

《刑法》

一、(一)何謂「罪責」(亦稱有責性)?

(二)刑法第十八條所規定的罪責年齡分別為第一項「未滿十四歲人之行為，不罰」、第二項「十四歲以上未滿十八歲人之行為，得減輕其刑」、第三項「滿八十歲人之行為，得減輕其刑」其法理依據何在?

(三)刑庭法官審理刑事案件時，被告年齡為二十三?，經醫學及心理學專家鑑定，其智商、判斷力約為十七歲人之程度。針對此一事實，法官應如何判斷其罪責?(25分)

答題關鍵	本題為一「階梯式」之申論題，共分三個子題，且循序漸進逐步縮小問題的範圍：罪責 責任能力 關於責任能力之案例。面對此等題型切記先後說理必須一貫，作答時在案例分析上必須符合自己在責任能力問題上的論述，當然這段論述也得符合自己在罪責所做的分析。
試題評析	本題為申論題外加一個小型案例，旨在測驗學生對罪責這個較為抽象的概念之熟稔程度，以及此一抽象概念在實際上如何具體運用。
參考資料	1.林山田《刑法通論》(上)，增訂八版(2002,11)。 2.黃常仁《刑法總論》，增訂一版(2001,8)。 3.黃榮堅《基礎刑法學》(下)，初版(2003,5) 4.許玉秀《犯階層體系及其方法論》，初版(2000,9)。 5.黃榮堅《故意的定義與定位，刑罰的極限》，初版(1999,4)。
高分閱讀	高點方律師《刑法總則》，頁2-241 248。

【擬答】

(一)罪責(有責性)係為犯罪成立要件之一，行為人之行為具有構成要件該當性及違法性(或有學者合稱為「不法」)，尚須具有罪責，始得構成犯罪。在行為刑法的概念下，罪責之判斷係針對行為人個別不法行為進行，而不考慮行為人的性格或素行如何。簡言之，罪責係認定行為人是否對其所為之不法行為，是否必須負起刑法上的責任之判斷。

至於罪責之內涵如何，學說上迭有爭議，分述其內容如下：

- 1.心理責任論：源自19世紀後期自然主義思想，主要定論基礎在於認為行為是環境及體質之產物而否定人的意志自由。據此，認為罪責乃行為人主觀心態與行為結果之間的心理關係，亦即在行為人具有識別與控制能力的前提下，其行為表現出內在的瑕疵心理狀態(故意、過失)，即應負起刑法上的責任。易言之，罪責係以責任條件(即責任能力)為前提，以故意與過失為兩種平行的罪責型態。
- 2.規範責任論：奠基於對心理責任論的批判，此說認為責任能力並非前提而是罪責要件，並批評心理責任論無法解釋阻卻罪責的緊急避難與無認識過失。認為罪責乃是就法律規範之觀點，對行為人與其行為間之關係所為之規範價值，其本質乃在於意思決定與意思活動的可非難性，也就是以期待可能性作為判斷的核心，當法律可以期待行為人為合乎規範的行為，而行為人竟違反規範時，方具罪責。

今日多數學者採規範責任論。國內學者亦有在罪責的判斷中加入刑罰論的思考，而以人格權的衡平考量與預防目的來架構罪責概念，或以罪責作為需罰性的決定要素，建構刑罰論的罪責概念。但基本上仍然肯定以期待可能性作為罪責判斷的依據。按此，拙見以為，似以規範責任論對罪責的詮釋為可採。

(二)我國刑法對於責任能力的區分可分為實質區分與形式區分兩種類型，前者包括依心理精神狀態，如刑法第十九條(以下未特別說明者皆為刑法法條)，以及依生理狀態區分，如第二十條之規定。至於形式區分即以年齡為標準，如題所示規定於第十八條。

刑法之所以以年齡定責任能力，其立論基礎乃在於年齡大小與識別能力、控制能力的成熟度息息相關，年幼者心智尚未成熟，自無法期待其能夠正確判斷是非善惡或依其判斷控制行事，亦即縱其偶為刑事不法之行為，亦不具可非難性或可非難之程度較低。對此，以下就我國刑法第十八條分析之：未滿十四歲之人，心智尚未成熟而欠缺識別與控制能力，未能期待其適法行事，故無責任能力(第一項)；十四歲以上未滿十八歲之人心智尚未完全成熟，尚不具完全的識別與控制能力，故屬限制責任能力(第二項)；滿八十歲之人，由於心智業已衰退，識別與控制能力減低，故亦屬限制責任能力(第三項)。

