

# 《刑法》

一、甲男乙女為夫妻，命其 12 歲之子丙於數十公尺外把風，乙女誘出甲之父(即丙之祖父)A，甲隨即從背後持磚塊重擊 A 頭部，欲致 A 於死地；A 受重擊昏厥後，甲卸下領帶企圖續將 A 勒斃，此時，乙突心生後悔，乃持磚塊將甲擊昏，並叫丙以手機呼叫救護車，將 A 送醫，但仍告不治。問：本案應如何論處？(25 分)

命題意旨	本題測驗同學對刑法總則多項基本概念之熟悉程度，包括行為數、身分犯、(準)中止未遂、正當防衛、正犯與共犯等。
答題關鍵	本題爭點集中在刑法總則，且均為常見之爭點，例如(準)中止優惠僅限於結果不發生時始有適用、正當防衛之要件、刑法第 31 條第 2 項不純正身分犯之運用、25 年上字第 2253 號判例所採「主觀客觀擇一標準說」對正犯與共犯之區辨方式等，蕭台大老師上課時均曾以重點提示、製作表格方式，再三提醒同學，在今年考場特刊中更有多處命中，相信熟悉課程內容的同學，必能順利獲得高分。
高分閱讀	<p><b>【命中率 100%】</b></p> <p>1.蕭台大，2010 年律司正規班刑法講義，第二回第 49-51 頁、第 106-112 頁；第三回第 4-7 頁。</p> <p>2.蕭台大，2010 年律司總複習班刑法講義，第 6-8 頁、第 19-20 頁、第 25-29 頁。</p> <p>3.蕭台大，《高點法觀人 2010 年律師司法官考場特刊—重要爭點 1：共同正犯、教唆犯與幫助犯》，4-1~4-2 頁。</p> <p>4.蕭台大，《高點法觀人 2010 年律師司法官考場特刊—重要爭點 4：普通未遂、不能未遂、中止未遂》，4-5 頁。</p> <p>5.蕭台大，《高點法觀人 2010 年律師司法官考場特刊—重要爭點 6：正當防衛與緊急避難之爭點整理》，4-7~4-8 頁。</p> <p>6.蕭台大，《破解刑法分則》，第 1-6~1-7 頁。</p>

## 【擬答】

### (一)甲之刑責：

- 1.甲持磚重擊並勒斃其父 A 之行為，可能成立殺直系血親尊親屬既遂罪(刑法第 272 條第 1 項)：  
客觀上，甲擊斃其父 A；主觀上，甲對此有預見。又無阻卻違法及罪責事由，甲成立本罪。此外，甲雖持磚擊 A 在前，又有勒斃 A 之動作在後，但依題意，此二作為係出於同一殺人決意之一行為，亦僅侵害一法益(A 之生命法益)，故僅論單純一罪為已足。  
再者，甲雖另有命丙把風之行為，原可能成立本罪之間接正犯或教唆犯，但其不法性已被甲之上述直接正犯犯行所涵蓋，無須另行論罪，併此敘明。

### (二)乙之刑責：

- 1.乙持磚擊昏甲之行為，可能成立普通傷害罪(刑法第 277 條第 1 項)：  
客觀上，乙擊昏甲；主觀上，乙對此有預見。惟於違法性部份，乙係為拯救正遭逢生命危險(現在不法侵害)之 A 而有此舉措，依一般人之理性標準，乙擊昏甲有助於挽救 A 之生命(適合性)、亦為當下所能選擇之最小侵害手段(必要性)，乙於主觀上亦有防衛 A 生命法益之意思，故乙得依刑法第 23 條規定成立正當防衛，而得阻卻違法，不成立本罪。
- 2.乙誘出 A 以利甲殺死 A 之行為，可能成立幫助殺直系血親尊親屬罪(刑法第 272 條第 1 項、第 30 條)：  
客觀上，乙誘出 A 以便利甲殺之。由於乙為 A 之兒媳，基此特殊身分關係，其誘出 A 之行為應非他人所得任意取代，而屬重要之幫助行為。且依題意，乙主觀上似非以自己犯罪之意思而誘出 A，而僅係以幫助甲犯罪之意思，而為此構成要件以外之誘出行為，依實務判例向來之「主觀客觀擇一標準說」見解(25 年上字第 2253 號判例)，乙僅成立幫助犯而非正犯。  
惟於客體部份，乙與 A 僅係直系姻親關係，則乙雖幫助甲殺 A，但依刑法第 31 條第 2 項規定與判例見解(27 年上字第 1338 號判例)，與 A 無特定關係之乙，僅能論以普通殺人罪之罪與刑，而不能論以加重之本



罪。

- 3.乙誘出 A 以利甲殺死 A 之行爲，成立幫助普通殺人罪(刑法第 272 條第 1 項、第 30 條、第 31 條第 2 項)：客觀上，乙有幫助甲殺 A 之誘出行爲；主觀上，乙於誘出 A 時，亦有幫助故意與幫助既遂故意。雖乙後來後悔，採取擊昏甲與叫救護車等中止犯行之手段，惟因 A 仍不治，甲之犯行已既遂，依刑法第 27 條第 2 項規定，乙自無中止或準中止優惠之適用。乙又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

此外，乙亦有命丙把風之行爲，原可能成立幫助殺直系血親尊親屬罪之間接正犯或教唆犯，惟不論爲何者，不具特定身分之乙，最終均至多僅成立幫助殺人罪，其不法性已爲上述乙之幫助行爲所涵蓋，故無須另行論罪，併此敘明。

(三)丙之刑責：

- 1.丙把風之行爲，可能成立殺直系血親尊親屬罪之幫助犯(刑法第 272 條第 1 項、第 30 條)

客觀上，丙有爲甲、乙殺 A 把風之行爲，而 A 爲丙之直系血親尊親屬；但於主觀上，年僅 12 歲之 A，是否瞭解甲、乙之殺人目的，而有幫助故意與幫助既遂故意，則令人懷疑。且縱令丙確有故意，且亦具違法性，其年齡依刑法第 18 條第 1 項之規定，亦屬不罰，故丙不成立本罪。

二、甲平素賴竊盜維生，多次因竊盜犯罪入監服刑。民國 95 年 1 月間甲服刑期滿出獄，本想重新開始，好好做人，但由於有刑案紀錄在身，再加上經濟不景氣，工作一直不穩定，經濟狀況窘困，於是決定重操舊業。甲於民國 95 年 6 月 20 日揹著大背包，內有老虎鉗、鐵線、T 型把手、螺絲起子、萬能鑰匙等作案工具，來到某個大賣場的停車場，尋找目標。甲在 30 分鐘內先後從 A 車中取走現金 1,230 元與高速公路回數票共 8 張，從 B 車中取走女用皮包，內有現金 3,000 元，從 C 車中取走汽車音響。1 週後中午時分，甲又揹著該大背包尋找竊盜目標，見某棟 5 樓公寓樓梯大門未關，便進入其內，甲直接走上 5 樓，按了 D 家的門鈴，確定無人在家，於是以萬能鑰匙開鎖入內行竊，取走男主人的勞力士金錶、筆記型電腦與女主人的珠寶首飾、LV 包包。10 天後，甲於深夜再度揹著該大背包來到某公立停車場，甲於 5 分鐘內從 E 車得手皮夾 1 個，內有現金 2,500 元及悠遊卡 1 張、信用卡 3 張；緊接著甲又破壞 F 車的車門正要行竊時，汽車警報器突然大響，引來附近巡邏的警察乙、丙，甲當場被逮獲。問甲之行爲應如何論處？(25 分)

命題意旨	本題集中測驗考生對於「行爲數」與「競合原理」在新舊法時代的不同運作方式，並旁及竊盜罪之各種加重態樣。
答題關鍵	加重竊盜罪的各種態樣是萬年考古題，民國 94 年 2 月 2 日修正、95 年 7 月 1 日施行的新刑法更是歷來國家考試重點所在，蕭台大老師授課時均完整說明，並精心整理「民國 94~99 年刑法歷來重大修正整理表」予同學，同學必已順利解題成功！
高分閱讀	<b>【命中率 100%】</b> 1.蕭台大，2010 年律司正規班刑法講義，第二回第 118-119 頁、第 122-127 頁；第三回第 65-72 頁。 2.蕭台大，2010 年律司總複習班刑法講義，第 30 頁《競合論》。 3.蕭台大，民國 94~99 年刑法歷來重大修正整理表，第 13-16 頁。 4.蕭台大，《破解刑法分則》，第 1-63~1-72 頁。

【擬答】

- (一)甲竊取 A、B、C 車中物品之行爲，可能成立加重竊盜罪(刑法第三二一條第一項第三款)：

客觀上，甲有攜帶老虎鉗等客觀上有危險性之兇器，竊取 A、B、C 車內財物之行爲；主觀上，甲有預見及不法所有意圖。又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

惟由於 A 車、B 車、C 車停於停車場，車門均係關閉，依社會生活之觀點，各車內之財物應個別具有獨立性，故甲分別竊取三車內之財物，應成立三個加重竊盜罪。

- (二)甲竊取 D 家物品之行爲，可能成立加重竊盜罪(刑法第三二一條第一項第一款)：

客觀上，甲進入 D 家竊取物品，其係於中午侵入住宅，不成立本條項第一款之夜間侵入加重事由；且甲係開鎖入內行竊，亦不合於第二款之毀越門扇加重事由；惟甲仍攜帶老虎鉗等兇器，成立第三款之加重事由。主觀上，甲有預見及不法所有意圖。又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

雖甲竊取 D 家男主人與女主人之多項物品，但因該等物品均在同一家宅內，依社會生活觀點僅有一個管領權，而不具個別獨立性，故甲之行爲僅成立一罪。



(三)甲進入 D 家之行爲，成立侵入住居罪（刑法第三〇六條第一項）。

(四)甲竊取 E 車中物品之行爲，可能成立加重竊盜罪（刑法第三二一條第一項第三款）。

如上所述，甲攜帶兇器竊取車中數樣物品，僅成立一個加重竊盜罪。惟需說明者：甲隨後雖遭警察捕獲，但因其自 E 車竊得之皮夾體積不大，於甲竊取時即已足破壞原本之持有支配關係、建立自己的新持有支配關係，亦即甲之竊盜行爲已完全既遂，之後雖遭捕獲，亦不影響其行爲既遂。

(五)甲破壞 F 車門欲行竊之行爲，可能成立加重竊盜未遂罪（刑法第三二一條第二項）：

客觀上，甲破壞車門，已對車內財物之財產法益造成直接危險，是爲著手，又因被捕而未能取得財物，故僅達未遂。而甲除有攜帶兇器之加重事由外，尙毀壞車門，亦成立第三二一條第一項第二款之「毀越門扇」加重要件。主觀上，甲有預見及不法所有意圖。又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

(六)競合：

由於刑法競合之規定曾於民國（下同）94 年 2 月 2 日修正，刪除牽連犯與連續犯，並於 95 年 7 月 1 日施行。本題甲之行爲橫跨新舊法，應依刑法第二條第一項之從舊從輕原則處斷。本題甲共有三個行爲決意：

1.95 年 6 月 20 日竊取 A、B、C 車：

甲竊取三車之時間緊接（30 分鐘內），堪認係出於同一行爲決意，侵害數法益而成立三個加重竊盜罪，應依行爲時刑法第五五條前段規定，論以想像競合，法定刑從一重處斷。

2.95 年 6 月 27 日竊取 D 家：

與上述行爲已間隔 7 天，應認爲另行起意而成立一個加重竊盜罪與一個侵入住居罪，惟甲係以侵入住居爲手段，以達成竊盜之目的，依行爲時刑法第五五條後段規定，應論以牽連犯，法定刑從一重處斷。

3.95 年 7 月 7 日竊取 E、F 車：

與上述行爲間隔 10 日，又係另行起意而成立一個加重竊盜罪與一個竊盜未遂罪，兩罪出於同一決意，應依修正後新刑法第五五條規定想像競合，法定刑從一重處斷。

上述三行爲間隔時間均長，且依題意，並非出於同一犯罪計畫內，實難認爲出於「概括犯意」。故即令於尙未刪除刑法第五十六條連續犯規定之舊法時代，實務判例亦向認本題情形不能成立連續犯，而應依刑法第五〇條之規定，數罪併罰之（70 年台上字第 6296 號判例）。

三、甲爲某大學戲劇系學生，為提出畢業作品而在學校演出殺人劇場，由自己扮演殺人犯的男主角，將臉上化妝成兇惡的面孔，並在身上沾滿番茄醬，外觀神似殺人犯。演出結束後，已經夜晚，因急著回家而並未卸妝。在返家的道路上，適巧碰到刑事偵查員 A，A 因追捕剛剛發生的殺人案件犯人而來到該道路，看見甲面貌凶惡，神色緊張，且身上沾滿血跡，認定甲係殺人嫌犯而欲加以逮捕。甲確信 A 係違法逮捕，乃出拳攻擊 A，A 受攻擊不支倒地，甲趁機逃離現場。甲回家後，心想不對，經過與共同生活的養父乙討論後，乙告訴甲：「此事恐怕有法律上的問題，應迅速找律師處理」，因此，甲、乙二人一起前往委任律師丙，準備往後的訴訟問題。丙交代甲起快處理掉化妝道具及沾有番茄醬的衣物等，甲、乙二人立即將所有相關物品燒燬。數日後，A 循線追捕而至，將甲逮捕，全案移送法辦。請問：甲、乙、丙之行爲應如何處斷？（25 分）

命題意旨	本題測驗同學對刑法總則中容許構成要件錯誤概念的理解、教唆犯從屬性的法律修正，以及刑法分則中湮滅刑事證據罪相關概念的熟悉程度。
答題關鍵	1.容許構成要件錯誤是萬年考古題，通說與實務對其法律效果有不同的見解，蕭台大老師上課時均詳加闡述，並且曾針對「誤認行爲係依法令」之情況講解多則考古題，相信同學都能順利答題。 2.湮滅刑事證據罪在本題的考點，包括「他人」的性質與「刑事被告案件」的解釋，且均有明確的實務見解爲據，蕭台大老師於授課講義及《破解刑法分則》書中均明確列出，幫助同學準確獲得高分。 3.本題明示乙爲甲的「養父」，此種提示行爲人身份資料的考題必有爭點，刑法第 167 條的檢討也是本題必不可少的得分關鍵。
高分閱讀	【命中率 100%】 1.蕭台大，2010 年律司正規班刑法講義，第二回第 16-17 頁、第 101-106 頁；第三回第 84-85 頁、第 98-99 頁。 2.蕭台大，2010 年律司總複習班刑法講義，第 14-16 頁。





- 3.蕭台大,《高點法觀人 2010 年律師司法官考場特刊—重要爭點 1: 共同正犯、教唆  
4.蕭台大,《破解刑法分則》,第 3-14~3-15 頁、第 3-29~3-30 頁。

### 【擬答】

#### (一)甲之刑責：

- 1.甲攻擊 A 之行爲，可能成立普通傷害罪(刑法第 277 條第 1 項)：  
客觀上，甲打傷 A，主觀上甲對此有預見。惟於違法性上，甲能否依刑法第 23 條主張正當防衛，則應以 A 逮捕甲之行爲，是否屬於「現在不法侵害」爲斷。  
按，A 欲逮捕甲，係因誤以爲甲係犯罪者，而得依刑事訴訟法相關規定逮捕之，故 A 係於主觀上誤信自己所爲乃刑法第 21 條「依法令之行爲」而得不罰，但客觀上甲並非犯罪者。此種主客觀不一致情形，即屬學理所稱之「容許構成要件錯誤」，關於其法律效果，實務上認爲應成立過失犯，則 A 之行爲應成立過失妨害行動自由未遂罪(不罰)；學者通說則採取「限制法律效果之罪責理論」，亦即認爲 A 雖具備構成要件故意，但僅具有過失罪責，故仍成立故意犯，但僅得論以過失犯之法定刑，若依此說，則 A 仍成立妨害行動自由未遂罪(刑法第 302 條第 3 項)。  
由於實務上對此種情況爲何成立過失犯，並無詳明之說理；且依題意，A 對構成要件事實有完足之認識與意欲，並非出於過失，而係具備故意，故應以學者通說見解爲當。因此，本題甲所面臨 A 之逮捕，仍屬面對現在不法之侵害，而得對 A 實施正當防衛；且因甲之行爲有助於保護自由法益(適合性)，亦爲當下所能採取之最小侵害手段(必要性)，故甲成立正當防衛而阻卻違法，不成立本罪。
- 2.甲攻擊 A 之行爲，可能成立妨害公務罪(刑法第 135 條第 1 項)：  
客觀上，A 之逮捕行爲乃出於誤認，A 仍成立妨害行動自由罪，已如上述，故 A 之行爲並非「依法」執行職務行爲；主觀上，甲確信 A 係違法逮捕而拒捕，亦未具備妨害合法公務執行之故意。故甲構成要件不該當，不成立本罪。
- 3.甲燒燬證物之行爲，可能成立湮滅刑事證據罪(刑法第 165 條)：  
本罪之成立，以行爲人湮滅「他人」刑事被告案件之證據爲要件，甲既係湮滅「自己」刑事案件之證據，自不能成立本罪。
- 4.綜上，甲無罪。

#### (二)乙之刑責：

- 1.乙將甲涉案之證物燒燬之行爲，可能成立湮滅刑事證據罪(刑法第 165 條)：  
客觀上，乙燒燬他人(甲)涉案之證物；主觀上，乙對此有預見。且乙亦無阻卻違法及罪責事由。惟乙行爲時甲尚未被移送法辦，該等證物是否仍屬「刑事被告案件」之證據，則有疑問。  
按依實務向來見解，所謂「刑事被告案件」，係指已「開始偵查」之案件而言(最高法院 24 年度總會決議(三六))。本題甲所涉入之案件，於乙燒燬證物時雖尚未經移送，但顯已由刑事偵查員 A 開始偵查，故該等證物應屬本罪所稱之「刑事被告案件」之證據。  
綜上，乙成立本罪。然因乙爲甲之養父，係甲之一親等法定血親，依刑法第 167 條之規定，爲圖利犯人甲而犯本罪，應減輕或免除其刑。

#### (三)丙之刑責：

- 1.丙交代甲處理掉證物之行爲，可能成立教唆湮滅刑事證據罪(刑法第 165 條、第 29 條)：  
客觀上，丙交代甲「處理掉」證物，亦即教唆甲湮滅證物；主觀上，丙亦有教唆故意與教唆既遂故意。且丙之行爲已違反律師法，於律師業務上亦難謂正當行爲，無阻卻違法事由。丙亦無阻卻罪責事由。  
惟於民國九十四年刑法第 29 條修正時，立法者於修正理由中，明白闡述教唆犯亦改採共犯「限制從屬性」之立場，認爲僅在正犯具備構成要件該當性、違法性(即具備不法)時，教唆犯始得成立。故丙教唆甲湮滅刑事證據，是否成立教唆犯，即應以正犯甲是否具備不法爲斷。  
按，甲之不成立湮滅證據罪，通說與實務見解咸認係基於「期待可能性」之考量，亦即該罪構成要件中之「他人」乃一罪責要素。惟，雖然「他人」之規定係基於罪責之考量而來，今立法者既已以構成要件之方式，將其明定於刑法中，則此種「罪責要素構成要件化」之立法方式，已使「他人」成爲犯罪之構成要件要素，甲因不具備「他人」要素而不成立湮滅證據罪，應屬構成要件不該當。  
綜上，丙所教唆之正犯甲既不具湮滅證據罪之構成要件該當性，基於共犯從屬性之原理，丙亦不能成立本罪。



四、A 擬開設廢棄物清理公司，並向某縣政府申請廢棄物清理許可證。但送出申請書後遲未獲准，乃託友人甲向承辦人員打聽，並託付 LV 皮包一只，轉交承辦人 B。惟甲雖曾在 A 面前吹噓與 B 有交情，但其實僅為泛泛之交，故遲未向 B 請託。不久申請案獲准，A 大喜，未再過問 LV 皮包一事，甲亦不提，佯裝已將該皮包轉交予 B，其實乃轉交給其知情之太太乙私用。豈料乙卻在高鐵車廂內因疏忽致皮包被旅客丙偷走，失竊當時皮包內並無任何值錢物品。請問：甲、乙、丙三人各應負何罪責？（25 分）

命題意旨	本題除測驗違背職務行賄罪、普通侵占罪、竊盜罪之保護法益與要件外，亦測驗許多同學經常疏忽之刑法第 31 條規定，應如何援引適用。
答題關鍵	1.就違背職務行賄罪部份，甲之行爲至多僅屬幫助，考生應先就「正犯 A 為何成立犯罪」實體說理，始能討論甲之行爲有無可能成立幫助犯。 2.侵占罪的部份測驗兩大概念：(1)侵占、詐欺與背信的法條競合關係；(2)無持有關係者如何成立本罪。無論前者或後者，實務見解均非常明確，蕭台大老師於平日授課時即多次特別強調，又於《破解刑法分則》以專欄叮嚀，同學與讀者必能輕鬆順利取分，也可從此看出實務判解在各項考試中具有巨大之重要性。 3.丙犯竊盜罪之部分雖然較為簡單，但亦非全無爭點，同學仍應就該罪保護法益為何詳加論述，且就丙於車廂內竊盜不成立加重竊盜之原因，實務判例亦有明確見解，亦應一併說明。
高分閱讀	<b>【命中率 100%】</b> 1.蕭台大，2010 年律司正規班刑法講義，第二回第 106-111 頁；第三回第 62-72 頁、第 87-88 頁；第四回第 77-79 頁。 2.蕭台大，2010 年律司總複習班刑法講義，第 26-28 頁。 3.蕭台大，《破解刑法分則》，第 1-60～1-71 頁、第 1-87～1-90 頁、第 3-6～3-7 頁。

#### 【擬答】

##### (一)甲之刑責：

- 1.甲接受 A 行賄託付之行爲，可能成立幫助違背職務行賄罪（刑法第一二二條第三項、第三〇條）：  
依題意，A 因其申請書遲未獲准，即欲以皮包行求賄賂 B，是 A 應係出於：「若 B 原欲不准申請案，則冀以皮包使 B 為違背職務之行爲」之間接故意，故 A 成立違背職務之行賄罪。惟甲雖接受 A 之轉交賄賂（皮包）之請託，但客觀上實無請託之幫助行賄行爲，主觀上亦無幫助 A 行賄之故意及幫助既遂故意，甲不成立本罪。
- 2.甲將皮包轉交乙之行爲，可能成立普通侵占罪（刑法第三三五條第一項）：  
客觀上，甲因 A 請託轉交而合法持有該皮包，但自甲將皮包轉交乙使用一事觀之，可知甲已將皮包據為己有，是易持有為所有之行爲；主觀上甲有預見，亦有不法所有意圖。甲又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。  
此外，甲佯稱已將皮包轉交 B，以便不歸還皮包而轉交乙，因而違背 A 之託付之行爲，尚可能成立詐欺取財罪（刑法第三三九條第一項）與背信罪（刑法第三四二條第一項）。惟依實務向來見解，行為人若成立侵占罪，即吸收詐欺罪與背信罪，亦即不可再論以詐欺罪與背信罪（院字第 1518 號解釋、27 年滬上字第 72 號判例），併此敘明。

##### (二)乙之刑責：

- 1.乙收受皮包之行爲，可能成立普通侵占罪之共同正犯（刑法第三三五條第一項、第三一條第一項、第二八條）：  
客觀上，乙雖未持有該皮包，卻與持有該皮包之甲，共同將皮包據為己有，依刑法第三一條第一項規定與實務見解，無特定持有關係之乙，既與有持有關係之甲共同實施侵占行爲，即得成立本罪之共同正犯（院字 2353 號解釋）；主觀上，乙既然知情，即具備故意與不法所有意圖。又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

##### (三)丙之刑責：

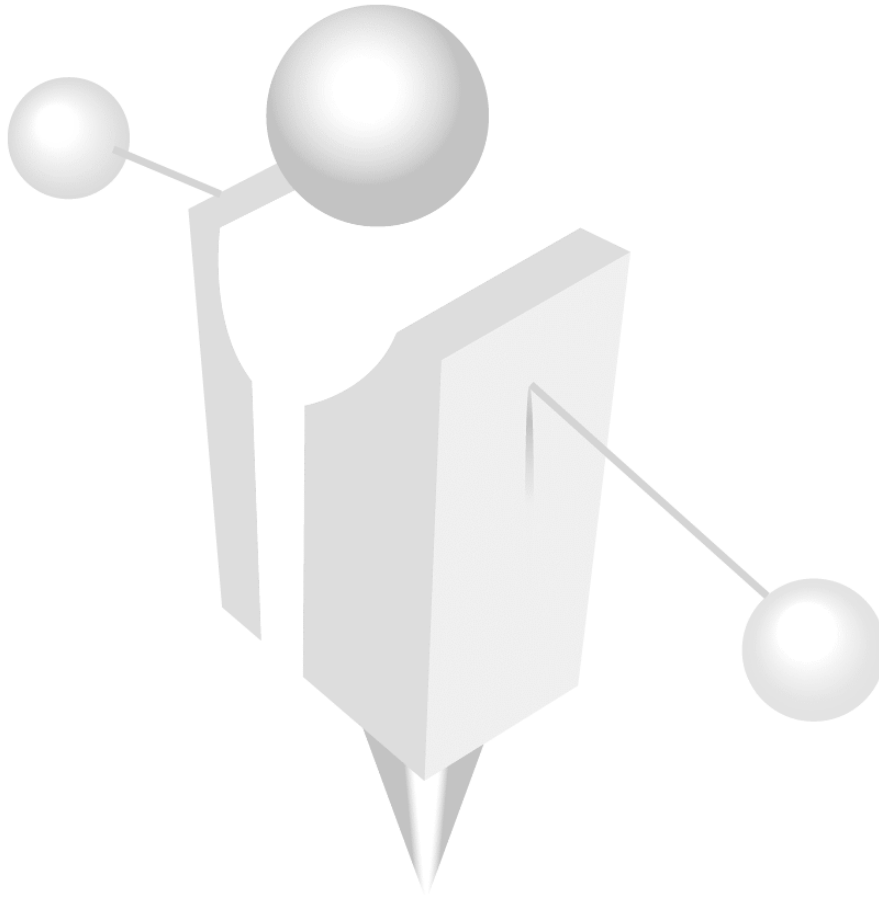
- 1.丙竊取皮包之行爲，可能成立普通竊盜罪（刑法第三二〇條第一項）：  
客觀上，丙竊取皮包；主觀上丙有預見及不法所有意圖。又無阻卻違法及罪責事由。惟該皮包實非乙所有，



且該皮包內並無任何值錢物品，丙之行爲是否仍構成本罪保護法益之侵害，尚有疑問。

按，通說與實務見解向認竊盜罪保護之法益，包括「所有」與「持有」在內（最高法院二十四年度總會決議（五五）），故乙雖未合法「所有」該皮包，但其「持有」利益確因丙之竊盜行爲而被侵害。又按，該皮包內雖無值錢物品，但皮包本身即具有表彰財物歸屬秩序之法益存焉，且 LV 皮包價值更是不斐，丙之行爲自屬侵害財產法益無疑。

此外，丙之竊取地點在高鐵「車廂」內，並非在第三二一條第一項第六款之「車站」犯之，判例認爲不能成立加重竊盜罪（18 年上字第 1384 號判例），併此敘明。綜上，丙成立本罪。



# 《刑法》

一、甲因厭煩同居人乙女的二歲兒子丙哭鬧，某日甲與朋友喝酒後返家想要上床休息，見丙哭鬧，一腳將丙踹下床，雖見丙的頭撞及床角出血不止，但見丙不再出聲，於是翻身倒頭就睡。乙女因怕打擾甲睡覺，將丙移至客廳沙發上。二小時後乙發現丙已臉色發黑，始急忙將丙送到醫院急救。醫生判定丙在到院前就死亡了，遂通知警方，甲告訴警察丙是自己從床上摔下來的，他喝醉睡著了根本不知道發生什麼事。請依刑法的相關規定分析甲、乙二人成立何罪。(25 分)

命題意旨	本題測驗對於主觀構成要件故意的說明與涵攝，以及不作為犯罪成立要件的熟悉度，算是平易近人的開門考題。
答題關鍵	甲的殺人罪部分，主觀構成要件可以依循先論證「直接故意」，再退萬步言論證「間接故意」的答題模式，會比較有層次感；另外在說明甲具備間接故意時，不需將全部的理論都列出來，建議可以斟酌提到「容認理論」與「漠然理論」即可；最後要注意罪責辨識能力的減輕。乙的殺人罪部分，必須先說明所討論的是「不作為」，再用不作為犯的犯罪審查流程加以檢驗，較重要的是「保證人地位」、「作為可能性」與「等價條款」。至於偽證罪部分，無須長篇大論，簡單回答即可。
高分閱讀	1.易台大，刑法上課講義，第一回，第 92 頁以下。 2.易台大，刑法上課講義，第八回，第 134 頁以下。 3.方律師，《刑法分則（第 10 版）》，第 4-132 頁以下，高點出版。

