

《刑法》

一、多年來，乙整日無所事事，不僅不願尋找工作機會，而且不時向同居人甲伸手要錢作為賭資。乙因好賭欠下鉅額賭債。為此，甲與乙常有激烈口角。某日，甲見到住家門口旁埋伏不少黑衣人手持球棒，準備毆打乙討債。甲為了讓乙受點教訓，決定絕口不提門口有人準備暴力討債，同時也不報警。大約一小時後，乙走出家門，即被埋伏的黑衣人毆打成傷。事後證明，倘若甲當時有報警的話，警察當可即時趕到現場，避免乙遭人持棒毆傷。試問甲之刑責？（25分）

試題評析	本題是近年來相當愛考的不作為正共犯區分問題，因為爭點單一，所以必須將每個說法詳細論述，也應該把每個不作為的要件詳細涵攝，這樣才對得起他25分的配分。
考點命中	《透明的刑法總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁19-21至19-24。

答：

(一)甲未告訴乙將遭暴力討債亦未報警之行為，成立刑法（下同）第277條第1項普通傷害罪之不作為正犯（第15條第1項）：

- 客觀上，甲於乙遭暴力討債時不阻止亦未報警，係不排除乙身體完整性受害既存風險之不作為。又，甲與乙同居雖欠缺依法令之形式保證人地位，惟依功能說，甲乙間具實質上之信賴關係，甲有保護乙身體法益不受害之法益保護型實質保證人地位。且若甲救助乙則確定乙將不至遭毆傷，甲之不作為與乙受傷間具假設因果關係，甲亦於乙遭毆打時現實上有阻止他人毆打之作為能力。
- 惟保證人甲以未阻止他人毆打乙之不作為參與其作為之傷害行為，甲應成立不作為正犯或共犯，容有爭議：
 - (1)實務上採主客觀擇一說，認為作為與不作為正共犯之區分，均應視保證人是否有正犯意思或為構成要件行為而定，若符合主客觀其中之一條件，即應成立不作為正犯。否則，則論以共犯（105台上88判決）。
 - (2)學說上有採犯罪支配理論主張，犯罪支配屬主客觀混合理論，保證人即使不作為欠缺客觀現實支配，仍可以其主觀上企求犯罪實現之目的而定其支配力，若主觀目的達支配程度，即成立正犯。
 - (3)幫助犯說則以為，不作為之行為人客觀支配力恆小於作為之人，故僅能成立共犯。
 - (4)另有採義務犯說者，認為保證人原則上均因違反保證人地位成立正犯，僅例外於親手犯與意圖犯論以共犯。
 - (5)義務內涵說則區分不同義務論斷，具保護義務之保證人，其不作為即因行為客體特定而屬構成要件行為，應成立正犯；反之，監督義務之保證人則僅成立共犯。
 - (6)本文以為，不作為犯與作為犯之支配力不同，不作為僅有支配可能性而非現實支配，故其正共犯區分標準不應同等視之，又不純正不作為犯係義務犯，故其違反保證人義務時即應原則上成立正犯，義務犯說可採。
 - (7)本題中，甲具法益保護型之保證人地位已如前述，其於乙法益面臨危險時未履行其保護乙身體之義務，應因違反義務而成立普通傷害罪正犯。又，甲與毆打乙之正犯並無共同義務違反，故甲不得與其成立共同正犯，僅為單獨正犯。
- 主觀上，甲明知他人將毆打乙成傷，仍決意不告知乙且不報警阻止，具傷害故意無疑。
- 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(二)綜上，甲成立普通傷害罪正犯。

【版權所有，重製必究！】

二、甲、乙相約在市區某段道路進行機車競速（路段限速50公里）。等紅燈轉綠燈時，甲、乙立刻催下油門加速前進。甲、乙認為此路段乃是展現駕車技術的絕佳地點，因此在不同車道之間超速穿梭，任意變換車道，闖越紅燈。時而由甲保持領先，時而換成乙領先。競速過程中，甲、乙始終以時速90公里的車速前進。二人為了自身安全，皆是隨時保持警覺，避免相互追撞或撞及其他用路人。即便如此，甲、乙還是有好幾次差一點互撞或撞到其他用路人。

