

《刑法》

- 一、甲、乙相約夜間向丙家行竊，由甲進入丙家，乙在外把風。甲以為丙不在家，甲進入後被丙發現，雙方發生互毆。甲將丙打死後竊得丙之手機兩支，將其中一支交給乙時告知將丙殺害之事實。問甲、乙應如何論罪？（25 分）

命題意旨	竊盜故意變更為強盜故意、參與實行構成要件以外行為之共同正犯、共犯之逾越。
答題關鍵	本題為共同正犯的基本考題，然而爭點仍多，需仔細作答。
參考資料	《月旦法學雜誌》第 6 期，P.133。
高分閱讀	1.方律師《高點重點總整理系列—刑法總則》，P.2-175、P.2-320、P.2-330。 2.蔡律師《高點錦囊系列--刑法分則》，P.234、P.432。 3.方律師《刑法總則》，2-339~2-340。 4.方律師《刑法分則》，2-16~2-17。 5.《法觀人月刊》第 73 期，〈刑法之共犯理論（上）〉，P.4 以下。 6.《法觀人月刊》第 74 期，〈刑法之共犯理論（下）〉，P.4 以下。

【擬答】

一、甲之部分：

- (一)甲打死丙之行為，可能構成刑法第二百七十一條第一項之殺人既遂罪。

客觀上甲的行為造成乙死亡之結果，具有因果關係與客觀歸責，主觀上甲亦有殺人之未必故意（題意不清，若無殺人故意則應構成傷害致死罪）。然而於此需討論甲可否主張正當防衛而阻卻違法？正當防衛之要件，在客觀上需有現在不法之侵害以及防衛行為，主觀上需有防衛意思；而本題丙為防止甲入宅行竊得逞而毆打之行為，本即可主張正當防衛而阻卻其違法性（因甲入宅欲行竊之時，對丙而言已符合現在不法侵害之要件），是故，甲於出手毆打丙之時並未存有一現在不法之侵害，職是，甲並不得主張因防衛丙對其人身之侵害而阻卻違法。甲無其他阻卻違法事由，且有罪責，甲成立本罪。

- (二)甲可能構成刑法第三百三十條之加重強盜罪。

甲原本欲夜間侵入住宅行竊，竊盜尚為著手前基於殺人故意著手殺人並取走丙之財物，應認為甲對於財產犯罪部分已從竊盜意思轉換為強盜故意，而以殺人之行為作為強盜罪之強制行為，並已使丙不能抗拒，雖丙死後甲才建立財物之持有，但甲既在丙死亡前已著手強盜侵害丙之自由及財產利益，是否丙死後才建立持有並非重點，故甲應成立夜間侵入住宅之加重強盜罪。財產犯罪並非以財物之個數計算罪數，故甲雖強盜二支手機，仍僅構成一個強盜罪。

- (三)甲可能構成刑法第三百三十二條第一項之強盜殺人罪

強盜殺人罪之結合犯，不論強盜及殺人行為之先後或同時為之（部分重疊）依通說及實務見解均應論以強盜罪之結合犯，對於結合犯之故意，學說及實務雖有爭議，但於本題並非爭點，故甲應成立強盜殺人之結合犯。

- (四)結論（競合）

強盜殺人罪與加重強盜罪及殺人罪，係同一行為且具有法益保護之同一性，為法條競合關係（特別關係）應論以強盜殺人罪。

二、乙之部分：

- (一)乙在丙家外把風之行為，構成刑法第三百二十一條第一項第一款加重竊盜罪之共同正犯。

甲構成強盜殺人罪已如前述。然甲之夜間侵入住宅強盜行為亦同時符合夜間侵入住宅竊盜之要件，只不過對甲而言係屬於法條競合關係。然對乙而言，客觀上，乙雖僅在丙家外把風，不足以單獨實現竊盜罪之構成要件，然而卻對實現竊盜之構成要件行為有助益，學說上有稱此類為「參與實行構成要件以外行為」。由於上述把風行為乃基於甲乙事前共同之角色分配與行為分擔而來，依犯罪支配理論，其對於竊盜之實行具有不可或缺之支配性的地位；而於主觀上，甲乙兩人亦有認識到彼此竊盜行為之謀議與計畫，並有意欲使其發生，具有共同行為之決意。參前所述，乙雖僅在場把風，但仍應成立加重竊盜罪之共同正犯。

