂罪主觀上以行為人有竊盜故意、不法意圖與所有意圖為必要，本案甲的犯罪計劃即是侵入乙家而竊取乙家的財物，而甲已開始執行其犯罪計劃，甲亦明確認知此點，因此可肯認甲在主觀上的故意，而甲認知其取得他人財物係屬法律上無權之行為，有不法意圖，甲亦欲破壞乙對財物的持有而建立自己的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。竊盜未遂罪在客觀上以行為人已為著手為必要，按一般通說針對著手所採行之主客觀綜合理論，亦即以客觀第三人的立場判斷行為人的認知是否發生客體受侵害的危險，甲在主觀上僅認為乙家應有財物，但未明確知悉財物的種類與數量，而甲在進入房子行竊前已經被猛犬嚇跑，因此甲自始至終均未明確知悉其竊盜的對象為何，此項認知以客觀第三人的標準，應可認為尚未對乙的財物已發生危險性，故甲的行為依通說見解並未達到著手的程度；而實務見解以行為人是否以行竊意思接近並加以物色為著手的判斷標準，在本例中因甲並未接近乙家即嚇跑，自無物色之可言，故甲亦未達著手程度。甲不論依學說或實務見解均未著手，自不構成本罪，但學說上有認為刑法第 321 條第一、二款為竊盜罪之加重構成要件，若已為加重構成要件之行為，即可認為著手於加重竊盜罪，故本題甲翻入乙家庭院已符合刑法第 321 條第二款之「逾越牆垣」之要件，故可成立刑法第 321 條第一項第二款、第二項之加重竊盜未遂罪。

3. 結論：如採取實務見解甲僅成立侵入住居罪。

三、丙的刑事責任

1. 丙翻牆進入丁之庭院，係在未取得丁同意之情況下進入丁住居而與外界隔離之附連圍繞土地，與上述之甲同，丙就此一行為構成刑法第三 六條第一項的侵入住居罪。
2. 丙欲偷窺丁洗澡，但因丁不在家而不遂，此一部份的行為因刑法針對偷窺他人非公開活動之處罰條文第三一五條之一第一項，僅針對已經成功地窺視他人非公開活動之既遂犯加以處罰，但條文中並未處罰未成功窺視的未遂犯，故丙未能成功偷窺丁洗澡的行為應屬不罰之行為。

3. 丙可能構成刑法第三二〇條第三項之竊盜未遂罪，丙翻牆入丁女庭院，客觀上雖已符合刑法第 321 條第一項第二款「踰越牆垣」之要件，但丙翻牆入丁女庭院，本欲偷窺丁女入浴，故竊盜行為顯為另行起意，而通說及實務上認為刑法第三二一條第一項第二款之加重竊盜罪必須行為人踰越牆垣之際即有竊盜之意，是以行為人欠缺加重竊盜之故意，而祇具備普通竊盜罪之故意，且丙亦認知其行為，在法律上並無權限，有不法意圖，丙又欲取得該盆栽的持有並破壞原持有人丁對盆栽的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。客觀上行為人必須已行著手，依前述著手標準的主客觀綜合理論審酌本案，丙明確認知其開始裝填丁的盆栽，任何人對丙的主觀上認知亦會認為對丁的財產發生重大的危險性，丙的行為已達到著手的程度，而依實務見解丙亦明確知悉其竊盜的對象為名貴盆栽，物色已行完成，丙並且已開始用肥料袋裝填，故可認達到著手的程度。丙的行為依學說或實務見解均已達著手，又沒有其他阻卻違法及罪責事由，丙應成立普通竊盜罪之未遂。

4. 結論

丙成立侵入住宅罪及竊盜未遂罪，因竊盜未遂罪係另行起意，故二罪間應成立實質競合而非牽連犯。

* 上述丙並不會成立夜間侵入住宅竊盜罪第 321 (1) 因為該罪之範圍並不包括附連圍繞之土地，祇限於住宅及建築物之本體，故翻牆進入庭院並不符合該款之加重條件。

二、甲行竊二次，另犯詐欺一次，詐欺罪先被發現受有期徒刑一年之判決，並送監執行。甲在出獄後不久再行竊一次。問甲三次行竊應如何論罪科刑？（二十五分）

命題意旨	連續犯、累犯、數罪併罰的相關規定
答題關鍵	對刑法五十條以後的規定必須極為清楚，這種實務問題才能回答得比較好。
參考資料	1. 蔡律師《刑法總則》，頁 504~512、526~531，高點出版。 2. 方律師《刑法總則》，頁 3-89~97、3-103~106，高點出版。

