

## 【法律政風】

## 《刑法概要》

## 試題評析

- 第一題：主要在測驗考生對於「未遂行為」以及「共同正犯之成立要件與刑事責任」兩個概念，是否有正確的理解，在困難度上並不會太高。此外，也涉及到「牽連犯」的競合，以及在刑法修正前、後之適用問題。整體而言，考生應該可以輕鬆得到分數。
- 第二題：主要問題點在於「預備行為之認定」以及「被教唆者之行為僅達預備犯之程度時，從事教唆行為之行為人應如何予以論罪？」而涉及到刑法在去年修正之後，刑法第二十九條第三項之規定遭到刪除，所衍生出的爭議問題。而此一問題，在考前已經是可以「預見」的考試重點，有準備的考生應該不難拿到高分。
- 第三題：算是一個陳年的考題，主要在測驗考生是否瞭解「竊盜罪」與「搶奪罪」之區分標準，以及對於「盜用他人提款卡之行為」，應負何刑事責任的問題。但由於本題的爭議點頗多，在答題上，應就學界及實務界所提出之不同見解，分別加以論述，才能獲得高分。
- 第四題：主要在測驗考生對於刑法第二百二十七條「對幼年男女性交、猥褻罪」、第二百四十條「和誘罪」以及第二百四十一條第三項「準略誘罪」的犯罪性質與成立要件，是否有正確的認識，而無太大的爭議點。此外，應注意到有關的減免刑罰事由之適用。

一、A與B共謀殺甲，某日深夜趁甲睡覺時侵入甲宅，共同以枕頭悶死甲。事實上，當時甲僅是昏迷而已，A、B卻誤以為甲已死亡，而將甲丟入河裡，甲因此溺死。試問A、B之行為應如何處斷？（25分）

答：

一、A之行為所可能成立之犯罪如下：

- (一)1.刑法上之「共同正犯」，依照刑法第二十八條之規定，以及通說之看法，是指二人以上的行為人，基於共同的行為決意，各自分擔犯罪行為之一部份，不論所從事者是否為犯罪構成要件上之行為，而彼此間互為補充、利用，在分工協力與角色分配之下，共同的實現犯罪。
- 2.而共同正犯中的每一人，都具有犯罪支配的地位，屬於「共同之犯罪支配」。亦即共同正犯是透過共同的行為決意，而形成一個犯罪共同體，使得犯罪行為容易實現，因此，在其法律效果上，每一個參與者均是要「就自己一部行為而負全部責任」。只要其中一人的行為已經達到著手的階段，則全體參與者均應論以犯罪之未遂。如果其中一人的行為已達既遂之階段，則全體參與者均應論以犯罪之既遂。
- 3.A與B共謀侵入甲宅後殺害甲，因此，在A、B二人之間，是有共同實行侵入住宅以及殺人之犯罪決意，並且共同實行犯罪構成要件之行為，故A、B二人應屬「共同正犯」之關係。
- (二)A擅自進入甲宅的行為，可能成立刑法第三百零六條第一項之「侵入住宅罪」：
- 1.甲所居住的處所，對於A而言，是屬於刑法第三百零六條第一項中之「他人住宅」，而A在未得甲的同意下，擅自進入甲宅之行為，是屬於「侵入他人住宅」之行為，故A之行為該當於刑法第三百零六條第一項之客觀犯罪構成要件。
- 2.而A對於自己未得甲之同意，而擅自進入甲之住宅之行為事實，在主觀上具有認識，而具有故意，故A之行為亦該當於刑法第三百零六條第一項之主觀犯罪構成要件。
- 3.A之行為具有違法性，而A亦具有完全之罪責，因此，A之行為應成立刑法第三百零六條第一項之「侵入住宅罪」。
- (三)A原欲以枕頭悶死甲，但僅造成甲昏迷之行為，可能成立刑法第二百七十一條第二項之「普通殺人罪」之未遂犯。
- 1.A以枕頭悶住甲，該行為足以導致他人發生死亡之結果，故屬於殺人行為。但由於甲僅是陷入昏迷，並未發生死亡之結果，故A之行為並未完全實現普通殺人罪既遂犯之客觀犯罪構成要件。

