

# 《刑法》

## 試題評析

今年考題難度適中，所涉及之考點均為研讀刑法時之重點，且多數考題均有相似之考古題可參考，故只要詳讀班內提供的上課講義，應可獲得不錯成績。

第一題：本題涉及的是「雙重身分犯」的法律適用問題，此為刑法上身分犯罪的重要問題之一，因考題在設計上僅請考生就「甲男可否與乙女論以刑法第336條第2項業務侵占罪之共同正犯」回答，故宜小題大作，在答題時應就「雙重身分犯」之性質及形成原因、適用法律的過程詳加說明。

第二題：本題涉及的是幫助犯主觀要件的解釋問題，第一小題屬單純的問答題，第二小題則是近日在社會上爭議不斷的人頭帳戶案件，此部分除了對未必故意內涵的解釋外，此類案件學說與實務在認知上有相當大的歧異，應一併說明。

第三題：本題第一小題屬相當傳統之刑法考題，主要在測試考生對「接續犯」此一概念的了解程度；第二小題則是近年來不斷出現的考題，測試考生對大法官會議釋字第630號解釋所涉相關學說實務、爭議的了解程度。

第四題：刑法第321條相關的問題是常考題，此題所涉及之考點仍不外：刑法第321條各款加重事由之性質為何？是否會影響竊盜罪的著手時點之認定？另外就是幫助犯的法律適用問題。

一、甲男與乙女為男女朋友，乙女任職於某公司擔任會計工作。甲男因生活奢華，需大量金錢，遂不斷甜言蜜語對乙女表示，為了兩人結婚後之創業基金所需，要求乙女利用職務之便挪用公司資金。乙女為甲男之言語迷惑，兩人共同策劃，在半年內挪用乙女公司資金共1千萬元。後來東窗事發，乙女被依刑法第336條第2項業務侵占罪移送法辦。試問甲男可否與乙女論以刑法第336條第2項業務侵占罪之共同正犯？(25分)

**答：**

甲男應與乙女論以刑法第336條第2項業務侵占罪之共同正犯：

(一)本題所涉及者，乃「雙重身分犯」之法律適用問題。所謂「雙重身分犯」，指犯罪構成要件不但對行為主體設有一定資格的限制，且同時以行為主體資格來加重、減輕或免除刑罰之特別犯，刑法第336條第2項之業務侵占罪即屬此種犯罪類型。

(二)多數學說實務上認定業務侵占罪為「雙重身分犯」，理由在於：

- 1.要成立侵占罪，必須是行為人先基於一定的法律關係，持有他人之物品，再於持有狀態下以易持有為所有之犯意，將行為客體侵吞入己，方能成立該罪。故必須是具備「基於一定法律關係而持有他人物品之人」此一身分，始具備成立侵占罪之行為主體資格。
- 2.業務侵占罪之法定本刑高於刑法第336條第1項之普通侵占罪，且係因「從事業務之人」此一身分關係，而致刑罰有加重之情形，此與不純正身分犯之定義相符。綜上，可知業務侵占罪同時具備兩個身分關係，「基於一定法律關係而持有他人物品」此身分，係用來創設侵占罪之行為主體資格；「從事業務之人」此一身分，則有加重刑罰法律效果之功能。

(三)而本題之問題點在於，一個沒有具備任何身分之人，與從事業務又具備特定身分之人共同違犯刑法的身分犯罪時，應如何處理？實則，業務侵占罪相較於普通侵占罪，屬普通侵占罪之變體構成要件，故要成立業務侵占罪的前提，必定是行為人具有滿足普通侵占罪之身分關係，始足當之，若行為人不具備滿足普通侵占罪之身分關係，自無更進一步成立業務侵占罪之可能。在本題之情形，甲既未於一定之法律關係而持有某公司之資金，自屬欠缺對某公司成立普通侵占罪的身分關係，更無進一步成立業務侵占之可能，解釋上自屬刑法第31條第1項所稱之「因身分關係而成立之罪，而無特定關係」之人，故甲應透過刑法第31條第1項之規定，與乙論以業務侵占罪之共同正犯。

(四)對此，實務上亦採相同的看法，認為「法第336條第2項之罪，以侵占業務上所持有之物為其構成要件，即係因其業務上持有之身分關係而成立之罪，與僅因身分關係或其他特定關係而致刑有重輕之情形有別。因而無業務關係之人，與有業務關係者共同侵占，依同法第311條第1項規定，仍應以業務上侵占之共犯論。」(28年上字第2536號)

## 【參考書目】

1. 趙政大編，刑法總則講義，第90頁之「重要概念」。
2. 最高法院28年上字第2536號判例

二、甲女為單親媽媽，卻遭裁員而失業。因經濟拮据，某日看到報紙上的分類小廣告稱，只要將在金融機構開立的帳戶存摺及提款卡交給廣告中所示某公司之公關人員，每個帳戶即可獲得3千元獎勵金。於是甲女至4家銀行分別開立4個新帳戶後，撥打廣告中的聯絡電話，與姓名不詳的男子約好在某路口超商，甲女交付4個帳戶的存摺及提款卡予該名姓名不詳的男子，獲得1萬2千元現金。不久後，甲女接獲警察機關的通知書，認為其乃提供人頭帳戶予詐騙集團，涉及詐欺罪之幫助犯。有關甲女應否論以詐欺罪之幫助犯，請回答下列問題：(25分)