【擬答】

本題甲之三次竊盜是否基於概括犯意並不清楚，茲分述如下

一、甲基於概括犯意

1. 甲三次行竊的行為，若係基於概括犯意，則成立連續犯，依刑法第五十六條的規定：「連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論」，該三次的連續竊盜應論以一個連續竊盜罪，其刑度得加重二分之一。
2. 其次，刑法第四十七條另有規定「累犯」加重本刑至二分之一，其要件係以行為人受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部份的執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，依此要件甲第三次的竊盜是在詐欺罪宣告一年徒刑執行完畢後，雖



然前兩次的竊盜是在詐欺罪之前即犯之，但是實務見解認為連續犯行為的終了指的是最後一次犯行，因此甲確實是在詐欺罪之一年徒刑執行完畢後的五年內犯連續竊盜罪，因此甲連續竊盜罪應有累犯規定之適用，其刑應依刑法第四十七條加重本刑至二分之一。

3. 承上，甲前兩次行竊係於一次詐欺之前，而第三次行竊是在詐欺之後，詐欺部分已受有一年有期徒刑之確定判決，此時是否可與詐欺罪依刑法第五十、五十一條及第五十三條之規定數罪併罰而重新聲請定執行刑。理論上，數罪併罰之要件必須是「裁判確定前所犯」，因此甲之連續竊盜有部分是詐欺罪裁判確定後所犯，故不符合數罪併罰之要件。是以甲之三次竊盜除依連續犯及累犯加重刑罰外，不必與詐欺罪數罪併罰。

二、甲前二次竊盜基於概括犯意，第三次竊盜另行起意

1. 若甲前二次竊盜為概括犯意，則應論以連續竊盜罪並得加重其刑至二分之一（刑法第五十六條），且與詐欺罪，係在判罪確定前所犯，符合數罪併罰之要件，故二者間雖係二個裁判但應依刑法第五十一條之規定，重新定執行刑（刑法第五十三條）。
2. 因第三次竊盜係另行起意，故應獨立論罪且係在詐欺罪執行完畢後五年內所犯，應依累犯加重其刑（刑法第四十七條），最後再與上述連續竊盜與詐欺罪之數罪併罰合併執行（並非數罪併罰）。

本題若依現行實務運作之狀況，應該不可能認為第三次之竊盜與前二次係出於概括犯意，上述之回答係假設性之事實。

三、甲、乙兩人相約夜間至某市區道路飆車，在超速疾駛中，甲、乙同時撞上路邊停放之丙車，甲、乙各自以為對方會停車查看，且以為停放路邊的車內無人事情非嚴重，故由不同路線駕車各自回家；不料丙車內正躺臥因酒醉無法駕駛而停在路旁等酒醒之某丙。丙因受甲、乙兩車之撞擊而受重傷，天亮被路人發現送醫時已死亡。試問甲、乙二人之刑責如何？（二十五分）

命題意旨	本題字面上似乎簡單，但事實上卻包涵了「累積因果關係」、「過失共同正犯」、「危險前行為保證人地位」、「客觀歸責」等重要而困難的問題，筆者在此原則上以許玉秀老師的見解為主軸來回答。
答題關鍵	回答本題必須對最新的刑法論文有相當程度的掌握，否則如果單純以通說似乎無法漂亮地作答。
參考資料	1. 蔡律師《刑法總則》，頁 68~76、299。 2. 方律師《刑法總則》，頁 2-38~50、2-237~238。 3. 蔡律師《刑法分則》，頁 60~65、70~72、94~95、502~508。 4. 方律師《刑法分則》，頁 1-40~42、1-65、3-40~45

【擬答】

一、甲、乙可能成立妨害公眾往來安全罪(刑法第 185I)

妨害公眾往來安全罪構成要件中包括「以他法致生往來之危險，而甲乙二人相約夜間至市區道路飆車可以是造成公眾往來安全之方法，然而夜間在市區飆車是否已足生往來風險」，必須按個案判斷，題示甲、乙二人超速疾駛且失控撞上路邊停放之車輛，應認為對於不特定產生往來安全之危險，故甲、乙均符合本罪之構成要件且無阻卻違法及罪責之事由，甲、乙均成立本罪。又甲、乙二人相約飆車有共同之行為決意，及共同行為定施，應論以共同正犯。

二、甲、乙二人可能成立過失重傷罪(刑法第 284I 後段)