(三)我國刑法就年齡區分責任能力的立法方式與理由說明已如上述，惟年齡與心智成熟度之關係並非絕對，或有年幼之行為人但實質上已有完全責任能力，或有年長之人但實質上並不具完全責任能力。前者之情形，基於罪刑法定原則，仍應依第十八條論斷，即依年齡判斷有無完全或限制責任能力。至於後者，本題所示即屬適例，詳論如下：

按本例中被告年齡已逾十八而未滿八十，自無由適用刑法第十八條之餘地，就刑法條文之規定觀之，為一有完全責任能力之人。因此，單單就法條觀之，法官僅可援用第五十七條第七款規定，即以犯人之智識程度為科刑時應審酌之事項，用以減輕本例被告之刑。按通說之體系，此等科刑輕重事項並非罪素要素(惟倘依前述少數學者主張之刑罰論的罪責概念，認為減輕刑罰與減輕罪責係同一概念，並無區分必要，則此款即屬減輕罪責之規定)。

惟拙見以為，本例中被告智商、判斷力僅達十七歲之人的程度，在實質上他只有限制責任能力人的識別、控制能力，法律期待他符合規範而為行為的程度，也應該與限制責任能力人的程度相同，也就是對於他所做的不法行為的可非難性程

度較低，實不應令其負擔相當於完全責任能力人之罪責，方符合規範責任論。否則會發生以形式害實質之不公平結果，造成實際上責任能力較低之人卻必須負擔較高的刑事責任。

二、甲因犯強盜罪經法院判決，宣告有期徒刑七年六個月，裁判確定後，又犯擄人勒贖及贓物罪，由檢察官分別起訴後，經分別裁判宣告擄人勒贖罪十四年有期徒刑、贓物罪罰金三萬元確定。試問應如何定甲之應執行之刑？(25分)

答題關鍵	考生應先鋪陳數罪併罰的基本定義與精神，其後就本題點出相關實務見解對於裁判確定後又犯他罪之情形不應適用刑法第五十三條合併定執行刑之規定，最後輔以釋字202號作為結語。
試題評析	旨在測驗考生對於數罪併罰的基本定義以及延伸關於刑法第五十三條合併定執行刑之限制
高分閱讀	高點方律師《刑法總則》，P.3-3 8、3-103 105、4-15 20。

【擬答】

所謂「數罪併罰」，是指針對具有實質競合關係之數罪，就各罪所宣告之刑，依刑法(以下稱本法)規定併合處罰之規則而定其應執行之刑。而考其意旨，就裁判確定前，同一行為人基於不同犯意而犯數罪，此數罪具備「共同裁判可能性」之前提下，為求刑事執行上之經濟而併合量定執行刑，因此原則上數罪得以併罰之前提，在於應於同一訴訟程序內接受裁判。

不過就「數罪經兩法院以上分別裁判」之情形，本法例外規定以數罪併罰之方式定期應執行之刑(本法第五十三條參照)。其意旨在於數罪縱非經同一訴訟程序審理但若皆屬裁判確定前違犯，與裁判確定之罪本具有在同一形式程序中接受判決之可能性，理應具有實質競合關係。故此種情形仍應依數罪併罰之規定(本法第五十一條)合併定其執行刑。

然而若裁判確定後始另犯他罪，根本不在數罪併罰之列，此觀釋字98號、32年非字第63號判例自明；同理，若前裁判確定，另犯他罪而於後一程序裁判，依實務見解(如33年非字第19號)，亦不能依刑法第五十三條定其執行刑。刑法第五十三條之適用，以二裁判以上所宣告之數罪，均在裁判確定前所犯者為必要。是故，本題甲先犯強盜罪經判決確定後始犯擄人勒贖及贓物等罪，後兩罪依前述意旨，不得依本法第五十三條及第五十一條與強盜罪併合處罰。

因此，本題中，最後判決法院之檢察官依刑事訴訟法第四百七十七條聲請定其執行刑之範圍，僅限於擄人勒贖與贓物等罪之宣告刑，法院需依本法第五十一條第十款，就十四年有期徒刑與三萬元罰金之部分，併執行之。至於甲因強盜罪判處七年六個月徒刑部分，並不受後執行刑裁定之影響，應單獨執行之。