## 【擬答】

- (一)甲將丙踹下床後，雖見丙的頭撞及床角出血不止，卻翻身倒頭就睡之行爲，成立刑法（以下同）第 271 條第 1 項的故意殺人既遂罪。
- 客觀上，甲用腳踹擊丙使其頭撞到床角流血不止，該當本罪「殺」之構成要件行爲，丙則在送到醫院之前即已發生死亡之結果，行爲與結果之間不僅具備條件公式下的因果關係，該行爲更製造了於法所不容許的風險且常態地實現死亡結果，具有客觀可歸責性。是故，本罪客觀構成要件該當。
  - 主觀上，甲明知其行爲將會造成丙死亡之結果，卻仍有意爲之，**依第 13 條第 1 項之規定，具備直接故意**；退步言，縱使認爲甲並無積極致丙於死之意欲，依題意所示，甲見丙不再出聲便倒頭就睡，無論係採取「容認理論」或「漠然理論」，均肯認甲對於丙之死亡至少不違背其本意，因而有消極意欲存在，**依第 13 條第 2 項之規定，具備間接故意**。是故，本罪主觀構成要件該當。
  - 甲無阻卻違法事由；罪責部分，因甲行爲時係處於酒醉之狀態，其辨識行爲違法之能力應有顯著降低之情形，**依據第 19 條第 2 項，得減輕其刑**。
- (二)乙將丙移至客廳沙發上而未直接送醫之行爲，成立第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪的不作為犯。
- 乙僅將丙移至客廳沙發上而未直接送醫行爲，對丙而言乃未排除既存之死亡風險，故規範評價重點應在「未直接送醫」之行爲，是以本例應屬**不作為**。
  - 客觀上，乙與丙乃直系血親親屬，亦具有密切之生活關係，乙具有**保證人地位**無疑，依現場之情形，乙有送醫救治的作為可能性卻不爲法所期待之行爲，是以該不作為應與積極行爲受相同之評價。且不作為與死亡結果之間不僅具備條件公式下的假設因果關係，該不作為更未排除既存風險且常態地實現死亡結果，具有客觀可歸責性；主觀上，乙明知自己的保證人地位，亦知悉不作為將導致死亡結果之發生，卻仍然採取容認、漠然之態度，具備**間接故意**。是故，本罪構成要件該當。
  - 乙無阻卻違法與阻卻罪責之事由，成立故意殺人既遂罪的不作為犯。
- (三)甲告訴警察丙是自己從床上摔下來之行爲，不成立第 168 條的偽證罪。
- 本罪係證人、鑑定人或通譯於執行職務之公署審判時或檢察官偵查時，對於案件有重要關係之事項，供前或供後具結而爲虛偽陳述，始足以成立。依題所示，甲是於警方訊問時作出虛偽陳述，並不吻合「公署審





判時」或「檢察官偵查時」之要件；且甲亦無具結之動作，綜上所述，本罪客觀構成要件即不該當，甲不成立偽證罪。

(四)結論：甲成立故意殺人既遂罪，乙成立故意殺人既遂罪的不作為犯。

二、乙債務纏身向甲借錢，甲唆使乙至某風景區竊取小販之錢財，以解決債務問題。乙認為自己一人犯罪，沒有把握，遲遲沒有行動。幾日後，甲知悉乙仍然急需用錢，遂告知乙小販丙之錢財放置地方，並邀乙合作竊取其財物。丙人因此共同謀議犯罪細節，並議定在人多時由乙下手，甲進行把風。

行動當天，甲提早到達勘察狀況，看到丙努力工作的態度後，甲毅然決定放棄行為計畫。甲離開現場前告訴丙要小心保管財物，並以手機知會乙，其將放棄犯罪，不會到場幫乙把風。乙不理會甲臨時變故，仍決意一人進行竊取行為。乙依計畫取得丙放錢的鐵罐，打開卻空無一物，原來丙在甲告知要小心保管財物後，即將錢財放置他處。試問甲的行為應如何論處？（25分）

命題意旨	本題包含簡單與困難的考點，而且困難的考點隱藏的很漂亮，非常容易就被忽略。重點在於未遂教唆的可罰性、共謀共同正犯以及共同正犯脫離與共同正犯中止的分別適用時機。整體算是偏難卻會被考生誤認為簡單的考題。
答題關鍵	「未遂教唆」部分，最好提及修法前後的不同，只要提到現行法不罰即可快速作結。甲的竊盜未遂部分，先討論甲是否可以成立共同正犯，這裡是「共謀共同正犯」的問題，請務必提到「功能支配」此一關鍵字；若肯認甲為共謀共同正犯，就繼續討論甲有無「當好人」的機會，這裡可能的概念就是「共同正犯脫離」與「共同正犯中止」的討論，請注意兩者的適用範圍與時機，此為本題之精華。至於乙的部分，雖然題目是問甲成立何罪，但還是請由直接行為人乙開始解起，層次才不會顯得凌亂。
高分閱讀	1.易台大，刑法上課講義，第二回，第2頁以下、第11頁以下、第21頁以下。 2.易台大，刑法上課講義，第四回，第43頁以下、第71頁以下。 3.《月旦法教室第38期》，「共同正犯之脫離」，第120頁以下。

### 【擬答】

(一)甲唆使乙竊取小販之錢財，乙卻遲遲沒有行動之行為，不成立刑法（以下同）第320條竊盜罪之教唆犯。

1.2005年修正前之刑法第29條第3項本文規定：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。」學說上稱此為「未遂教唆」，指教唆行為人已著手於教唆行為，惟被教唆者卻尚未達到著手實行的行為階段，類型上可以再分為未至教唆、失敗教唆與無效教唆三種。然而新法施行後刪除第29條第3項，故未遂教唆之處罰現今已失依據。

2.本題中，甲客觀上已著手於教唆行為，惟乙卻尚未達到著手實行的行為階段，甲之行為屬於未遂教唆，依現行法乃不可罰。

(二)乙依計畫取得丙放錢鐵罐之行為，成立第320條第3項的普通竊盜未遂罪。

1.客觀上，丙臨時將錢財另置他處，使乙無法取得鐵罐內部之財物，竊盜罪之客觀構成要件不該當，故不成立既遂犯，退而討論未遂。

2.乙主觀上明知為他人之財物，卻仍然有意竊取，具本罪之故意；乙自知無法律上權利取得丙之財物，卻想要建立自己的持有，具備不法所有之意圖。客觀上，依據乙主觀的認知，再由客觀第三人觀察乙取得鐵罐持有之行為，都會認為該行為與竊取既遂具有密切關聯性，已屬著手，故構成要件該當。

3.乙無阻卻違法與阻卻罪責之事由，而本題雖然行為客體處於自始不能之狀態，惟乙對於犯行自始無法達成既遂並非出於「重大無知」，因此無法適用第26條之規定不罰，僅能依第25條規定成立普通竊盜未遂罪，並得按既遂犯之刑減輕之。

(三)甲與乙共同謀議犯罪細節之行為，不成立第320條第2項普通竊盜未遂罪的共同正犯。

1.雖然甲與乙所謀議犯罪之內容係由乙下手行竊，甲則負責把風，惟實際行動當日，甲毅然放棄犯罪計畫，並無任何實行行為之犯罪分擔存在，因此僅就該謀議行為予以討論。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓・02-23115586 (代表號)



- 2.通說與實務見解俱承認「**共謀共同正犯**」此概念，指多數行為人以共同犯罪之意思而共同謀議，由「參與謀議之部分行為人」進而著手於犯罪行為之實行，則其他僅參與謀議之人，仍得藉由他人之實行行為成立共同正犯，這些僅參與謀議之人，即稱之為共謀共同正犯（釋字第 109 號參照）。其理論基礎在於共謀者亦對於犯罪具有不可取代之功能支配，故必須依第 28 條成立共同正犯、共同對犯罪負責。惟依題意所示，**實際上犯罪之實行乃由乙單獨完成，甲所提供之謀議似乎未達不可取代之功能支配的程度，應可認甲無成立共謀共同正犯之餘地。**
- 3.退萬步言，縱認甲之謀議具有不可取代之功能支配，甲亦不成立本罪之共同正犯。詳言之，按「**共同正犯脫離**」之原理，共同正犯行為人中之一人，基於真摯之意思，切斷其與其他共同正犯心理與物理上之聯繫，則自共同正犯關係中脫離，僅針對脫離前之部分負刑事責任（94 年台上字第 3515 號決同此見解）。甲於「**著手實行犯罪之前**」，即毅然放棄犯罪計畫，並告訴丙小心保管財物且知會乙將不前去把風，可認是本於真摯之意思而切斷與乙間心理與物理上之聯繫，依共同正犯脫離之原理，甲不成立本罪之共同正犯。
- 4.附帶一提，本題並無第 27 條第 2 項「**共同正犯中止**」之適用，因為第 27 條適用前提係行為人成立未遂犯在先，換言之，行為人必須至少「**著手實行犯罪**」，然本題甲根本尚未達犯罪著手階段，故無中止未遂之適用。

三、甲乙沒有婚姻關係，同居數年。一日，甲出差提前返家，發現乙與鄰居男子丙衣衫不整臥躺在床。甲怒火大起，持棍棒追打乙丙。乙受到重擊，送醫後發現一顆腎臟破裂，必須摘除。丙雖然快速逃出，但不久即被甲尋獲，遭到毒打，遍體鱗傷；此外，還被強逼在菜市場下跪，向過往的人群磕頭奉菸。經過一小時，警方據報前來處理。問：甲成立何罪？（25 分）

命題意旨	本題要討論的罪名繁多，但大多都是集中在針對個人專屬法益的部分，因此算是可以明確掌握的考點。測驗考生對於每個犯罪成立要件的熟悉程度，以及各個要件所居階層、檢驗方式，心思不夠縝密的考生很容易會有所遺漏。
答題關鍵	甲侵害乙部分，要討論到「重傷」之定義；還有「當場激於義憤」之要件，若定位於罪責階層，就必須在罪責層次作討論；另外題示甲乙僅為同居人部分亦要考量進去。甲侵害丙的部分，同樣在罪責階層要討論「當場激於義憤」之要件；加重公然侮辱罪很容易被遺漏，請注意本罪帶有「公然」與「強暴」的情狀要件；最後是強制罪的部分，千萬記得要用「正面審查違法性」，不能援引阻卻違法事由。
高分閱讀	1.易台大，刑法上課講義，第二回，第 105 頁以下。 2.易台大，刑法上課講義，第六回，第 18 頁以下、第 46 頁以下、第 72 頁以下。 3.方律師，《刑法分則（第 10 版）》，第 1-12 頁以下，高點出版。 4.方律師，《刑法分則（第 10 版）》，第 1-84 頁以下，高點出版。

### 【擬答】

(一)甲持棍棒追打乙，致乙的腎臟破裂必須摘除之行為，成立刑法（以下同）第 279 條的義憤重傷罪。

- 依據第 10 條第 4 項關於重傷之定義，原則上以毀敗或嚴重減損各種感官機能方屬之，同項第 6 款另有「**重大不治或難治**」的概括規定用以含括感官機能以外之身體損傷。客觀上，甲的攻擊使乙的腎臟破裂而必須摘除，符合「重傷」之重大不治或難治之定義，行為與結果間具有條件關係下的因果關係，該行為更製造了法所不容許的風險且常態地實現重傷結果，具有客觀可歸責性。主觀上，甲亦知悉其行為將造成他人之重傷害卻仍有意為之，具本罪之故意，是故本罪構成要件該當。
- 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，惟甲係發現同居人乙和丙衣衫不整臥躺在床此一不義行為，「**當場激於義憤**」而重傷之，雖甲乙並無婚姻關係，然現今社會風氣較為開放，**同居數年而形成事實上夫妻關係亦在所多有，應不影響此要件之判斷。**綜上，甲成立義憤重傷罪。

(二)甲棍棒追打丙，致丙遍體鱗傷之行為，成立第 277 條第 1 項的普通傷害罪。

- 客觀上，甲用棍棒攻擊丙該當「傷害」行為，行為與結果間具有條件關係下的因果關係，該行為更製造了法所不容許的風險且常態地實現傷害結果，具有客觀可歸責性。主觀上，甲亦知悉其行為將造成他人之傷



害卻仍有意為之，具本罪之故意，是故本罪構成要件該當。

2. 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，惟是否該當「當場」之特別罪責要件則有待商榷。實務見解認為不以被害人尚未離去現場為限（33 年上字 1732 號決），故本例仍符合當場之意義；學說見解則認為本要件之性質必須兼合「時間」與「空間」兩者，不義行為與傷害行為必須在時空上緊密相連始可，本文從之。本例中丙已逃出甲宅，甲係出外尋獲始施加傷害行為，故無法該當「當場」之要件，甲成立普通傷害罪。

(三) 甲強迫丙在菜市場下跪之行爲，成立第 302 條第 1 項的私行拘禁罪。

1. 客觀上，甲強迫丙在菜市場下跪，已完全剝奪丙任意行動之自由，該當本罪「其他方法剝奪人之行動自由」要件；主觀上，甲對於其行為將造成丙行動自由之剝奪有所認識，卻仍有意為之，具備本罪之故意，是以本罪構成要件該當。
2. 甲剝奪丙之身體行動自由並無任何正當理由，符合本罪「私行」之要件，且亦無任何阻卻違法與阻卻罪責事由，甲成立私行拘禁罪。

(四) 甲強迫丙在菜市場下跪之行爲，成立第 309 條第 2 項的加重公然侮辱罪。

1. 客觀上，甲強迫丙在菜市場下跪之行爲，具有「對他人輕蔑」之意思內涵，足使丙在精神、心理上感受難堪與不快，侵害丙之感情名譽。且菜市場係不定多數人聚集之場所，其等均得以共見共聞，該當「公然」之情狀要件；甲並以「強暴」方式達成公然侮辱之行爲，該當本罪之加重情狀。主觀上，甲對於公然狀態以強暴方式侮辱丙有所認識，卻仍有意為之，具備本罪之故意，是以本罪構成要件該當。
2. 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立加重公然侮辱罪。

(五) 甲強迫丙向過往人群磕頭奉菸之行爲，成立第 304 條的強制罪。

1. 客觀上，甲強迫丙向過往人群磕頭奉菸之行爲，係施用暴力而強制他人，剝奪或妨害他人意思之形成、意思決定或意思活動之自由，且丙並無義務向過往人群磕頭奉菸，甲係以強暴方式使丙行無義務之事；主觀上，甲明知丙無磕頭奉菸之義務，卻仍有意強迫丙為之，具本罪之故意，是以本罪構成要件該當。
2. 違法性部分，由於強制罪係一開放式構成要件，故必須採取「正面審查違法性」之檢驗方式。甲行為之目的或許在於教訓丙、或許在於侮辱丙、或許在於洩憤，無論基於何種目的，其行為與目的之間顯然不符合比例性，仍然具有違法性。
3. 甲無阻卻罪責事由，成立強制罪。

(六) 競合：甲一行爲犯私行拘禁罪與加重公然侮辱罪，侵害身體自由法益與感情名譽法益，依第 55 條成立想像競合，從一重處斷；再與義憤重傷罪、普通傷害罪、強制罪依第 50 條成立實質競合，數罪併罰之。

四、甲男、乙男、丙女、丁女等四大學生為了賺取學費，向平日都會去光顧的夜店的老闆戊商量，希望能夠在店裡打工。四人並表明，他們可以提供有顏色的節目，藉以吸引顧客。老闆雖因最近生意實在不好，不想增加人事負擔，但又被四人的提議所打動，於是答應了四人的要求。

四人大為高興，歡樂了數天，完全忘了商量節目的事情。上班的第一天，四人在沒有任何準備的情形下，分別上場。首先是丁女表演了黃色笑話，結果場下一片噓聲。丙女看情勢不對，立即接手，在場上表演叫春，這倒是引起一片叫好。乙男趁勢上場表演脫衣舞，不料卻因滿身肥肉，在脫完上衣後，即被轟下臺。甲男是壓軸，看情勢不對，立即上場，並且在數秒內脫得精光，不料結果竟然是被酒瓶丟得滿頭包。試問甲乙丙丁戊觸犯何罪？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗對於刑法中猥褻犯罪之熟悉程度，以及公然猥褻中關於猥褻要件之認定與涵攝，很難有一套標準答案存在，因此必須靈活運用「目的解釋」以突破我國傳統通說解釋與法條文義之限制。
答題關鍵	此類題目建議大家先用申論的方式將上位概念予以釐清，釐清後再進入考題內容與行為分別論罪，因此先舉出刑法上關於猥褻之犯罪類型，並點出個別之不同；再抓出與本題較有關之公然猥褻罪與散布猥褻物品罪作比較。之後在討論公然猥褻罪時，最重要的當然就是猥褻要件之認定，由於按題意所示行為大膽程度係由丁至甲，因此答題時亦由丁至甲作層升式的討論，可能會較有層次感；最後甲的部分，也可以用層升式的作答法，先否定客觀構成要件該當性，退萬步言後，再否定主觀構成要件該當性，如此一來可以討論到公然猥褻罪的全部爭點。
高分閱讀	1. 易台大，刑法上課講義，第八回，第 82 頁以下。 2. 方律師，《刑法分則（第 10 版）》，第 3-162 頁以下，高點出版。



## 【擬答】

- (一)我國刑法中以「猥褻」為法定構成要件要素之條文主要有三類，其一為刑法（以下同）第 224 條的「**強制猥褻罪**」、其二是第 234 條的「**公然猥褻罪**」、其三係第 235 條的「**散布猥褻物品罪**」。其中散布猥褻物品罪之猥褻，係針對「**行為客體**」而言，相對而言，強制猥褻罪與公然猥褻罪之猥褻，則是針對「**行為**」而言，兩者有本質上的差異，無法混為一談。再者，強制猥褻罪之保護法益為「**個人性行為決定之自由**」，公然猥褻罪則是保護「**社會大眾免於猥褻行為干擾之自由**」，因此在要件解釋上，兩罪本於法益之不同而容有差異。
- (二)承上述，由於公然猥褻罪與散布猥褻物品罪，猥褻所針對要件之不同，其適用範圍與對猥褻之解釋也會有所不同：
- 1.適用範圍：
    - (1)公然猥褻罪適用於該猥褻「行為」造成社會大眾日常感官接收之干擾，換言之，該行為直接入侵社會大眾之交通生活，迫使一般人陷於羞恥與厭惡之窘境。
    - (2)散布猥褻物品罪則適用於該「物品」將有害青少年健全發展與社會大眾資訊接收之自由，並有可能使女性成為性言論之客體。是以，**表演脫衣舞應屬公然猥褻罪之討論範圍，與散布猥褻物品罪無涉。**
  - 2.對猥褻之解釋：
    - (1)公然猥褻罪之猥褻行為，包括一切違反性行為之隱密原則，以及一切足以挑逗他人之性慾、滿足自己之性慾或使一般人產生羞恥感或厭惡感的有傷風化之行為。
    - (2)散布猥褻物品罪之猥褻物品，依釋字第 407 號、617 號解釋分為兩類，內容含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值者，屬硬蕊猥褻物品；客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒者，屬軟蕊猥褻物品。
- (三)丁女表演黃色笑話之行為，不成立第 234 條第 1 項的公然猥褻罪。  
通說見解認為本罪之猥褻行為**限於「身體動作」**，並不包括猥褻「言語」在內，故丁女所表演之黃色笑話並非猥褻之身體動作，不成立本罪。
- (四)丙女表演叫春之行為，不成立第 234 條第 1 項的公然猥褻罪。  
同上所述，丙女所表演之叫春並非猥褻之身體動作，不成立本罪。
- (五)乙男表演脫除上衣之行為，不成立第 234 條第 1 項的公然猥褻罪。  
客觀上，乙男脫除上衣雖屬於身體動作，但仍必須判斷是否可以該當猥褻之定義。本罪既然規定於侵害社會法益的犯罪類型，就不得不考量社會大眾的觀感，依據現今較為開放之社會通念，男性脫除上衣之行為在所多有，**難以論斷會使旁人產生羞恥感或厭惡感**，應不該當猥褻之要件，乙男不成立本罪。
- (六)甲男數秒內脫得精光之行為，不成立第 234 條第 1 項的公然猥褻罪。
- 1.客觀上甲脫得精光，似乎足使旁人產生羞恥感或厭惡感，而得以該當猥褻之概念；然而回歸保護法益來思考，依現場情勢觀察，群眾丟擲酒瓶係因甲「賣相不佳」，而非甲「侵害社會大眾免於猥褻行為干擾之自由」，**因此並未使旁人產生因性道德感情受侵害而來的羞恥、厭惡感**，故不該當猥褻之要件，甲男不成立本罪。
  - 2.退萬步言，縱使認為甲男客觀上該當公然為猥褻行為之要件，主觀上，甲明知為猥褻行為卻仍有意為之，具本罪之故意，並具有供人觀覽之意圖，因而論斷本罪構成要件該當，易稍嫌速斷。學說上認為應用「**騷擾他人之意圖**」取代供人觀覽之意圖，始能精確掌握本罪之不法內涵，按此見解，甲男並未想要騷擾他人，因此主觀構成要件應不該當。
- (七)戊提供甲乙丙丁表演場所之行為，不成立第 234 條第 2 項的加重公然猥褻罪。  
甲、乙、丙、丁四人均不成立公然猥褻罪已如上所述，戊即不符合「意圖營利而犯前項之罪」之犯罪成立要件，因此不成立加重公然猥褻罪。





# 《刑法》

一、犯罪嫌疑人甲、乙因案被逮捕，並拘留在某警察分局拘留室內等待偵訊時，共同將看管的警察推倒，隨即逃出分局，後由在外接應之甲的堂弟丙駕車載著甲、乙逃逸，該分局警察也立即追捕。因途中警察設下路障攔停，甲、乙、丙三人不得不棄車逃逸。結果，乙雖被捕獲，然甲、丙二人逃逸無蹤。事實上，甲、丙二人逃至附近友人丁家，一起要求丁予以藏匿，丁礙於情面，乃將甲、丙二人留置在家中小閣樓裡。一星期後，經附近居民報案，甲、丙、丁三人終被逮捕歸案。試問甲、乙、丙、丁的行為應如何處斷？並詳附理由以對。(25 分)

答題關鍵	本題測驗脫逃、便利脫逃與藏匿人犯等妨礙國家司法權行使的構成要件，並旁及「己手犯為犯罪支配理論之例外」等刑總重要概念，只要精準解釋，並依據實務見解在競合時正確判讀各罪的保護法益，本題並不困難。
高分閱讀	1.蕭台大，刑法講義第二回，第 77~78 頁。(己手犯為犯罪支配理論之例外) 2.蕭台大，刑法講義第四回，第 87~89 頁。(便利脫逃罪之保護法益、28 年上字 1093 號判例) 3.蕭台大，刑法講義第四回，第 90 頁。(藏匿人犯罪之要件、24 年上字 4974 號判例) <b>*相似度 95%!</b>

## 【擬答】

### (一)甲之刑責：

- 1.甲推倒警察逃跑之行爲，可能成立強暴脫逃罪（刑法第一六一條第二項）：  
客觀上，被依法逮捕之甲，以有形力推倒警察而脫逃成功，主觀上甲對此亦有預見。又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。
- 2.甲藏匿在丁家中一週之行爲，可能成立藏匿人犯罪（刑法第一六四條第一項）：  
客觀上，甲雖藏匿自身（犯人）於丁家中，但通說與實務見解咸認，藏匿人犯罪之行爲主體不包括犯人自身，故犯人甲不論是自行隱避或教唆丁隱避自己，均不成立本罪（24 年上字 4974 號判例）。
- 3.結論：甲成立強暴脫逃罪（刑法第一六一條第二項）。

### (二)乙之刑責：

- 1.乙推倒警察逃跑之行爲，可能成立強暴脫逃未遂罪（刑法第一六一條第四項）：  
客觀上，被依法逮捕之乙，以有形力推倒警察逃跑，已實現與強暴脫逃罪之構成要件有密接關係之行爲，是爲著手；但最終並未成功逃脫公力之追捕，僅爲未遂；乙主觀上對此亦有預見。又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。
- 2.惟乙與甲共同實施本罪，乙本身雖僅達未遂程度，甲卻已經脫逃既遂，則乙是否應依共同正犯「一人既遂，全部既遂」之原理，亦認爲既遂，則不無疑問。學說與實務見解對此亦有爭論。
- 3.按，基於脫逃罪爲「己手犯」之屬性，應限於僅有親自實行犯罪構成要件之行爲人，始能成立本罪，而爲犯罪支配理論之例外情況。故本題中，乙之行爲程度僅達未遂，即應論以強暴脫逃未遂罪，此與實務見解之結論，亦屬相符（院解字第 2899 號解釋）。

### (三)丙之刑責：

- 1.丙駕車載甲脫逃之行爲，可能成立便利脫逃罪（刑法第一六二條第一項）：  
客觀上，丙駕車便利被依法逮捕之甲成功脫逃，主觀上丙對此亦有預見。又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。
- 2.丙駕車載乙脫逃之行爲，可能成立便利脫逃未遂罪（刑法第一六二條第四項）：  
客觀上，丙駕車便利被依法逮捕之乙脫逃，雖最後乙未因而脫逃成功，但丙已實現與便利脫逃罪之構成要件有密接關係之行爲，已達著手；主觀上丙對此亦有預見。又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

3. 丙藏匿在丁家一週之行爲，可能成立藏匿人犯罪（刑法第一六四條第一項）：

依題意，丙犯下便利脫逃罪之後，並非僅要求丁藏匿甲，而是亦要求藏匿自己。如前所述，藏匿人犯罪之行爲主體不包括犯人自身，故丙不論是自行隱避或教唆丁隱避自己，均不成立本罪。

4. 競合：

丙以一個駕車行爲便利甲、乙之脫逃，分別成立便利脫逃既遂、未遂罪，但由於侵害之法益同一，均爲公之拘禁力，故僅論以一個便利脫逃罪（刑法第一六二條第一項）。實務上見解亦同（28 年上字 1093 號判例）。

(四) 丁之刑責：

1. 丁將甲藏匿於閣樓上之行爲，可能成立藏匿人犯罪（刑法第一六四條第一項）：

客觀上，丁藏匿依法逮捕而脫逃之甲，丁主觀上對此亦有預見。又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

2. 丁將丙藏匿於閣樓上之行爲，可能成立藏匿人犯罪（刑法第一六四條第一項）：

客觀上，丙犯下便利脫逃罪，而丁予以藏匿，丁主觀上對此亦有預見。又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

3. 競合：

丁藏匿甲、丙之行爲出於同一行爲決意，成立兩個藏匿人犯罪，由於此二罪各自妨礙不同案件之國家司法權行使，應認爲侵犯數法益。故丁一行爲侵害數法益而成立數罪名，應依刑法第五十條之規定論以想像競合，從一重處斷。

二、張三於 2008 年 8 月 1 日在路上拾得李四遺失之已逾期駕駛執照，回家換貼自己照片，並更改有效日期。隔天張三身攜該駕駛執照，以李四之名與「快樂租車行」簽訂汽車租賃契約書，租車開往鵝鑾鼻度假。試問：張三實現多少刑法上的構成要件行爲？其行爲應如何處斷？(25 分)

答題關鍵	本題完整測驗了偽造文書罪的常見考點，同學應將平日學習到的要件解釋方式（如偽變造的區別、詐欺罪之定義、業務上登載不實之解釋、競合之方式），依照架構、有體系的敘述表達。特別重要的是把握時間，不重要的考點要以「一說、二略、三段論」的方式簡易帶過，即可獲取高分。
高分閱讀	1. 蕭台大，刑法講義第四回，第 24 頁（偽變造之區別，41 年台上字 96 號判例）。 2. 蕭台大，刑法講義第四回，第 28~29 頁（業務上文書登載不實之間接正犯，【精選實例】完全命中！） 3. 蕭台大，刑法講義第四回，第 29 頁（偽造文書，行使吸收偽造，最高法院 24 年度總會決議(四二)） * 命中率 100%。

### 【擬答】

(一) 張三將他人遺失之駕照據爲己有之行爲，成立侵占遺失物罪（刑法第三三七條）。

(二) 張三換貼自己照片、更改有效日期之行爲，可能成立偽造特種文書罪（刑法第二一二條）：

客觀上，駕照乃證明特定人有駕駛能力之特種文書，逾期之駕照則已不具有該文書原先欲表彰之價值。張三將已逾期無效之他人駕照，藉由換貼照片、變更日期等無權制作手段，使其成爲能供自己使用之「有效」駕照，是「從無到有」的偽造特種文書行爲（41 年台上字 96 號判例參照），足以生損害於公眾或他人。主觀上，張三對此亦有預見。又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

(三) 張三行使該駕照租車之行爲，成立行使偽造特種文書罪（刑法第二一六條）。

(四) 張三行使該駕照租車之行爲，可能成立詐欺取財罪（刑法第三三九條第一項）：

客觀上，張三以偽造之駕照租車，乃使用詐術使車行人員陷於錯誤，因而將車交付予張三；主觀上張三雖對此有所預見，但依題意，張三並未有欲將該車據爲己有之所有意圖，不成立本罪。

(五) 張三行使該駕照租車之行爲，可能成立詐欺得利罪（刑法第三三九條第二項）：

客觀上，張三雖行使偽造之駕照而使車行交付車，但只要張三依據契約付款、使用後交回車輛，車行即未受有財產上之損失，本罪保護之財產法益即未受侵害，故張三亦不成立本罪。

(六) 張三行使該駕照租車之行爲，可能成立業務上登載不實罪之間接正犯（刑法第二一五條）：

客觀上，張三持用偽造之駕照租車，依社會交易習慣，車行人員會將租車者之駕照資料登記於其業務文書上，張三對於駕照乃偽造一事具備優越認知，因而可意思支配該業務文書登載不實之犯罪結果發生，並足生損害於公眾或他人；主觀上張三對此亦有預見。

惟業務上登載不實罪，究竟有無間接正犯之類型，則有疑問。多數學說與實務見解認為，相對於「使公務員登載不實罪」之明文，在「業務文書」則未設有此種規定，應認為立法者係有意不處罰「使業務員登載不實」之行爲。基於立法意旨與罪刑法定原則，業務上登載不實罪應不得以間接正犯之方式構成。綜上，張三不成立本罪。