甲、乙二人撞上路邊停放之丙車，導致車內酒醉之丙重傷，因題示已表明「丙因甲、乙二車之撞擊而受重傷」，故甲、乙二人撞上路車致丙受傷均有條件上之因果關係，且無阻卻結果歸責之事由，故符合過失重傷罪之客觀構成要件。又甲、乙二人超速疾駛對於飆車失速可能失控撞及路邊車輛引起車內人之身體受重傷亦有預見可能性，故具有過失，本亦無阻卻違法及罪責之事由，甲、乙均可成立過失重傷罪。應注意的是實務上並不承認過失犯之共同正犯，故甲、乙應各自成立過失重傷罪之單獨正犯。

三、甲、乙二人可能成立不作為殺人罪成過失致死罪

甲、乙二人撞及丙車導致車內之丙重傷，甲、乙二人並未將丙送醫救治，故甲、乙二人均有不作為之行為，且依通說及實務見解，甲、乙二人對丙有送醫救治之作為義務(危險前行為或道路交通管理處罰條例之規定)，然甲、乙二人不作為對於丙之死亡是否有因果關係，通說認為不作為犯之因果關係，必須是若行為人已為法律上所要求之行為，結果應該是會發生，則不作為與結果才有因果關係，此為「假設因果關係說」。本題因丙遭甲、乙撞上時已受重傷，甲、乙如果即送丙就醫是否丙即不會死亡無法確定，若依罪疑唯輕原則，對甲、乙作有利之認定則因欠缺因果關係，故無法實現不作為殺人或過失致死罪之客觀構成要件，又甲、乙二人當時並不知丙車有人，故並無不作為殺人之故意，亦無法成立不作為之殺人未遂。故甲、乙二人均不成立不作為殺人罪(包括既遂及未遂)與不作為過失致死罪。

四、甲、乙二人可能成立作為之過失致死罪(刑法第 276I)

丙之重傷係甲、乙二人所共同引起已如前述，而丙之死亡係重傷惡化下之結果，就甲、乙之行為與丙死亡之因果關係而言。若無甲之行為或乙之行為，均無法肯定丙必然會因另一人之行為而死亡，故甲、乙之行為均為丙死亡結果之條件，是以甲、乙之行為均與丙之死亡有因果關係(學說上稱此為累積因果關係)。且甲、乙二人之飆車行為撞上路車之行為均係製造風險，風險也實現了丙死亡之結果，



故丙死亡之結果可規責於甲、乙之行為。在主觀上甲、乙均非故意，但對於飆車失控撞上他車導致他人死亡應有預見之可能，故甲、乙均成立過失致死罪。

五、甲、乙二人可能成立肇事逃逸罪(刑法第 185 之 4)

甲、乙二人撞傷丙而未留在現場處理，已符合肇事逃逸罪之客觀構成要件，但甲、乙主觀上未認知所撞上的丙車車內有丙在內，故並未認識丙受傷之事實，而欠缺本罪之故意，故不能成立本罪。

六、甲、乙二人可能成立不作為遺棄罪(刑法第 294 之 1)或遺棄致死罪(刑法第 294 之 2)

甲、乙二人撞傷丙致丙受傷，而並未將丙送醫救治，雖已符合遺棄罪之客觀構成要件，但甲、乙二人並未認知丙車內丙在內，故甲、乙二人逃離現場時，並無遺棄之故意，故不能成立本罪。

七、結論

甲、乙之行為成立過失重傷罪與過失致死罪，二罪為法條競合關係應論以過失致死罪。另甲、乙二人成立妨害公眾往來安全危險罪之共同正犯，與過失致死罪實務上認為係數罪併罰之關係。然學說上另有認為上開二罪的實況有時間上的重疊關係為同一行為單數，故應論以想像競合犯。

四、甲因經濟不景氣，公司裁員，致失業多時。某日，見鄰近公園有一神智失常男子 A 手指上帶有一枚鑽戒，遂花言巧語將其騙走；嗣至附近 B 餐館用餐，飽餐一頓後，藉口如廁，而逃之夭夭；未久，行至陋巷，見有一打扮入時婦女 C 獨自踽踽而行，乃趨前奪其項上珍珠項鍊，得手後正擬逃逸，因 C 緊拉其衣服不放，甲遂將其推倒於地，致 C 手腳多處擦傷；甲急於逃逸，在路旁隨手攔下一部計程車，即搭車遠颺。惟行至某偏遠處，甲對司機 D 出言威脅，不但拒付車資，且喝令 D 將身上現金全部掏出，得款後揚長而去。試問對甲應如何論罪科刑？（二十五分）