- (二)乙在丙家外把風之行為，可能構成強盜殺人罪之共同正犯？

本題乙是否成立強盜殺人罪之共同正犯，端視甲乙共同決意犯罪之範圍是否有包括強盜殺人之行為。共同正犯對其他共同正犯所實施之行為所負之責任範圍，以就該行為有共同行為決意為其界限，故若部分行為人所實施之行為超越原有之犯罪決意，而為其他行為人所不認識者，其他行為人僅需就其認識之程度負擔刑責。就逾越之部分無庸負責。學說稱此為「共犯之逾越」。依題意，甲乙當初相約行竊，並未約明強盜及殺害他人，同時，從甲事前以為丙不在家，而於得手後始向乙告知丙死亡之結果等語，可以認定乙於共同行為決意形成之時並未認識到將有強盜及死亡結果發生之情事，故乙欠缺強盜殺人之故意。是乙不成立本罪。

二、刑法上業務過失致人於死罪，所稱之「業務」意義為何？（9 分）

下列之情形，是否成立業務過失致人於死罪？理由何在？

- (一)甲以養豬為業，從事豬隻之生產、養殖、管理、出售工作，但平日並不經常駕駛貨車載運豬隻或養豬所需之飼料。某日甲欲往豬舍養豬，單純駕駛小貨車以為代步之工具，因過失致人於死。(8分)
- (二)乙以駕車為業，為丙公司僱用之司機，平日駕駛公司之大貨車運送公司之貨物。某日乙駕駛該車載送丙公司人員(不載貨物)，因過失致人於死。(8分)

命題意旨	業務之意義以及附隨業務之認定
答題關鍵	判例時事題，考生需注意到第一小題與 89 年台上字第 8075 號判例(九十二年八月八日公告之最新判例)之基本事實「完全相同」，又再度印證了考前應留意最新實務見解之重要。
參考資料	89 年台上字第 8075 號判例。
高分閱讀	1.蔡律師《高點錦囊系列--刑法分則》，P.52。 2.蔡律師《高點錦囊系列--刑法總則》，P.333。 3.方律師《刑法總則》，2-116~2-118。

【擬答】

- 一、所謂業務，是指基於個人社會生活之地位而反覆同種類之行為為目的之社會活動。業務之要件有三：除需基於社會生活之地位，該行為尚須具有反覆繼續性以及危險事務性。所謂危險事務性指含有對生命身體危險，且達社會生活所重視之程度的事務。如司機以駕駛車輛為業，其駕車行為即屬業務上行為。從立法目的的觀點而言，業務上過失之所以要加重其刑責，無非是因行為人有所謂「高度之注意義務或期待可能性」，才有提高刑罰的正當性。
- 業務的範圍，按傳統學說與實務見解，包括主要業務及其附隨之準備工作、輔助事務在內，而後者統稱為「附隨業務」。此項附隨之事務，並非漫無限制，必須與其主要業務有直接、密切之關係者，始可包含在業務概念中，而認其屬業務之範圍。(90 台非 341 號)因此一般如駕駛自用小貨車載運物品到他處經營生意，駕車雖非主要業務，但其載運之行為卻與主要業務具有直接、密切之關係，亦屬「業務上行為」。另有少數說認為，上述關於執行業務而具有高度注意義務或期待可能性的推斷顯屬謬誤，同時擴張業務的範圍到達附隨業務亦違反罪刑法定原則，因此主張唯一合理的解釋是將業務的意義限縮在與「有契約關係之人」之過失，始成立業務過失罪。或者，應根本廢除業務致死罪。