(七)張三以李四之名簽訂租賃契約之行爲，可能成立偽造私文書罪（刑法第二一〇條）：

客觀上，張三係無權冒用李四之名義，制作不真正之文書，足生損害於李四與車行，主觀上張三對此亦有預見。又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

(八)競合：

張三共該當侵占遺失物罪、偽造特種文書罪、行使偽造特種文書罪、偽造私文書等四罪之要件。其行爲雖有先後，但依題意，張三應出於同一行爲決意而爲之，屬一行爲。其中，實務見解認為行使偽造特種文書罪吸收偽造特種文書罪，僅論行使罪名行爲已足（最高法院 24 年度總會決議（四二））。故張三以一行爲侵害數法益（財產法益與公共信用法益），成立侵占遺失物罪、行使偽造特種文書罪、偽造私文書罪等數罪名，應依刑法第五十條想像競合之規定，從一重處斷。

三、甲以駕駛計程車為業。某日，甲見到醉意頗濃之乙在路旁攔車。起初，見乙已呈醉態，甲心有猶豫，但考慮到最近經濟不景氣載客率極低，最後仍決定載送乙返家，以賺取車資。乙的住家靠近高速公路交流道，因此，甲將計程車駛上高速公路，預計經由高速公路將乙載到交流道附近住處。當甲車行駛在高速公路上時，醉態中的乙突然發現手機遺失，執意要甲立即在高速公路迴轉返回原上車地點。甲先在高速公路合於規定之處暫停，並向乙表示，即使要迴轉，也要下交流道才行。勸說無效後，甲即將車子駛回快車道。由於乙不滿甲不依從自己的指示，兩人就在快速行進中的車裡激烈爭吵起來，乙甚至多次抓住甲車的方向盤試圖迴車。甲為避免車子失控發生事故與擺脫醉酒失去理智的乙，就在雨夜裡開門命令乙下車。乙下車後，甲隨即從交流道下高速公路，返家睡覺。未料，在滂沱大雨中下車的乙走不到一小段距離，就因重心不穩，面部朝下跌進高速公路旁的排水溝渠而死亡。乙的家屬極不諒解甲，指責甲棄乙不顧，又在乙下車後，不但沒有通報無線電台，也沒有通報警方。問：甲的刑事責任？（25 分）

答題關鍵	本題是殺人、遺棄等生命法益的典型考題，但加上不作為、阻卻違法、業務性等爭點後，要如何清楚答出每個考點，頗須費心。首先必須抓出正確的行爲概念，視其為作為或不作為，分別具體涵攝要件，根據題示情況實體說理，本題即可迎刃而解。
高分閱讀	1.蕭台大，刑法講義第三回，第 26~28 頁（有義務者遺棄罪之檢討三步驟）。 2.蕭台大，刑法講義第二回，第 68~69 頁（八大類型的保證人地位）。 3.蕭台大，刑法講義第二回，第 59~61 頁、第四回，第 8~10 頁（反覆講述「業務過失」之解題涵攝方式、75 年台上字 1685 號判例之重要性，並特別指出「計程車」等職業應注意檢討業務過失） *命中率 100%！

### 【擬答】

(一)甲命令乙下車之行爲，可能成立有義務者之遺棄罪（刑法第二九四條第一項）：

客觀上，酒醉失去理智的乙，加上雨夜的高速公路環境，已無維持生存所必要之能力，為無自救力之人（27 年上字 1765 號判例）。甲先前既答應載送而讓乙上車，則依兩人間旅客運送契約，甲有保護乙在運送期間生命安全之義務，孰料甲竟命乙在危險的環境中下車，此乃改變乙所處空間狀態之積極遺棄行爲，造成乙生命法益之危險。主觀上，甲對此亦有預見。

惟甲係為避免乙鬧事、導致車子失控發生事故，而命乙下車，甲可能主張「正當防衛」（刑法第二十三條）阻卻違法。按，甲命乙下車之行爲確可避免車子失控（適合性），而在當時情況下也確實為避免交通事故發生之最小侵害手段（必要性），依通說見解，甲可主張正當防衛阻卻違法，不成立本罪。

(二)甲不顧乙而離去之行爲，可能成立不作為故意殺人罪（刑法第二七一條第一項、第十五條）：

客觀上，甲既接受乙上車，即具備「事實上承擔」之保證人地位，甲有義務將乙平安送至目的地，但甲卻將乙留在雨夜中自行離去，未盡其保護義務，其不作為致乙發生死亡結果，客觀構成要件該當。



惟主觀上，甲僅希望盡快擺脫乙，對於其離去不顧行為，會造成乙死亡一事，既非明知並有意使其發生（第十三條第一項），亦非預見其發生而不違背本意（第十三條第二項），甲欠缺故意，不成立本罪。

(三)甲不顧乙而離去之行為，可能成立不作為業務過失致人於死罪（刑法第二七六條第二項、第十五條）：

客觀上，甲未盡保護義務的不作為，導致乙死亡結果發生；主觀上，甲對於乙的酒醉程度、周遭環境的危險性（雨夜、高速公路）均有認知，對於乙會發生死亡結果應有預見可能性，是有過失。惟甲之過失究為一般過失，或是業務過失，則有疑問。

按，甲身為計程車司機，開車載送旅客至目的地，乃其「基於社會生活地位，反覆實施之行為」，符合實務見解對於「業務」的一貫定義；實務判例並認為，「居於業務地位之駕車，不問其目的為何，均應認其係業務之範圍」（75 年台上字 1685 號判例）。故甲於載客過程中將乘客棄置之不顧的行為，已違背計程車司機業務上的注意義務，是業務上過失。

在違法性上，由於甲命乙下車後，已不再面臨乙可能抓住方向盤的不法侵害，甲即不得再以正當防衛或緊急避難為由，主張離去行為可阻卻違法；在責任上，甲雖與乙發生衝突而先命其下車，但法律對於甲以其他方式（如通報無線電台或警方）保護乙之生命法益仍有期待可能性，又無其他阻卻責任事由，甲成立本罪。

(四)結論：甲成立不作為業務過失致人於死罪。

四、甲意圖行竊，持萬能鑰匙開門進入乙屋內，搜尋 5 分鐘，未發現有什麼值得偷的貴重物品。雖然桌上有一台電腦，卻機型老舊而笨重，甲於是決定放棄偷竊乙家。甲轉而進入丙家，在丙屋內桌上看到一張某百貨公司週年慶致贈的名牌折疊式腳踏車兌換券，於是拿走兌換券即行離去，並前往百貨公司欲兌換腳踏車。不料甲未注意到，兌換券細字註明有兌換期限，並且該兌換券事實上已經過期失效，甲大失所望。請就侵害財產法益的範圍檢討，某甲刑事責任如何？(25 分)

答題關鍵	本題重點包括：刑法總則的中止未遂與障礙未遂之區辨、著手標準、竊盜罪的保護法益為何等等。由於本題的爭點較少，是希望同學能有較深入的推論，因此作答本題時應將學說實務的異同、推論的依據為何詳加說明，即可獲致高分！
高分閱讀	1.蕭台大，刑法講義第二回，第 45 頁。(中止犯之動機，【重點提示】完全命中！) 2.蕭台大，刑法講義第二回，第 39~40 頁(著手理論與判斷標準) 3.蕭台大，刑法講義第四回，第 55 頁。(竊盜罪之保護法益，【重要基礎概念】命中！) *命中率 100%。

#### 【擬答】

(一)甲進入乙屋行竊之行為，可能成立竊盜未遂罪（刑法第三二〇條第三項）：

客觀上，甲搜尋乙屋 5 分鐘，雖最後放棄下手行竊，但其物色欲竊財物之行為，實務上有判決認為已屬於構成要件有密接關係之行為，是為著手（84 年台上字 4341 號判決）；甲主觀上對此亦有預見，且有不法所有意圖，構成要件該當。又無阻卻違法與罪責事由，甲成立本罪。

關於著手之時點，學說上另有主張，應以行為人主觀上對於利益侵害之失控時點為斷，故竊盜罪之著手時點應在於行為人將財物取走時。若依此說，則甲之行為尚未達於著手，即不能成立本罪。

此外，甲看到老舊電腦而未下手竊取，是否成立刑法第二十七條之中止未遂，而應減輕或免除其刑，學說上有不同見解。

通說認為，只要行為人出於己意中止犯行，不論其動機如何，均成立中止未遂。故只要該電腦仍有經濟價值，而甲是出於己意放棄竊取，縱其動機是嫌電腦笨重，亦應成立中止未遂。另有學者認為，中止未遂的意義在於考量行為人危險性的降低，或刑事政策上的鼓勵放棄犯罪，本題中的甲僅是因犯罪已無意義而放棄犯罪，此時並不符合立法者給予中止優惠之目的，應僅能成立障礙未遂。

綜上，依通說及實務見解，甲成立本罪，且應依中止未遂之規定，減輕或免除其刑。

(二)甲進入丙屋行竊之行為，可能成立普通竊盜罪（刑法第三二〇條第一項）：

客觀上，甲竊走丙屋中的兌換券，主觀上甲對此亦有預見，且有不法所有意圖，又無阻卻違法與罪責事由。惟該兌換券事實上已無財物價值，甲是否仍侵害本罪所欲保護之財產法益，不無疑問。

通說認為，竊盜罪所保護者為「個別財產」，故即使行為人的竊取行為並未造成被害人整體財產上的實際損

害，亦應成立竊盜罪。少數學說則有認為，竊盜罪雖屬保護個別財產，但仍必須以實質上的利益損害為犯罪成立要件。

本題中，甲所竊走的兌換券，縱令對於被害人丙而言亦已毫無價值，如同廢紙一張，仍不失為丙持有支配之財物，而為竊盜罪所保護之客體。甲無正當權而破壞丙之持有支配、建立自己新的持有支配關係，即侵犯刑法對於丙持有該兌換券之保護。依通說見解，甲成立普通竊盜罪。

(三)競合：

甲竊盜乙屋與丙屋係分別起意，並侵犯不同的財產監督法益，係數行為侵害數法益而成立數罪名，應依刑法第五〇條之規定，數罪併罰。

# 《刑法》

一、甲與 A 因事結仇，擬買通黑道分子將 A 殺害。某日甲持款前往 B 宅洽談殺 A 之事，因 B 甫經管訓完畢，不想再惹事，當場拒絕。甲再轉往 C 宅請託，獲 C 首肯後，復交予手槍一把。某夜 C 持槍至 A 宅正擬翻牆入內時，適有巡邏警車經過，遂匆忙逃逸。惟甲仍未死心，復於某日暗中將 A 所駕汽車之煞車系統破壞，致 A 開車路經某產業道路時，因煞車失靈，翻覆稻田，身受重傷，經路人發現急電救護車載赴醫院急救。惟救護車於途中因閃避某違規機車，致撞及路旁電線桿翻覆，A 當場被壓斃。試問甲應負何刑責？(25 分)

命題意旨	主要在測驗同學對刑法總則的瞭解，跟刑法分則幾乎無關。
答題關鍵	此題考點分明，一為教唆未遂的修法，二為因果關係，由於題目並未清楚言名細節，故只要把爭議寫出，應可掌握。
高分閱讀	1.法觀人 119 期-司法三等考場特刊 題目 2：普通未遂與不能未遂之教唆犯(相似度 75%) 2.法觀人 120 期-律師考場特刊 P.37~38：教唆犯(相似度 60%) 3.高點重點整理系列-刑法總則(方律師) P.2-35~2-47：因果關係與結果規則(相似度 90%) P.2-346~2-356：教唆犯(相似度 70%) 4.經典試題系列-刑法總則(金律師) P.2-47~2-52：因果關係與結果規則(相似度 80%) P.2-346~2-356：教唆犯(相似度 70%)
參考資料	月旦法學教室第 48 期，預備罪之教唆犯或幫助犯(甘添貴)

## 【擬答】

甲應負之刑責如下：

(一)甲前往 B 宅洽談殺 A 之事，可能構成教唆殺人未遂罪（刑法第二七一條、第二十九條）：

- 1.教唆犯以有教唆之雙重故意並實施教唆行為為要件。惟，教唆人是否構成犯罪，是否因被教唆人實行犯罪的程度而有不同之判斷，於刑法修正前後有不同結論。
- 2.本題 B 已拒絕甲之請託，足見被教唆人並未實行犯罪行為。倘依九十四年二月二日施行前之舊刑法第二十九條第三項：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論」，縱然被教唆之未為犯罪行為，但甲仍應以未遂犯論。
- 3.惟，舊法就教唆犯之處罰明顯採取共犯獨立性說，側重行為人之惡性，而有違現代刑法以處罰犯罪行為之基本立場，從而新法改採共犯從屬性說（限制從屬性說），教唆犯之成立應以正犯行為存在為必要，且該正犯行為至少亦須已著手於實行行為，教唆犯始得附麗。
- 4.故，B 既拒絕甲之請託，未達殺人之著手，甲前往 B 宅洽談之教唆行為，亦無所附麗，故不構成犯罪。
- 5.另，關於故謀共同正犯之問題，因某甲此行為並未延續，故無此問題存在。
- 6.又，在修法廢除二十九條第三項之後，仍有是否成立預備罪之爭議，然此題 B 也未為任何預備行為，故此爭議亦不在討論範圍之內。

(二)甲轉往 C 宅請託，可能構成教唆殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項、第二十九條）：

- 1.被教唆人 C 持槍至 A 宅正擬翻牆入內，因有巡邏警車經過，最後匆忙逃逸，首先，因 C 之行為係於深夜進行，以致其翻牆入他人住宅之行為，恐已有對於他人生命法益之具體危險，故已達著手；其次，因有巡邏警車經過而使犯罪行為未遂一事，學說與實務皆認此種情況並非基於己意中止而為之，故仍屬障礙未遂，而未能依中止犯予以減免其刑。是故，C 構成殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項）。



2.甲為C之殺人行爲之教唆人，依共犯之限制從屬性說，得成立殺人未遂罪之教唆犯。附帶一提，其應適用何者之刑，依新法第二十九條之立法理由可知，應視被教唆人所實行之構成要件事實既、未遂爲斷。

(三)甲破壞A之汽車煞車系統之行爲，可能構成殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項）：

- 1.客觀上A之死亡結果，與甲之破壞行爲有條件關係。
- 2.是否具備客觀可歸責性：甲之行爲雖製造了法所不容許之風險，但風險是否實現於結果，則有疑義。甲雖使A駕車時煞車失靈，但A之死亡結果係由於救護車送醫途中之事故，導致A當場被壓斃，從而，學說上多數認爲此係反常之因果歷程，是故該結果不歸屬於甲之行爲。亦即，A死亡屬於日常生活所生之風險。
- 3.學說上雖另有見解認爲，倘若行爲人對於結果有所支配，即不應因反常的因果歷程而不予以歸責，惟此處認爲，就結果之歸屬上需視其行爲之危險是否具體落實結果之上，是故，從多數說，A之死亡結果不歸屬於甲之行爲，甲之行爲未遂。
- 4.客觀上殺人未遂之行爲，於本題亦同時構成重傷害既遂，而應論以故意殺人未遂亦或故意重傷既遂，則應視行爲人主觀而定。甲主觀上對於A死亡結果有認識與意欲，從而，應論以故意殺人未遂罪。

(四)競合：

甲觸犯教唆殺人未遂罪、殺人未遂罪，且非出於一行爲，數罪併罰之。

二、甲與乙係甫假釋出獄之受刑人，由於謀職不易，亟思偷竊。某日，甲、乙見某社區似為富豪之丙一家出國，且其管家時常外出不歸，遂於某夜晚侵入丙宅，搜尋有價值之財物。俟二人進屋後，果然看到財物，包括珍貴珠寶、名牌皮包、古董、名畫、保險金庫等，可謂嘆為觀止。然天色已晚，恐管家或警員巡邏，而耽心如下手行竊大宗寶物恐會被發現，只取走五件財物，就離開丙宅。由於甲、乙二人受丙家財物誘惑，離開丙宅前就決定，在翌日要再度進入丙宅行竊。在第二天的中午，二人又侵入丙宅，重點置於「保險金庫」，然由於有密碼鎖，雖二人努力嘗試破解，但沒有成功，且不慎觸動警鈴，二人乃逃離現場，但此次沒有拿到任何財物。不久，甲、乙二人因出售竊得之五件財物時，為警方逮獲。試問本案甲、乙之行爲，應如何論處其犯罪？（25分）

命題意旨	本題最主要之考點為甲乙先後為二次竊盜行爲，原則上應係成立數罪併罰，惟若參考94年刑法刪除第56條之修法理由，解釋上或有例外，考生應將此部分特別闡述，始能獲得高分。
答題關鍵	除了必須提及94年刑法刪除第56條之修法理由外，其餘考點皆屬次要，僅點到即可。如甲、乙第二次行竊是否著手？出售財物之行爲是否構成侵占罪？以及共同正犯與假釋之撤銷。
高分閱讀	1.法觀人119期-司法三等考場特刊 題目1：竊盜之罪數認定（相似度70%） 2.法觀人120期-律師考場特刊 P.39~40：竊盜之罪數認定（相似度60%） 3.高點重點整理系列-刑法總則（方律師） P.3-3~3-16：竊盜之罪數認定（相似度75%） 4.高點重點整理系列-刑法分則（方律師） P.2-9~2-43：竊盜之持有支配與競合（相似度85%） 5.高點經典試題系列-刑法分則（金律師） P.2-36~2-44：竊盜之持有支配與競合（相似度80%） 6.高點歷解系列-律師司法官歷屆試題詳解(刑法) P.90-3~90-4：竊盜之持有支配與競合（相似度80%）
參考資料	1.月旦法學教室第59期 連續關係與存廢（柯耀程） 2.月旦法學雜誌第136期 淺談牽連犯與連續犯廢除後之適用問題（范清銘）

【擬答】

## 一、甲之刑事責任

(一)甲夜晚侵入丙宅取走五件財物之行爲，成立刑法第 321 條第 1 項第 1 款之加重竊盜罪：

1.於夜間侵入住宅或有人居住之建築物、船艦，或隱匿其內而犯竊盜罪者，成立加重竊盜罪。本題中甲於某日夜間侵入丙宅，雖只取走五件財物，然已實現竊取他人動產之構成要件。而甲取走五件財物，因僅侵害一個屬於丙之財產監督關係，故僅成立一罪。甲主觀上之認知亦符合上述要件，主觀構成要件亦該當。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

3.附帶一提，雖實務上討論中止未遂時，有認為若依經驗法則，竊賊若行爲之初對竊取之物有甚大之期待，著手後發覺並無預期價值之物，可能成立中止未遂，惟本題甲因已成立既遂罪，故無討論中止未遂之餘地。此外，甲夜晚侵入丙宅，亦會構成刑法第 306 條之侵入住宅罪及第 320 條之竊盜罪，惟此二罪與前述加重竊盜罪應成立法條競合，不另論侵入住宅罪及竊盜罪。

(二)甲於某日中午侵入丙宅，成立刑法第 306 條之侵入住宅罪：

1.無故侵入他人住宅、建築物或附連圍繞之土地或船艦者，成立侵入住宅罪。本題中甲故意無正當理由侵入丙宅，主客觀皆該當。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(三)甲嘗試破解保險金庫密碼鎖之行爲，成立刑法第 320 條第二項之竊盜未遂罪：

1.意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，成立竊盜罪。本題中甲主觀上具有不法所有意圖與竊盜故意，惟客觀上因無法破解保險金庫密碼鎖，且不慎觸動警鈴而未既遂。惟其已嘗試破解保險金庫密碼鎖，爲接近並物色財物之行爲，故依據 82 年刑事庭第 2 次決議所採之見解，應認其已著手，故甲成立竊盜未遂罪。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(四)甲出售竊得之五件財物之行爲，不成立刑法第 335 條之侵占罪：

1.意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，成立侵占罪。而侵占罪之成立，是否包括行爲人因不法行爲取得持有之物，則有爭議。少數學說認為，爲避免處罰上之漏洞，應認為侵占罪之成立不以合法取得持有之物爲限，即便是不法行爲取得之物，亦有侵占罪之適用。惟實務與多數學者認為，「刑法上之侵占罪，以侵占自己持有他人之物爲前提。換言之，必行爲人基於法令、契約或法律行爲以外之適法行爲如無因管理，不當得利等原因而持有他人之物，於持有狀態繼續中，易持有爲所有之意思始可，故如行爲人初並未適法持有該他人之物，其之取得持有，係基於不法所有之原因，如竊盜、詐欺、強盜等，即應逕依各該罪論處，無論以侵占罪之餘地。」（參 84 年度台上字第 1875 號判決）。

2.管見贊同實務與多數學說見解，故甲出售竊得之五件財物之行爲，並不構成侵占罪。

(五)競合：甲成立加重竊盜罪、侵入住宅罪及竊盜未遂罪，由於侵入住宅罪與竊盜未遂罪係出於一個意思決定，爲一行爲，故成立想像競合，從一重之竊盜未遂罪處斷，再與加重竊盜罪數罪併罰。惟此種情形，於民國 94 年刑法修法將第 56 條連續犯之規定刪除前，可能成立連續犯，修法後適用數罪併罰之結果，對甲而言可能會造成刑罰過重而不合理之現象。關於此，第 56 條之修法理由第四點特別指出「至連續犯之規定廢除後，對於部分習慣犯，例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因適用數罪併罰而使刑罰過重產生不合理之現象一節，在實務運用上應可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎『接續犯』或『包括的一罪』之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題」。因此，本題由於甲於第一次行竊離開丙宅前即決定翌日要再侵入丙宅爲第二次行竊行爲，若依據修法理由第四點之意旨，未來實務上發展可能認為甲成立加重竊盜罪之接續犯，此見解值得參考。

(六)此外，依據刑法第 78 條第 1 項之規定：「假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後六月以內，撤銷其假釋。但假釋期滿逾三年者，不在此限。」由於甲係甫假釋出獄之受刑人，故其應於本案之判決確定後，若本案判決爲有期徒刑以上刑之宣告者，即應將其假釋撤銷。

## 二、乙之刑事責任

(一)二人以上共同實行犯罪之行爲者，皆爲正犯。學說上亦認為，若多數行爲人間有共同行爲決意及共同行爲實施者，成立共同正犯，依一部行爲全部責任之法理予以處罰。本題中乙與甲共同爲二次之行竊行爲，應認為其與甲有共同行爲決意及共同行爲實施，故與甲成立共同正犯。依據一部行爲全部責任之法理，乙亦成立加重竊盜罪、侵入住宅罪及竊盜未遂罪。

- (二)競合：侵入住宅罪與竊盜未遂罪係出於一個意思決定，為一行為，故成立想像競合，從一重之竊盜未遂罪處斷，再與加重竊盜罪數罪併罰。若採取 94 年刑法修法第 56 條之修法理由之意旨，未來實務上發展可能認為乙成立加重竊盜罪之接續犯。
- (三)由於乙亦係甫假釋出獄之受刑人，故其應於本案之判決確定後，若本案判決為有期徒刑以上刑之宣告者，即應將其假釋撤銷。

三、某甲欲大量偽造面額千元的新臺幣，於是委託某乙為其製造一批器械原料，以利日後偽造新臺幣之用。某乙依照某甲的要求，製造完成一批器械原料，然後交給某甲。後來，某甲利用該批器械原料，偽造完成面額千元的新臺幣五千張。試問某甲與某乙各成立何罪？(25 分)

命題意旨	此題主要是在刑法分則的瞭解，刑總的部分不多，僅需討論幫助疑義。
答題關鍵	只要能夠被熟條文，此題應不難解。
高分閱讀	重點整理系列-刑法分則（方律師） P.3-137~3-145：偽造貨幣及其實質預備犯（相似度 85%）

### 【擬答】

(一)某甲之行爲，可能構成刑法一九五條第一項偽造貨幣罪。

- 1.貨幣屬於文書之一種，但刑法對於貨幣有專章規定，故僅討論偽造貨幣罪。
- 2.某甲之行爲屬於有形偽造，需以有真實貨幣存在為前提，此題以言名屬於千元偽鈔，屬於我國貨幣種類，故某甲客觀上之行爲已構成有形偽造。
- 3.然，偽造貨幣除故意之外，需以「意圖供行使之用」為要件，若行為人無此意圖，則偽造貨幣之行爲難以構成法益侵害，此題並未言名某甲是否具有此意圖，依罪移惟輕原則，應不構成犯罪。
- 4.同理，客觀上此紙鈔亦需有行使之客觀可能，此題並未言名鈔票是否看似為真，但既未言名某甲意圖供行使之用之意圖，則難成立此罪。
- 5.故某甲無罪。
- 6.需注意，即使某甲具有意圖，某甲僅成立一罪。最高法院決議亦贊同此見解：同時偽造、變造多數貨幣，仍應認為一罪。

(二)某乙之交付行爲，可能夠成刑法一九九條預備偽造貨幣罪。

- 1.此罪為實質之預備犯，而某乙先製造後交付，製造應數不罰之前行爲，僅論交付行爲即可。
- 2.客觀上乙有交付器械原料，但主觀上此罪除故意之外，仍然要求意圖，即「意圖供偽造之用」。
- 3.此罪並無要求「供行使之用」，故和甲之討論不同，乙具有供偽造意圖已足，故某乙可能成立此罪。某甲不成立犯罪但某乙成罪之疑義，由於此罪為實質之預備犯，屬於獨立處罰規定，故不以某甲成罪為要件。
- 4.同理，若某甲成罪，則某乙是否該成立某甲偽造貨幣之幫助犯？有三說：一說為既有獨立處罰，則不應成立幫助犯，亦有認為兩罪（偽造貨幣之幫助及預備犯）為補充關係，應論以較重之幫助偽造貨幣罪，亦有認為若有具體之正犯存在，則已非預備行爲，應僅論以幫助偽造貨幣罪。
- 5.此題應題目未言名某甲是否具有供行使之意圖，若無則某甲無罪，亦無以上爭議，若某甲成罪，管見以為，既有獨立處罰規定，不應再行構成幫助偽造貨幣罪。

四、甲向來與 A 有嫌隙。某日，甲唆使乙殺 A 的同時，又告訴乙說：「A 身上總會戴著名貴手錶，你殺了 A 之後，可以一併拿走。」然而，乙並未全然依甲的意思，只將 A 打成重傷，就取走 A 的名貴手錶。之後，乙為了表達未達成甲委託殺 A 的歉意，而將該名貴手錶送給甲，甲也欣然收下。試問甲、乙的行為應如何處斷？並說明理由。(25 分)

命題意旨	本題綜合諸多傳統考點，包括強盜後侵占是否成罪、教唆重罪而實施輕罪、前財產犯罪之共犯是否成立贓物罪，難度並不高，該點到的部分都有點到，應可獲得不錯的分數。
答題關鍵	就前述三個考點，皆有其重要性，答題時應注意時間、篇幅應平均分配，皆充分討論到即可。



高分閱讀	1.高點重點整理系列-刑法總則（方律師） P.2-346～2-356：教唆犯之正犯決議（相似度 80%） 2.高點經典試題系列-刑法總則（金律師） P.2-510～2-516：教唆犯之正犯決議（相似度 75%） 3.高點歷解系列-律師司法官歷屆試題詳解(刑法) P.93-27～93-28：教唆犯之正犯決議（相似度 80%） 4.法觀人雜誌第 117 期 新刑法總則之理論基礎-正犯與共犯（相似度 70%）
------	--

## 【擬答】

## 一、乙之刑事責任：

(一)乙將 A 打成重傷之行爲，成立刑法第 278 條之重傷罪：

1.使人受重傷者，成立重傷罪。而重傷之定義，依據第 10 條第 4 項之規定：「稱重傷者，謂下列傷害：一、毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。二、毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。三、毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅能。四、毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。五、毀敗或嚴重減損生殖之機能。六、其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。」本題中乙將 A 打成重傷，客觀構成要件該當。又乙主觀上之認識符合上述要件，主觀構成要件亦該當。

2.乙無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)乙打傷 A 並取走 A 之名貴手錶，成立刑法第 328 條之強盜罪：

1.意圖為自己或第三人不法之所有，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付者，成立強盜罪。本題中乙將 A 打成重傷，係強暴行爲之施用，使 A 達無法抗拒之程度，而乙取走 A 之名貴手錶亦該當取他人之物之要件，故客觀構成要件該當。乙主觀上之認識符合上述要件，主觀構成要件亦該當。

2.乙無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(三)乙打傷 A 並取走 A 之名貴手錶，成立刑法第 332 條第 2 項第 4 款之強盜重傷罪結合犯：

1.犯強盜罪而使人受重傷者，成立強盜重傷罪結合犯。本題中乙同時構成強盜罪及重傷罪，且兩罪之實施復出於包括認識之情形下，該當本罪。

2.乙無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(四)乙將名貴手錶送給甲之行爲，不成立刑法第 335 條之侵占罪：

1.意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，成立侵占罪。而侵占罪之成立，是否包括行爲人因不法行爲取得持有之物，則有爭議。少數學說認爲，爲避免處罰上之漏洞，應認爲侵占罪之成立不以合法取得持有之物爲限，即便是不法行爲取得之物，亦有侵占罪之適用。惟實務與多數學者認爲，「刑法上之侵占罪，以侵占自己持有他人之物爲前提。換言之，必行爲人基於法令、契約或法律行爲以外之適法行爲如無因管理，不當得利等原因而持有他人之物，於持有狀態繼續中，易持有爲所有之意思始可，故如行爲人初並未適法持有該他人之物，其之取得持有，係基於不法所有之原因，如竊盜、詐欺、強盜等，即應逕依各該罪論處，無論以侵占罪之餘地。」(參 84 年度台上字第 1875 號判決)。