或有疑問者，認為甲需受七年六個月及十四年，共二十一年六個月之徒刑，有違本法第五十一條第五款但書或同法第三十三條第三款徒刑不得逾二十年之限制？然而依大法官釋字202號，明白表示「裁判確定後，復受有期徒刑之宣告者，前後之有期徒刑，應予合併執行，不受刑法第五十一條第五款但書關於有期徒刑不得逾二十年之限制。至刑法第三十三條第三款但書乃係就實質上或處斷上一罪之法定刑加重所為不得逾二十年之規定，與裁判確定後另犯他罪應合併執行之刑期無關。」故就超過二十年徒刑之部分，亦無違法。

三、甲負欠乙借款一筆，因乙催索甚急，甲未經徵得丙、丁二人同意，以丙名義簽具同額本票一紙，並以丁及自己名義背書後，交付乙作為前述欠款之擔保。試論甲之行為應如何處斷？(25分)

答題關鍵	發票行為與背書行為之偽造、詐欺得利罪之「財產上利益」之認定、詐欺與行使之競合。
試題評析	本題事實明確，應仔細就詐欺罪之要件檢討，並注意相關競合問題。
參考資料	最高法院62年度第一次刑庭決議
高分閱讀	1.高點方律師《刑法分則》，3-142，2-154。 2.《92高點律師考場寶典》，P.86，第12題（相似度50%） 3.高點方律師《高點重點總整理系列—刑法分則》，P.3-137、P.3-142、P.3-145 3-150 4.《法觀人月刊》第51期，P.88 89

【擬答】

1.甲簽具本票的行為，應構成刑法第二百零一條第一項之偽造有價證券罪。

所謂偽造，我國採有形主義，係指無制作權人假冒他人身分製作文書之意。又所謂有價證券係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，本票為有價證券之一種；甲未經丙之同意，假冒丙之名義簽發本票，該當於偽造有價證券之客觀要件。主觀上甲認知並有意欲偽造本票，具有故意，亦有藉此作為債務擔保之行使意圖。甲構成要件該當。甲無其他阻卻違法事由，且有責。

甲成立本罪。

2.甲以丁之名義於本票後背書之行為，應構成刑法第二百一十條之偽造私文書罪。

客觀上甲假冒丁之名義而背書，該當於偽造之要件，然而爭點在於偽造背書行為之性質是否與偽造發票行為相同？實務上認為，偽造票據背書之行為係偽造有價證券(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。本題採實務見解。

因此甲客觀上偽造之背書，係屬另一偽造之私文書，同時該偽造之背書可能致使丁承受票據追索之不利利益，足以生損害他

人，該當於偽造私文書罪之客觀要件。主觀上甲有認知且有意欲使其發生，具有故意。甲無其他阻卻違法事由，且有責。甲成立本罪。

3.甲以自己名義於本票後背書之行為，可能構成刑法第二百一十五條業務登載不實罪？

由於我國就偽造採有形主義，僅就身分同一性之欺瞞行為作處罰，而就內容不真實之情形，以公務或業務上文書為限處罰之，因此本題甲以自己之名義於本票後背書，不發生偽造私文書之問題，而應檢討是否成立業務上文書登載不實罪。

依通說，所謂「於其業務上做成之文書」，指係基於其業務上之行為所做成之文書，亦即非執行業務即不能做成者。若按此解釋，則不論本題甲從事之業務為何，背書行為皆非不得不執行特定職務始能作成之行為，因此，即便甲記載一不實之事項(甲根本沒有發生票據上之關係)，亦不成立業務上登載不實罪。

4.甲將本票交付於乙之行為，應構成刑法第二百一十一條第二項行使偽造有價證券罪。

行使係指提出該偽造之文書並以之充作真正之文書而加以使用，就所偽造文書之內容向他方有所主張而言。一般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，本題甲將偽造之本票充作真正之票據而交付於乙，已達行使之程度；主觀上甲亦有故意，應成立本罪。

5.甲將本票交付於乙之行為，可能構成刑法第三百三十九條第二項之詐欺得利罪？

詐欺得利罪一般而言，以客觀上需有詐術行為致使他人陷於錯誤，進而為使人得利之行為為要件，而學說上復認為詐欺罪為損害整體財產利益之犯罪，故尚須有「財產損害」這一不成文之要件。

