

《刑法》

一、間接正犯有那些情形？試分析之。(二十五分)

命題意旨	本題為傳統之申論題型，問題點在於間接正犯之各種成立型態。
答題關鍵	就學說上之見解，分別論述即可，要注意如被利用人具有故意或過失之心態時，利用者是否仍屬間接正犯之問題。

【擬答】

- (一)對於間接正犯之概念，學說上有見解認為，是指行為人利用他人為工具，來實現犯罪構成要件。亦有見解認為，是指行為人利用非正犯之他人，以實現犯罪構成要件。在間接正犯的情形中，由於行為人以其對他人之強大影響力，來實現犯罪，即行為人在幕後以其優勢之地位，操縱他人去實現犯罪構成要件。在此種情形下，與行為人自己去實施犯罪，在刑法的評價上，因兩者皆具有相同之支配力，故認為間接正犯亦應與正犯為相同之處理。
- (二)關於間接正犯之成立型態，學說上認為有下列數種情形：
- 1.利用他人不屬於刑法上行為之舉動：例如：某甲身材魁梧，將瘦弱之某乙高高舉起，再一把將乙丟向某丙身上，造成丙身上多處受傷。但有見解認為，在此種情形中，行為人是直接以被利用者來作為機械性之工具，用以實施犯罪，而無意思支配之情形，故非間接正犯之型態，而為直接正犯。
 - 2.利用他人欠缺構成要件該當之行為：
 - (1)他人之行為欠缺客觀構成要件該當：例如：某甲為監獄管理員，對受刑人某乙有所不滿，乃要求乙站在雪地之中，乙之兩腳因此受到嚴重之凍傷。
 - (2)他人之行為欠缺故意：例如：旅館服務生某甲，依照客人某乙之指示，將行李抬上乙之座車。嗣後才發現該行李是屬於某丙的，而乙實際上是一名樞上君子。
 - (3)他人之行為欠缺特殊主觀不法構成要件：例如：某甲欲偽造貨幣，乃欺騙製圖高手之某乙，謂仿製鈔票是為了供學術研究之目的。乙不疑有他，乃為甲仿造鈔票。
 - 3.利用他人欠缺違法性之行為：例如：某甲想給某乙一點教訓，卻苦無下手機會。故甲對乙謊稱：「某丙與你的妻子有曖昧關係」，乙得知後，憤怒不已，乃前往丙之住處與師問罪。當乙正欲拿起木棍毆打丙時，被身手矯健之丙一把奪下，乙反而被打倒在地。
 - 4.利用他人欠缺罪責之行為：
 - (1)他人之行為欠缺罪責能力：例如：某甲對五歲之某乙說：「你去把你爸爸的勞力士手錶拿過來給叔叔，我就給你糖果吃。」
 - (2)他人之行為具有禁止錯誤：例如：某甲利用不知道有「野生動物保護法」之山地同胞某乙，為其捕捉被禁止
 - 5.利用他人成立犯罪之行為：關於此種情形，學說上有見解認為，如果間接正犯的定義，是行為人利用他人為工具，來實現犯罪構成要件時，則利用者仍能成立間接正犯。但如將間接正犯定義為行為人利用非正犯之他人，以實現犯罪構成要件時，則由於被利用者成立正犯，故利用者應成立直接正犯，而非間接正犯。如認為此種情形仍能成立間接正犯，則可能有下列兩種情形
 - (1)他人之行為具有過失：例如：醫師某甲想殺害病人某乙，而將毒藥放入乙之藥杯內。護士某丙粗心大意，未檢查藥物就將藥杯拿給乙，乙服用後果然一命嗚呼。
 - (2)他人之行為具有故意：例如：某甲返家時，發現其妻某乙正與某丙通姦。於是拿槍抵著乙的頭，向乙恐嚇說：「去把丙殺掉，如果不聽話的話，小心妳的腦袋開花。」乙只好聽從甲之命令，將熟睡中的丙殺死。
- 而在學說上，另有「正犯後之正犯」的概念。即係指被利用之他人，具有故意犯罪之所有要素，而成立正犯。而在後利用他人之行為人，即屬於正犯後之正犯。尤其是在組織支配的情形中，成立正犯之人，其實已經屬於組織運作上中之「零件」，而無自由意志。此時，利用者之行為，即屬於間接正犯中之特別類型。例如：幫派老大命令手下去砍人，手下則照其指示而大開殺戒。

二、有義務者之遺棄罪，其性質究為結果犯？或是為舉動犯(舉動犯又稱為行為犯，或是非結果犯)？試分析之。(二十五分)

命題意旨	本題主要在測驗考生對於舉動犯結果犯之概念，有無正確之認識，並以此分析刑法第二百九十四條之犯罪型態。
答題關鍵	先就舉動犯及結果犯之概念，加以陳述，再以此討論有義務者遺棄罪之類行為何。