2.但A對於自己以枕頭悶住甲，且足以導致甲發生死亡結果之行爲事實，在主觀上具有認識，而具有故意，因此，甲之行爲仍屬於刑法第二百七十一條第二項之「普通殺人罪」之未遂行爲。

3.A之行爲具有違法性，而A亦具有完全之罪責，因此，A之行爲應成立刑法第二百七十一條第二項之「普通殺人罪」之未遂犯。

二、B之行爲所可能成立之犯罪如下：

(一)由於A與B之間，是屬於共同正犯之關係，因此，B亦應就自己的所實行之一部行爲，與A負起相同之刑事責任。

(二)B之行爲具有違法性，而B亦具有完全之罪責，因此，B亦應成立刑法第三百零六條第一項之「侵入住宅罪」，以及第二百七十一條第二項之「普通殺人罪」之未遂犯。

三、A、B之行爲所應負之刑事責任如下：

(一)綜上所述，A、B二人屬於共同正犯，因此，兩人皆成立刑法第三百零六條第一項之「侵入住宅罪」，以及第二百七十一條第二項之「普通殺人罪」之未遂犯。

(二)由於A、B所爲的兩個犯罪行爲，是以「侵入住宅罪」爲方法，而實現「普通殺人罪」之目的，故在兩罪之間，是具有「方法與目的」之牽連關係，依照修正前刑法第五十五條後段之規定，應論以牽連犯，而以重罪「普通殺人罪」之法定刑論處。如依照修正後之規定，由於牽連犯之規定已遭刪除，故應依刑法第五十一條之規定，予以數罪併罰。

(三)如果在個案中有刑法第二條「法律變更」之情形時，原則上應適用行爲時之牽連犯規定，而牽連犯之「從一重處斷」之法律效果，對行爲人之法律地位亦是較爲有利，故應適用舊法上牽連犯之規定論處。

二、C唆使D殺乙，當D埋伏在乙宅附近等待乙返家時，D遭警察逮捕。試問C、D之行爲應如何處斷？(25分)

答：

一、D之行爲所可能成立之犯罪如下：

(一)D埋伏在乙宅附近等待乙，而準備將乙殺害，卻遭警察逮捕之行爲，可能成立刑法第二百七十一條第二項之「普通殺人罪」之未遂犯：

1.依照刑法第二十五條之規定，對於行爲人之行爲要能論以犯罪，必須行爲人至少已經著手於實行犯罪，亦即進入未遂的階段時，始屬刑法上之可罰行爲。依照通說對於著手的判斷標準，是採取「主、客觀混合理論」，亦即行爲人的主觀犯罪意思，已於外在舉止中顯露，且由其整體犯罪過程加以觀察，如果該舉動已經導致構成要件所保護的對象，出現對法益侵害的直接危險時，即爲著手之時點。

2.如依照「主、客觀混合理論」來判斷D之行爲，由於D僅是在乙宅附近等候乙的出現，並未對行爲客體造成直接之侵害危險性，故尚難認爲其已著手實行殺人行爲，而不成立普通殺人罪之未遂犯。

(二)D埋伏在乙宅附近等待乙，而準備將乙殺害，卻遭警察逮捕之行爲，可能成立刑法第二百七十一條第三項之「普通殺人罪」之預備犯：

1.但刑法上之部分重大犯罪，則將行爲的可罰性範圍擴張到「陰謀」或「預備」階段。所謂「預備」是指行爲人爲了實現犯罪決意，在犯罪行爲著手前，所爲的準備工作。亦即爲了便利犯罪的進行，而設法製造、取得足以達成其目的之相關要件，例如：購買器械以供犯罪使用、調查對象之行蹤，或是埋伏在相關處所等待機會下手等行爲，均屬之。