2.因此，採取實務與多數學說見解，乙將名貴手錶送給甲之行爲，並不構成侵占罪。

(五)競合：乙成立重傷罪、強盜罪及強盜重傷罪結合犯，三罪具有保護法益同一性，應成立法條競合，論以強盜重傷罪結合犯即可。

## 二、甲之刑事責任

(一)甲唆使乙殺 A 之行爲，成立刑法第 29 條及第 278 條之教唆重傷罪：

1.教唆他人使之實行犯罪行爲者，爲教唆犯。教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。刑法第 29 條第 1、2 項定有明文。惟本題中甲原先係教唆乙殺 A，而乙卻未全然依甲之意思，僅將 A 打成重傷，應如何處理，於民國 94 年刑法修正前，即有爭議。關於教唆者教唆重罪，被教唆者僅實施具有同質重合關係之輕罪，有認爲應成立重罪之未遂教唆(刑法第 29 條第 3 項)；亦有學者認爲，應成立輕罪之教唆既遂罪。惟刑法第 29 條第 3 項未遂教唆之規定已於 94 年刑法修正時刪除，故依現行法，應以後說爲當。亦即，本題中甲應成立教唆重傷罪。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)甲唆使乙殺害 A 並取走 A 之名貴手錶之行爲，成立刑法第 29 條及第 328 條之教唆強盜罪：

1.教唆犯及強盜罪之要件，皆已於前述及。本題中，甲唆使乙殺害 A 並取走 A 之名貴手錶，主觀構成要件該當。而客觀上雖乙僅以重傷之手段，取走 A 之名貴手錶，惟甲客觀上仍該當教唆強盜罪，主、客觀構成要件皆該當。本題中甲主觀上之認知與客觀上之事實並非一致，惟皆該當教唆強盜罪，並未有具有刑法上意義之錯誤，故仍該當教唆強盜罪。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(三)甲收受乙交付其之名貴手錶，成立刑法第 349 條第 1 項之收受贓物罪：

1.收受贓物者，成立贓物罪。又所謂贓物，爲不法行爲所取得之財物。惟若是前不法行爲之行爲人，是否皆爲適格之贓物罪之主體，學說及實務見解不一。實務見解認爲，前財產犯罪(不法行爲)之正犯及共犯，皆因後續處分、持有贓物而成立贓物罪。惟學說見解認爲，僅有前財產犯罪(不法行爲)之正犯，無後續成立贓物罪之可能，若係前財產犯罪(不法行爲)之共犯，仍得成立贓物罪。管見採學說見解。故本題中手錶既爲不法行爲取得之財務，且甲爲乙所構成之強盜罪之教唆犯，應仍有成立贓物罪之可能，其收受乙所交付之手錶，應成立收受贓物罪。而甲主觀上之認識符合上述要件，主觀構成要件亦該當。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(四)競合：甲成立教唆重傷罪、教唆強盜罪及收受贓物罪。教唆重傷罪及教唆強盜罪係出於一行爲，侵害不同法益，成立想像競合，從一重處斷。再與出於另一行爲之收受贓物罪數罪併罰。

# 《刑法》

一、某轟動社會重大案件開庭，媒體知悉關鍵人士即將出庭，於是擺好陣仗準備以緊迫盯人的方式強勢採訪。當該關鍵人士出現後，法院門前一片混亂，媒體記者、法警與抗議人士等推擠成一團。正當此際，法警甲發覺背後被金屬器物猛烈撞擊了一下，回頭一望，看到攝影師乙正拿著攝影機就在自己身後不斷往前擠壓，當下確認乙即是行兇者，於是轉身扭住乙的手腕。乙雖明知自己用攝影機撞擊前方法警，但認為自己並無惡意，再加上必須往前推擠不然將無法進行攝影，於是順手將攝影機在甲頭上橫擊過去。甲應聲倒地，而乙也順利往前繼續採訪。不料數日後法警甲因為顱內大量出血而死亡。試問：(25 分)

(一)攝影師乙以攝影機第一次撞擊法警甲背部之行為是否構成犯罪？

(二)法警甲扭住攝影師乙手腕的行為是否構成犯罪？

(三)攝影師乙用攝影機撞擊法警甲頭部致死，應該構成何罪？

命題意旨	本題旨在測驗同學對於依法令之行為、業務上正當行為、正當防衛等法定阻卻違法事由，以及加重結果犯之理解。另外，本題係以前一陣子的新聞時事為背景，結合刑法總則之阻卻違法事由以及加重結果犯的認定等重要問題加以考出，相當靈活又有深度，算不錯的題目。
答題關鍵	1. 攝影師乙以攝影機第一次撞擊法警甲背部之行為是否構成犯罪？答題關鍵，在於是否掌握妨害公務及傷害罪之構成要件。 2. 法警甲扭住攝影師乙手腕的行為是否構成犯罪？答題關鍵，在於甲得否主張正當防衛或現行犯之逮捕。 3. 攝影師乙用攝影機撞擊法警甲頭部致死，應該構成何罪？答題關鍵，在於是否掌握加重結果犯之要件。
高分閱讀	1. 《經典題型系列-刑法總則經典題型》(金律師)(51ML5004) P.2-52~2-67：構成要件故意(相似度 75%) P.2-124~2-146：正當防衛(相似度 75%) 2. 《經典題型系列-刑法分則經典題型》(金律師)(51ML5005) P.1-179~1-188：傷害致死罪(相似度 70%) 3. 《重點整理系列-刑法總則》(方律師)(51ML1012) P.2-47~2-53：犯罪之主觀構成要件(相似度 80%) P.2-151~2-167：正當防衛(相似度 75%) 4. 《重點整理系列-刑法分則》(方律師)(51ML1013) P.1-49~1-52：傷害罪之加重結果犯(相似度 70%)

## 【擬答】

(一)攝影師乙以攝影機第一次撞擊法警甲背部之行為，可能構成以下犯罪：

1. 乙以攝影機撞擊甲背部，可能成立妨害公務罪(刑§135 I)：

(1)不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫為要件。客觀上，法警甲乃刑法上之公務員，其於出庭人士出現後，在法院門前維持秩序，乃是依法執行職務之行為，此際，乙以攝影機第一次撞擊法警甲背部，乃是對於依法執行職務之公務員甲之身體，實施不法腕力的強暴行為，該當本罪之客觀構成要件。

惟主觀上，依題示，乙雖明知自己用攝影機撞擊到甲，但並自認對甲無惡意，可知，乙縱使明知甲正在執行公務，且能預見自己不斷往前推擠，其攝影機可能會撞擊到甲，但對於其攝影機果真撞擊到甲，應係違背其本意之事，是尚難認乙具有妨害公務之故意(註1)。

(2)小結：乙無妨害甲執行公務之故意，故不成立本罪。

2. 乙以攝影機撞擊甲背部，可能成立普通傷害罪(刑§277 I)：

(1)本罪之成立，係以傷害人之身體或健康為要件。客觀上，乙以攝影機撞擊甲之背部，乃是對於甲之身體，實施足以造成傷害結果之傷害行為，惟乙以攝影機撞擊甲的背部後，甲雖然感覺到自己的背部被金屬器物猛烈地撞擊一下，但甲的背部是否因此而發生身體機能的障礙結果，或者因此發生破壞其身體完整性的傷害結果，從題示中，尚難加以認定，如果甲之背部被乙撞擊後，因此發生瘀傷，挫傷等現象者，固可認甲已然發生傷害之結果，否則即難認甲有傷害之結果。至於甲被乙以攝影機撞擊後，是否發生傷害之結果，依題示，既無法明確加以認定，基於罪疑唯輕，或罪疑唯利被告之原則，應認為甲無發生傷害之結果，從而，乙撞擊甲之背部，既未使甲受傷，自未該當傷害罪之構成要件，又刑法亦無處罰傷害未遂之明文，即難以傷害罪繩之。

(2)小結：乙以攝影機撞擊甲的背部，不成立傷害罪。



3.乙以攝影機撞擊甲背部，可能成立過失致輕傷罪(刑§284 I 前)：

本罪之成立，係以因過失傷害人爲要件。由於乙以攝影機撞擊甲之背部，並未使甲發生傷害之結果，則縱使乙非故意撞擊乙，而僅係不小心地過失撞到，亦無由成立過失致輕傷罪。

4.結論：乙以攝影機撞擊甲的背部，不成立犯罪。

(二)法警甲扭住攝影師乙手腕的行爲，可能構成以下犯罪：

1.甲扭住乙手腕，可能成立剝奪他人行動自由未遂罪(刑§302 III)

(1)不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以著手於私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由之實行而不遂爲要件。甲扭住乙手腕，乃是對於乙之有體，施以直接之腕力之強暴手段，而企圖將乙個人的身體行動自由，置於自己實力支配掌握下的私行拘捕行爲；惟甲在扭住乙之手腕後，即遭乙以攝影機攻擊頭部而受傷倒地，顯見甲扭住乙之手腕後並未能將乙個人身動自由完全置於實力支配掌握之下，故僅屬妨害自由之未遂。主觀上，甲認識其扭住乙乃是私行拘捕乙，以剝奪乙之行動自由的行爲，仍決意爲之，故具妨害他人自由之故意，該當本罪之構成要件。

(2)違法性：

甲得對乙主張現行犯之逮捕，依刑法第 21 條第 1 項之規定，以阻卻違法。

按刑法第 21 條第 1 項規定，依法令之行爲不罰。復按刑事訴訟法第 88 條第 1 項規定，現行犯，不問任人得逕行逮捕。第 2 項規定，犯罪在實施中或實施後即時發覺者，爲現行犯。又是否爲現行犯，乃係從客觀事實上加以認定，與事後法院是否認定有罪無關。

本題中，乙自背後撞擊甲的背部，客觀上合於妨害公務，及傷害之行爲，且乙撞擊甲後，甲即時發覺，故乙可認妨害公務罪及傷害罪之現行犯，應無疑問。甲發現係乙撞擊其背部後，扭住乙的手腕，乃是以強制力，逮捕現行犯的行爲，並未過當。主觀上，甲亦有依刑訴法第 88 條規定，以逮捕現行犯乙的意思，故甲自得主張扭住乙乃是依法令之行爲，以阻卻其行爲之違法性。

甲得對乙主張正當防衛，依刑法第 23 條規定，以阻卻違法。

按刑法第 23 條規定，對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲，爲正當防衛行爲，得阻卻其行爲之違法性。客觀上，本題中，乙以攝影機撞擊甲的背部，乃是實施對於甲的身體造成侵害之行爲，而甲對於乙之侵害，法律上並無容忍之義務，且乙於撞擊甲的背部後，仍繼續向前推擠，則甲的身體，仍有再次被甲撞擊的可能，故可認係現在不法之侵害。

甲發現乙撞擊其背部後，立時扭住乙的手腕，乃是客觀上可以期待立即終止乙對甲的侵害，終局排除自己身體法益遭受乙繼續侵害之危險的防衛行爲，且未逾越必要性之限度，亦非防衛權之濫用；主觀上，甲具有防衛自己權利之意思，故得成立正當防衛以阻卻違法。

小結：甲扭住乙，得主張刑法第 21 條第 1 項之依法令行爲，以及第 23 條之正當防衛以阻卻違法，學理上謂之「阻卻違法事由之競合」，此際，甲只要任擇一項主張，即得以發生阻卻違法之效果。

(3)小結：綜上述，甲扭住乙，雖該當妨害他人行動自由未遂罪，但具法定阻卻違法事由，而無違法性，故不成立本罪。

2.甲扭住乙手腕，可能成立妨害他人行使權利未遂罪(刑§304 II)

本罪之成立，係以著手於以強暴、脅迫使人無義務之事或妨害人行使權利之實行而不遂爲要件。客觀上，甲扭住乙的手腕，乃是著手以強暴手段，實施足以妨害乙行使其採訪新聞之權利的行爲，惟甲扭住乙的手腕後，即遭乙反擊，未能發生妨害乙行使採訪新聞權利之效果，主觀上，甲有妨害乙採訪新聞之認知與決意，故具本罪之故意，而該當本罪之構成要件。惟同前所述，甲對乙得主張正當防衛或現行犯逮捕之依法令的行爲而阻卻違法，故亦不成立本罪。

3.結論：甲扭住乙的手腕，不成立犯罪。

(三)攝影師乙用攝影機撞擊法警甲頭部致死，可能構成以下犯罪：

1.乙用攝影機撞擊甲頭部致死，可能成立殺人罪(刑§271 I)

(1)不法構成要件該當性：

客觀上，若非乙用攝影機撞擊甲頭部，不會發生甲因爲顱內大量出血而死亡的結果，故乙用攝影機撞擊甲頭部，乃是甲死亡結果之發生，不可想像其不存在的條件。又乙用攝影機撞擊甲頭部，乃是製造甲生命法益可能遭致侵害之法所不容許的風險，且該風險亦在構成要件效力範圍之內實現，故乙用攝影機撞擊甲頭部致死，該當殺人罪之客觀構成要件。

惟主觀上，乙之所以順手將攝影機往甲頭上橫擊過去，認爲自己並無惡意，純爲積極向前推擠，以便進行攝影，縱使可能預見以攝影機撞及甲之頭部，足以導致甲發生死亡的結果，但乙主觀上應係認爲不致於發生乙死亡之結果，方始爲之，顯見甲之頭部被乙以攝影機撞擊而導致死亡的結果，誠然違反乙之本意，故難認乙具有殺害甲之故意。

(2)小結：乙無殺害甲之故意，故不成立殺人罪。

2.乙用攝影機撞擊甲頭部致死，可能成立傷害致死罪(刑§277 II)

(1)不法構成要件：

本罪之成立，係以犯傷害罪因而致人於死爲要件。又依刑法第 17 條規定，因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行爲人不能預見其發生時，不適用之。





客觀上，本題中，乙用攝影機撞擊甲頭部，致甲的頭部受傷，成立傷害既遂罪並無疑義。又從題示，甲頭部被乙攻擊後，數日後即因顱內大量出血，而發生死亡的結果，故有傷害結果以外之加重結果發生。且若非乙用攝影機撞擊甲頭部，即不會發生甲的死亡結果，故乙的傷害行為與甲的死亡結果，具有因果關係。

主觀上，乙用攝影機撞擊甲頭部，雖然沒有殺害乙的故意，但按一般人之經驗認知，乙用攝影機撞擊甲的頭部，應該能夠預見其行為足以導致甲發生死亡的結果，故乙對於甲之死亡，亦具有預見之可能性。故乙用攝影機撞擊甲頭部致甲死亡，該當本罪之構成要件。

(2)違法性：

**乙不能主張其撞擊甲致死，係業務上之正當行為：**

依刑法第 22 條規定，業務上之正當行為固能阻卻違法。但乙身為攝影記者，則積極攝取新聞畫面，固係其業務上之行為，為傷害他人身體，並非從事新聞攝影之必要手段，故乙用攝影機攻擊甲的頭部，以求掙脫甲，俾利進行採訪，並非業務上之正當行為，自不能據以阻卻違法。

**乙不能主張其撞擊甲致死，係正當防衛行為：**

按正當防衛之成立，必以客觀上存在現在不法之防衛情狀為前提，本題中，甲扭住乙的手腕，乃對乙實施正當防衛或現行犯逮捕之行為，性質上非屬不法之侵害，故乙不得對甲更行主張正當防衛。

小結：乙別無阻卻違法事由，故具違法性。

(3)結論：乙用攝影機撞擊甲頭部致甲死亡，該當傷害致死罪之構成要件，具違法性，又無阻卻罪責之事由，故成立本罪。

二、甲騎摩托車在慢車道右轉道接近十字路口時，號誌燈變換成紅色，甲即慢慢停下，忽然後方被撞一下，甲下車查看，並無異狀，停於後方的小轎車引擎蓋下方則似乎有掉漆，此時紅燈轉綠，甲隨即騎上機車右轉離去。後方小轎車並未跟隨右轉，只見駕駛乙將車熄火，下車嘔吐，路人丙見狀，將乙扶往 10 公尺前一家醫院，乙告訴醫師丁剛才煞車太猛，頭撞到車門，額角稍微紅腫。乙被丁測出吐氣所含酒精濃度為每公升 0.56 毫克，丁告知乙感冒不該喝酒，額角紅腫過幾天會退去，但並未告誡乙不得開車，乙打針後回到車上，開車離去，兩天後，甲接獲警察局約談通知，事由為駕車肇事逃逸，因為甲的車牌被路邊照相機照到。試附理由說明下列問題：(25 分)

(一)甲的行為是否會構成肇事逃逸罪？

(二)乙的行為是否構成犯罪？

(三)丁的行為是否構成犯罪？

命題意旨	本題旨在測驗同學對於刑法第 185 條之三、之四，危險駕駛罪及肇事逃逸罪構成要件之掌握，以及不純正不作為犯中保證人地位之認知。就今年的國家考試及法研所考試而言，已反覆出現 N+1 次，重要性由此可見。就本題而言，其實所考的都是該二罪的經典問題，用功的同學，應該都能掌握。
答題關鍵	1.甲的行為是否會構成肇事逃逸罪？關鍵問題有三：甲停車等紅燈，是否仍可認係駕駛動力交通工具？甲對於乙車撞甲車之交通事故的發生，沒有過失，是否可係所謂的「肇事者」？甲對於乙頭部受傷的事實沒有認識，是否可認仍具本罪之故意？ 2.乙的行為是否構成犯罪？關鍵問題有四：乙前的酒駕行為，是否達於「不能安全駕駛」之地步，可否僅以其呼氣中酒精濃度為每公升 0.56 毫克來加以認定？乙其呼氣中酒精濃度為每公升 0.56 毫克，是否可以認係欠缺責任能力或僅有限制責任能力？而依刑法第 19 條第 1、2 項，阻卻或減免刑責？若可，有無原因自由行為(刑§19Ⅲ)之適用？乙就醫後的駕車行為，是否仍可成立危險駕駛罪？乙就醫前後的酒駕行為，應評價為行為單數或行為複數？ 3.丁的行為是否構成犯罪？關鍵問題為：丁對於乙就醫後之酒駕行為，在法律上是否有防止之義務？
參考資料	1.《月旦法學雜誌》第 129 期：P.205～217：駕車肇事逃逸構成要件乃純粹處罰不服從的隱性不作為構成要件（鄭逸哲）
高分閱讀	1.《經典題型系列-刑法總則經典題型》（金律師）（51ML5004） P.2-384～2-400：不作為犯（相似度 80%） 2.《經典題型系列-刑法分則經典題型》（金律師）（51ML5005） P.3-47～3-83：危險駕駛罪與肇事逃逸罪（相似度 90%） 3.《重點整理系列-刑法總則》（方律師）（51ML1012） P.2-118～2-135：不作為犯之構成要件（相似度 85%） 4.《重點整理系列-刑法分則》（方律師）（51ML1013） P.3-29～3-40：危險駕駛罪與肇事逃逸罪（相似度 90%）



## 【擬答】

## (一)甲的行為不會構成肇事逃逸罪：

## 1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以**駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸**為要件。本罪之性質，為**純正身分犯**，必以行為人係「駕駛動力交通工具肇事」者，而有擅自肇事現場離去的逃逸行為，始足以構成本罪。

本題中，甲騎摩托車，於十字路口，因見誌燈變換成紅色而慢慢停下，由於並沒有熄火中止騎乘該車之意思，且其所騎乘之摩托車，仍處於隨時可以啟動行進之狀態，故甲縱停車等紅燈，仍係**駕駛動力交通工具**之行為；又依題示，甲停車等紅燈時，被乙車自後追撞，並導致乙頭部受傷，係屬**交通事故之發生**，且發生該交通事故後，甲發現乙車無恙，乙車則僅有引擎蓋下方似乎有掉漆的情況後，即自該事故現場離去，似可認係**逃逸**之行為，惟對於乙車撞及甲車之交通事故而言，甲停車等紅燈，固然是此一交通事故發生不可想像其不存的條件。

然甲停車等紅燈，乃是遵循交通規則所為之合義務性的舉動，並未製造法所不容許的風險，該交通事故之事故，依題示，乃因乙酒後駕車，無法安全煞停其車所肇致，客觀上，僅能歸責於乙，而不可歸責於甲停車等紅燈的行為。易言之，**甲對於乙車撞及甲車之交通事故，並無任何的故意或過失，則甲是否仍得該當本罪之「肇事」者的要件，學理上容有疑義：**

肯定說：認為行為人至少對於交通事故之發生，具有過失責任，始得成立本罪。若行為人對於交通事故之發生，欠缺客觀可歸責性者，即無由成立肇事逃逸罪。

否定說：凡駕駛各種動力交通工具而發生有致人死亡或傷害之交通事故，未停留在事故現場，反而逃逸者，即有本罪之適用；至於行為人之肇事有無過失行為是否成立過失犯，則非所問。

上開二說，**通說傾向採取否定說之見解（註2），實務見解，亦採取否定說之看法**，如最高法院 92 年度台上字第 4552 號判決：「刑法第一百八十五條之四之肇事致人死傷逃逸罪，則以處罰肇事後逃逸之駕駛人為目的，俾促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護，以減少死傷，是該罪之成立祇以行為人有駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸之事實為已足，至行為人之肇事有否過失，則非所問。（註3）」

對於肯定說之見解，有學者批評若行為人對於交通事故之發生欠缺過失，卻要求其不得逃逸，誠欠缺正當性（註4）。本文亦認為，乙說之見解，較為可採。蓋所謂「肇事」，不論從本罪之文義，或立法精神析論，應係指對於該交通事故的發生具有客觀可歸責者而言，亦即行為人對於交通事故的發生，除要有因果關係外，尚須具有客觀可歸責性，即**至少要有過失**，始得當之。據此，本題中，由於甲對於乙車撞及甲車之交通事故並無任何過失可言，故非本罪適格肇事者，自無由該當本罪。

再者，縱持肯定說之見解，肯認甲對於該交通事故之發生，雖無過失，但仍為本罪適格之肇事者，亦不當然即成立本罪。蓋若認甲係該交通事故之肇事者，並已因此導致他人（乙）頭部受傷之結果，但依題示，甲下車查看時，僅認識到乙車引擎蓋下方則似乎有掉漆，而未認識到乙有頭部受傷之事實，則可否認為甲是否具備本罪之故意，容有疑問，因學理上對於法文所稱「致人死傷」此一要件之性質，有不同之見解：

甲說：「致人死傷」乃本罪之**客觀構成要件要素**。對此，行為人須有認識，始能認其具備本罪之故意，倘行為人對於其駕駛動力交通工具肇事致人死傷，欠缺認識，縱有逃逸之行為，亦不成立本罪。（92 台上 5372 參照）

乙說：「致人死傷」，乃**客觀處罰條件**。對此，行為人主觀上縱無認識，亦得成立本罪（註5）。

上開二說，通說及實務見解，係採甲說之見解，即認為所謂「致人死傷」乃一客觀構成要件要素，若行為人對於肇事後致人死傷之結果欠缺認識，即無由成立肇事逃逸罪。據此，本題中，甲既未認識乙有頭部受傷之事實，自無本罪之故意，而無以該當本罪之構成要件。

## 2.小結：綜上述，甲之行為不會成立肇事逃逸罪。

## (二)乙的行為可能構成以下犯罪：

## 1.乙先前喝酒後開車之行為，可能成立危險駕駛罪(刑§185-3)：

## (1)不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以**服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛**為要件。客觀上，如題所示，乙駕車撞及甲之摩托車後受傷，被送至醫院後，經醫師丁檢測出乙吐氣所含酒精濃度為每公升 0.56 毫克，顯見乙駕車，乃係服用酒類而駕駛動力交通工具，並無疑義。惟可否逕以乙吐氣所含酒精濃度為每公升 0.56 毫克（註6），即認為乙之酒後駕車已達「不能安全駕駛」之地步，容有疑問：

甲說：認為本罪之性質，乃**抽象危險犯**，其立法目的在防杜因酒後駕駛動力交通工具而造成侵害他人生命身體之危險，而酒精呼氣測試結果酒精濃度每公升為〇・五五毫克以上仍駕駛動力交通工具者，依研究統計，其肇事率為一般正常人十倍，應屬刑法第 185 條之 3 立法所欲處罰之對象，故得以酒測值作為是否達「不能安全駕駛」之標準。

乙說：認為本罪之性質，乃**具體危險犯**，駕駛人飲用酒類是否已達不能安全駕駛動力交通工具之程度，應就各個駕駛者之各別情況來作判斷。易言之，不能單以酒測值達 0.55 以上者，即認已達不能安全駕駛之程度，尚應參酌其駕駛表現是否正常作判斷。





上開二說，通說（註7）及實務（註8）係採甲說（抽象危險說）之見解，本文贊同之。據此，乙先前之酒後駕車行為，經事後酒測之結果，其吐氣所含酒精濃度既已達每公升 0.56 毫克，自可認已達不能安全駕駛之地步（註9）。

主觀上，乙認識酒後駕車，乃是服用酒類後不能安全駕駛動力交通工具，而仍決意駕駛，故具本罪之故意（註10）。是乙酒後駕車，該當本罪之構成要件。

(2)違法性：乙無阻卻違法之事由，故具違法性。

(3)有責性：

乙得否主張其酒醉駕車，欠缺責任能力，或僅有限制責任能力，得依刑法第 19 條第 1 項，或第 2 項，以阻卻或減輕其刑責？

按新刑法第 19 條條文規定「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰（第一項）。行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑（第二項）。」

本題中，乙酒後駕車，其吐氣所含酒精濃度既已達每公升 0.56 毫克，可認乙駕車時，有因服用酒類，而致精神障礙之現象，惟是否即得認定其責任能力有所欠缺，或顯著降低，不無疑問。

依學說之見解，呼氣中酒精濃度每公升含量 1 毫克（相當於血液中酒精含量須達千分之二點零）以上，始可認定酒醉者之罪責能力顯著降低，本題中，乙呼氣中之酒精濃度僅達每公升 0.56 毫克，顯未到達罪責能力顯著降低（呼氣中酒精濃度每公升含量 1 毫克）之地步，自無由援引第 19 條第 1 項或第 2 項，阻卻或減輕其刑責，乙又無其他阻卻罪責事由，故具有責性。

(4)小結：綜上述，乙先前酒後駕車之行為，成立危險駕駛罪。

## 2.乙就醫後再開車之行為，可能成立危險駕駛罪(刑§185-3)：

(1)不法構成要件該當性：

客觀上，乙就醫後，再度駕車返家之行為，因先前服用酒類之狀態，尚未解消（註11），故仍屬服用酒類後駕駛動力交通工具之行為。惟乙再度駕車之行為，是否仍可認係「不能安全駕駛」，不無疑問。

蓋經驗上，呼氣中之酒精濃度，會隨時間的消逝而趨降，乙就醫後駕車返家時，依題示，未再為第二次的酒測，難以確知其酒測值，是否仍高於每公升 0.55 毫克上以之「絕對不能安全駕駛」，如果沒有的話，依學理之見解，若酒測值為每公升 0.25 以上，0.55 未滿者，僅係「相對不能安全駕駛」，此際，判斷行為人是否達於不能安全駕駛，須參酌客觀的駕駛表現方能決定，而本題中，乙於醫後再度駕車返家的途中的駕駛表現如何，從題意亦無法確知，故對於乙之後駕車之行為，可否認係不能安全駕駛，誠值探究。

惟綜觀題旨，就一般人的經驗認知而言，乙就醫的時間，並非長至足以使其呼氣中的酒精濃度出現明顯的變化，故應認乙再度開車時，其呼氣中酒精濃度，至少仍高於每公升 0.55 毫克的程度，而可認為已達「不能安全駕駛」之地步。

主觀上，乙就醫後再度駕車，已明知其酒測值已達不能安全駕駛之地步，仍決意駕車返家，故具本罪之直接故意。

(2)小結：乙無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

## 3.乙駕車撞及甲之摩托車，可能成立普通毀損罪(刑§354)：

本罪之成立，係以毀棄、損壞文書、建築物以外之他人之物或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人為要件。由於本罪之性質，為結果犯，必以行為人之行為，致被害人之財物發生毀損結果為必要。惟依題示，乙駕車撞及甲之摩托車後，僅乙所駕的轎車引擎蓋下方似乎有掉漆，而未見甲車有任何損壞結果之發生，故乙駕車撞及甲車，無由成立本罪。

## 4.競合：

綜上述，乙就醫前的駕車行為，與就醫後的再度駕車行為，分別成立危險駕駛罪，惟乙前後之行為，均係侵害相同的公共安全法益，如果認為乙就醫前後之駕駛行為，應分別評價者，則乙在新刑法的架構下，似應依刑法第 50 條論以數罪併罰。

惟視乙就醫前後之駕駛行為，可以因就醫的事實，切割為兩個個別應受刑法評價之行為並不妥當。蓋乙先後的駕車行為，均係出於一個駕車返家的意思決定，且均在同一酒醉的狀態之下所為，縱可因就醫之事實而區別為前後二個個別的舉動，但先後的駕車行為，乃是在時間與空間緊密的情況下進行，且僅害同一個公共安全的法益，從任何第三人的觀點而言，皆僅認係同一個酒醉駕車行為的接續動作而已，故屬學理上之「接續犯」，就刑法的評價而言，應認乙前後的駕駛行為，乃係出於「自然意義的一行為」，僅能論乙以一個危險駕駛罪。