【擬答】

- (一)舉動犯，又稱之為行為犯，是指行為人只要實施犯罪構成要件所描述之行為，客觀上無須出現任何之變動結果，即可成立該犯罪之既遂。而結果犯，則必須發生犯罪構成要件所預設之結果，始能成立該犯罪之既遂。
- (二)刑法第二百九十四條之「有義務者遺棄罪」，其規定為：「對於無自救力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護而遺棄



之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護者，處」，從內容觀之，行為人只要一實行遺棄行為，或不為生存所必要之扶助、養育或保護行為時，犯罪即屬既遂，而不須一定之結果發生，故應屬於舉動犯。但學說上有見解認為，如果將遺棄罪認為屬於具體危險犯之型態時，則必須行為人之遺棄行為，使得無自救力之人發生其生命陷入危險之狀態，如要求此一要件時，則必須有一定危險狀態之結果發生，始能成立本罪之既遂，則屬於結果犯。

- (三)依目前多數說之看法，在有義務者遺棄罪中，並不要求使得無自救力之人，發生其生命陷入危險狀態此一要件。且現今學說亦認為，即使犯罪在型態上屬於具體危險犯，但並不一定即屬結果犯，兩者之間並無絕對之關聯性。縱然要求行為人之遺棄行為，必須導致無自救力之人之生命陷入危險狀態，但並非是要求有一定之結果發生，始能成立本罪之既遂，故仍認為刑法第二百九十四條之「有義務者遺棄罪」在性質上，應屬於舉動犯。

三、試說明下列各種情形，可否適用中華民國刑法。(二十五分)

- (一)我國人民甲，在美國加州，將英國人A打成輕傷。
 (二)德國人乙，在日本東京，將我國人民B殺死。
 (三)日本人丙，在法國巴黎，偽造我國之新台幣。

命題意旨	主要在測驗考生對於刑法第五條、第七條及第八條內容之熟悉度，並無太多問題點。
答題關鍵	就各條內容加以陳述後，再將案例套入處理即可。

【擬答】

- (一)1.刑法第七條規定：「中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用我國之刑法。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」此條規定為「屬人原則」之表現，是為了達成使我國國民能尊重，並能遵守我國法律之目的，所設之規定。但考慮到對外國法規範之尊重，以及法價值觀之和諧，亦設有例外之規定。
- 2.在我國人民甲，在美國加州，將英國人A打成輕傷的情形中，甲之傷害行為，是在中華民國領域外，犯第五條及第六條以外之罪，但刑法第二百七十七條普通傷害罪之法定刑，為三年以下有期徒刑，與第七條之要件不合，故對於甲之傷害行為，不能適用我國刑法。
- (二)1.刑法第八條規定：「前條之規定，於在中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人，準用之。」是屬於「保護原則」之表現，其立法目的，是希望對於身在國外之我國國民，能夠提供充分之保護。
- 2.德國人乙，在日本東京，將我國人民B殺死的情形中，乙殺死我國人民之行為，是屬於我國刑法第二百七十七條之普通殺人罪，其最輕本刑為十年以上有期徒刑，且依照犯罪地之日本刑法第一百九十九條的規定，亦對殺人行為加以處罰，故符合我國刑法第八條之要件。因此，德國人乙在日本殺害我國人民B之行為，得適用我國刑法。
- (三)1.依刑法第五條第一項第二款之規定，在中華民國領域外，犯偽造貨幣罪、第二百零一條以及第二百零二條之偽造有價證券罪者，適用我國刑法。由於此等行為，對於我國之國家利益造成侵害，因此，不論行為人之國籍為何，其犯罪地在國外何處，均得適用我國刑法，亦屬「保護原則」之表現。
- 2.在日本人丙，在法國巴黎，偽造我國之新台幣之情形中，丙之偽造新台幣之行為，是屬於刑法第一百九十五條偽造變造通用貨幣罪之行為，即使丙之國籍為日本，其犯罪行為地在法國，但其行為仍得依我國刑法第五條第一項第二款之規定，適用我國刑法。

四、甲以三百萬元為代價，要求乙殺害甲之養父丙。乙在與甲面談當場，確實興起殺意，並且收下三百萬元。不過，在乙付諸行動之前，丙即因車禍而身亡。甲隨後向乙討回此三百萬元。但是，乙拒不歸還。試問在此例中，甲與乙是否成立犯罪？(二十五分)

命題意旨	本題主要在測驗考生對於殺人罪與詐欺罪之適用，以及教唆犯之問題，是否有所瞭解。
答題關鍵	應就兩人之犯罪事實，分別加以檢討，要注意在詐欺罪中，行為人是否具有詐欺故意之討論，以及正犯之行為未至犯罪時，教唆犯之行為應如何論處之問題。