試問甲、乙之刑責？（25分）

試題評析	本題也是近年相當熱門的損害公眾通路罪的解釋問題，主要的爭議在於，甲乙兩人如果沒有典型地使用阻塞道路的方法，而是在路上亂衝一通，這樣算是「壅塞」還是「他法」。雖然結論都是成立犯罪，但答題上建議將各種不同見解列出並擇一說明，尤其是最高法院最近公布的110台上3556號參考價值裁判，建議同學盡量要提到。
考點命中	《透明的刑法分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁7-20至7-21。

答：

(一)甲乙相約競速之行為，成立刑法（下同）第185條損害公眾通路罪之共同正犯（第28條）：

- 客觀上，甲乙在不同車道間超速穿梭、變換車道並闖紅燈，係足以妨害他人往來安全之行為，惟應評價為「壅塞」或「他法」，容有爭議：
 - 壅塞說認為，駕駛人若將駕駛工具有意識地另類使用來阻礙交通，其設置障礙之行為應屬「壅塞」，甲乙二人出於妨礙他人交通往來意圖並嚴重影響道路交通，均為壅塞行為。
 - 亦有認為應屬「他法」，蓋本罪雖為「外部型」侵害交通往來類型，惟甲乙穿梭超速、變換車道等行為係以非典型交通活動來使用交通工具，造成近似壅塞效果，故屬「他法」（110台上3556判決）。
 - 另有見解主張，「壅塞」為列舉規定，「他法」係壅塞以外，一切足以妨害交通往來安全之行為，故甲乙上開行為應為「他法」。
 - 本文以為，「壅塞」應係立法者就妨害公眾往來安全之例示規定，故「他法」應有類似壅塞特質，始得為之。本題中，市區道路應有其他不特定多數人通行，甲乙上開行為並非騎乘機車之通常方法，故其未將機車做通常使用，使他用路人無法順利駕駛於該道路上，已達成類似壅塞之效果，應評價為「他法」較妥。
- 又，甲乙二人共同於道路上為競速等足妨害交通往來安全之行為分擔，且因差點互撞或撞到路人，已致往來安全妨害之具體危險結果。
- 主觀上，甲乙二人雖隨時避免互撞或撞到他人，惟其明知該等行為將造成不特定人往來安全受害之風險仍容任該風險，故具損害公眾通路罪之危險故意與間接故意，兩人亦有妨害往來安全之犯意聯絡，成立共同正犯。
- 甲乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(二)綜上，甲乙成立損害公眾通路罪之共同正犯。

三、甲向乙謊稱，其與丙目前正在排練一場戲劇。某一幕為丙在菜市場遭路人搶奪肩背包，甲即時出手壓制搶匪，順利把遭搶的背包奪回。甲委請乙擔任該名搶匪，並且指出丙在明日八點左右將會出現在菜市場。只要乙看到丙，便可直接趨前奪取肩背包。隔日一早，甲再次向乙確認了排練意願及地點。隨後，乙果然見到丙在菜市場購物。乙以為丙當下已經處於排演狀態，便衝到丙身邊，欲奪取肩背包。不過，正當乙要靠近時，不知情的丙警覺有人想要行搶，驚嚇之餘快跑衝入人群。乙看著丙的身影消失在人海，當下決定放棄繼續參與排演。試問甲之刑責？（25分）

試題評析	本題測驗的是間接正犯的認定標準，以及間接正犯之著手，這些雖然較少考出來，但都不算是困難的爭議，請同學務必要把握。
考點命中	《透明的刑法總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁12-18至12-19。

答：

(一)甲謊稱排練以使乙搶丙背包之行為，成立刑法（下同）第325條第3項搶奪未遂罪之間接正犯：

- 主觀上，甲明知丙未同意仍決意使乙產生誤認並搶丙背包，具搶奪故意與不法所有意圖。又，甲明知並無排練一事，仍本於資訊之優位認知，將搶奪丙之意思傳達給乙，使乙誤認甲丙正在演戲而搶奪丙，甲利用其知識上的優位性，利用無知之工具乙對事實錯誤認知而實現其支配力，甲對乙具錯誤支配類型之意思支配。