- 二、
- (一)依前述，刑法上所謂業務，係指個人基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，此項附隨之事務，並非漫無限制，必須與其主要業務有直接、密切之關係者，始可包含在業務概念中，而認其屬業務之範圍。本題甲以養豬為業，其主要業務係從事豬隻之生產、養殖、管理、出售等工作，而甲平日並非經常駕駛小貨車載運豬隻或養豬所需之飼料，以執行與其養豬業務有直接、密切關係之準備工作或輔助行為，僅因欲往豬舍養豬，單純以小貨車做為其來往豬舍之交通工具，自不能認為駕駛小貨車係甲之附隨業務。而實務上亦認為此情形不屬附隨業務，自不成立業務過失致死罪(89 年台上字第 8075 號判例參照)。
- (二)本題乙以駕駛大貨車載物為其業務，有疑惑在於乙駕駛該大貨車載送丙公司人員，是否符合業務過失之「業務」概念，業務依通說及實務見解乃以該反覆執行之事務性質為斷。單純以駕車之行為觀察，駕車載物或駕車載客之行為，對於道路上安全駕駛之高度注意義務及期待可能性並無二致，且乙亦為「職務中」所做之駕車行為，依實務見解及立法目的，自無須討論乙駕車載客之行為是否符合平時工作之主要範圍，因此乙應成立業務過失致死罪。
- 學說上另有認為，業務過失致死罪應限於具有契約關係之人(例如司機與乘客、保姆與小孩)，是本題死者為乙所載運之乘客，則應成立業務過失致死罪。若為路人則僅成立一般過失致死罪。

- 三、漁船船東某甲雇用某乙，最近一年內有三次分別以十二萬元的代價從台灣載運因為犯罪而被通緝的人犯丙、丁、戊偷渡到廣東沿岸一帶。最近一次則是從對岸載運多名女子偷渡到台灣上岸。接近岸邊約五百公尺處遇海岸巡防署快艇查緝，漁船匆促掉頭，為求脫逃，甲乙二人不管偷渡女子是否會游泳，緊急把船上女子全部推落海中。雖經海岸巡防署快艇搶救起七人，仍有三人不幸溺死。問：甲乙二人刑法上之刑事責任如何？又，案件判決時並未發現甲乙先前載運丙、丁、戊偷渡之事實：所以僅就推人落海的事實部分為審判，及至裁判後檢察官就載運丙、丁、戊脫逃的部分另行偵查起訴，法院就甲乙二人刑法上之刑事責任應如何論處？(25分)

命題意旨	出題意旨在於藉時事題測試考生對於藏匿人犯罪、殺人罪等刑法分則部分，以及想像競合、連續犯、數罪併罰等競合論部分之熟悉程度。
答題關鍵	應掌握之基本重點有： 1.藏匿人犯罪。 2.殺人罪。 3.競合論。
高分閱讀	1.蔡律師，《高點錦囊系列--刑法分則》，P.13、P.813。 2.方律師，《高點重點總整理系列—刑法總則》P.2-320。 3.方律師，《刑法分則》，4-136 頁。 4.方律師，《刑法總則》，3-75、3-76、3-93、3-105、106 頁。 5.《法觀人月刊》，第 63 期，P.51。

【擬答】

(一)

1. 甲僱用乙，於一年內三次分別從台灣載運犯罪之通緝犯丙、丁、戊偷渡到廣東沿岸一帶，可能成立三個刑法第一六四條第一項後段「使犯人隱蔽罪」之共同正犯：

刑法第一六四條之犯人係指觸犯「刑罰法規」之人，且不以真正犯罪人為限，包括犯罪嫌疑人（二十四年決議），本題丙丁戊因犯罪遭通緝自屬刑法第一六四條之犯人，又甲、乙用漁船載運丙、丁、戊偷渡至大陸，客觀上係使丙丁戊逃避刑事追訴而不為司法機關所發覺之隱蔽行為，甲、乙二人基於共同之行為決意，各自分擔上述行為一部之實施，且皆無阻卻違法或責任之事由，故成立三個使犯人隱蔽罪。此三個使犯人隱蔽犯行，若非出於預定之犯罪計畫，則行為人並無概括犯意（整體故意），依通說之見解，應不構成連續犯，而應數罪併罰。

