

《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。