【擬答】

- (一)乙之行為事實，可能成立下列犯罪：

- 1.乙收下甲之三百萬，並答應甲殺其養父丙之行為，可能成立刑法第二百七十一條之普通殺人罪：
- (1)乙因為甲之要求，而答應為其殺害其養父丙之行為，雖然乙在主觀上已存在殺人之犯罪決意，但乙尚未著手殺行為前，丙即因車禍身亡。雖刑法第二百七十一條第三項，對於預備殺人之行為，設有處罰之規定，但所謂的預備行為，應該限縮於行為本身具有相當之危險性，而且屬於與犯罪構成要件有密切關係者。故甲單純具有殺人之犯罪決議，但在客觀上尚無任何危險。
- (2)因此，甲之行為並不成立刑法第二百七十一條之普通殺人罪。
- 2.乙收下甲之三百萬，事後拒不返還之行為，可能成立刑法第三百三十九條之普通詐欺罪：
- (1)甲原先將三百萬交付給乙之原因，是以此作為其殺害養父丙之代價，但由於丙因車禍身亡，使得乙並未按照原先約定，為甲殺害丙。之後，甲向乙索還三百萬元，而乙拒不返還時，乙之行為是否屬於詐欺行為？按刑法第三百三十九條之普通詐欺罪在成立要件上，必須具有：A.行為人行使詐術、B.相對人因詐術而陷於錯誤、C.相對人因錯誤進而為財物之交付，或給予財產上利益之行為、D.造成相對人或第三人受到財產上之損害等四要素。所謂的「詐術行為」，



是指行為人向相對人傳達一個與客觀事實，或是與相對人內在認知不相符合之資訊，乙原先答應為甲去殺害丙，甲亦認為乙會去殺丙，但在客觀上，乙並未為甲去殺害某丙，因此，乙是向甲傳達了一個不實的資訊。

(2)但乙在答應為甲殺害丙之時，並未認知到丙會因車禍而身亡之事實，因此，乙在主觀上並未認知到自己答應甲為其殺丙之行為，是屬於傳達一個與客觀事實，或是與相對人內在認知不相符合資訊的詐術行為，故乙在收受甲交付之三百萬時，主觀上並不具有故意，故並不該當刑法第三百三十九條普通詐欺罪之主觀構成要件。

(3)因此，甲之行為並不成立刑法第三百三十九條之普通詐欺罪。

(二)甲之行為事實，可能成立下列犯罪：

1.甲交付三百萬給乙，要求乙殺害養父丙之行為，可能成立刑法第二百七十一條之教唆普通殺人罪：

(1)甲以三百萬為代價，請求乙殺害丙之行為，使得乙產生殺害丙之犯罪決意，且甲在主觀上亦有教唆故意及使正犯行為既遂之故意，依刑法第二十九條第一項之規定，其使得特定之人產生犯特定之罪犯意的行為，應成立教唆犯。另依刑法第二十九條第二項之規定，對其應論以刑法第二百七十一條之教唆普通殺人罪。

(2)但正犯之乙，雖然已產生殺人之犯罪決意，但並未實施殺人行為，依刑法第二十九條第三項之規定，被教唆人雖未至犯罪，但教唆犯仍以未遂犯論，且刑法上對於普通殺人罪之未遂犯，亦設有處罰之規定，故甲之行為，應成立刑法第二百七十一條第二項之教唆普通殺人罪的未遂。

2.甲交付三百萬給乙，要求乙殺害養父丙之行為，可能成立刑法第二百七十二條之教唆殺害直系血親尊親屬罪：

(1)甲以三百萬為代價，請求乙殺害丙之行為，使得乙產生殺害丙之犯罪決意。而甲與丙為養父子關係，屬於法定之直系血親，多數說認為，如刑法第二百七十二條之立法理由，係在維護人倫秩序，則法定之直系血緣關係，亦有其適用，故可認為丙為甲之直系血親尊親屬。且甲在主觀上亦有教唆故意及使正犯行為既遂之故意，並認識到丙為自己之直系血親尊親屬之事實，依刑法第二十九條第一項之規定，甲使得特定之人產生犯特定之罪犯意的行為，應成立教唆犯。另依刑法第二十九條第二項之規定，對其應論以刑法第二百七十二條之教唆殺害直系血親尊親屬罪。

(2)但正犯之乙，雖然已產生殺人之犯罪決意，但並未實施殺人行為，依刑法第二十九條第三項之規定，被教唆人雖未至犯罪，但教唆犯仍以未遂犯論，且刑法上對於殺害直系血親尊親屬罪之未遂犯，亦設有處罰之規定，故甲之行為，應成立刑法第二百七十二條第二項之教唆殺害直系血親尊親屬罪的未遂。

(三)1.綜上所述，甲之行為該當了刑法第二百七十一條第二項之教唆普通殺人罪的未遂，以及刑法第二百七十二條第二項之教唆殺害直系血親尊親屬罪的未遂。但甲之犯罪行為，僅侵害到同一生命法益，故屬於法條競合，依特別關係判斷，應適用刑法第二百七十二條第二項之教唆殺害直系血親尊親屬罪的未遂。

2.而乙之行為，並不成立任何犯罪。