2. 甲、乙二人不管偷渡女子是否會游泳，把其全部推落海中之行為，可能成立三個刑法第二七一條第一項殺人既遂罪之共同正犯，以及七個刑法第二七一條第一項、第二項殺人未遂罪之共同正犯：

甲、乙不管偷渡女子是否會游泳，把其全部推落接近岸邊約五百公尺處之海中，應至少有殺人之未必故意，且以其主觀歷程作為背景，將偷渡女子推落海中應與殺人構成要件之實現具有密切之關連，故皆已有著手，而客觀上造成三人死亡、七人獲救，甲、乙之行為均符合殺人既遂及殺人未遂之構成要件。甲、乙二人基於共同之行為決意，各自分擔上述行為一部之實施，且皆無阻卻違法或責任之事由，故成立三個殺人既遂罪及七個殺人未遂罪之共同正犯。

值得注意的甲、乙所犯之三個殺人既遂罪及七個殺人未遂罪，係出於一行為或數行為，實務上曾認為共同正犯同時同地分別所為之行為應認為係一行為，故本題甲乙所成立之殺人既遂罪及殺人未遂罪應論以想像競合犯。另學說上有認為甲乙各自之自然行為並無同一或部分合致關係，難認為係同一行為，應認為係數行為，惟甲、乙係出於將偷渡女子全部推落海之殺人概括犯意，故應論以連續犯。不過關於連續犯之構成學說上亦有認為對於生命法益，應不適用，否則有違刑罰之衡平性，故甲、乙所成立之三個殺人既遂罪及七個殺人未遂罪應論以數罪併罰。

3. 結論：甲、乙所成立上開一、二之罪係數行為且侵害數法益，均應論以數罪併罰。

(二) 若推人落海的事實部分已判決，此時甲、乙所犯之使犯人隱蔽罪，已無從追加起訴（刑訴法第二百六十五條），檢察官仍應另行起訴，法院仍應另為判決（刑法第五十二條參照），惟原屬於數罪併罰之數罪應異時發覺而分別起訴分別判決確定，並非在同一審判程序審判，此時是否仍有數罪併罰定執行刑之適用？通說及實務認為，因數判決所確認之犯行，均為裁判確定前所犯，本有在同一刑事程序接受判決之可能性，而具有數罪併罰之關係，故法院應將二判決之「宣告刑」（非原判決之執行刑），依定執行刑之方法，並其應執行之刑（刑法第五十三條）而在程序上應由檢察官向法院聲請定執行行之裁定（刑訴法第四七七條參照）惟學說上有認為，前後兩部分並非在同一刑事訴訟程序中併案審判，非屬數罪併罰關係，故後一部分應另宣判罪刑，分別執行，而不必另定執行。管見認為數罪併罰之定執行刑為實體法上之刑罰決定問題，並不因程序上之全部起訴或分別起訴而有所不同，故應以通說及實務之見解較為可採。

附註：本題因題目內表明甲乙「刑法上」之刑事責任為何？故關於可能構成台灣地區與大陸地區關係條例、入出國及移民法及國家安全法之犯罪，不在擬答內說明。

四、丙出國前，將一張署名丙之十萬元匯票交給友人甲代為保管。由於甲欠友人乙二十萬元，乙因此遊說甲：「何不將該匯票金額改為五十萬元，等到從郵局提領出來後，二十萬元還給我，剩下的三十萬元就由你自己取得。」乙之勸說獲得甲之同意。甲為了能順利提領，便將所拾得之丁之身分證變造為丙之身分證，並偽刻丙之印章蓋於該匯票背面。當甲前往郵局提領，並將該匯票、該身分證交給承辦之職員時，當場被識破而遭逮捕。試問，甲、乙之行為應如何處斷？並說明理由。（25分）