【版權所有，重製必究！】

2.客觀上，依照主客觀混合說，觀察乙搶奪丙之主觀計畫，乙於靠近丙時因丙可能攜帶背包移動，故並未對丙財產法益造成直接危險，乙仍為搶奪預備階段，惟間接正犯甲是否亦未進入搶奪未遂階段，容有爭議：

- (1)學說上有採被利用人實行行為時點說，認為教唆犯與幫助犯之著手應以正犯為準，則間接正犯著手亦應採同一標準，故乙既係搶奪預備，甲亦成立不罰之預備犯。
- (2)另有採利用人利用行為時點說，主張應視利用人是否已為利用行為而定，若已完成利用行為，則應成立未遂，無須考量被利用人是否著手，依此甲既已將其支配意思傳達予乙，則亦應進入搶奪著手階段。
- (3)本文以為，間接正犯係屬正犯，其著手時點不應以被利用人為準，而係以其自己為準，故利用人利用行為時點說原則上可採，惟仍應依著手理論具體判斷較妥。
- (4)本題中，依主客觀混合說，依照甲利用乙搶奪丙之犯罪計畫觀之，其將丙出現之時間地點與搶奪計畫告知乙後，即已放任乙搶奪丙之危險因子脫離自己掌握之領域，故已對丙財產造成直接危險而為未遂。

3.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

4.乙放棄繼續參與排演即使係出於中止意思而為，惟因中止犯性質上為個人解除刑罰事由，欠缺中止意思之甲不得主張第27條第1項前段減免其刑，而僅係第25條障礙未遂。

(二)綜上，甲成立搶奪未遂罪之間接正犯。

四、乙在網路上購物，應付款項為新臺幣二萬元整。乙至超商的自動提款機進行轉帳。當時後方有不少人等著提款，乙一時緊張便把匯款帳號中的某個號碼輸入錯誤，該筆二萬元的金額因此被匯入甲的帳戶中。甲莫名收到二萬元匯款，喜出望外，決定假裝不知情而不通知銀行及匯款人乙。試問甲之刑責？(25分)

試題評析	本題改編自臺灣高等法院89年度刑事類法律座談會第8號法律問題，該次座談會所提出檢討之犯罪包括詐欺取財罪、普通侵占罪以及侵占遺失物罪，座談會最後採無罪之結論，同學應將這些犯罪的要件逐一檢討，並得出自己的結論。而學說上亦有認為成立侵占遺失物罪，故在結論的採納上，不必堅持與高等法院相同，只要論述有理應可得到分數。
考點命中	《透明的刑法總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁5-84至5-85。

答：

(一)甲收下錯誤匯款二萬元之行為，不成立刑法(下同)第339條第1項詐欺取財罪：

- 1.客觀上，乙陷於錯誤將其所有之二萬元轉至甲帳戶，係具處分意思之移轉財物行為，甲收到兩萬元後未告知銀行即收取財物，係未排除乙既存財產受害風險之不作為。
- 2.按不作為詐欺之成立，應視行為人是否有保證人地位即告知義務而定。本題中，甲取走二萬元係主張其依契約而生之存戶權利，且甲乙間亦無信賴關係存在，故甲並無告知匯款錯誤之保證人地位，甲不成立本罪，乙僅能依民事不當得利向甲請求二萬元。

(二)甲收下錯誤匯款二萬元之行為，不成立刑法(下同)第335條普通侵占罪：

- 1.按本罪為純正身分犯，須行為人於將易持有之意思表現於外時，具事實上持有身分，始能成立。
- 2.本題中，甲於領款前對於乙匯款錯誤之二萬元僅屬消費寄託關係，並未於現實上有所持有，故甲不符本罪主體身分資格要求，亦無易持有為所有之行為，故不成立本罪。

(三)甲收下錯誤匯款二萬元之行為，不成立刑法(下同)第337條侵占遺失物罪：

- 1.按遺失物係指非出於本人意思偶然脫離持有之物。本題中，乙匯款二萬元時係出於本人意思而為，雖匯款對象有誤，對該財物仍非偶然脫離持有，故二萬元並非遺失物。
- 2.綜上，甲不成立本罪。