本題甲以偽造之本票作為手段，致使乙誤信該不實擔保之存在，該當於詐術使人陷於錯誤之要件。然而爭點在於，甲將此偽造之同額本票供做對乙債務之擔保，而非清償，則乙有無受有整體財產損害？而甲又有無得財產上不法之利益？管見以為甲既然僅將本票供作擔保，則原債權債務關係仍然存在，亦即甲並未因此獲得「免除債務」之財產上利益，乙亦未受有免除債務之損害。然而若乙因甲之詐術陷於錯誤，誤以為其債權有擔保，得以順利受償，便允諾甲得以延期清償，則該期限之利益應認定為甲所得之財產上不法之利益，同時，乙亦受有屆期應受償之期限利益的損害。主觀上甲有故意，甲無其他阻卻違法事由，甲有罪責。

甲成立本罪。

6.競合：

(1)偽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偽造有價證券罪。

(2)偽造有價證券罪、偽造私文書罪係一行為侵害數法益，為想像競合犯，應從偽造有價證券之重罪處斷。

(3)就偽造有價證券與詐欺罪之部分，依照實務見解偽造有價證券，若以取得票面價值之對價時，固不另論詐欺罪，但如以偽造之有價證券供作擔保之行為，為行使有價證券以外之另一行為，其間有方法結果關係，應論以牽連犯，從偽造有價證券之重罪處斷。(最高法院62年第一次刑庭決議參照)。

四、甲受僱於某公司擔任會計，為了支應自己的財務危機，數度將公司應得帳款轉入妻兒戶頭。甲同時擔任大樓管理委員會的主委，刻意以高於市場行情一年約五萬元的價格，與某清潔公司簽訂契約。甲偏袒某清潔公司的行徑，被住戶乙發覺，揚言予以揭穿；甲則先下手為強，捏造事實，在大樓的公告欄張貼，聲稱乙有詐欺前科，希望住戶小心，提防不要受騙。試問甲成立何罪？(25分)

答題關鍵	首先必須注意，題目只問甲成立何罪，因此乙的部分可不予處理。本題題目屬於比較單純的分則考題，主要在考驗考生對這些條文的掌握程度，平鋪直述說明應該就可以得到不錯的分數。作答時，宜分由題目中甲的三個行為依序作答，前面兩個犯罪行為都和行為人的身分有關，必須留意。
試題評析	本題為實例題，旨在測驗財產犯罪中業務侵占、背信等身分。
參考資料	1.林山田《刑法各罪論(上)》，三版(2002,3)。 2.甘添貴《體系刑法各論》第一卷，修訂再版(2001,9)。 3.許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，收錄於：《刑事法之基礎與界限》(2004,4)。 4.《月旦法學教室》第2期，P.12 13。
高分閱讀	1.《92高點律師考場寶典》，P.77，第5題。 2.高點方律師《重點總整理系列—刑法分則》，P.2-104、P.2-112；P.2-206以下；P.1-164以下。

【擬答】

茲就本例甲之行為依序分析如下(以下所引法條，若未特別說明者即指刑法)：

(一)甲數度將公司應得帳款轉入妻兒戶頭的行為

1.甲轉帳入妻兒戶頭之行為可能構成第三百三十六條第二項業務侵占罪：

(1)客觀構成要件要素：

本罪為身分犯，行為主體必須因從事業務而持有他人財物，始足當之。依題旨，甲為該公司會計，處理公司帳款自屬從事業務之行為，應認為甲係一適格之行為主體。又，因而從事會計工作所持有之帳款即屬持有他人(公司)之物，將此等帳款轉入自己妻兒之帳戶，以支應自己的財務危機，即為易持有為所有之取得行為。綜上所述，甲的行為即為本條項之業務侵占行為。

(2)主觀構成要件要素：

依題旨，甲係為支應自己財務危機而轉帳至妻兒帳戶，故具為自己不法所有之意圖，且甲職務為會計，明知該帳款

為公司所應得，猶為此轉帳行為，具有直接故意(第十三條第一項)。

(3)本例中甲之行為無阻卻違法或罪責之事由，故應成立本條項之業務侵占罪。

2.競合：

(1)甲之行為構成第三百三十六條第二項之業務侵占罪已如上述，依多數學說見解，構成本條項之罪必然亦構成第三百三十五條第一項之普通侵占罪，兩者間具特別關係，故依法條競合僅論已業務侵占罪(故而亦有學者稱業務侵占罪為雙重身分犯，即指行為主體與行為客體間除具有普通侵占罪的「持有」之關係外，尚須具有業務關係)。