答題關鍵	偽造變造之定義、侵占罪、詐欺罪之認定、行使與變造各罪之競合、教唆犯。
參考資料	1. 方律師，《刑法分則》，2-104~112、2-120、3-82~140。 2. 蔡律師，《刑法分則》，307~313、346~355。
高分閱讀	1. 《92 高點律師考場寶典》，第 12 題第二小題，相似度 30%！ 2. 蔡律師，《高點錦囊系列--刑法分則》，P.541、P.579、P.396、P.401。

【擬答】

(一) 甲的部分：

1. 甲更改匯票金額為五十萬元之行為，構成刑法第二百零一條第一項之變造有價證券罪。

刑法上所謂變造，係指無改作權人就一真正之文書進行內容上的改變。又所謂有價證券指表彰財產上權利之證書，就權利之發生、移轉或行使係以占有該證券為要件。

客觀上，匯票為有價證券之一種；就該真正之匯票，甲僅負有保管之責，而無改作之權限，今將匯票金額更改為五十萬元，該當於變造之要件。主觀上甲亦有變造之認知及意欲，且具行使意圖（以提領為目的），又本題並無任何阻卻違法及罪責之事由，故甲成立本罪。

2. 甲更改匯票金額為五十萬元之行為，構成刑法第三百三十五條之侵占既遂罪。

侵占罪之成立，客觀上需有侵占自己持有他人之物之行為，主觀尚須具備侵占之故意與不法所有之意圖。所謂侵占係指易持有為所有而以所有人自居之行為。換言之，通說及實務認為只要行為人將持有變更為所有之意思顯現於外，即成立犯罪。甲受丙所託而保管匯票，為持有他人之物固無疑問，但何時始產生易持有為所有之外觀，換言之，侵占罪

之行為時點應如何認定，即成為問題之爭點。固然於甲聽從乙勸說之時，甲即萌生「以所有人自居」而加以處分利用之意念，然而最快需等到甲動手更改匯票金額之時，始能認定其侵占之意思已顯現於外。而縱然甲嗣後提領時當場被識破而未能成功取得匯票金額，但一般認為行為人只要表現其變更持有為所有之意思，即可該當侵占之既遂，不以實際取得財物為必要。因此，甲更改金額之行為該當於侵占既遂罪之客觀構成要件。主觀上甲對於符合客觀構成要件之侵占事實具有認識及意欲而具備侵占故意。另所有意圖的對象，除物品本身之外，還包括物品背後所表彰之財產價值，因此不論甲是否對該票據本身具有持續性以所有人自居之心態，至少對於（該票據之價值表彰之債權）有以所有人自居之心態，而具備不法所有意圖之要件。甲成立本罪。

3. 甲將拾得之身分證供作他用之行為，構成刑法第三百三十七條之侵占遺失物罪。

本題身份證屬遺失物應無疑義。本題爭點在於本罪之成立是否需行為人取得該物時即有侵占遺失物之故意及不法所有意圖？抑或嗣後另行起意亦可成立本罪？通說認為，不論行為人之侵占遺失物故意起於何時皆可成立本罪。故甲成立本罪（依題所示通常應係拾得之時即有侵占之意）。

4. 甲將丁之身分證改為丙的行為，構成刑法第二百十二條變造特種文書罪。

客觀上甲欠缺身份證之改作權限，而變更一真正之身分證之內容，係屬變造。又按國民身份證之性質，依通說及實務之看法，認為屬證明其國民身份資格之其他證書，應為刑法第二一二條所規範之特種文書。甲變造他人身份證，足生公共信用之損害，而主觀上甲亦有故意，甲成立本罪。

5. 甲偽刻丙印章在匯票背面蓋用之行為，構成刑法第二百十七條之偽造印章印文罪。

6. 甲將偽刻丙之印章蓋於匯票背面之行為，構成刑法第二百一十條之偽造私文書罪。

偽造票據背書之行為實務上認為，係偽造有價證券（發票行為）以外之另一行為，應另成立偽造私文書罪（五九台上二五八八號判例）。學說上另有認為背書係屬附屬票據行為亦應成立偽造或變造有價證券罪。