## (三)丁的行為是否構成以下犯罪：

### 1.丁未勸阻乙駕車，可能成立危險駕駛罪之不純正不作為犯(刑§185-3、15)：

(1)不法構成要件該當性：

按刑法第 185 條之 3 規定，服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，為危險駕駛罪，又依刑法第 15 條規定，對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同，此即學理上所謂之「不純正不作為犯」。

本題中，丁固有未告誡乙酒後不得開車之事實，而該等事實，乃是違反規範所期待的「不作為」的行為事實（註12），但因刑法第 185 條之 3 的危險駕駛罪，其法律性質，不只是「純正身分犯」，更是「己手犯」（或「親手犯」），非服用酒類等物者，自己親自駕駛動力交通工具，無以成罪，不能假手他人實施犯罪，當然亦不會因行為人未告誡他人不可酒後駕車，或未阻止他人酒後駕車，因而成立危險駕駛罪之不純正不作為犯。



(2)結論：綜上述，丁未告誡乙酒後駕車，不成立本罪。

## 2.丁未勸阻乙駕車，可能成立危險駕駛罪之不作為的幫助犯(刑§185-3、15、30)：

(1)不法構成要件該當性：

按刑法第 30 條第 1 項規定，幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。雖他人不知幫助之情者，亦同。本題中，丁未告誡乙不得酒後駕車，不成立危險駕駛罪之不純正不作為犯，業如前述，惟丁之未為告誡行為，是否得成立危險駕駛之不作為的幫助犯，此乃涉及行為人能否以不作為而成立幫助犯的問題，學理上容有爭議。少數學者採否定說。多數學者則採肯定說，認為幫助者若居於保證人地位而負有保證人義務者，則可能以不作為成立幫助犯（註 13）。實務見解，亦肯認不作為之幫助犯。蓋幫助行為固以積極作為犯多，但亦可能係消極的不作為，只要幫助者具有保證人地位，其不作為即有可能成立不作為的幫助犯，如不具防止犯罪義務之人在他人實現犯罪之際，僅以消極態度旁觀而未加阻止，則因不具保證人地位，故不能論以幫助犯（註 14）。

本題中，丁未誡乙不應酒後開車，即未對乙酒後開車之行為形成任何阻力，無形中，乃促成乙就醫後繼續為酒後駕車之行為；惟丁是否因其曾為乙醫治，在法律上，即具有阻止乙就醫後再為酒醉駕車之義務，誠有疑問。蓋丁於乙向其求治時，對於乙之生命或身體健康，固然因事實上承擔救助乙之生命身體之地位而負有保證人義務，但此一義務，於醫療結束之後，即已終結，而對於乙之後的駕車行為，對於其他不特定用路人生命或身體法益所形成之風險，丁既非危險前行為人，亦未與乙形成危險共同體，對乙之危險駕駛，又非具有監控義務與能力者，總之，尚難認為丁對於乙之危險駕駛負有保證人之義務，故丁亦無由構成本罪。

(2)小結：丁未勸阻乙駕車，不成立危險駕駛罪之不作為的幫助犯





三、甲與乙是兄弟，某日見到鄰居大學生丙女單獨在家，兩人即共同商議，以邀約丙女幫他們拍照留念為藉口，實際上是想要使丙女為甲兄拍攝裸照。甲、乙共邀丙女進屋後，甲即表示，若丙女不幫他照相就要毒打丙女一頓，乙也取出美工刀架住丙女，要丙女為甲拍攝裸照，接著甲就全身脫光，擺出各種姿勢。丙女因心中害怕即遵從甲、乙所言，為甲拍攝裸照後，甲、乙才讓丙女離去。丙女後來告訴母親此事，並表示她拍照時感到不舒服、噁心，母親得知此事後，怒而報警。試問甲、乙各犯何罪？(25 分)

命題意旨	本題乃是測驗考生對於強制猥褻罪中之「猥褻」概念是否有清楚之認知，以及附帶測驗共同正犯之要件。從先前發生強吻案之後，學者們紛紛撰寫有關猥褻概念之文章，猥褻概念即為近年人格法益中十分重要之議題。考出此題並不令人意外，對學說見解是否多加吸收即為本題的鍵別度關鍵。
答題關鍵	本題回答時除了以實務見解回答外，應盡量將學說上較特殊或具有代表性之見解一併提及，較能表現出實力取得不錯之分數。
高分閱讀	1.《經典題型系列-刑法分則經典題型》(金律師)(51ML5005) P.1-285~1-293：強制猥褻罪及其加重(相似度 85%) P.1-221~1-242：剝奪他人行動自由罪、強制罪、恐嚇危害安全罪(相似度 85%) 2.《重點整理系列-刑法分則》(方律師)(51ML1013) P.1-121~1-124：強制猥褻罪及其加重(相似度 80%) P.1-79~1-98：剝奪他人行動自由罪、強制罪、恐嚇危害安全罪與競合(相似度 90%)

### 【擬答】

- (一)甲乙強要丙女為甲拍攝裸照，可能成恐嚇危害安全罪之共同正犯(刑§305、28)：
- 恐嚇危害安全罪之共同正犯，係以二人以上共同實行以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人致生危害於安全為要件。客觀上，甲向丙表示，若丙女不幫他照相就要毒打丙女一頓，乃是以加害他人之身體之事，恐嚇他人致生危害於安全之行爲；另，乙取出美工刀架住丙女，要丙女為甲拍攝裸照，按照一般人之認知，乙之所為，亦係以加害他人之身體之事，恐嚇他人致生危害於安全之行爲，故甲乙二人有共同實行恐嚇丙女之行爲(行爲分擔)；主觀上，甲乙二人，亦具有共同恐嚇丙女之行爲決意(犯意聯絡)，二人皆無阻卻違法及罪責之事由，故成立本罪。
- (二)甲乙強要丙女為甲拍攝裸照，可能成強制罪之共同正犯(刑§304、28)：
- 強制罪之共同正犯，係以二人以上共同實行以強暴、脅迫使人無義務之事或妨害人行使權利為要件。客觀上，甲向丙表示，若丙女不幫他照相就要毒打丙女一頓，以及乙也取出美工刀架住丙女，要丙女為甲拍攝裸照，乃係對於丙女共同實行脅迫之行爲，而丙並無為甲拍攝裸照之義務，而丙之所以為甲拍攝裸照，乃受到甲乙二人共同的脅迫而為之，故甲乙之恐嚇手段，亦已迫使丙行無義務之事；主觀上，甲乙二人有共同實行以脅迫使丙行無義務之事的行爲決意，二人皆無阻卻違法及罪責之事由，故成立本罪。
- (三)甲乙強要丙女為甲拍攝裸照，可能成妨害自由罪之共同正犯(刑§302、28)：
- 妨害自由罪之共同正犯，係以二人以上共同實行私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由為要件。客觀上，甲乙二人共同以脅迫之手段要丙女為甲拍攝裸照，否則不讓丙離去的行爲，乃係共同以脅迫之手段，在一定的時間內，強行將丙個人的行動自由，置於二人的實力支配掌握之下的共同剝奪他人行動自由之行爲；主觀上，甲乙二人有共同實行剝奪丙女行動自由的行爲決意，二人皆無阻卻違法及罪責之事由，故成立本罪。
- (四)甲乙強要丙女為甲拍攝裸照，可能成立強制猥褻罪之共同正犯(刑§224 I、28)
- 1.不法構成要件該當性：
- 強制猥褻罪之共同正犯，係以二人以上共同實行對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行爲為要件。所謂脅迫、恐嚇為以使對方心生畏懼之目的，而以將加惡害之事實告知他人之行爲。本題中，甲向丙表示，若丙女不幫他照相就要毒打丙女一頓，以及乙也取出美工刀架住丙女，要丙女為甲拍攝裸照，乃係對於丙女共同實行脅迫之行爲。惟所謂之猥褻，其內涵為何，學理及實務容有爭議：
- (1)甲說：實務上認為「猥褻云者，其行爲在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂。(註 15)」再者，強制猥褻之構成，要必行爲人對於他人有身體的接觸行爲始得成立(註 16)。若依實務上之定義，則為性交以外，足以滿足自己性慾或挑起他人性慾，有害風化的行爲。依此見解，甲全身脫光，擺出各種姿勢，讓丙為其拍照，客觀上，並不足以挑逗或引發他人性欲，主觀上，亦未必能滿足之性欲求，縱有害於風化，亦不足該當所謂之猥褻(註 17)。
- (2)乙說：猥褻是性交以外，一切足以引起或滿足性慾而使人厭惡或恐懼的行爲」。據此，甲全身脫光，擺出各種姿勢，讓丙為其拍照，使丙拍照時感到不舒服、噁心，應屬猥褻行爲(註 18)。
- (3)丙說：凡基於性滿足的傾向，不受許可的碰觸他人身體，都是妨害性自主的猥褻，成立強制猥褻罪。據此，甲全身脫光，擺出各種姿勢，讓丙為其拍照，縱使丙拍照時感到不舒服、噁心，但甲對丙無身體之接觸，故非屬猥褻行爲。
- (4)丁說：所謂猥褻行爲係指，凡以通常一般人會明顯感到性的厭惡感、羞恥心之方法侵害被害人人性自由之行爲而言。據此，似可認為甲之行爲，可構成所謂之猥褻。



(5)戊說：行為人如在主觀上具有表現性欲之意念，且在客觀上依一般社會通念，得認為其行為係屬於表現性慾之動作者，即屬於「猥褻」行為。據此，似可認為甲之行為，可構成所謂之猥褻。

(6)小結：上開各說，各有所見，依實務見解，甲脫光衣服讓丙為其拍照之行為，不構成強制猥褻。本文認為，丙說及實務見較為妥當，據此，本文認為甲之行為並不構成猥褻，從而甲乙即無由成立強制猥褻罪之共同正犯。

但依多數學說，似多認為甲在丙面前，脫光衣服之行為，對丙構成強制猥褻。若依此見解，則甲乙二人即可能成立猥褻罪之共同正犯。蓋依刑法第 28 條規定，二人以上共同實行犯罪行為者，皆為正犯。因此通說認為，共同正犯以共同行為決意與共同行為實施為要件。共同行為決意，係指各個行為人均有將整個犯罪行為之成敗繫諸於彼此相互間協力或角色分配之意思，或互為利用、互相補充之意思。共同行為實施，則為各個行為人基於共同之行為決意，依照共同行為決意中角色之分配而分擔犯罪行為之實施。本題中乙和甲見丙單獨在家而為強迫其為甲拍裸照共同商議之行為，是為共同行為決意，而乙亦為共同行為實施。故乙與甲為共同正犯，依共同正犯一部行為全部責任之法理，於共同行為決意範圍內，乙與甲應負相同之刑事責任。因此，甲乙二人成立強制猥褻罪之共同正犯。

(五)甲乙強要丙女為甲拍攝裸照，可能成立加重強制猥褻罪之共同正犯(刑§224-1 I、28)

加重強制猥褻罪之共同正犯之成立，係以二上共同實行強制猥褻罪而有第 222 條第 1 項各款情形之一為要件。依本文之見解，因認甲在丙面脫光衣服，不構成猥褻行為，故無討論第 224 條之 1 的必要。

但若依多數說，認為甲乙得成立強制猥褻罪之共同正犯者，則因甲乙二人係共同為之，該當刑法第 222 條第 1 款之加重條件，又乙係持刀對丙為脅迫之行為，亦該當第 8 款之加重條件。而犯強制猥褻罪同時該當二款以上之加重條件者，依實務及通說之見解，僅以一個加重條件論之，即為已足。

(六)競合：

依本文見解，因認為甲在丙面脫光衣服，不構成猥褻行為，甲乙二人無由成立強制猥褻罪之共同正犯，則甲乙二人所為，綜上所述，雖同時成立恐嚇危害安全、強制罪與妨害自由罪等罪之共同正犯，但因三罪間具有法益侵害之同一性，故成立法條競合，僅論以特別規定之妨害自由罪即為已足。

但若認為甲在丙面脫光衣服構成猥褻行為，甲乙二人得成立強制猥褻罪之共同正犯者，甲乙二人所為，綜上所述，雖同時成立恐嚇危害安全、強制罪與妨害自由罪，以及強制猥褻罪等罪之共同正犯，但因強制猥褻罪與前三罪間具有法益侵害之同一性，故成立法條競合，僅論以特別規定之強制猥褻罪，又加重強制猥褻罪又為強制猥褻罪之特定規定，故僅論以加重強制猥褻罪即為已足。



四、甲基於強盜之概括犯意，於民國 95 年 5 月間，於不同時地，先後 2 次強盜乙、丙二人財物既遂，第 3 次持尖刀著手實行強盜丁之財物時，遭丁辱罵，乃怒而故意以刀當場殺死丁，適聞警車聲即逃逸，致第 3 次強盜未遂。

試問：法院於同年 6 月間裁判時，甲應成立何罪？若甲對丁係強盜既遂而殺人未遂，其刑責有何差異？倘甲於同年 6 月間向警局自首，法院於同年 8 月間裁判時，刑法之自首、連續犯等規定已修正施行，應如何比較適用法律？請依序說明之。(25 分)

命題意旨	從 94 年修法於今年 7 月 1 日已正式開跑施行，但修法中仍有相當多議題值得探討，當然也會是各大小國家考試的命題重。此問題並不難，在測驗考生本次修法所涉及之內容，主要是連續犯與自首之修正，另外一併測驗考生對結合犯之要件是否熟悉。
答題關鍵	本題關於強盜殺人之結合犯的問題，涉及結合犯之主觀要件之認定，以及結合罪既未遂之認定標準，為典型的萬年考古題，用功的同學應能輕鬆應付。至於因新舊刑法對連續犯及自首規定的修正而衍生的刑法時間效力問題，牽涉到最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議，考前若有閱讀過本決議之考生，應答上應會較為順利。就算未看過此決議，依基本功作答之考生，若有將結合犯要件、連續犯與自首於新舊法輕重之比較加以點出者，應亦有不錯的分數。
參考資料	1.《月旦法學教室》 第 39 期：P.90~100：牽連犯與連續犯廢除後罪數認定之基準（黃惠婷） 第 37 期：P.88~96：連續犯牽連犯廢除後罪數判斷與科刑處斷之因應（靳宗立） 第 34 期：P.65~74：強盜結合罪（黃惠婷） 2.《月旦法學雜誌》 第 135 期：P.197~208：牽連犯與連續犯廢除後之適用問題（柯耀程）
高分閱讀	1.《律師考場特刊》 P.27~41：新修正刑法之法律比較適用（相似度 70%） 2.《經典題型系列-刑法總則經典題型》（金律師）（51ML5004） P.3-98~3-106：連續犯規定廢止之時間上適用問題（相似度 85%） P.4-55~4-61：自首制度修正之適用（相似度 85%） 3.《經典題型系列-刑法分則經典題型》（金律師）（51ML5005） P.2-99~2-100：強盜結合罪（相似度 70%） 4.《重點整理系列-刑法總則》（方律師）（51ML1012） P.3-73~3-90：連續犯、實質競合與結合犯（相似度 80%） P.4-32~4-36：自首制度之修正（相似度 75%） 5.《重點整理系列-刑法分則》（方律師）（51ML1013） P.2-77~2-80：強盜結合罪（相似度 75%） 6.《書記官達人》 第 19 題：新修正刑法有關自首制度之修正（相似度 60%）

### 【擬答】

(一)法院於同年 6 月裁判時，甲應成立何罪？

1.甲強盜乙之行爲，成立刑法第 328 條之強盜罪。

2.甲強盜丙之行爲，成立第 328 條之強盜罪。

3.甲持尖刀強盜丁未取得財物之行爲，成立第 330 條之加重強盜未遂罪。

(1)按刑法第 330 條規定，犯強盜罪而有第 321 條第 1 項各款情形之一者，為加重強盜罪。同法第 330 條第 2 項規定，加重強盜罪之未遂行爲亦罰之。所謂之犯強盜罪，依通說及實務之見解，包括強盜之既未遂。依題示，甲持刀對丁所爲之強盜行爲係屬未遂，並無疑義；又因甲用以作為強盜取財之工具的「尖刀」，客觀上乃是對於他人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之「凶器」，該當刑法第 321 條第 1 項第 4 款加重條件，故甲持刀對丁所爲之強盜未遂行爲，自成立加重強盜未遂罪。

(2)另，甲持刀對丁所爲之強盜未遂行爲，不得主張「中止未遂」以減免刑責。蓋依刑法第 27 條第 1 項前段之規定，已著手於犯罪行爲之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，為中止未遂犯，其效果為必減輕或免除其刑。本題中，甲對丁之強盜犯行之所以未既遂，乃係因殺害丁後，聽聞警車聲而逃逸，顯其甲中止其對丁之強盜行爲，係出於外界的障礙，而不得不放棄犯罪行爲之續行，而非基於自主的動機的「己意中止」，自無以適用前開中止未遂減免刑罰之寬典。

4.甲殺死丁之行爲，成立第 271 條之殺人罪。





5.甲強盜丁所成立之加重強盜罪未遂罪與對丁成立之殺人罪，依實務見解得成立刑法第 332 條第 1 項強盜殺人罪結合犯。

(1)按刑法第 332 條第 1 項規定，犯強盜罪，而故意殺人者，為強盜殺人罪之結合犯。其性質，乃是給合兩個個自單獨足以成罪之強盜罪與殺人罪，成為一個新的結合罪構成要件。所謂犯強盜罪者，依通說及實務之見解，包括普通強盜及加重強盜之犯行。

客觀上，承前所述，甲有對丁犯加重強盜未遂罪及殺人罪之行爲。主觀上，甲係於對丁為強盜行爲時，遭丁辱罵，始故意以刀殺害丁，並非於為強盜行爲之初，即有強盜後殺人之計畫，則甲是否得成立本罪，學理上容有疑義：

甲說：強盜殺人罪，乃是結合強盜罪與殺人罪二個各自獨立的構成要件，熔鑄成一個獨立的結合構成要件，必以行為人於著手實施基本犯罪的強盜行爲之初，即有犯強盜殺人之意思者，始得認其具有犯強盜殺人罪之結合犯故意，而得成立強盜殺人罪。倘依此說，因甲並非自始即計畫強盜殺人，自不成立強盜殺人罪。

乙說：強盜殺人罪並不以出於預定之計畫為必要，只須行為人以殺人為實施強盜之方法，或在行劫之際故意殺人，亦即凡係利用實施強盜之時機而故意殺人，兩者有所關聯者，即應依本罪處罰。至於兩者之間是否有犯意聯絡關係，並非所問（85 年 1 月刑議）。倘依此說，因甲雖非自始即計畫強盜殺人，但係利用實施強盜之時機而故意殺人，自得成立強盜殺人罪。

丙說：行為人主觀上除具備犯強盜罪及殺人罪之單一犯罪之故意外，犯該二罪之故意間必須具有結合關係者，始得認有結合故意。所謂結合關係乃指行為人依其犯罪計畫，在其主觀犯意上即已同時具備各該單一犯的構成要件故意，或雖無事先的犯罪計畫，但在著手實行單一犯的行爲之時，同時萌生另一單一犯的構成要件故意；或在一個單一犯甫實行完成之後，立即萌生另一個單一犯的構成要件故意；倘兩個單一犯罪故意之間，無結合關係，即無結合故意，自不能成立結合罪。倘依此說，因甲雖非自始即計畫強盜殺人，但甲係於實施強盜行爲之後，立即產生殺丁之故意，故得認甲主觀上具有強盜殺人之結合犯故意，自得成立強盜殺人罪。

丁說：犯強盜罪而故意殺人的結合罪並不以兩者均出於預定的計畫為必要，始足以成罪，只須發生在時間上有銜接性，地點上有關連性，即為已足（92 台上 1231 號判決）。倘依此說，因甲雖非自始即計畫強盜殺人，但甲係於實施強盜行爲之後，立即產生殺丁之故意，在時間上與所犯強盜罪有銜接性，地點上亦具有關連性，故得成立強盜殺人罪。

上開見解，除甲說外，不論通說所採之丙說，或實務所採對乙丁說均認甲得成立強盜殺人罪，本文從之。

惟刑法第 332 條僅有處罰強盜殺人結合罪既遂之行爲，而無處罰強盜殺人結合罪未遂之行爲，故若行為人所基礎犯罪之強盜罪係屬既遂，且所為之相合罪之殺人罪係屬既遂者，因行為人已完全實現強盜殺人既遂罪所有客觀的構成要件要素，此時，論行為人以強盜殺人既遂罪，誠無異議。惟若行為人所為基礎犯罪之強盜行爲係未遂者，倘已完全實現殺人既遂罪之構成要件時，究應論行為人以強盜既遂或者強盜未遂，既有疑義。例如，本題甲對丁所為，雖僅係強盜未遂，但其殺害丁行爲，已然既遂，究應論甲以強盜殺人結合罪之既遂，或者應論以強盜殺人結合罪之未遂，學理上容有爭議。

甲說：強盜而故意殺人，係結合強盜罪及殺人罪兩個獨立之罪，而成立一罪，必所犯強盜罪及殺人罪均已既遂，始構成強盜而故意殺人既遂罪。

乙說：強盜而故意殺人罪，係結合二可獨立成罪之罪而成一罪，如該所結合之二罪中有一已達既遂，即屬結合犯之既遂。

丙說：結合犯之既、未遂，應以所結合之犯罪既遂或未遂為斷，與基本犯罪之既遂、未遂無關，故強盜殺人罪，只要相結合之殺人罪係屬既遂，縱使基本犯罪之強盜行爲係屬未遂，仍得論以強盜殺人既遂罪。

上開三說，實務見解係採丙說之見解（註 19），多數學說亦同（註 20）。據此，本題中，甲對丁所為之強盜行爲雖屬既遂，但甲既已殺丁既遂，仍應論以強盜殺人結合罪之既遂犯。

惟本文認為，上開三說，就結論而言，應以甲說為當。蓋 從結合構成要件之結構而言，結合犯既係結合二個個別單獨可以成罪之犯罪構成要件而為新的結合罪構成要件，則惟有實現結合罪所有客觀構成要件要素（包括基本犯及相結合之客觀構成要件要素），始得論以結合罪之既遂，倘有任一客觀構成要件要素未被實現者，即無由論以結合罪之既遂，僅能論以強盜殺人未遂，而因刑法並不處罰強盜殺人未遂之明文，依刑法第 25 條第 2 項以及刑法第 1 條之規定，僅能因刑法第 50 條規定論以數罪併罰。再從歷史解釋之觀點論之，刑法第 332 條之立法理由，明白指明，必須所犯之基本犯罪與相結合的犯罪二者同為既遂，方能適用本條，亦係甲說之見解。

(2)小結：綜上述，甲強盜丁未遂，但將丁殺害之行爲，依本文見解，不成立刑法第 332 條第 1 項之強盜殺人既遂罪，僅能依刑法第 50 條規定，論以加重強盜未遂罪及殺人既遂罪，二罪併合處罰。但依實務及多數說之見解，對甲則得論以刑法第 332 條第 1 項之強盜殺人既遂。

## 6.競合：

綜上述，若依本文之見解，甲先後所為，分別成立二個強盜既遂罪、一個加重強盜未遂罪、一個殺人罪，而因甲對乙丙丁先後三次強盜行爲係出於強盜之概括犯意而為之，具有連續關係，依民國 95 年 7 月 1 日前所施行之刑法（以下簡稱舊刑法），第 56 條規定連續數行為觸犯同一罪名者，成立連續犯，以一罪論，加重其刑至二分之一。關於同一罪名，實務見解認為，不以罪名為同一條項為限，但必須基本構成要件相同始可，進而認為普通強盜既遂犯與加重強盜未遂犯，因基本構成要件的強盜行爲，係屬相同，故亦為同一罪名。因此，甲所成立之二個強盜既遂罪與一個加重強盜未遂罪，成立舊法之連續犯，再與殺人既遂罪，依刑法第 50 條論以數罪併罰。





若依實務及多數學說之見解，則甲先後所為者，應分別成立二個強盜既遂罪、一個加重強盜未遂罪、一個殺人罪與及一個強盜殺人結合犯。該結合罪與加重強盜未遂罪及殺人罪成立法條競合，論以強盜殺人結合犯。而因甲先後三次的強盜行為皆於強盜之概括犯意下為之，具有連續關係，按民國 95 年 7 月 1 日前之舊刑法第 56 條規定連續數行為觸犯同一罪名者，成立連續犯，以一罪論，加重其刑至二分之一。關於同一罪名，實務見解認為，不以罪名為同一條項為限，但必須基本構成要件相同始可，進而認為結合犯與相結合之單一犯並非同一罪名，但與基礎之單一犯為同一罪名。因此，甲所成立之二個強盜既遂罪與強盜殺人罪結合犯，出於概括犯意，並為同一罪名，成立舊法之連續犯。

(二)若甲對丁係殺人未遂而強盜既遂，其刑責有何差異？

- 1.與前一小題相同者，甲先前二行為成立二個強盜罪，合先敘明。
- 2.若甲對丁係殺人未遂而強盜既遂，按前述之說明，實務見解認為不論基礎罪之強盜罪為既遂或未遂，皆得與殺人罪成立結合犯，僅於相結合罪之殺人罪未遂時，始不得與基礎罪成立結合犯。而此時甲僅成立殺人未遂，故不成立強盜殺人罪之結合犯。
- 3.競合：甲成立三個強盜既遂罪與一個殺人未遂罪，連續犯之要件如前所述，故甲所成立之三個強盜罪，為數行為觸犯同一罪名，且出於概括之犯意，成立連續犯。再與殺人未遂罪數罪併罰。

(三)倘甲於同年 6 月間向警局自首，法院於同年 8 月間裁判，應如何比較適用其法律？

- 1.按 95 年 7 月 1 日所施行之新刑法規定（以下簡稱新刑法），刪除連續犯之規定，並將自首規定之法律效果從「必減」修正為「得減」。此時，甲行為時之法律規定與裁判時之法律規定不同，涉及刑法第 2 條之規定。該條規定，行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。一般稱之為「從舊從輕原則」。按此原則，甲原則上應適用行為時之法律，亦即舊刑法，僅有於新刑法較有利於行為人時，適用新刑法。
- 2.關於新舊法何者較有利於行為人，最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議提出，比較時應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較。是故，本小題之情形，有必要比較新舊法連續犯刪除與自首修正規定，何者較有利於行為人，以決定本案例所應適用之法律。
- 3.連續犯，通說認為乃數罪併罰之特別規定。因此，按舊法應適用連續犯之案例，因新法已將連續犯之規定刪除，應適用原則規定，以數罪併罰處罰之。故相較之下，連續犯之法律效果為「以一罪論，加重其刑至二分之一」，較刑法第 51 條數罪併罰之規定有利於行為人。
- 4.關於自首部分，最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議認為，犯罪及自首均在新法施行前者，新法施行後，應依新法第二條第一項之規定，適用最有利於行為人之法律。犯罪在新法施行前，自首在新法施行後者，應適用新法第六十二條之規定。故本題中，舊刑法之規定為「必減」、新刑法規定為「得減」，舊刑法較有利於行為人。
- 5.綜上比較，本案例若適用舊刑法，甲得成立連續犯、自首亦為「必減」，為較有利之規定，故法院於同年 8 月間裁判，應依刑法第 2 條第 1 項本文，適用行為時之刑法規定，甲之行為得成立連續犯，並因自首而必減其刑事責任。

#### 【註釋】

註 1：就經驗上之認知而言，雖可想像到新聞記者甘冒妨害公務罪之危險，也要採訪獨家，但冒犯罪之危險，而行新聞採訪之記者，毋寧為少數，況一旦為採訪新聞而為妨害公務行為被捕後，新聞沒了，飯碗也不保，太划不來了，故有妨害公務之行為之一回事，有沒有妨害公務之故意，尚須進一步認定哦！

註 2：林山田，刑法各罪論(下)，第五版，第 319 頁；張麗卿，交通刑法，第 55 頁；褚劍鴻，刑法分則釋論(上)，第 427 頁。

註 3：89 年度台上字第 7622 號：「刑法第一百八十五條之四駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸罪，只須有駕駛動力交通工具肇事，致人死傷，未下車救護而逃逸之事實，罪即成立，不以肇事之發生須有過失責任為要件。」

註 4：甘老師認為，本罪無論自規範目的抑或肇事原因分析，均欠缺立法之正當性，允宜予以除罪化。行為人苟有肇事逃逸之行為，依刑法第二百九十四條遺棄罪之規定加以論處即為已足，毋庸增設本條之規定，形同畫蛇添足，且徒增適用上之困擾。(詳參，甘添貴師著，酒醉駕車與肇事逃逸，台灣本土法學，第 30 期，第 113 頁。)

註 5：林鈺雄，從肇事逃逸罪看實體法與訴訟法的連動性，月旦法學，第 94 期，2003 年 3 月，第 261 頁。

註 6：應注意者，酒後駕車之酒測值，會隨著時間的經過而降低，就本題而言，乙係送醫後被檢測出其呼氣中酒精濃度為每公升 0.56 毫克，則在乙撞及甲車之前的駕駛行為，其酒測值若非超過每公升 0.56 毫克，至少亦達每公升 0.56 毫克。

註 7：林山田，刑法各罪論(下)，第五版，第 311 頁；林東茂，刑法綜覽，第四版，第 2-238 頁；張麗卿，交通刑法，第 94 頁。



註 8：民國 89 年 11 月 00 日台灣高等法院暨所屬法院八十九年法律座談會彙編 第 257-262 頁。

註 9：應注意者，本題縱採乙說(具體危險說)之見解，亦無礙乙酒駕已達不能安全駕駛之認定。因為，乙酒測值不僅已高達每公升 0.56 毫克，而於客觀上的駕駛表現是連遇紅燈，都無好充分控制好煞車，而導致交通事故的發生，故應可認已達不能安全駕駛之進步。