(一)請說明何謂幫助故意？

(二)甲女向警方表示，根本不認識她交付存摺及提款卡之男子，也不知道該男子拿走她的存摺及提款卡之用途為何。試問甲女能否論以具有詐欺罪之幫助故意？

**答：**

(一)所謂幫助犯之幫助故意，學說實務均認其有雙重之內涵，亦即「幫助故意」及「幫助既遂故意」，說明如下：

1. 幫助故意：指行為人認識其行為係對於正犯所為之特定不法犯行，提供助力之決意；也就是說，行為人認識到自己之行為，係屬正在或即將幫助他人實現犯罪構成要件之行為。
2. 幫助既遂故意：指使正犯實現不法構成要件既遂之故意。也就是說，行為人認識到自己對之提供助力之正犯行為，有可能、且有意願讓其實現的主觀心態。

(二)甲女是否具有幫助故意，容有不同之見解，分述如下：

1. 實務上對於「人頭帳戶」的問題，是幾近一面倒的認為，銀行帳戶在申設上沒有任何困難，任何人均得自行申請銀行帳戶，自無向他人購買帳戶使用的道理，故若有人向他人購買銀行帳戶使用，一般人均應得知悉收購人應是收購帳戶作為掩飾財產犯罪之用；且近年來我國境內詐騙集團盛行，政府已一再宣導勿將銀行帳戶交由他人使用，在此等情形下，若仍有人將銀行帳戶出售予他人使用，自係認識此行為將對詐騙集團提供助力，且放任詐騙集團對不特定人行騙，解釋上自應認為出售帳戶之人主觀上有對詐騙集團提供助力之未必故意。
2. 學說上則認為，幫助故意既是指行為人認識到自己之行為，正在或即將幫助他人實現特定犯罪構成要件之行為，則行為人提供助力時，自應對正犯正在或即將實現的特定犯罪行為有所認識，但出售銀行帳戶與他人使用者，根本無從知悉正犯即將於何時、何地、實現何構成要件，實與幫助故意內涵有違；另就幫助既遂故意而言，以出售銀行帳戶為例，指的是要求行為人出售帳戶時，就希望詐騙集團使用其帳戶為詐騙工具詐騙他人，但現今社會上出售帳戶者，多是經濟弱勢，都只是為了貪圖小利而將帳戶出售，亦難將此等心態解為幫助既遂故意。

個人認為，上開兩種見解，應以學說較為可採，實務見解顯然過度擴張幫助犯的概念，並不合理。故本題之甲女既對取走其帳戶之人即將從事何種犯罪一無所知，自然不能認定其主觀上具備幫助故意及幫助既遂故意，自難認其主觀上詐欺罪之幫助故意。

## 【參考書目】

1. 趙政大編，刑法總則講義，第17頁、第86頁。
2. 林山田著，《刑法通論(下冊)》增訂十版，第134、135頁。
3. 林東茂著，《刑法綜覽》六版，第1-274頁。

三、甲趁某百貨公司週年慶，遊走於各樓層名牌專櫃順手牽羊，總共竊得4件衣服及3個皮包。忽然聽到有人大喊有扒手，甲為避免被抓，迅速衝下樓梯，將兩個正要上樓的婦女推倒在地，導致一個額頭腫個包，一個腳踝扭傷。甲旋即被警衛壓制而扭送警察局。請回答下列問題：(25分)

- (一)甲竊得4件衣服及3個皮包的舉動，應論以幾個竊盜罪？  
 (二)甲為脫免逮捕，將兩位婦女推倒的行為，能否該當準強盜罪？

**答：**

(一)甲竊得4件衣服與3個皮包之舉動，應僅論以一個竊盜罪。

- 1.學說上認為，行為人所為之行為在外觀上，雖然是可以將之分割為數個行為，但若此數個客觀可見之行為係出於行為人單一之意思決定，且在時空上又存有緊密關係，由一個未參與該等行為之第三者於旁觀之立場，亦會認為係一個單一行為時，且侵害同一法益時，即可認為屬「自然的行為單數」(亦稱為自然意義的一行為)，而屬行為單數的態樣之一；而此種概念亦為我國實務上所認同，認為指行為人之數行為，若於同時同地或密切接近之時機實施，侵害同一之法益，且各行為之獨立性極為薄弱，在刑法評價上，自應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為可理，此即我國實務上「接續犯」的概念。
- 2.依題示，甲是在百貨公司週年慶時，在各樓層專櫃四處行竊，自屬在同地、密切接近之時間實施竊盜犯行，且侵害同一法益，各行為之間的獨立性極為薄弱，亦應足認其主觀上僅有單一之意思決定，依上開說明，自應依「接續犯」之法理論以一罪，故僅論以一個竊盜罪。