7. 甲前往提領而出示匯票之行為，構成刑法第二百零一條第二項之行使變造有價證券罪及刑法第二百十六條之行使偽造私文書罪（背書部分）。

行使變造有價證券及行使偽造文書並不處罰未遂型態，因此成立行使之時點即需要釐清；通說認為行使行為只需置於他人可得認識之狀態即可成立。因此本題提示之時即遭相對人識破，仍構成行使。故甲應成立本罪。

8. 甲前往提領而出示變造身分證之行為，構成刑法第二百十六條之行使變造特種文書罪。

9. 甲前往提領之行為，構成刑法第三百三十九條第三項之詐欺未遂罪。

甲於出示匯票及身份證件之時，認知到自己在客觀上已傳達出與事實不符之資訊（一為冒充自己為獲得委託而取款之人，二為不實之票據債權之金額），且欲讓郵局作業人員陷於錯誤進而為財產之交付，該當於詐欺之故意及不法所有之意圖。客觀上甲已開始於詐術行為之實施，而已著手。甲成立本罪。

10. 結論（競合）：

(1) 變造有價證券與行使罪，通說認為係法條競合（吸收關係）或不罰後行為關係論以，變造有價證券罪。侵占匯票之侵占罪與變造有價證券罪係一行為侵害數法益，應論以想像競合，從變造有價證券之重罪處斷。

(2) 偽造印章印文罪、偽造私文書罪及行使罪，通說認為係法條競合（補充或吸收關係）或不罰前行為之關係，論以行使偽造私文書罪。

(3) 變造特種文書與行使罪，通說認為係法條競合（補充或吸收關係）或不罰前行為關係，論以行使變造特種文書罪。行使變造特種文書罪與侵占遺失物罪係二行為侵害數法益，且行使變造特種文書係侵占遺失物後另行起意而為，應論以數罪併罰。

(4) 變造有價證券罪（行使部分不另論罪）、行使偽造私文書罪及行使變造特種文書罪係一行為侵害數法益，為想像競合犯，應從變造有價證券之重罪處斷。

(5) 變造有價證券罪與詐欺未遂罪，學說上有認為係想像競合關係應從變造有價證券之重罪處斷。實務上則認為行使變造有價證券當然含有詐欺成分，故應不論詐欺罪（吸收關係）。管見認為以前說為當。

(6) 綜上所述甲應論以變造有價證券罪與侵占遺失物罪，數罪併罰。

(二) 乙之部分：

1. 乙遊說甲之行為，構成教唆變造有價證券罪及侵占罪（刑法第二九條、第二〇一條第一項及第三百三十五條第一項）。依從屬性理論，教唆犯之可罰，需繫於正犯之犯罪（或不法）行為。依前所述，甲變更匯票金額之行為構成變造有價證券之罪及侵占罪。而客觀上乙向甲遊說，引起甲變更匯票金額及侵占之犯意，該當於教唆變造有價證券及侵占之客觀要件。主觀上除對自己之遊說行為有認知之外，更充分認知到自己的行為將會造成正犯既遂之結果。乙成立本罪。另應值得一提的是侵占罪學說上認為係純正身分犯以「自己持有」為特別關係（刑法第三十一條第一項），雖乙並無此特別關係，但仍可構成教唆犯。

2. 乙遊說甲之行為，構成教唆詐欺未遂罪（刑法第二九條及第三三九條第三項）。

主觀上乙遊說甲向郵局冒兌票據之時，除明白自己之行為將引起他人之犯意以外，更認知到該行為將可能造成郵局被詐欺進而為財產交付之結果，因此乙具有教唆詐欺之故意。客觀上教唆人乙完成其教唆行為，同時被教唆人甲亦已著手於詐欺之構成要件行為，因此乙成立教唆詐欺未遂罪（刑法第二十九條第一項、第二項）。

3. 結論（競合）

乙所為之教唆變造有價證券罪、教唆侵占罪及教唆詐欺未遂罪，學說上認為係一行為侵害數法益應論以想像競合，從一重之教唆變造有價證券罪處斷。為實務上認為係法條競合關係（吸收關係），僅論以教唆變造有價證券罪。