註 10：依甘添貴老師之見解，本罪所謂「不能安全駕駛」，性質上為「客觀之處罰條件」。行為人祇須服用藥品、酒類等，而駕駛動力交通工具者，即足成立本罪；惟須達於不能安全駕駛之程度時，始得予以處罰。參照甘添貴，酒醉駕車與肇事逃逸，台灣本土法學雜誌，第 30 期，2002 年 1 月，第 108 頁。

註 11：如果，乙就醫後，醫生給予醒酒的藥物，或透過醫學或科技之方法，使乙回復未飲酒的精神狀態正常的情況，即可認為乙先前的飲酒而導致精神障礙的狀態已然解消，之後，縱為開車的行為即與正常人的開車行為無異，自無該當危險駕駛罪之問題。

註 12：姑不論，關於醫師行為之相關法令，或醫師行為之業務準則，甚或醫師倫理規範中，有無告誡受治者酒後不得開車這一項規定，就一般社會倫理道德規範而言，是否可以認為醫師對於受治對象，有告知其酒醉後不應駕車之義務，亦有疑問，但縱使採比較煽情的觀點，認為任何人對於喝酒者，都有告知其不應酒後駕車的義務，從而，肯定醫師亦有告知受治者不可酒後開車的義務，亦不當於即可肯定醫師即構成不純正不作為犯。

註 13：林山田，刑法總論(下)，第 9 版，第 247 頁。

註 14：參照 27 上 2766 判例。

註 15：最高法院 17 年 10 月 13 日刑庭會議決議

註 16：參照 82 年 2 月台南高分院法律座談會：

法律問題：甲男持美工刀脅迫乙女不許動，然後顯出自己的生殖器實施手淫的行為，使乙女目睹其情景，直至射精後始許乙女離去，問甲男犯何罪？(民國 82 年 6 月 12 日臺灣高等法院台南分院法律座談會)

甲說：甲男之行為應成立刑法第二百二十四條第一項之強制猥褻罪。按猥褻係指除姦淫以外，足以引起或滿足人性慾之一切行為，甲男脅迫乙女目睹其手淫，在異性面前露出自己之殖器而實施手淫，自然足以引起及滿足甲男之性慾，故應成立該罪。

乙說：甲男之行為，僅成立刑法第三百零四條第一項之強制罪。按甲男僅脅迫乙女目睹其露出生殖器實施手淫之行為，並未對乙女加以猥褻之積極行為，故僅能成立該條項；以脅迫使人行無義務之事之強制罪。

司法院刑事廳研究意見：如甲男之行為尚未達於剝奪乙女行動自由之程度，同意採乙說(司法院 (82) 廳刑一字第 7626 號)。

註 17：參照最高法院 81 台上 1975 號刑事判決。

註 18：許玉秀，妨害性自主之強制、乘機與利用權勢—何謂性自主？台灣本土法學，第 42 期，2003 年 1 月，第 24 頁。

註 19：刑事法律專題研究 (三) 第 221-223 頁；78 年 10 月司法院司法業務研究會第 15 期。

註 20：依林山田老師之見解，從文義解釋之觀點而言，刑法第 332 條第 1 項法文之所謂「犯強盜罪」，解釋上乃包括強盜之既遂與未遂行為，故強盜殺人既未遂之判斷，自應著眼於相結合之殺人罪的既未遂為斷。



# 《刑法》

一、甲獨居山中，地勢荒僻，絕少人跡。月黑之夜，甲獨斟獨飲，不覺飄飄然恍兮惚兮，醉之極矣。甲步履蹣跚，身體如風之擺柳，拿起鐮刀亂舞，吆喝不斷。此時，有登山迷路的乙，循聲走近甲的立身處，正欲出聲發問，卻遭鐮刀掃中頸部，甲則渾然未察。翌日清晨，甲酒醒，發現陌生人倒臥血泊中，已無生命跡象。檢察官以過失致死罪將甲提起公訴。問：如果你是甲的律師，如何答辯？（25分）

命題意旨	本題之意旨在測試考生對犯罪成立要件是否有一清晰的體系與脈絡，包括構成要件故意與過失、責任能力與原因自由行為等基本概念之認識程度。
答題關鍵	應掌握之基本重點在於，考生在檢討甲是否成立犯罪時，必須逐一將可能阻卻犯罪之要件挑選出來（其中可能涉及構成要件故意與過失、責任能力與原因自由行為），以利律師提出有利於甲之抗辯。最後配合題目的問法，而以辯護律師答辯的方式作為結論更佳。
參考資料	1.林山田，刑法通論上，增訂八版，第三三四頁以下。 2.方律師，刑法總則，第2-234～2-244頁。 3.月旦法學教室，第22期，P.64～79：罪責（有責性）（林鈺雄）
高分閱讀	1.高點錦囊系列-刑法-總則篇（蔡律師、余律師）（L207）（相似度85%），P.161～171：原因自由行為 2.高點重點整理系列-刑法總則（方律師）（L234）（相似度60%），P.234～254：原因自由行為 3.高點法研所歷屆試題詳解-民法、刑法（M505）（相似度20%），P.2-1～17：93台大刑法：原因自由行為 4.法觀人雜誌（相似度95%），第92期，P.46～49：刑法修正重點解說暨實例演習（金政大）

## 【擬答】

(一)甲持鐮刀砍殺乙之行為，可能成立刑法第276條之過失致死罪：

- 殺人罪以殺人行爲、人、死亡結果與因果關係客觀歸責為要件。本題中甲砍殺乙致乙死亡，客觀構成要件該當。然而甲因酒醉，主觀上並未有殺害乙，致乙於死之事實認知，故主觀構成要件不該當。而是否該當過失致死罪，則以行為人有預見可能性為必要，本題中甲獨居地勢荒僻又絕少人跡之山中，並且在月黑之夜飲酒，應難認定甲對於竟有登山迷路之乙到來有預見可能性，因此，即使甲對於自己拿起鐮刀亂舞有所認識，但對於乙之死亡結果並無認識，亦無預見可能性，不成立過失致死罪，甲應無罪。
- 退一步言之，即使可認為甲長年獨居山中，偶爾會有迷路登山客前來問路，甲應能預見其拿鐮刀亂舞有可能砍殺迷路之登山客，有致人於死之預見可能性，而使甲該當過失致死罪之構成要件。此時，甲無阻卻違法事由，但在罪責階層之檢討，應可援引刑法第19條第一項之規定，心神喪失人之行為，不罰（九十四年一月新修正之法律修正為「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。」）。新修正之法律要件或可當成解釋現行法「心神喪失」之依據。本題中甲過失致乙於死之行為，乃肇因於其飲酒之極而致渾然未察，可認為甲此時應酒醉之心智缺陷，致甲不能辨識其砍殺行為之違法，故依本條項之規定，甲之行為不罰，阻卻罪責不成立犯罪。
- 對於行為人自陷於精神障礙狀態而於無精神障礙狀態中實現犯罪構成要件者，學說上有「原因自由行為理論」架構其可罰性，姑且不論「過失原因自由行為」仍為一有爭議之概念，原因自由行為之要件有二：1、故意或過失自陷於精神障礙狀態，2、於原因階段即對於結果階段時侵害法益有故意或過失。符合上述二要件，行為人始不得主張刑法第19條無責任能力或限制責任能力之規定。然而本例中之甲，雖於原因階段故意自陷於無責任能力狀態，但其並未於喝酒時即對酒醉後砍殺乙之行為有認識或預見可能性，故即使砍殺乙之行為該當過失致死罪，亦不會成立原因自由行為而不適用刑法第19條之規定。甲應得依據第19條第一項之規定，不罰。
- 九十四年一月新修正之第19條規定，新增訂第三項「前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」學說上認為其乃原因自由行為之明文規定，由文義上看來，本題中之甲因故意喝醉，似得援引本項之規定。然由於其要件之設計上有所缺漏，並未將學說上第二個要件「於原因階段即對於結果階段時侵害法益有故意或過失」加以明文，遭受不少學者猛烈批評。而學說上認為，未來於適用本項時，應補充一不成文之要素「於原因階段即對於結果階段時侵害法益有故意或過失」加以適用，較為合理。因此，即使適用新法，甲亦不符合第三項之規定，仍得援引第一項之規定，不罰。

(二)管見以為，甲對於殺害乙之行為，並無故意、亦無過失，故應無罪。即便法院認定甲有過失，甲之行為亦應依據第19條第一項之規定，不罰。

二、丙為在我國投資居住之外商，家境極為富裕，其家屬仍留居於外國。甲、乙兩人曾於丙之公司服務，對丙之





財產覬覦已久，基於共同犯罪之決意，計劃於某假日深夜趁丙熟睡後，帶頭罩侵入丙之住宅，對丙強灌安眠藥使其昏迷，將其綁架並藏匿於預定之處所，藉此向其家屬勒贖。計劃犯罪當日，警方從治安情報得知甲乙之犯罪計畫，急速通知丙多次未果，遂派出多名便衣刑警埋伏於丙宅附近，俾能保護丙並伺機逮捕人犯。當日深夜，甲乙依計畫侵入丙宅，合力將躺在床上之丙加以壓制，於對丙強灌安眠藥時，始發現丙已因日間心臟病發作死亡多時，遂放棄後續之犯罪計畫，正欲離開現場時，為警逮捕。問：甲、乙兩人之行為應如何處罰？（25分）

命題意旨	本題之意旨在測試考生對「不能未遂」、刑法第 26 條之基本概念之認識程度。此部分之今年（九十四年）一月修正刑法最關鍵之處，亦具有相當之重要性，應不難回答。
答題關鍵	應掌握之基本重點當然在於有關刑法第 26 條不能未遂之要件「不能發生犯罪結果又無危險」應如何認定，並涉及現行法與新法中不能未遂效果之差異。
參考資料	1.林山田，刑法通論上，增訂八版，第 403 至 415 頁。 2.黃榮堅，基礎刑法學（下），第 59 至 64 頁。 3.方律師，刑法總則，第 2-69 至 2-75 頁。 4.月旦法學教室 第 33 期，P.78～88：犯罪之階段-預備、未遂（林鈺雄） 第 34 期，P.52～64：犯罪之階段-不能未遂、中止未遂（林鈺雄） 5.月旦法學雜誌 6.第 114 期，P.9～29：刑三之第二六條不能未遂犯之「不能發生犯罪之結果、無危險」-以九十二年度台上第 3010 號判決案為例
高分閱讀	1.法觀人考場特刊（97 期），題目 2（相似度 95%） 2.高點錦囊系列-刑法-總則篇（蔡律師、余律師）（L207）（相似度 90%） P.177～206：錯誤理論 P.224～236：不能未遂 3.高點錦囊系列刑法-分則篇（蔡律師、余律師）（L208）（相似度 80%），P.400～408：擄人勒贖罪 4.高點經典題型系列-刑法總則經典題型（金律師）（L504）（相似度 55%），P.2-475：不能未遂內涵 5.高點重點整理系列-刑法總則（方律師）（L234）（相似度 55%），P.2-54～80：未遂犯理論

### 【擬答】

#### （一）甲之刑事責任

1.甲侵入丙住宅之行為，可能成立刑法第 306 條之侵入住居罪：

- (1)侵入住宅罪以無故侵入他人住宅為要件，甲未得丙之同意而進入丙之住宅，客觀構成要件該當。又甲主觀上之事實認知亦實現上述要件，主觀構成要件亦該當。
- (2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立侵入住居罪。

2.甲強灌丙安眠藥之行為，可能成立第 347 條第三項之擄人勒贖未遂罪：

- (1)第 347 條規定「意圖勒贖而擄人」成立擄人勒贖罪，而「擄人」乃將他人置於自己實力支配之下之行為。本題中甲意圖勒贖而對丙強灌安眠藥，但嗣後發現丙於日間心臟病發死亡，故擄人勒贖罪之行為客體不存在，客觀構成要件不該當。而甲主觀上之事實認知有勒贖意圖且有擄人行為之事實認知，故主觀構成要件該當。並且甲已對丙強灌安眠藥，亦已著手實行構成要件行為，應成立擄人勒贖未遂罪。
- (2)然而甲實行構成要件行為時，丙已因心臟病發而使擄人勒贖罪之行為客體不存在，是否符合刑法第 26 條但書之「不能發生犯罪之結果又無危險」，成立不能未遂，實務與學說則有爭議，分述如下：
  - A.實務見解認為不能發生犯罪結果又無危險係指本質上不能發生既遂狀態之情形，本例中甲之擄人行為乃客體不能，故屬於擄人勒贖罪之不能未遂。
  - B.多數學說則認為，基於印象理論，不能未遂之「無危險」必須是行為人主觀上的無危險。換言之，必須是行為人出於重大無知，主觀上對於因果歷程的認知與一般大眾有重大偏離之情形，始屬之。故本例中甲主觀上之認知乃強灌丙安眠藥並將丙置於自己實力支配之下，並非重大無知，為擄人勒贖罪之普通未遂。
- (3)因此，若採取實務見解，甲成立擄人勒贖罪之不能未遂，依第 26 條但書規定，減輕或免除其刑；採多數學說則甲成立擄人勒贖罪之普通未遂，依第 25 條第二項之規定，得按既遂犯之刑減輕之。
- (4)若按九十四年一月新修正之刑法，第 26 條但書之不能未遂修正為本文，且其法律效果修正為「不罰」，不成立犯罪，則若依上述之實務見解，本例中之甲成立不能未遂，應不成立犯罪。
- (5)甲發現丙已死亡後，放棄後續犯罪計畫，是否有成立第 27 條中止未遂之可能？學說上將此種情形稱為「失敗未遂」，行為人按其主觀認知，已不可能達成其犯罪之目的，而失敗未遂無中止未遂之適用，故本題中甲雖「放棄」後續計畫，但亦無中止未遂減免其刑之適用。





3.競合：甲成立侵入住居罪與擄人勒贖未遂罪，實務見解認其有方法目的關係，成立牽連犯，學說見解則因認其為一行爲，故成立想像競合犯，效果皆為從一重之擄人勒贖未遂罪處斷。

## (二)乙之刑事責任

1.乙侵入丙住宅之行爲，可能成立刑法第 306 條之侵入住居罪：

(1)乙與甲計畫深夜侵入丙宅綁架丙，並向其家屬勒贖，為共同行為決意，且乙和甲亦合力為之，有共同行為實施，乙與甲為共同正犯。且乙之行爲與甲亦相同，故乙之刑事責任應與甲相同，主客觀皆該當侵入住居罪。

(2)乙無阻卻違法、罪責事由，成立侵入住居罪。

2.乙強灌丙安眠藥之行爲，可能成立第 374 條第三項之擄人勒贖未遂罪：

(1)乙與甲為共同正犯已如前述，且乙之行爲與甲亦相同，故乙之刑事責任應與甲相同。乙之刑事責任亦因實務見解與學說見解而有不同，若採取實務見解，乙成立擄人勒贖罪之不能未遂，依第 26 條但書規定，減輕或免除其刑；採多數學說則乙成立擄人勒贖罪之普通未遂，依第 25 條第二項之規定，得按既遂犯之刑減輕之。

(2)若按九十四年一月新修正之刑法，第 26 條但書之不能未遂修正為本文，且其法律效果修正為「不罰」，不成立犯罪，則若依上述之實務見解，本例中之乙成立不能未遂，應不成立犯罪。

(3)乙是否有成立第 27 條中止未遂之可能？討論如前，故本題中乙雖「放棄」後續計畫，但無中止未遂減免其刑之適用。

3.競合：乙成立侵入住居罪與擄人勒贖未遂罪，實務見解認其有方法目的關係，成立牽連犯，學說見解則因認其為一行爲，故成立想像競合犯，效果皆為從一重之擄人勒贖未遂罪處斷。

三、甲因缺錢花用，駕車前往台北某大停車場行竊，於進入停車場後，甲持一支螺絲起子，破壞乙車右前側車窗玻璃，先竊得車內衛星定位器一個，放置於背袋之中，於再欲拆取音響時，被乙發現。甲迅速逃回車內，欲離開現場。乙隨後趕至，緊抓甲車方向盤以為攔阻。甲無視於此，竟仍發動車輛駛離，致乙受傷。問：甲之行爲應如何處罰？(25 分)

命題意旨	本題屬屢考不厭的典型考題，幾乎每一兩年就會出現，旨在測驗考生對竊盜、加重竊盜、準強盜等罪的熟悉度。同時，本題題意簡潔清晰，考生應不至於感覺太過困難。
答題關鍵	應掌握的基本重點有：1. 攜帶凶器的定義、2. 竊盜既未遂的判斷、3. 準強盜之既未遂判斷、當場的定義、施以強脅的程度為何、準強盜與加重條件間的關係等。由於本題嚴格而論並不困難，故欲脫穎而出獲得高分，必須將實務見解與學說爭議清楚說明始可。
參考資料	1. 方律師，刑法分則，2-71~2-79 2. 月旦法學教室，第 32 期，P.98~106：強盜罪第二講：準強盜罪（黃惠婷） 3. 月旦法學雜誌，第 116 期，P.238~245：加重強盜罪之「攜帶兇器」與「著手」-評 92 台上第 2929 號決及 92 台非第 38 判決（黃惠婷）
高分閱讀	1. 高點錦囊系列刑法-分則篇（蔡律師、余律師）（L208）（相似度 75%） P.222~260：加重竊盜罪 P.285~288：準強盜罪 2. 高點重點整理系列-刑法分則（方律師）（L235）（相似度 75%），P.4-12~22：加重賄賂罪、準賄賂罪 3. 法觀人雜誌，第 88 期，P.47~57：刑法第三二九條準強盜罪規定之剖析及其適用（相似度 80%）

## 【擬答】

(一)甲破壞乙車窗玻璃，應構成刑法第三百五十四條之普通毀損罪。

客觀上車窗玻璃之外觀受到破壞，應該當於損壞之要件，足以生損害於乙。主觀上甲亦有認知且有意使其發生，且無其他阻卻違法及阻卻責任事由，故應成立本罪。

(二)甲持螺絲起子竊得乙車衛星定位器，應構成刑法第三百二十一條一項三款之加重竊盜既遂罪。

客觀上，依題意甲動手竊得乙車之衛星定位器，自屬竊盜行為之實行，然可否進一步認定竊盜已既遂？通說認為，行為人除破壞原有之持有支配關係外，並應建立新的支配持有關係並鞏固之，始得成立竊盜之既遂，並應按個案物體之體積、重量綜合判斷新持有關係是否鞏固。由於衛星定位器體積不大，甲竊得手後隨後將該定位器置於背袋之中，可以判斷已達於竊盜之既遂階段。附帶說明，甲雖繼續欲竊取車內音響，仍不影響前階段既遂之成立，同時，由於竊盜罪罪數之判斷乃以財產監督權數為基準，故甲雖欲竊數物但仍屬一個財產監督關係下，只該當於一個竊盜罪之要件。主觀上，甲對上述行為皆有認知且有意欲使其發生，故甲具有竊盜故意。

然本題爭點在於甲持螺絲起子充作行竊工具，可否進一步成立攜帶凶器之加重竊盜罪？學說上有認為「凶器」乃著眼於對人身行兇的危險性器械而言，故除應在客觀上以此工具行兇而產生嚇阻被害人抗拒之要件外，主觀上行為人並應有以此工具行兇以增加行竊機會的認識。由此以觀，本題甲主觀上似僅藉螺絲起子以便利行竊，而無持以行兇之認識，若按學說則不該當於加重竊盜罪。然而，實務見解向來對凶器的定義採取「客觀說」：攜帶凶器乃指行為人攜帶凶器有行兇之可能，客觀上具有危險性，至其主觀上有無持以行兇或反抗之意思尚非所問。竊盜攜帶起子鉗子，雖係供行竊之工具，然如客觀上足對人之身體生命構成威脅，仍應成立攜帶凶器竊盜罪（74 年第三次刑庭決議參照）。本題採實務見解。



甲無其他阻卻違法或阻卻責任事由，故應成立本罪。

(三)甲發動車輛欲駛離致乙受傷，應構成刑法第二百七十七條一項之普通傷害罪。

(四)甲無視乙之攔阻而發動車輛駛離，應構成刑法第三百二十九條之準強盜既遂罪。

一般認為，準強盜罪並非竊盜搶奪與強制罪之結合犯，亦非竊盜或搶奪罪之加重型態，而係類似於強盜罪之性質。而準強盜罪之成立，係以行為人在前階段之竊盜或搶奪後，為了防護贓物、脫免逮捕、湮滅罪證，而當場實施強暴脅迫為要件。

客觀上，甲於行竊之際被乙發現，為脫免逮捕而不顧乙之攔阻，發動車輛駛離而致乙受傷，屬物理強制之強暴行為，主觀上亦對此有認知及意欲，固無疑問，然而爭點在於該強暴行為，是否仍屬當場實施？另外，準強盜罪性質上既類似於強盜罪，則強暴行為是否需達於至使不能抗拒的程度？

首先，就當場之判斷，通說及實務皆認為所謂「當場」，不以實施竊盜或搶奪者尚未離去現場為限，即已離盜所而尚在他人跟蹤追躡中者，仍不失為當場（28 上字 1984 號參照）。另外，既然準強盜罪條文並未如強盜罪有「至使不能抗拒」之要件，故強制行為無須達於至使不能抗拒之程度即可成立本罪。然對此有反對見解認為既然其與強盜罪為相同之評價，反社會性的程度必須與強盜罪等量齊觀始可成罪，亦即，縱或強制階段在後，該行為仍需達於至使不能抗拒之壓制程度，使得成立本罪。本題採通說及實務見解，故甲之行為應該當準強盜罪之要件。

另外，就準強盜罪之既未遂判斷，通說與實務皆認為應以前階段之竊盜與搶奪是否既遂為準，但有反對說認為竊盜或搶奪並非準強盜罪之構成要件行為，該既未遂根本與本罪之既未遂判斷無涉，故應以行為人有無遂行防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證等結果為準；另有以最終有無取得財物為準之看法。然而不論採取何種理論，本題甲皆已達於準強盜之既遂。甲無其他阻卻違法及阻卻責任事由，故成立本罪。

(五)甲持螺絲起子竊物後，無視乙之攔阻而發動車輛駛離，應構成刑法第三百三十條一項之加重強盜既遂罪。

實務上認為，攜帶凶器而犯竊盜罪，而因脫免逮捕，當場施以強暴脅迫者，係屬刑法第三百二十九條之準強盜，已具有同法第三百二十一條第一項第三款之情形，自有同法第三百三十條之適用（48 台上 166 號參照）。則本題甲於前階段既符合攜帶凶器之加重條件，則與準強盜應合併評價，成立加重強盜既遂罪。

(六)競合與結論

加重竊盜、準強盜與加重強盜乃一罪之關係，僅應論以一個加重強盜罪。而加重強盜罪保護法益與毀損罪及傷害罪並不相同，故三罪應論以想像競合關係（27 年上字 346 號參照）。

四、地方土豪甲的公子乙，與丁因爭奪歡場女子素有嫌隙。某日二人又因該女子吵架，乙氣不過，提了一桶汽油想放火烧丁的公寓，在到達丁的公寓時，乙發覺不得其門而入，只好將汽油灑在公寓騎樓的兩三輛摩托車上。在灑完汽油後，乙想在放火前先抽根煙平息一下激動的心情，不料剛叨根煙點了打火機時，因先前灑的汽油氣化，沾滿汽油的摩托車立即起火，乙心慌之下逃逸，火災也因騎樓沒有其他易燃物，在燒燬摩托車後自然熄滅。此事全被攝影機錄下來，不久警察找上門來。甲心疼乙，找上平日都已經打點好的地方議員丙，想將事情掩飾下來。丙因甲素來在政治獻金毫不吝嗇，找上警方關說要求息事寧人。正當警方感到為難之際，丙恰巧在選舉中連任失敗，鬆了一口氣的警方於是將乙送檢法辦。問：甲、乙、丙各犯何罪？（25 分）

命題意旨	本題應為李茂生老師出題。李老師向來對國家法益（如瀆職罪）以及社會法益（如放火罪）等爭點多所著墨，有其精闢的見解，同時其出題常同時會涉及刑總的重要爭議問題（如錯誤論、危險性的判斷等）。此題可謂綜合了上述面向而出。在時間緊迫又是最後一題的情況下，考生需把握篇幅將重點交代清楚，即可獲得不錯之分數。
答題關鍵	本題分為兩階段，第一階段涉及總則因果關係錯誤論當中，關於「過早實現結果」的爭議，以及分則放火罪之危險性的判斷，若無延燒公寓之危險性，可否成立未遂或預備犯等問題。第二階段涉及國家法益當中收受賄賂之對價關係的認定、關說圖利的判斷以及妨害公務的要件。 雖然李老師採取與國內學說迥異的客觀主義刑法理論，然而考生無須過於驚慌，犯罪要件的討論按通說架構亦無妨，重點應放在實際的說理而非一昧入罪，如此才應可獲得高分。
參考資料	1.劉政大，刑法講義第四回，55-58 頁 2.沈老師，關於「不能未遂」：法理及其刑法修正，（高點家教網講座） 3.方律師，刑法總則，2-55~2-56 4.方律師，刑法分則，3-3~3-11、4-61~4-65
高分閱讀	1.高點錦囊系列刑法-分則篇（律師、余律師）（L208）（相似度 90%） P.692~698：行賄罪、準受賄罪 P.434~453：放火罪 2.高點重點整理系列-刑法分則（方律師）（L235），P.3-3~11：放火相關之罪 3.高點經典題型系列-刑法總則經典題型（金律師）（L504）（相似度 65%），P.1-17~19：危險犯概念 4.高點法研所歷屆試題詳解-民法、刑法（M505）（相似度 20%），P.2-2-37：93 政大刑法：賄賂罪要件





## 【擬答】

## 一、乙的部分

## (一)就乙點燃打火機之行爲

## 1.可否成立刑法第 175 條第一項之放火既遂罪？

乙潑灑汽油後而點火欲抽煙，致使氣化的汽油引燃，而將沾滿汽油的摩托車燒毀，客觀上，該燒燬之摩托車既非住宅、建築物或其他供公眾運輸之交通工具，自屬刑法第 175 條所欲規範之客體。另外，就本罪「致生公共危險」之要件而言，乃指有延燒至「他人所有物」之具體危險性（延燒可能性）而言，本題乙之行爲應屬致生公共危險。

然問題在於乙點燃打火機時是否具備放火之故意？固然按題意以觀，乙自準備汽油、潑灑汽油一直到欲燒毀公寓的犯罪計畫當中，皆具備點火引燃汽油的想法，然而遂行前卻發生了意料外的狀況，亦即因果歷程與想像中產生不一致，學說稱此情形爲「過早實現結果」之因果歷程錯誤。就此，雖有少數看法認爲行爲人既然終究要實現犯罪結果，則該意料外的歷程根本不會妨害故意的成立。然而，多數看法認爲縱或行爲人終究要實現該結果，但只要行爲之際，對該行爲欠缺隨後因果流程的認知，即屬欠缺故意，因此本題乙點燃打火機之時，根本沒有認知到該舉動會引燃汽油，故欠缺故意。乙不成立本罪。

## 2.可否成立刑法第 175 條第三項之失火既遂罪？

依前述，乙雖欠缺故意，則應退而求其次檢討可否成立同條之失火既遂罪。本題乙就點火而引燃汽油之行爲，不論對過失的認定採取新說或舊說，抑或不論是預見可能性或注意義務的判斷，結論上皆應相同，亦即乙有過失。乙成立本罪。

## 3.可否成立刑法第 354 條第一項之普通毀損罪？

由於毀損罪並不處罰過失犯，因此由前述檢討可知，乙欠缺放火燒毀摩托車之故意，故不成立本罪。

## 4.可否成立刑法第 173 條第三項之放火未遂罪？

本罪之行爲客體爲現供人使用之住宅或建築物等，按題意，乙原先的犯罪計畫是藉由引燃摩托車之火進而達到燒毀丁公寓的目的，然而依前述討論，乙於點火抽煙之際根本未具備燒毀摩托車之認知，更遑論對丁宅放火的認知，故亦無故意。故乙不成立本罪。

## (二)就乙潑灑汽油之行爲

## 1.可否成立刑法第 173 條第三項之放火未遂罪？

就「過早實現結果」因果歷程錯誤之事例，有學說認爲固然於點火階段不能成立放火既遂，但就法益侵害已具有具體的危險性之際，若行爲人具有對隨後法益侵害的預見，則仍可成立未遂犯；例如行爲人僅於物色財物階段即可成立竊盜未遂罪，即屬適例。若採此看法，本題乙於潑灑汽油之際，即已預見隨後將進一步引燃汽油，似乎已構成未遂犯。然而，若考慮到未遂犯之成立，必須以客觀上具有法益侵害之具體危險性來看，既然丁宅騎樓根本無其他助燃物，則意味著潑灑汽油進而引燃摩托車根本無延燒到住宅之可能性，那麼對於一個無延燒到住宅危險性的潑灑行爲而言，根本不應成立未遂犯。故乙不成立本罪。

## 2.可否成立刑法第 173 條第四項之預備放火罪？

通說一般認爲只要行爲人以放火燒毀爲目的而準備助燃物如購買汽油等而具有相當的危險性者，即屬放火罪之預備犯。然而此種看法過度偏重處罰行爲人的主觀惡性，同時，所謂危險性，應就客觀上所保護的法益類型來判斷發生侵害的可能。既然依前所述，乙潑灑之行爲根本沒有燒毀住宅之危險可言，則亦不應認爲該潑灑行爲得以成立本條放火罪之預備犯。故乙不成立本罪。