(二)甲為脫免逮捕，而將兩位婦女推倒之行為，應不構成準強盜罪。

- 1.本題所涉及者，乃準強盜罪之「強暴、脅迫」之程度應如何認定之問題。先前實務見解認為，準強盜罪的構成要件並無如強盜罪有「至使不能抗拒」的要件，故認準強盜罪之「強暴、脅迫」應不以達於使他人不能抗拒的程度為必要。但多數學說則認為，法條既然規定是「以強盜論」，即已表示準強盜罪行為的反社會性並不低於一般之強盜行為，故此之「強暴、脅迫」，自應與強盜罪為相同的解釋，也就亦應該達「至使不能抗拒」之程度。後司法院大法官會議作出釋字第630號解釋，採取多數學說的見解，認為經刑法第329條擬制為強盜罪之強暴、脅迫構成要件行為，乃指達於使人難以抗拒之程度者而言，是該罪之「強暴、脅迫」，應與強盜罪為相同的解釋，已無爭議。
- 2.本題之甲是否構成準強盜罪，判斷點應在：甲為脫免逮捕所為之行為，是否已達使該兩名婦女不能抗拒之程度？而所謂不能抗拒，指的是被害人的反抗意志完全被行為人施用的暴力所壓制，不敢出手反抗而言。依題示，甲係將兩位婦女推倒在地，此等行為為犯罪行為人為求脫逃、自保時常為之行止，其行為強度在評價上，實難與對被害人持刀、槍壓制之行止等量以觀，故此行為在客觀認定上，應不足以完全壓制住兩位婦女的反抗意志，自難認其行為手段已達至被害人不能抗拒之程度，而將之論以準強盜罪。

#### 【參考書目】

- 1.趙政大編，刑法總則講義，第92頁。
- 2.林山田著，《刑法通論(下冊)》，增訂十版，第302頁。
- 3.趙政大編，刑法分則講義，第94頁。

四、甲決定要盜取其辦公室內之財物，由於需要油壓剪來破壞辦公室大門，於是甲向以修車為業之鄰居乙借用油壓剪。在言談中，乙知道了甲借用油壓剪的原因，然而乙對於甲如何使用油壓剪並不關心，也認為與自己無關，就任憑甲借走油壓剪。因此，乙並沒有向任何人提起這件事。後來甲以油壓剪破壞辦公室大門，進入後尚未取得任何財物就因不慎觸動保全警鈴而迅速被逮捕。試問如何論處甲、乙的行為？(25分)

**答：**

(一)甲之刑責：

甲持油壓剪，以油壓剪破壞辦公室大門的方式侵入辦公室欲行竊之行為，應不構成刑法(下同)第321條第2項之加重竊盜未遂罪。

- 1.依題示，甲以攜帶油壓剪，並以油壓剪破壞辦公室大門的方式侵入辦公室內，而有可能存有第321條第1項第2款毀損安全設備、第3款攜帶兇器(油壓剪在客觀上是足對人之生命、身體造成為危害之物)等加重竊盜事由。惟通說認為本罪之性質乃就構成竊盜罪之行為，分別針對各具體竊盜犯行之手段、時間、地點等情狀特設之刑罰加重條件；簡言之，其僅為單純之加重條件，即對刑法基礎犯罪行為加重之條件。於此種見解下，因行為所合致之構成要件，仍係違反普通竊盜之罪名，故無論犯行之著手、既未遂或犯罪



單複數之審查，均應回歸第320條之審查，不受本條所定加重條件之影響。

- 2.而有關竊盜罪之著手時點應如何認定，通說實務認為，應以竊盜行為人主觀上已經選定行為客體，對開始動手竊取之際，方為竊盜罪之著手實行。然依題示，甲於侵入辦公室後隨即因不慎觸動保全警鈴而為警逮捕，認定上應未達著手實行階段，而僅屬竊盜之預備行為，然因竊盜罪並未設有處罰預備犯之規定，基於罪刑法定原則，自無由構成竊盜罪。

故，甲以油壓剪破壞辦公室大門之行為，應構成第354條之毀損器物罪。

(二)乙之刑責：

- 1.按幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯，此第30條第1項前段定有明文，乙主觀上既知悉甲借用油壓剪的原因，復對可能發生的犯罪結果採取放任不在乎之態度，主觀上自己具備幫助犯之雙重幫助故意；客觀上甲持向其所借之油壓剪犯罪，其幫助行為自與正犯之犯罪行為亦已提供助力、且有因果關係，自屬刑法上之幫助犯無疑。
- 2.基於共犯之從屬性原則，幫助犯之可罰性是從屬於正犯所為之不法行為之下，故在加重竊盜部分，甲之行為既不成立犯罪，已如上述，乙自無成立幫助加重竊盜罪之可能；另就甲所涉之毀損罪部分，則應將乙論以該罪之幫助犯。

結論：甲成立第354條之毀損器物罪、乙成立第354條、第30條之幫助毀損器物罪。

#### 【參考書目】

1. 趙政大編，刑法總則講義，第86頁。
2. 趙政大編，刑法分則講義，第94頁。