命題意旨	財產犯罪的相關規定。
答題關鍵	以個別行為為中心展開討論，並須特別注意所謂客體是財物或利益的問題。
參考資料	1.蔡律師《刑法分則》，頁 288~293、304~306、350~351、364~370。 2.方律師《刑法分則》，頁 2-67~74、2-78~84、2-148~151、2-168~169、2-184~185。
命中事實	《高點律師考場寶典》，頁 2-9，命中！

【擬答】

一、甲騙走 A 的鑽戒，可能構成刑法第三三九條第一項的詐欺取財罪：

詐欺取財罪客觀上以行為人行使詐術致他人陷於錯誤，而為財物之交付致生被害人財產損害為要件。本例中甲以詐術使 A 陷於錯誤，而令 A 將其持有的鑽戒交付於甲，雖然 A 為神智失常的男子，但只要其確係因為甲的詐術而陷於錯誤，仍可該當於本罪之客觀要件，依題意所示，甲應係客觀構成要件該當。主觀上甲對其行為有認知，有詐欺故意，知道其無法律權源以取得該鑽戒，有不法意圖，甲欲以該行為以得利，有得利意圖，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲成立本罪。

二、甲進入 B 餐館用餐嗣尿遁的行為，可能構成刑法第三三九條第一項及第二項的詐欺取財及得利罪：

系爭二罪客觀要件原則上同上所述，僅第一項被詐欺人是交付財物，而第二項的行為人是取得利益，依題意所示甲進入餐廳時即無任何支付餐費的意思，而依社會慣例進入餐廳可被認為是「有支付意思及能力」的默示通知，因此甲進入餐廳的行為顯係詐術的行使，B 餐廳誤甲為有支付之意願而為食品（財物）及服務（利益）之給付，而甲嗣後尿遁，使餐廳發生財產上的損害，客觀構成要件該當，主觀上甲對上開事實均有認識，亦有不法意圖及獲利意圖，沒有其他阻卻違法事由，甲成立上開二罪。

另外學說上對於此種白吃白喝的法律效果係分為「自始即無支付意願」與「嗣後另生無支付意願」兩種不同類型，前者係指自始即無意給付，其法律效果學者均認為成立詐欺罪，本例與前者的類型相同，亦成立詐欺罪。

三、甲奪取 C 的項鍊，得手後又將 C 推倒，可能構成刑法第三二九條的準強盜罪：

準強盜罪客觀上以行為人先為竊盜或搶奪的行為，嗣後為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證等事由而施強暴脅迫為必要，本案甲以不法腕力奪取 C 的項鍊，並建立自己對項鍊的持有，係屬搶奪的行為，後來因 C 緊拉衣服而為保有其取得的項鍊（贓物），而將 C 推倒於地，係為防護贓物而施強暴行為，客觀構成要件該當，主觀上甲對上開事實均有明確認知，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

四、甲推倒 C 的行為，可能構成刑法第二七七條第一項的普通輕傷罪：

客觀上甲推倒 C 致 C 手腳多處擦傷，主觀上甲亦明知此部分事實，甲成立本罪。



五、甲出言威脅拒付車資，可能構成刑法第三二八條第二項的強盜得利罪：

本罪客觀上以行為人施強制行為至令被害人陷於不能抗拒，而取得被害人的財產利益，致生財產損害為要件，本案甲在偏僻的地方拒絕給付司機 D 車資，應可認甲係以脅迫的方式使身處於偏僻地點的 D 心理狀態恐懼至不能抗拒，而使 D 免除甲對 D 負有的車資債務，致生 D 之損害，甲在主觀上明知此事，亦明知其法律上不得向 D 為車資的要求免除，甲有強盜故意與不法得利意圖，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

六、甲要求 D 將身上的現金全部交付予甲，可能構成刑法第三二八條第一項的強盜取財罪：

強盜取財罪客觀上以行為人施強制行為致被害人無法抗拒而為財物之交付，承前，甲在偏僻的地方要求 D 將身上全部的現金交付給甲，應可認甲係以脅迫的方式至 D 不能抗拒而取得現金，致生 D 財產上損害，甲對其行為有認識，有不法所有意圖，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

七、競合：依題示中並未指出甲係基於詐欺或強盜的連續故意，因此甲的四部分犯罪行為原則上應該是四個獨立的行為，分述如下：1

甲騙走 A 的鑽戒成立詐欺取財；2 至 B 餐廳用餐嗣尿遁的行為成立詐欺取財及詐欺得利，法條競合；3 甲搶 C 項鍊並推倒 C 成立準強盜及輕傷害罪，想像競合，依準強盜罪處斷；4 甲拒付車資並強令 D 交付現金，分別構成強盜得利及強盜取財罪，法條競合。上述四部分再數罪併罰。