## 二、丙的部分

## (一)就丙接受甲之政治獻金之行爲

首先就收受賄賂罪的檢討，丙雖收受甲素來提供之政治獻金，然而賄賂罪之成立需以該財物與某特定之職務上或違背職務行爲具有「對價關係」。同時，行爲人主觀上亦需對該對價關係有所認知。則本題丙在接受甲之獻金之際，既無要求特定作爲或不作爲，似難認定與關說行爲具有對價關係。另就圖利罪而言，若未涉及其他不法情事，僅就政治上的捐獻或資助而言，並無圖利可言。

## (二)就丙找警方關說之行爲

首先，由於本題之斡旋關說行爲並未帶有斡旋金或其他不法利益之約定，故不涉及刑法之賄賂或圖利罪，亦無貪污治罪條例第六條第一項第五款之非主管或監督事務之圖利罪的問題。

另外，就此等向警方關說要求息事寧人之行爲，依題意，僅是讓警方感到爲難而已，而根本未有惡害通知使人心生畏懼之情事，同時丙亦未有其他物理性強制之強暴行爲出現，因此也難以成立刑法第 135 條之妨害公務罪或第 304 條之強制罪。至於第 134 條假借職務上權力機會或方法之不純正瀆職罪，亦需有一個基本的故意犯罪爲前提，故亦不成立本罪。

## 三、甲的部分

## (一)就甲交付政治獻金予丙之行爲

依前所述，既然交付政治獻金之際並無約定相對應之行爲，則此等給予政治資助之行爲並無交付賄賂罪之問題。另就圖利罪而言，既然丙不成立圖利罪，則甲亦無可能成立圖利罪之共犯可言。

## (二)就甲要求丙向警方關說之行爲



甲雖要求丙向警方關說，似符合教唆行為，然而由於丙根本不成立任何犯罪，則依共犯從屬性理論，甲亦無成立犯罪之可言。

#### 四、結論

乙成立刑法第 175 條第三項之失火燒毀罪。甲、丙皆無罪。





# 《刑法》

## 一、我國刑法所稱之「不罰」與「免除其刑」，各何所指？又刑法總則所規定「不罰」的事由有那些？(二十五分)

命題意旨	本題為記憶型考題，測驗考生對於刑法中有關「不罰」與「免除其刑」規定之嫻熟程度。
答題關鍵	應盡量將刑法中有關「不罰」與「免除其刑」之規定列出並適度舉例，且就犯罪成立要件之內涵加以說明。
參考資料	1.方律師，刑法總則，第2-154頁以下。 2.月旦法學教室第22期：P68～69：罪責、有責性（林鈺雄）
高分閱讀	高點法學錦囊系列-刑法-總則篇（蔡律師、余律師）〈L207〉P.153～155：阻卻責任、免除責任事由（相似率80%）

### 【擬答】

(一)刑法之所以不處罰行為人，按照現行通說三階之犯罪理論，可能是構成要件不該當，或是有阻卻違法、罪責事由或不該當客觀處罰條件，亦有可能是犯罪已成立，但基於刑事政策需罰性之考量而不加以處罰。而在我國刑法中，此事由大致上皆以「不罰」或「免除其刑」明定之。

我國刑法中之「不罰」，乃指行為人之行為不成立犯罪之意思。然而我國刑法並未詳加區分其不成立犯罪之原因。因此，行為人之行為不成立犯罪而「不罰」，其理由可能有列三種：

- 1.因其行為之主觀構成要件不該當而不罰。例如刑法第十二條規定，行為非出於故意或過失者，不罰。
- 2.因其行為阻卻違法而不罰。例如刑法第二十三條規定，對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。或是第三百十條第三項規定，對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。
- 3.因其行為阻卻罪責而不罰。例如刑法第十八條第一項規定，未滿十四歲人之行為，不罰。

我國刑法中之「免除其刑」，係指行為人之行為成立犯罪，但由於其他事由而不予處罰。例如刑法第十六條規定，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節得減輕其刑。如自信其刑為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。又如刑法第二十七條中止未遂之規定，已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。

(二)我國刑法總則所規定「不罰」之事由如下：

- 1.刑法第十二條。行為非出於故意或過失者，不罰。
- 2.刑法第十八條第一項。未滿十四歲人之行為，不罰。
- 3.刑法第十九條第一項。心神喪失人之行為，不罰。
- 4.刑法第二十一條。依法令之行為，不罰。依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。
- 5.刑法第二十二條。業務上之正當行為，不罰。
- 6.刑法第二十三條。對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。
- 7.刑法第二十四條第一項。因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。

## 二、法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使罪罰相符，並實現刑罰權分配之正義目標，是我國刑法第五十七條就科刑輕重定有審酌標準，即一般通稱之量刑標準，試就前開條文所定之內容回答下列問題：(二十五分)

(一)該條所定科刑輕重之審酌標準為何？

(二)同法第五十八條就有關罰金刑之科刑，有明定除前條之規定外，另有科刑及酌量加重之審酌標準，請敘明該條有關罰金科刑審酌及酌量加重之規定為何？

(三)及同法第五十九條規定：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑。」依其規定，如何與同法第五十七條之規定區別其適用？而有罪被告得邀此五十九條之寬典之要件為何？

命題意旨	本題亦是記憶型考題，測驗考生對於刑法第五十七條到五十九條規定之熟悉度。
答題關鍵	盡量將記得的事由列舉出來。
高分閱讀	1.高點重點整理系列-刑法總則（方律師）〈L234〉（相似率50%） P.4-20～21：罰金的酌量加重 P.4-25：罰金的酌減 2.高點法學錦囊系列-刑法-總則篇（蔡律師、余律師）〈L207〉 P.551：罰金的酌減（相似率20%） 3.2004律師司法官歷屆試題詳解〈L302〉 P.92-3：罰金的酌減（相似率20%） P.88-1～2：罪責（相似率20%）



## 【擬答】

- (一)行為人之行為若成立犯罪，法官於量刑時，必須遵守刑法所規定之審酌標準，其規定於我國刑法第五十七條，詳列如下：科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，為科刑輕重之標準：
- (1) 犯罪之動機。(2) 犯罪之目的。(3) 犯罪時所受之刺激。(4) 犯罪之手段。(5) 犯人之生活狀況。(6) 犯人之品行。(7) 犯人之智識程度。(8) 犯人與被害人平日之關係。(9) 犯罪所生之危險或損害。(10) 犯罪後之態度。
- (二)刑法第五十八條就有關罰金刑之科刑，有明定除前條之規定外，另有科刑及酌量加重之審酌標準，其規定為：科罰金時，除依前條規定外，並應審酌犯人之資力及犯罪所得之利益。如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重。
- (三)刑法第五十九條規定，犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑。係指法官依刑法第五十七條於審酌一切情狀後，認定該犯罪情節確有值憐憫寬恕之理由，以法定刑最低度予以宣告猶顯過重時，依本條之規定，可量處法定最低刑度以下之刑。換言之，在法定刑之範圍內，法官應依第五十七條之規定量刑，而於特殊情形下，始得依第五十九條之規定，論處法定刑最低度以下之刑。而被告得邀本條之寬典，則必須是犯罪之情節可憫恕者時可。而「犯罪之情結」與第五十七條之「一切情狀」，實務見解則認為並非不同，法官皆應就犯罪一切情狀予以全盤考量，以為判斷。故適用第五十九條酌量減輕其刑時，並不排除第五十七條所列舉十款事由的審酌，惟其程度應達於確可憫恕，始可予以酌減（民國七十年第六次刑事庭決議）。

- 三、某甲原為某國立大學之學生，但因故被該校退學。某甲為便於謀職，擬取得該國立大學之畢業證書，於是拜託在該校擔任工友職務之某乙，請其代為向該校辦理核發畢業證書職務之職員某丙拜託，請求某丙為某甲製作三份畢業證書。某甲拜託某乙時，交給某乙新台幣十萬元，並且表示其中五萬元送給某乙，另外五萬元則請某乙轉贈某丙。後來，某乙將此事告知某丙，並且大力勸說某丙照辦。某丙應允後，於是為某甲製作完成同樣形式的畢業證書三份，然後交由某乙轉交某甲，某乙與某丙均收下某甲致贈的五萬元禮金。試問：某甲、某乙及某丙各成立何罪？（25 分）

命題意旨	測驗考生對於「偽造」與「登載不實」之了解是否正確；以及賄賂罪之適用
答題關鍵	應具體點出「偽造」與「登載不實」之不同。在論述賄賂時，法條的確實引用及參與犯之適用亦需注意
參考資料	1.方律師，刑法分則，第 3-103 頁；第 4-17~4-20 頁 2.月旦法學教室，第 16 期：P.14~15：白手套的悲歌（柯耀程）
高分閱讀	1.高點法學錦囊系列-刑法-分則篇（蔡律師、余律師）〈L208〉 P.525~526：偽造特種文書罪（相似率 80%） P.692~694：違背職務行賄、受賄罪（相似率 50%） 2.高點重點整理系列-刑法分則（方律師）〈L235〉 P.3-84~85：偽造特種文書罪（相似度 80%） P.4-18~19：違背職務行賄、受賄罪（相似度 50%）

## 【擬答】

## (一)丙的部分

- 1.丙製作三份畢業證書之行為，可能成立刑法第二百三十三條之公務員登載不實罪：
  - (1)公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所載之公文書者，為公務員登載不實罪。本題中丙為該校辦理核發畢業證書職務之職員，為依法令從事於公務之公務員，明知甲並未從該校畢業，卻製作內容不實之畢業證書，該當第二百三十三條之公務員登載不實罪。而甲主觀上之認知亦該當上述要件，故主觀構成要件該當。
  - (2)而本題並無成立偽造特種文書罪之可能，因為「偽造」乃身份同一性之欺瞞，換言之，乃無製作權人冒他人名義製作文書，由於丙為有製作畢業證書權限之人，故不符合「偽造」要件，不該當第二百三十二條之偽造特種文書罪。
  - (3)此外，丙為甲製造三份畢業證書，由於出於一個意思決定，且侵害的法益同一（皆為畢業證書之公共信用），故論一罪即為以足，而不需論以三個公務員登載不實罪。
  - (4)丙無阻卻違法、罪責事由，成立一個公務員登載不實罪。
- 2.丙收受乙交付之五萬元並製作三份畢業證書之行為，可能成立第一百二十二條第二項之收賄罪：
  - (1)刑法第一百二十二條第一項與第二項規定，公務員對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂，或其他不正利益者，為收賄罪，若公務員因而為違背職務之行為，更有加重處罰之規定。丙有製作畢業證書之權限，但其無製作內容不實之畢業證書之權限，故製作不實之畢業證書，為違反其職務之行為。丙取得乙所交付之五萬元賄賂，且進而製作內容不實之畢業證書，該當本條第二項賄賂罪之規定。甲主觀上之認知亦該當上述要件，主觀構成要件亦該當。
  - (2)丙無阻卻違法、罪責事由，成立第一百二十二條第二項之收賄罪。
- 3.競合：丙成立公務員登載不實罪與收賄罪，出於一個意思決定，為一行為。而兩罪之保護法益為公共信用與國家公務執行之公正，並不同一，故成立想像競合，從一重之收賄罪處斷。



4.沒收：丙所收受之五萬元為賄賂，依第一百二十二條第四項之規定，應沒收之。若全部或一部不能沒收時，應追徵其價額。

## (二)乙的部分

1.乙請求丙製作畢業證書之行爲，可能成立第二百十三條之公務員登載不實罪之教唆犯：

(1)喚起他人之犯罪決意，為教唆行爲。乙請求丙製作內容不實之畢業證書，乃喚起丙之犯罪決意，而丙成立公務員登載不實罪已如前述，故乙該當教唆公務員登載不實罪，而非成立第二百十四條之使公務員登載不實罪，因為實務與多數說皆認為使公務員登載不實罪必須以公務員不知情為要件，而本題之丙知情，故乙不成立使公務員登載不實罪。而乙主觀上之認知亦該當教唆公務員登載不實之要件，主觀構成要件亦該當。

(2)乙無阻卻違法、罪責事由，成立公務員登載不實罪之教唆犯。

2.乙交付五萬元給丙之行爲，可能成立第一百二十二條第三項之行賄罪：

(1)對於公務員關於違背職務之行爲，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，為行賄罪。乙交付五萬元給丙，請求其製作內容不實之畢業證書，為違背職務之行爲，故乙該當行賄罪之要件。乙主觀上之認知亦該當上述要件，主觀構成要件該當。

(2)乙無阻卻違法、罪責事由，成立第一百二十二條第三項之行賄罪。

3.競合：乙成立之兩罪間，出於一個意思決定，且無保護法益之同一性，成立想像競合，從一重之公務員登載不實罪之教唆犯處斷。

## (三)甲的部分

1.甲拜託乙請求丙製作畢業證書之行爲，可能成立第二百十三條之公務員登載不實罪之教唆犯：

(1)教唆行爲指喚起正犯犯罪決意之行爲。甲拜託乙之行爲，喚起正犯丙製作內容不實之畢業證書之犯意，故甲該當教唆行爲。而甲主觀上之認知亦該當教唆犯之要件，主觀構成要件該當。

(2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立公務員登載不實罪之教唆犯。

2.甲請乙代為向丙拜託之行爲，可能成立第一百二十二條第三項之行賄罪之教唆犯：

(1)乙成立行賄罪已如前述。而甲應成立行賄罪之正犯或教唆犯則有疑問。甲請求乙向丙拜託，乃是出於為自己犯罪之意思，似應成立正犯，惟甲並未親自交付賄賂，亦未對乙之犯罪行爲有意思支配，而僅請求乙代為向丙拜託，故其行爲乃是喚起乙行賄之決意，故甲之行爲應成立教唆犯。而甲主觀上之認知亦該當上述要件，主觀構成要件該當。

(2)乙無阻卻違法、罪責事由，成立行賄罪之教唆犯。

3.競合：甲成立之兩罪間，出於一個意思決定，且無保護法益之同一性，成立想像競合，從一重之公務員登載不實罪之教唆犯處斷。

四、某甲原先即無故持有制式手槍一把、子彈兩發以供防身之用，嗣其友人某乙得悉後，即與某甲商議持該槍、彈為犯罪工具擄人勒贖，經某甲首肯後，乃於民國九十三年一月十五日共同持上開手槍、子彈將富商某丙強押上車，擄至山區之工寮以便勒贖。甲、乙在勒贖過程中發現某丙身上有鑽石戒子一枚、銀行提款卡一張，竟共同意圖為自己不法之所有，在某丙不能抗拒之情形下予以強取，且逼問出提款卡之密碼，嗣於取得某丙家人交付贖款之新台幣（下同）一百萬元後，始將某丙釋放，其後並持上開提款卡至銀行隻自動櫃員機提款，因程式設計每次最多僅能提領二萬元，甲、乙遂先後鍵入五次密碼，共領得十萬元，嗣經警調閱錄影帶而查獲上情。試問：甲、乙應如何論罪？





命題意旨	測驗考生刑法分則法條之熟稔度；以及冒用他人提款卡是否成立電腦詐欺罪之爭議。
答題關鍵	題目中可能該當之犯罪條文應確實引用（例如第三百四十七條第五項）；電腦詐欺罪的部分亦應多加說明。最後則是競合的部分，可以提到實務上可能的處理方式。
參考資料	方律師，刑法分則，第 2-67～2-74 頁；第 2-96～2-101 頁；第 2-198～2-202 頁
高分閱讀	1.93 年考場寶典 P.5-9：題目 5 第 1 小題：擄人勒贖（相似度 20%） P.5-14：題目 10 第 4、5 小題：詐欺罪（相似度 50%） 2.高點法學錦囊系列-刑法-分則篇（蔡律師、余律師）〈L208〉（相似度 50%） P.98～112：強制罪 P.268～280：強盜罪 P.400～406：擄人勒贖罪 P.113～118：剝奪行動自由罪 P.328～338：詐欺罪 3.高點重點整理系列-刑法分則（方律師）〈L235〉（相似度 50%） P.1-79～82：剝奪行動自由罪 P.1-85～88：強制罪 P.2-77～78：加重強盜罪 P.2-85～88：擄人勒贖罪 P.2-133～152：詐欺罪 4.高點法學錦囊系列-刑法-總則篇（蔡律師、余律師）〈L207〉 P.287～296：共同正犯（相似度 50%） 5.高點重點整理系列-刑法總則（方律師）〈L234〉 P.2-293～302：共同正犯。（相似度 50%）

## 【擬答】

## (一)甲的部分

- 甲持有制式手槍與子彈之行爲，可能成立刑法第一百八十六條之危險物品罪：
  - (1)未受允准而持有炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物或軍用槍砲、子彈，爲危險物品罪。依題意甲無故持有制式手槍一把、子彈兩發，該當本罪之構成要件。而實務上認爲，行爲人雖同時持有手槍與數顆子彈，僅論以一個危險物品罪即爲以足。而甲主觀上之認知亦該當本罪之要件，故主觀構成要件該當。
  - (2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立危險物品罪。
- 甲將丙強押上車，擄至山區之工寮勒贖之行爲，可能成立第三百四十七條之擄人勒贖罪：
  - (1)意圖勒贖而擄人者，爲擄人勒贖罪。甲強押丙上車至山區之工寮，該當擄人勒贖罪之構成要件。甲主觀上之認知亦該當，且出於勒贖之意圖，故主觀構成要件亦該當。
  - (2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立擄人勒贖罪。
  - (3)惟甲於取得丙家人之贖款後，即將丙釋放，依第三百四十七條第五項後段規定，取贖後而釋放被害人者，得減輕其刑。故甲成立擄人勒贖罪，但得減輕其刑。
- 甲強取丙之鑽石戒子與提款卡，可能成立第三百三十條之加重強盜罪：
  - (1)強盜罪以不法所有意圖與使他人不能抗拒而交付財物爲要件。本題中甲在丙不能抗拒之情形下，強取丙之鑽石戒子與提款卡，又甲是持有手槍而犯之，符合第三百二十條加重事由中第三款之攜帶凶器而犯之，故該當加重強盜罪之構成要件。甲主觀上之認知亦該當上述要件與不法所有意圖，主觀構成要件該當。
  - (2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立加重強盜罪。
- 甲可能成立第三百三十二條第二項之強盜擄人勒贖罪結合犯：
  - (1)甲成立加重強盜罪與擄人勒贖罪如前所述，而實務見解認爲，第三百三十二條之「犯強盜罪」，包括加重強盜罪在內，且結合犯之成立並不需要有包括之認識，另行起意亦得成立結合犯，故若依實務見解，則甲該當強盜擄人勒贖罪。
  - (2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立強盜擄人勒贖罪。
- 甲提領十萬元之行爲，可能成立第三百三十九條之二之自動付款設備詐欺罪：
  - (1)刑法第三百三十九條之二規定，意圖爲自己或第三人不法之所有，以不正方法由自動付款設備取得他人之物者，爲自動付款設備詐欺罪。甲在意圖自己不法所有之下，以丙之提款卡領取金錢，是否該當法條所稱之「不正方法」則





有疑問。有學者認為銀行僅認卡而不認人，只要提款卡真正而非偽造，銀行即會同意將現金交付於該持有提款卡之人，因而冒用他人提款卡並不符合此處之不正方法。但亦有學者認為此種情形與使用偽幣詐騙自動販賣機之情形同，故亦應成立本罪。管見從後說，應可認為銀行與持卡人間對於交付金額仍有相當程度之屬人性，亦即銀行僅有在有權提款人使用真正提款卡提款時，始同意將該現金交付。故甲此時仍為不正方法，該當自動付款設備詐欺罪。甲主觀上之認知亦該當上述要件與不法所有意圖，主觀構成要件亦該當。

(2)甲無阻卻違法、罪責事由，甲成立自動付款設備詐欺罪。

(3)依題意甲先後輸入五次密碼，始提領十萬元，此時應成立接續犯，僅論以一罪即可。因為甲之行爲乃出於一個意思決定，接續為同一性質之行爲，而分別的各個行爲在時間、場所上亦極為密接，故並非成立連續犯而成立接續犯。

6.競合：甲成立危險物品罪、擄人勒贖罪、加重強盜罪與強盜擄人勒贖罪。強盜擄人勒贖罪與強盜罪、擄人勒贖罪為法條競合，論以強盜擄人勒贖罪即可。而危險物品罪與強盜擄人勒贖罪為不同之行爲決意，應為不同行爲，侵害不同法益，應數罪併罰之。

## (二)乙的部分

1.乙持有制式手槍一把、子彈兩發之行爲，可能成立刑法第一百八十七條之加重危險物品罪：

(1)乙與甲所犯之數罪，皆是出於共同之行爲決意且有共同行爲之實施，故甲與乙應為共同正犯。根據共同正犯一部行為全部責任之法理，乙應對甲所為之不法行爲負責。然而乙與甲不同之處，在於乙開始持有手槍與子彈之時，即有供自己犯罪之意圖，故應該當加重危險物品罪。

(2)乙無阻卻違法、罪責事由，成立加重危險物品罪。

2.乙將丙強押上車，擄至山區之工寮勒贖之行爲，可能成立第三百四十七條之擄人勒贖罪：

(1)乙與甲為共同正犯已如前述，故乙亦應該當擄人勒贖罪。

(2)乙無阻卻違法、罪責事由，成立擄人勒贖罪。

(3)惟乙亦於取得丙家人之贖款後，即將丙釋放，依第三百四十七條第五項後段規定，取贖後而釋放被害人者，得減輕其刑。

3.乙強取丙之鑽石戒子與提款卡，可能成立第三百三十條之加重強盜罪：

(1)乙與甲為共同正犯已如前述，故乙亦應該當加重強盜罪。

(2)乙無阻卻違法、罪責事由，成立加重強盜罪。

4.乙可能成立第三百三十二條第二項之強盜擄人勒贖罪結合犯：

(1)乙成立強盜罪與擄人勒贖罪如前所述，而實務見解認為，第三百三十二條之「犯強盜罪」，包括加重強盜罪在內，且結合犯並不需要有包括之認識，故若依實務見解，則乙該當強盜擄人勒贖罪。

(2)乙無阻卻違法、罪責事由，成立強盜擄人勒贖罪。

5.乙提領十萬元之行爲，可能成立第三百三十九條之二之自動付款設備詐欺罪：

(1)乙與甲為共同正犯已如前述，故乙亦應該當自動付款設備詐欺罪，並為接續犯，論以一罪即可。

(2)乙無阻卻違法、罪責事由，成立自動付款設備詐欺罪。

6.競合：乙成立加重危險物品罪、強盜罪、擄人勒贖罪與強盜擄人勒贖罪。強盜擄人勒贖罪與強盜罪、擄人勒贖罪為法條競合，論以強盜擄人勒贖罪即可。實務上認為行為人若成立加重危險物品罪，則與其之後所犯之罪，應成立牽連犯。故乙成立之兩罪應成立牽連犯，從一重之強盜擄人勒贖罪處斷。



# 《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。

# 《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 0 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，依前述著手判斷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、乙二人撞上丙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邊之丙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。



# 《刑法》

一、甲為某綜合醫院家庭醫學科主任，與其妻妹乙發生戀情，瞞著妻丙將乙金屋藏嬌，某日丙因頸部有硬塊到醫院向甲求診，甲懷疑丙罹患淋巴瘤，陪同丙至另一較大型醫院一般外科求診，聯絡資料填寫乙之住址、電話，切片結果證實丙罹患淋巴瘤，甲乙攔截外科醫師回診通知，甲並且告訴丙已打過電話查問切片結果，其頸部硬塊為良性淋巴瘤，過些日子可能會自動消失，不必擔心，乙亦勸丙寬心，並邀丙出國旅遊三個星期，回國途中丙深感不適，返家後再度掛號求診，始知淋巴瘤已轉為鼻咽癌，緊急安排開刀和化療，丙於二個月後病逝。試說明丙之死亡可否歸責於甲乙。（25 分）

命題意旨	作為與不作為、因果關係、義務犯的法理
答題關鍵	應以整合的作答為宜，無法以單一行為各自評價。
擬答鑑示	1.參考：方律師，《刑法總則》，頁 2-10 以下、頁 2-118 以下，高點出版。 2.參考：林東茂，當愛已成往事，收錄於《一個知識論上的刑法學思考》，頁 71 以下。 3.參考：許玉秀，實質的正犯概念，收錄於《刑法的問題與對策》47-60 頁。 4.參考：陶聲洋防癌基金會，淋巴瘤 <a href="http://tis.mc.ntu.edu.tw/~dao/icon4-15.htm">http://tis.mc.ntu.edu.tw/~dao/icon4-15.htm</a>

## 【擬答】

### (一)甲的部分

甲是否能被歸責，必須先討論甲是那一部分的行為應該受到歸責，甲在本案中的行為有，最初的陪同行為、進一步的填乙之資料行為、攔截回診通知的行為、告知為良性之行為，原則上最初甲之所以要陪同丙去找外科醫師是因他只是家醫科醫師，無法作癌症的進一步判斷，不是對丙的法益在社會上有意義的侵害行為，至於進一步的填資料行為，甲只要在事後將資料轉交，對於丙的法益也不會有any侵害的社會意義。重點在於甲進一步的攔截行為和其後的欺騙行為，那麼這兩部分是一行為還是兩行為，是作為還是不作為？就第一個問題而言，管見以為應屬一行為，因為這是甲在想要透過不讓丙得知其病情而侵害她生命法益的想法下所作出來前後接續為之的動作，因此只能論以一行為；就第二個問題而言，管見以為必須從作為和不作為的區別理論看起，通說對其區別理論採「社會事實評價重點為何」作判斷，在此評價重點應該是在於「不告知」的行為，而不是「積極的欺騙」，因為法所期待的是甲在此對乙為告知，而不是單純的不欺騙，因此屬於不作為。

甲對於丙死亡必須透過他的「不告知」（欺騙只是進一步的不告知）有可能受到歸責，擔負不作為殺人的責任，以下即就是否構成不作為殺人罪進行討論：

客觀構成要件上，甲是丙的丈夫，是刑法上保證人地位所謂密切生活關係的類型，此外又有醫病關係的「自願承擔義務」的類型，具雙重保證人地位；甲有不作為的不告知，丙也已經死亡，問題是不告知和死亡間有無因果關係，通說上對於不作為犯的因果關係稱之為「假設的因果關係」，其判斷標準是以幾近確定之可能性來看，如果已為告知時，丙就可免於死亡時，甲的不告知就有因果關係，就丙原先只是淋巴瘤的初期（頸部硬塊），現在醫學對於淋巴瘤有相當高的治癒率，初期的病人有很高的康復比率，因此如果甲有告知時，丙應該是不會死亡的，所以不告知和丙的死亡有因果關係。此外甲在當時，也有作為的可能性，因此甲的不作為的行為手段與作為之方式是等價的，所以客觀構成要件該當。

主觀上甲本來就是想要透過不告知而造成丙的死亡，因此有殺人故意，沒有其他阻卻違法與罪責事由，甲構成本罪。（當然如果甲祇有重傷的故意，則應該成立重傷致死罪。）

丙的死亡，甲必須加以歸責，其罪名是不作為殺人既遂罪。

### (二)乙的部分

乙對於丙的死亡，歸責的考量應該先討論她的行為那部分要歸責，在此乙的行為包含了與甲一同的攔阻回診信件、約丙出國、出國玩，但是就社會意義而言，真正對於乙的生命法益有意義的，仍是在攔阻信件時的不告知行為，後來的約丙出國、一同出國都只是踐行不告知的接續行為而已，因此乙在歸責上還是必須回到不告知的部分。

因此，乙對於丙的死亡要討論的是可不可能構成不作為殺人既遂罪：

本罪在客觀構成要件上必須行為人有保證人地位，乙是丙的妹妹，通說上認為姐妹間就生命、身體法益有「密切共同生活關係」的保證人地位，因此乙對於丙具保證人地位，此外就假設因果關係的討論上和甲相同，而乙當時也有作為可能性，因此，乙的不作為和作為等價，所以客觀構成要件該當。主觀上乙對於丙的死亡也有認識和意欲，有故意，沒有其



他阻卻違法及罪責事由，乙構成本罪。但是另一個問題是，乙是否可能和甲一同成立共同正犯，在此因為甲、乙兩人的行為都是不純正不作為犯，學說上有將不純正不作為犯歸類為「義務犯」的類型，就義務犯類型上是不適用共同正犯在「功能支配」的法理而認定正犯的，而只要行為人違背了他的義務，就可以論以正犯，換言之，不適用共同正犯的規定，因此甲、乙都是不純正不作為犯的情況，不可能構成共同正犯。但國內通說認為具有作為義務之行為人，共同決意不作為，亦可成立不作為犯之共同正犯。

丙的死亡，乙必須加以歸責，其罪名是不作為殺人既遂罪。

- 二、甲曾犯貪污罪，入獄執行，尚餘二年徒刑時，因合假釋條件，經假釋出獄後，在某私人並業任職。惟因先前之貪污事件，屢受同事乙、丙、丁三人之冷嘲熱諷，心頗憤懣，乃思加以殺害。某日，持刀侵入乙宅，將乙殺害後，旋開車馳赴丙宅，見丙與其妻 A 正於門前路旁洗車，乃持刀猛刺，因丙躲閃，致誤刺 A 之腹部，頓時鮮血如注，經送醫急救，仍告藥石罔效。甲殺人後立即開車逃逸，至某路口時，忽見 B 之背影酷似丁，遂加足馬力衝撞，致 B 當場死於非命。試問對甲應如何論罪科刑？（25 分）