(2)本例中甲曾「數度」針對同一被害人(公司)為相同之轉帳行為，罪數的認定上頗有爭議，計有：1.以侵占行為之個數、2.以委託關係之個數、3.以持有關係之個數、4.被害之所有人之個數等四種計算標準。惟就我國現行法觀之，本例甲在支應自己財務危機之目的之下，數次為業務侵占行為，應屬基於概括之犯意，連續數行為，觸犯同一個構成要件(參見釋字第一五二號解釋)，應依第五十六條成立連續犯，而論以一個連續犯並加重其刑至二分之一。

(二)甲刻意以高於市場的行情與清潔公司簽約之行為第三百四十二條第一項背信罪

1.客觀構成要件：

甲為大樓管理委員會之主委，係基於委任或契約關係為住宅處理事務之人。學說上對於處理事務之性質是否限於財產上之事務，容有爭議，但就本例而言，甲所處理之事務係與清潔公司簽訂契約，為財產上權利義務之事項，故不論採何種見解，皆得肯認甲具本條項所要求之行為主體資格。

甲就其擔任主委之權限，在明知收費過高的情形與該清潔公司簽約，違背與大樓住戶間的信任關係下的任務，造成住宅們需支付高於市價的金額，已經損害了其財產上之利益，故其行為具本條項之客觀構成要件該當性。此等訂立顯不利於本人之契約的行為，學說上有稱之為事務處分權限之濫用行為。

2.主觀構成要件

如題所示，甲係刻意以高於市場行情之金額與他人簽約，是否為自己或第三人之不法利益題意未明，但縱不具獲利意圖，也至少具有損害住宅(本人)利益之損害意圖，且明知此等行為將背於住戶所委之任務而為之，具背信行為之故意。

3.甲之背信行為無阻卻違法或罪責事由，故成立本條項之背信罪。

4.另外必須說明的是，甲擔任管委會主委一職，乃是基於與住戶間私法上契約所生之身分，並非依法令從事公務之人(第十條第二項)，自無由成立以公務員身分為必要之犯罪，例如第一百三十一條之公務員圖利罪。

(三)甲捏造事實在大樓公告欄張貼乙有詐欺前科之文字，可能構成第三百十條第二項之加重誹謗罪

1.客觀不法構成要件

本例中甲以張貼文字之方式，指摘乙曾有詐欺前科，然而實際上此係甲所捏造。按通說見解，誹謗罪必須所指摘、傳述足以毀損特定人或可得推知之人名譽之事，其內容必須具體或可得具體之事，而與不摘示事實而公然辱罵特定人或可得推知之人，構成公然侮辱罪有所不同(參閱三十年院字二一七九號解釋)，至於所指摘、傳述的具體事實縱為虛偽杜撰，只要足以毀損他人名譽即構成本罪。就本例觀之，甲指摘乙有詐欺前科，係以捏造之具體事實毀損乙之名譽，依照社會觀念足認乙之聲譽已遭貶損(參五十八年台上二三二九號判決)，又其於大樓公告欄上張貼，係以散布文字之方式為之，故具本條項加重誹謗罪之客觀構成要件該當性。

2.主觀不法構成要件

甲以虛構之事指摘乙，對其指摘之事足以損其名譽有所認識而決意為之，具有誹謗故意；張貼於大樓公告欄，具有使傳播於不特定多數人而使大眾週知不法意圖(至於客觀上是否達眾所週知之程度，對本罪之成立不成影響，於此一併說明)。綜上所述，甲之行為具本條項主觀不法構成要件該當性。

3.甲之加重誹謗行為無阻卻違法或罪責事由，故成立本條項之加重誹謗罪。

4.構成加重誹謗罪之行為同時也構成同條第一項之誹謗罪，依照多數學說之見解係屬特別關係，構成法條競合僅論加重誹謗罪。此外，少數學者認為誹謗行為通常亦侵害被害人之感情名譽，而構成侮辱罪，而與加重誹謗罪間具吸收關係，亦僅論以加重誹謗罪。綜上所述，甲此部分之行為僅成立一個第三百十條第二項之加重誹謗罪。

(四)結論

本例中甲之行為構成業務侵占罪之連續犯(第三百三十六條第二項、第五十六條)、背信罪(第三百四十二條第一項)及加重誹謗罪(第三百十條第二項)，依第五十條數罪併罰之。