命題意旨	客體錯誤、打擊錯誤、科刑一罪競合、假釋 79 之 1 的規定
答題關鍵	先就各別行為討論犯罪是否成立，再說明競合的問題，最後談刑罰的科處。
擬答鑑示	1.參考：方律師，《刑法總則》，2-55 頁以下、3-98 頁、3-101 頁。 2.參考：許玉秀，竊盜之著手與科刑一罪之競合，《台灣本土法學》21 期

### 【擬答】

- (一)甲侵入乙宅，可能構成刑法三 六條一項侵入住居罪：

甲無正當理由，係屬無故侵入乙家，客觀構成要件該當，甲也認識他在無故時為該行為，主觀構成要件該當，沒有阻卻違法及罪責事由，甲構成本罪。

- (二)甲殺乙，可能構成刑法二七一條一項的殺人既遂罪。

甲對乙實施殺害行為，有故意，沒有阻卻違法及罪責事由，甲構成本罪。

- (三)甲持刀刺丙，可能構成刑法二七一條第一項之殺人未遂罪

甲持刀刺丙時，誤刺 A，因此丙並未死亡，故不符合殺人既遂之構成要件，但甲基於殺人故意已著手殺害丙，但客觀構成要件並未實現，故應具備了殺人未遂之構成要件該當，且無阻卻違法及罪責之事由，故應成立殺人未遂罪。

- (四)甲持刀誤刺 A，可能構成刑法二七六條第一項之過失致死罪。

甲持刀誤刺 A 導致 A 送醫後死亡，具有因果關係，且甲的行為也製造了法律所不容許的風險，該風險也實現了結果，所以客觀構成要件該當，而甲當時是要刺丙，因丙閃躲而誤刺 A，此種情形學說上稱為「打擊錯誤」，通說認為打擊錯誤對於誤中之客體應阻卻故意，且甲當時見 A 與丙在路旁洗車，對於誤刺 A 的情形，應有預見的可能性，故甲應已具備了過失致死罪的構成要件該當性，且無阻卻違法及罪責的事由，應成立過失致死罪。

- (五)甲開車撞 B，可能構成刑法二七一條一項的殺人既遂罪

客觀上甲如果不撞 B，B 不會死亡，有因果關係及客觀歸責，故客觀構成要件該當，主觀上甲雖然心裏想侵害的是丁，而去殺了自以為是丁的 B，此種情形學說上稱為「客體錯誤」，而因為殺人故意是對於他人生命侵害的認識，在行為人對於行為客體是他人認識無誤的情況下，縱使該特定者的身分不是行為人原先所設想的分時，只要行為人所侵害的特定者始終是同一人，即可論為有故意。所以，本題中甲誤 B 為丙，仍有殺人故意，此外並沒有其他阻卻違法及罪責事由，甲構成本罪。

- (六)競合：甲第一個行為構成殺人和侵入住居，應該是牽連關係，但是甲在進行第一個殺人時，已經對於他要連殺乙、丙、丁有了整體故意，因此甲在其後的殺人罪部分，只要在時間上不相隔過遠的前提下，均可以透過連續犯的規定處理；甲在第二個行為構成殺人未遂和過失致死的想像競合，但是殺人未遂部分和第一個殺人既遂是連續犯；而第三個殺人既遂也和第一、二個殺人罪是連續犯的關係，在此種第一、二的連續關係又和其他犯罪競合的狀況稱為科刑一罪的競合，其如何處理有不同見解，唯管見以為宜先處理連續犯，再處理想像競合，最後處理牽連犯。因此本案中甲三個殺人依五十六條構成一個連續殺人罪，然後和過失致死想像競合，從一重連續殺人，最後再和侵入住居論以牽連關係，從一重連續殺人罪，因此甲只按一個連續殺人罪處斷。

- (七)因此甲連續殺人部分應就殺人罪之法定刑得加重二分之一來量刑；此外，甲就之前的貪污還有二年的刑期而假釋出獄，其期間未滿而犯故意之罪，因此依七十八條撤銷假釋，至於撤銷後應如何論處，依七十九條之一第五項的規定，甲必須先執行二年的假釋殘餘刑期，再執行依本案所討論之犯罪所科予的執行刑。

- 三、現行刑法第一百條規定：「意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處 」。試問：





- (一) 本條是否有構成要件行為？(5 分)  
 (二) 本條是否有行為客體？(5 分)  
 (三) 本條規定有無違反罪刑法定原則，其理由為何？(15 分)

命題意旨	內亂罪的爭議。
答題關鍵	分點說明之即可。
擬答鑑示	1.參考：劉幸義，內亂罪的爭議問題與新舊法的評估，《中興法學》36 期。 2.參考：方律師，刑法總則，1-14 頁，高點出版。 3.參考：林山田，各論（下），2-9 頁。

### 【擬答】

- (一) 所謂構成要件行為是指犯罪客觀構成要件上明白指出的行為「內容」，換言之，必須有明確的具體指稱對象才可以稱為構成要件行為。本罪的構成要件中，前半段規定的是行為人主觀上的意圖要素，真正的客觀構成要件只有「以強暴脅迫著手實行」，學說上有認為這種以「著手」為其構成要件要素者為著手犯，但必須注意的是，所謂的著手是在「行為階段」的前提下進行討論的，指的是行為人對於法益侵害實現所達到的程序，這種行為階段的用語無法指陳構成要件應該有的「內容」，因此就內亂罪的規定看來，只有行為階段而沒有任何構成要件行為的規定；至於「強暴」、「脅迫」只是行為方法的規定，而不是構成要件行為的規定。因此本條沒有構成要件行為。
- (二) 所謂行為客體是指構成要件行為的對象而言，本條在前半段規定對於國憲、國體、政府、國土侵害的文字，但是這都只是主觀意圖的規定而已，換言之，是意圖的對象而不是構成要件行為的對象，而本罪因為沒有構成要件行為，所以也沒有構成要件行為的對象—行為客體。
- (三) 罪刑法定原則的目的是要界定國家刑罰權的界線，以發揮刑法上的保證功能，故要求的是立法者必須以形式的法律條文規定犯罪的內容。進一步來說，這些法律明文的規定至少在客觀上必須有一個能夠被審查的行為，在內容上明白具體地出現於構成要件中，才能符合罪刑法定的要求，否則單純以主觀要件作為罪刑法定的內容，容易陷入於罪，違背了罪刑法定原則中所謂的「構成要件明確原則」。本條根據前面的分析根本沒有任何構成要件客觀行為，而唯一的客觀要件是著手，又無法發揮限定行為態樣的機能，例如，以竊據國土的意圖，對於特定公務員施強暴、脅迫亦可能成立內亂罪，但是這樣的行為應該不會影響國家的存立，故成立內亂罪，顯有不當。因此本罪違反罪刑法定原則中之構成要件明確原則。

四、國際情勢風起雲湧，A 國與 B 國正欲開戰。B 國人士某甲正於我國擔任某國立大學的客座教授，於是利用職務之便，透過學術網路，藉著特殊的技巧規避了 A 國國防部電腦網路系統中管理登入登出的程式（亦即所謂的防火牆）的管制，成功地進入系統中觀看了 A 國記錄其兵力配置狀態的檔案，並留下警告性的語句。某甲本以為神不知鬼不覺，不料，卻不小心留下自己的 ip 紀錄，進而被 A 國情報人員查獲蹤跡。A 國據此要求我國將某甲當成刑事犯予以處理，並揚言若我國不採取妥當的行動，則不惜發動經濟制裁。試問某甲有無獨犯刑法法規。（25 分）

命題意旨	測驗考生對於刑法 220、323 條中對於電磁紀錄被視同文書的規定在其他法條上的運用。
答題關鍵	電腦侵入刑法沒有直接的處罰，但是卻透過其他的規定技巧性地處罰。
擬答鑑示	1.參考：蔡律師，《刑法分則》，頁 219、403，高點出版。 2.參考：黃榮堅，刑法增修後的電腦犯罪問題，收錄於《刑罰的極限》，頁 312。 3.參考：李茂生，資本、資訊與電腦犯罪，收錄於《權力、主體與刑事法》，頁 219~223、285~286。

### 【擬答】

- (一) 甲進入 A 國的國防部電腦，可能構成刺探國防秘密罪（刑法 111 條一項）  
 本罪客觀上必須刺探刑法一 九條之文書、圖畫、消息或物品，但是依據刑法一 九條的規定，這些文書、圖畫、消息、物品至少必須是和中華民國國防之秘密有關，這是因為本罪章保護的是國家法益，而原則上刑法保護的國家法益是我國的國家法益。本案中甲刺探的對象是 A 國國防部兵力配置的檔案，並不是中華民國的國防秘密，所以不滿足本罪的客觀構成要件。
- (二) 甲進入 A 國的國防部電腦，可能構成刺探國防秘密未遂罪（刑法 111 條 2 條）  
 如前所述，主觀上甲必須有刺探中華民國國防秘密的故意才可以該當本罪的故意，甲在進入時已經知道這是 A 國的國防部電腦，所以不可能有本罪的故意，甲不構成本罪。



## (三)甲進入 A 國的國防部電腦，可能構成竊視罪（刑法三一五條之一第一款）

本罪客觀上必須是無故利用工具窺視他人非公開的活動、言論或談話，A 國國防部將兵力配置的狀況揭露於網路上，並不是本條所稱的活動、言論或談話，所以甲不構成本罪。

## (四)甲進入 A 國的國防部電腦，可能構成背信罪（刑法三四二條一項）

本罪在客觀上必須為他人處理事務，違背其任務，致生損害於本人。甲擔任我國國立大學的客座教授，和我國的國立大學簽有學術合作的契約關係，但是卻利用我國國立大學的學術網路進行自己侵入 A 國國防部電腦的行為，是否有本罪的適用必須先考量有無「為他人處理事務」的符合，學說上對於在此的事務有不同的見解，有認為在此的處理事務必須是涉及第三人的事務，也就是本人授權行為人和第三人進行法律事務的授與權限行為才是此處的事務，也有認為在此的事務指的是有裁量權的事務，至於是內部事務或是外部事務均可，而甲和我國大學簽定的是學術合作的契約，我國的大學也才會在甲進行學術合作的範圍之內讓甲使用學術網路，而甲透過學術網路進行與學術無關的行為，即使是違背任務，但並未直接使本人造成財產上之損害，故不構成本罪。

## (五)甲進入 A 國的電腦，可能構成竊盜罪（刑法三二 條一項）

竊盜罪的成立客觀上以未得他人同意，破壞他人對於動產的支配而建立自己對於動產的支配為要件，甲只是單純進入，但是就電腦的特性而言，一旦侵入他人的電腦時，縱使沒有將所瀏覽的檔案下載，記憶體上也會出現將這部分透過網路而取得的電磁紀錄，因此只要是侵入時，對於以 0 與 1 組成無法為人所視的電磁紀錄而言，將已經發生被侵入者取得的狀況。此外，我國刑法三二三條又將電磁紀錄視為動產，因此在電腦侵入的情況下會發生動產（電磁紀錄）的支配為侵入者取得的特殊現象，但是學說上有認為即使將電磁紀錄擬制為動產，亦無法滿足「竊取」概念的要求，因此竊取必須是行為人建立持有而使原持有人喪失了持有，所以在電腦入侵的情形下並未使被害人喪失了電磁紀錄的持有，所以不成立竊盜罪。然而，學說上對電磁紀錄的竊盜亦有又認為只要能建立持有即可，不必達到破壞持有的情況，因此甲單純侵入的行為，可能該當於「建立動產持有」的竊取要件。問題在於甲是否有得到同意？A 國國防部在網頁上設計防火牆，以排除不相干之人進入瀏覽，可以肯定為這是表明了 A 國國防部不樂見非該部所喜之人進入而將這部分的內容取得在記憶體上，因此已經符合了「未經同意」的「竊」取要素。是以如果電磁紀錄之竊取不以使被害人喪失持有為要件，則行為人應成立竊盜罪。

## (六)甲進入 A 國電腦，可能構成毀損文書罪（刑法三五二條一項或第二項）

本罪客觀上以毀棄、損壞他人文書為要件，A 國的國防部設有防火牆，防火牆是一種程式，也同樣是電磁紀錄，依刑法二二 條的規定，就整部刑法的任何罪章而言都視為文書，因此防火牆是一種文書，甲在進入 A 國電腦時並沒有破壞該防火牆，而只是技巧性地規避，不該當於毀棄損壞的規定。又甲的行為並未干擾 A 國電腦之正常運作，亦不符合本條第三項之規定。因此甲不構成本罪。

## (七)甲入侵 A 國電腦可能成立三一五條之妨害書信秘密罪：A 國的兵力配置之檔案為電磁紀錄，並且可以證明 A 國兵力配置狀態的事實，故屬於文書（§220 ），A 國的兵力配置檔案是有透過防火牆的形式加以保護是否符合「封緘」的概念，則是本題的重點，學說上有認為封緘必須是一個具有形體的障礙物，是以電腦入侵的情形下便不能成立本罪。但亦有認為既然立法者將某些具有證明力之電磁紀錄當作文書，因此「封緘」的概念應該擴及到電磁紀錄具有保護措施的情形，因此甲可以成立本罪。

## (八)結論：如果認為電腦入侵不會構成竊取電磁紀錄及妨害秘密罪，則本題行為人無罪。但如果認為甲應成立竊取電磁紀錄罪及妨害書信秘密罪，則行為人應論以想像競合。



# 《刑法》

一、甲、乙二人共謀殺丙，先由甲擬妥殺丙計畫後，交由乙執行，但乙未依甲所擬計畫執行，結果未能將丙殺害。問甲、乙二人應負何種刑責？（二十五分）

命題意旨	行為階段、共謀共同正犯、中止未遂的刑法評價。
答題關鍵	1. 因題意不清，建議以假設分點的方式說明，但也可以不以假設的方式處理。 2. 行為階段在乙的狀況下如何一步一步扣起來，建議以漸進的方式說明。 3. 共謀共同正犯是刑事責任的擴張，這一點一定要抓住。 4. 中止未遂是個人專屬性的適用。
參考資料	1. 蔡律師，刑法總則，200 頁以下、221-229 頁、274-276 頁、282 頁以下。 2. 方律師，刑法總則，2-294 頁以下、2-301 頁、2-317 頁以下、2-420 頁以下。

## 【擬答】

### 壹、乙的刑責部分

- (一) 乙就殺丙此一案件所為的行為計有「和甲共謀，而達成由甲計畫犯罪、由乙實行的謀議」以及「謀議完成之後，未進行原先的謀議」二者。
- (二) 就乙所為的行為而加以犯罪的審查而言，因丙並未死亡，故乙不可能成立刑法二七一條一項的殺人既遂罪，接著再審查乙可否成立殺人未遂罪？按殺人未遂罪的成立必須有殺人故意以及著手二個要件，就題意而言，僅指出「乙未依計劃執行，而未能將丙殺害」，就題意觀之，上述乙的行為態樣可能涉及的事實有：
- (1) 乙依甲計劃進行著手殺丙，但因非乙所能控制的因素而未能完成計劃。
  - (2) 乙依甲計劃進行著手殺丙，但因己意而放棄未能依計劃為之。
  - (3) 乙在謀議完成後，就未曾依計劃進行
- 前二種型態乙成立刑法二七一條二項的殺人未遂罪；但因第二種型態符合刑法二七條中止犯的規定，故可以減免其刑。而第三種型態因無著手故不構成殺人未遂罪，但應繼續審查刑法二七一條三項的殺人預備罪，學說上對於形事預備罪的處罰有抱持懷疑的態度，但就現行法的適用而言，原則上必須要達到對生命法益有相當程度的危險性才可以適用本罪，故在此尚須區分兩種類型：
- 如乙在謀議後，自始即放棄該計劃，則不構成犯罪。
- 如乙在謀議後，雖未為計劃的執行，但存在相當程度的「計劃準備行為」，而該行為對生命法益存在嚴重的威脅，則可成立殺人預備罪。

### 貳、甲的刑責部分

- (一) 甲就殺丙此一案件的行為包括「與乙謀議」以及「謀議以後為犯罪計劃的擬定」二者。
- (二) 就上述之行為而言，雖然尚未達到殺人的著手，但因為甲與乙有共謀及擬定計畫的行為，在整個犯罪過程中，應具有功能的犯罪之配，故與乙應成立（共謀）共同正犯，就乙的犯行應共同負責。之分點說明之：
- 如乙成立殺人未遂罪，則甲亦成立殺人未遂罪，但乙若是中止未遂而用刑法二七條時，甲不可適用，因中止犯之解除刑罰事由是一身專屬性，共犯間不能相互援用。若乙成立殺人預備罪，則甲是否可適用（共謀）共同正犯的規定在學說上有不同見解，通說及實務則採肯定說。
- 但因注意的是本題若甲乙兩人之共謀情形是乙原本沒有犯意，甲唆使乙產生犯意，進而為共謀的行為，如果乙不成立犯罪或僅成立殺人預備罪，則甲似乎應論以刑法二九條三項之未遂教唆，才較為合理。

參、結論：因題意未明確交待甲乙的行為模式，故須以分點的方式討論之，其結論同上所述。

二、甲和鄰居乙吵架，打落乙兩顆門牙，左臉頰並縫了三針，被妻子丙責罵，騎摩托車出外喝悶酒，回家途中遭警察臨檢，測得血液酒精濃度為零點六 毫克，被移送地檢署，耽誤上工時間，因而丟了工作。某日出外應徵臨時工，接連碰壁，經過曾經工作過的國宅，心想無論如何應該帶點錢回家，潛入大樓，正巧有戶人家門虛掩，甲進入始知該屋正在裝潢，轉往另一家撬開門鎖，竟然是空屋，再轉往第三家，門沒鎖，玄關茶几上放了一只錢包，甲將錢包迅速抄入口袋內，轉身離開往第四家，正在開門鎖時，聽到有人大喊有小偷，衝下樓梯時撞倒兩個正要上樓的小學生，一個額頭腫個包，一個左手腕骨折，甲旋即被扭送警察局，打開錢包內有百元鈔票和零錢共二百五十元，丙接獲警察局通知後棄家出走，甲必須單獨照顧五個未滿十歲的小孩。試論斷甲的罪責。如果酗酒駕車經判決宣告四個月徒刑確定後，乙告甲傷害和竊盜案相關行為各被宣告四個月和六個月徒刑，應如何定執行刑？甲一定要入獄服刑嗎？（二十五分）

命題意旨	1. 罪名認定 2. 訂執行刑的問題 3. 易科罰金的問題
答題關鍵	1. 本題設計上很奇怪，前後的罪名不一致，建議答題時把它分成兩個不同的「題目」來作答。 2. 法條的記憶很重要，本題後半部是法條的問題。 3. 競合理論和罪數理論的區分。
參考資料	1. 蔡律師，刑法總則 489-490 頁。 2. 方律師，刑法總則 4-33,34 頁 3. 陳志龍，台大法學論叢 25 卷 1 期，195-199 頁。

## 【擬答】

## 壹、甲的刑事責任部分

## (一)甲的罪名

1. 甲打落乙兩顆門牙，並使乙的左臉頰縫了三針，無論是數拳（因為是接續犯）或是一拳都只構成一個故意輕傷罪（刑法二七七條一項）。
2. 甲酒後騎摩托車，而測得血液酒精濃度 0.60 毫克，就刑法一八五條之三而言，摩托車是動力交通工具，甲有喝酒，但是是否達到「不能安全駕駛」的狀態，學說上有不同見解，有認為本罪為抽象危險犯，只要血液酒精濃度超過 0.55 毫克，就該當其要件，也有認為必須就實際上是否為「不能安全駕駛」加以實質考量，本題並未言明，但就前後文脈絡看來，應該是無論採何說，甲都是不能安全駕駛，構成本罪。
3. 甲進入第一家，構成刑法三 六條侵入住居罪，因第一家在裝潢，甲未為實際行竊，但就通說而言已為竊盜罪的著手，構成竊盜未遂罪（刑法三二 條三項）。
4. 甲進入第二家，構成刑法三 六條侵入住居罪，因甲行竊時是對屬於「安全設備」的門鎖加以毀壞，進入後又發現是空屋，就通說而言，構成加重竊盜未遂罪（刑法三二一條二項）。
5. 甲進入第三家，構成刑法三 六條侵入住居罪，第三家門未鎖，而甲進入後取得錢包即行離去，構成刑法三二 條的竊盜既遂罪。
6. 甲在第四家只有開門鎖的行為，還沒完成就放棄，不構成侵入住居罪，但是否構成竊盜未遂罪有不同見解，管見以為仍應構成，蓋因就其犯罪計劃言之，開門鎖就是著手的行為。
7. 甲撞到二個小學生，構成二個過失致傷害罪。

## (二)競合

甲所罪的故意輕傷罪和之後的犯罪無關，是獨立的犯罪；不能安全駕駛罪也是獨立的犯罪；四個竊盜行為因為甲在事前就有要偷數次的概括故意（或整體故意）存在，而且侵害的法益持有人不同，所以具有連續關係，而三個侵入住居罪也是具有連續關係，四個竊盜和三個侵入住居又同時存在牽連關係，處理上應該先論連續關係再論牽連關係，故在此甲就七個罪都成立，但是只論以一個竊盜既遂罪的刑，不過可以加重二分之一；其後的二個過失致傷罪是想像競合，論以一刑。該故意輕傷罪、不能安全駕駛罪、竊盜既遂罪的連續犯、過失致傷罪再論以數罪併罰。

## 貳、甲的執行刑訂定方法與入獄的問題

- (一)就題意所指，甲已經在前裁判中被宣告不能安全駕駛罪四個月刑期，後裁判宣告傷害乙部分四個月，竊盜部分為六個月，因為該三罪都可以在前裁判中為共同的確認刑罰權存在，因此後裁判所宣告的二個罪名原本可以在前裁判為共同確定，但卻未為之，故這兩個罪名是前裁判的餘罪部分，依刑法五十二條規定就餘罪處斷，至於處斷的方法有不同見解，有認為應該再和五十一條訂執行刑，亦有認為應個別執行者，通說採前說，管見亦同，故本題中應就甲所宣告的三個刑度，依據五十一條訂執行刑。
- (二)因為甲的罪名就題目後半部有提到傷害罪，竊盜罪，不能安全駕駛罪三個，因竊盜罪之法定刑為五年以下並不能易科罰金，雖傷害罪與不能安全駕駛罪得易科罰金，但與竊盜罪數罪並罰的結果，實務（釋字 144 號解釋）認為並不能易科罰金，所以甲一定要服刑。

三、甲乙二人應丙之邀共同乘坐由丙所駕駛之小客車，不料途中丙不慎肇事撞傷丁。甲乙兩人思報答丙以往之恩情，而共同商量由甲出面自承該車係由甲所駕駛肇禍。嗣於丙被訴過失傷害之偵查程序中，甲乙均供前具結而為虛偽之陳述係甲駕車肇事。問甲乙兩人共犯（或各犯）何罪？（二十五分）

命題意旨	偽證罪以及刑事訴訟法的證言拒絕權、親手犯的正犯認定標準。
答題關鍵	1. 證言拒絕權（刑訴 181 條）的基本規定 2. 犯罪支配說的例外（義務犯和親手犯）
參考資料	1. 蔡律師，刑法分則，808 頁。

## 【擬答】

- (一)甲虛偽陳述並具結可能構成刑法一六四條二項的頂替罪



本罪客觀上以頂替為要件，而頂替必須假冒自己為犯人或脫逃人，甲非肇事之人，而於偵查程序中供稱自己是犯罪之人，故客觀構成要件該當。主觀上甲知自己頂替的事實，而甲的意圖也是使得丙能夠不接受刑事訴追，故有使丙隱避的意圖，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲構成本罪。

(二)甲虛偽陳述並具結可能構成刑法一六八條的偽證罪

本罪客觀上以證人、鑑定人、通譯在審判或偵查時就案情有重要關係的事項，為虛偽陳述，並就之為有效的具結為要件，本題中甲是在檢察官為偵查而以證人的身分指陳何人肇事之時，反於客觀真實而為自己肇事的供述，但甲身為證人又具有供稱肇事者的雙重身分時，所作的具結是否有效則有問題，因為甲可能會該當於刑事訴訟法一八一條所指的「因陳述而使自己受追訴者」，如甲屬之時，即享有具結證言權，甲的具結就不是有效的具結，就此問題有肯定說及否定說兩種看法，管見以為以否定說為當，因為甲應該是「因『陳述』本身而受刑事訴追」，而不是刑訴一八一條所規定「因陳述某一『事實』，而就該陳述的『事實』而受刑事訴追」之人，因此甲仍得為有效的具結，客觀要件該當，甲主觀上認識虛偽陳述的事實，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，構成本罪。

(三)乙虛偽陳述並具結可能構成刑法一六四條二項的頂替罪

本罪客觀上以頂替為要件，因此就構成要件本身的理解上應該是一種「親手犯」，否則頂替的概念會過度擴張，而親手犯是否構成正犯不能用犯罪支配有無的觀點來認定，而應該用是否「行為人親手為之」來認定，本題中乙不是親自為頂替行為，不具親手性，無法該當於本罪的客觀構成要件。

(四)乙虛偽陳述並具結可能構成刑法一六四條二項幫助頂替罪

本罪客觀上須有幫助事實，乙和甲謀議，可以說是一種心理上的必要且不可欠缺的助長，有精神上的幫助力，而正犯又存在，因此客觀要件該當。主觀上乙有幫助故意和幫助既遂故意，沒有其他阻卻違法和罪責事由，乙構成本罪。

(五)乙虛偽陳述並具結可能構成刑法一六八條的偽證罪

乙在偵查中為證人，而為反於真實的虛偽陳述，供稱甲為犯人，且乙不具有拒絕證言權，客觀構成要件該當，而乙對其行為有認識，沒有其他阻卻違法和罪責事由，乙構成本罪。

(六)競合

甲一行為構成頂替罪和偽證罪，兩者保護法益不同，前者為司法訴追權的有效行使，後者為證言的法庭上真實陳述，應為想像競合，甲從一重偽證罪處斷。

乙一行為構成幫助頂替罪和偽證罪，想像競合，從一重偽證罪處斷。

四、甲於某日中午趁乙上班不在之際，潛入乙宅行竊得手。嗣因見乙宅值錢之物頗多，復於該夜更深入靜時，再度潛入行竊，正拉開衣櫃抽屜竊取珠寶時，將熟睡中之乙驚醒，乙出聲喝斥，甲乃持扁鑽將乙之手臂刺傷，並將珠寶強取而去。試問對甲應如何論罪科刑？（二十五分）

命題意旨	1. 連續犯、接續犯、數罪的問題 2. 犯意變更
答題關鍵	犯意變更的問題作答上建議以通說較好，因為本題的命題預設是在通說之下的。
參考資料	1. 蔡律師，刑法總則 474-476 頁。 2. 方律師，刑法總則 3-15 頁以下，3-19 頁以下，3-98 頁。 3. 蔡律師，刑法分則 266 頁、284-285 頁。

【擬答】

(一)甲第一次潛入乙宅行竊而得手，構成竊盜既遂罪和侵入住居罪兩個犯罪，而兩罪具有牽連關係。

(二)甲第二次潛入乙宅行竊時，是在第一次竊盜時另行起意所致，就第二次竊盜是否和第一次竊盜為同一行為，有不同見解，有認為在此等侵害時間接近（第二次是晚上），法益受侵害者同一時，應該認為是接續犯，亦有認為既然已經是臨時起意，則前後二次行竊是不同的行為。管見以為以後說為當，因為甲之所以要第二次行竊是基於行竊時另一次的犯意發生，要說成和第一次相同犯意，似乎不夠恰當，通說亦採此見解。故第二次潛入是另一行為。此外，如果第二次行竊是獨立行為，則第一次和第二次是否存在連續關係？按就此問題有兩說，有認為連續關係的成立必須事前就有整體故意存在，亦有認為只要後行為顯出連續意思即可，管見以前說為當，因為連續犯的適用上不宜過度擴張，故第二次行竊和第一次是獨立的兩行為，而且沒有連續關係存在。至於第二次潛入時的刑法評價，因未完成竊盜即有犯意變更情事發生，在下面再予以說明。

(三)甲第二次行竊，正拉開衣櫃抽屜著手竊取珠寶時，將熟睡中之乙驚醒，乙出聲喝斥，甲乃持扁鑽將乙之手臂刺傷，並將珠寶強取而去。這種情事在學說上稱為犯意變更，亦即甲從原先不以強制力的方法，轉為以強制力的方法實行取財，至於犯意變更應該如何處理，有不同的看法，有認為只論以後面的強盜罪即可，亦有認為犯意變更所涉及的是數個行為，應論以竊盜未遂與強盜取財既遂之並罰，通說採前說故甲在此本來是基於竊盜之故意而著手，後來又轉為強盜，只論以強盜罪即可。此外，甲為強盜時是在夜間，而又持扁鑽為之，符合三三 條的加重事由，雖有兩個加重事由存在，但罪名成立上只成立一個加重強盜罪即可。而甲又以扁鑽刺傷乙，構成二七七條一項的故意輕傷罪。

(四)總結甲第二次行竊的刑法評價，應該成立一個侵入住居罪、一個加重強盜既遂罪、一個故意輕傷罪，其中故意輕傷罪是在使用加重強盜罪的強制手段時所造成，故為一行為侵害數法益，想像競合，再和侵入住居罪構成牽連關係，從一重加重強盜罪處斷，再和第一次行竊的竊盜罪和侵入住居罪因牽連關係從一重之後的竊盜罪的處斷，兩者數罪併罰，再依五十一條訂執行刑。