2.由於在預備階段中，尚難確認行爲人在主觀上是否具有侵害法益的意思，亦難與社會一般生活行爲加以區分。因此，學界多數見解認爲，對於是否屬於預備行爲的判斷上，應該限縮於行爲本身具有相當的危險性，而且屬於與犯罪構成要件有密切關係者。

3.而D埋伏在乙宅附近等待乙，而準備伺機將乙殺害之行爲，由於其行爲已經顯露出一定之危險性，且與殺人罪之構成要件實現亦具有密切關連性，故D之行爲應論以刑法第二百七十一條第三項之「普通殺人罪」之預備犯。

二、C之行爲所可能成立之犯罪如下：

(一)C唆使D殺乙，但D卻未將乙殺死之行爲，可能成立刑法第二百七十一條第二項之「教唆普通殺人罪」之未遂犯：

1. C之行為使得原本無犯罪決意之特定之人D，進而形成從事殺人行爲之犯罪決意，並促使D加以實現。此外，C在主觀上對於自己教唆之行為事實有所認識，且有促使D加以實現之意思。因此，依照刑法第二十九條第一項之規定，C之行為應屬教唆行爲。
2. 但由於被教唆者D，在尚未著手於殺人行爲前，即因遭到逮捕而行為終了，僅是屬於殺人之預備行爲。因此，關於C之行為，即不能適用刑法第二十九條第二項之規定論以教唆犯。
3. 對於此種情形，依照修正前刑法第二十九條第三項之規定，即使被教唆者尚未著手於犯罪，但教唆者之教唆行爲，仍能論以所教唆之罪之未遂犯，故仍能成立刑法第二百七十一條第二項之「教唆普通殺人罪」之未遂犯。但刑法在修正之後，由於第二十九條第三項之規定遭到刪除，因此，依照現行之規定，C之行為則不成立任何犯罪。
4. 但學界有部分見解認為，爲了填補在修法後處罰上之漏洞，宜對教唆犯之規定作擴張解釋，即條文中第一項之「實行犯罪行爲」可以將其理解爲包括所有的可罰階段，亦即包括陰謀及預備行爲在內。因此，可對於C之教唆行爲，論以刑法第二百七十一條第三項之「教唆普通殺人罪」之預備犯。

三、C、D之行為所應負之刑事責任如下：

- (一)關於C之行為，依照現行刑法之規定，即使有法律變更之情形，基於「從舊從輕」之原則，仍不能成立任何犯罪。但學界有部分見解認為，可以論以刑法第二百七十一條第三項之「教唆普通殺人罪」之預備犯。
- (二)而D之行為具有違法性，且D亦具有完全之罪責，因此，D之行為應成立刑法第二百七十一條第三項之「普通殺人罪」之預備犯。

三、丙從二樓將皮包丟給樓下的丁，當丁正打算彎腰從地上拾起該皮包時，E正巧經過而先拾起該皮包後即逃走。事後，E發現皮包裡有一萬元現金、信用卡、提款卡等，於是又以該提款卡到銀行提款機提領八萬元現金。試問E之行為應如何處斷？(25分)

答：

一、E將丙丟給樓下的丁，卻掉落在地上的皮包撿走的行為，可能成立刑法第三百二十條第一項之「普通竊盜罪」之既遂犯：

- (一)竊盜罪中之竊盜行爲，是指行爲人未得動產持有者之同意，而排除他人對財產之持有關係，而對動產建立起新的持有關係。因此，竊盜罪中之行為客體，必須是在他人持有關係下之動產。丙將皮包丟給樓下的丁，主觀上是要將皮包之持有關係移轉給丁，且丁對於皮包在主觀上具有支配、管領之意思，在客觀上亦有支配、管領之可能性，因此，該皮包應屬在丁持有關係下之物。
- (二)因此，E在未得丁的同意下，擅自將掉落在地上的皮包撿走之行為，是排除丁對於皮包之持有關係，並對皮包建立起新的持有關係，而該當刑法第三百二十條第一項之客觀犯罪構成要件。此外，E對於自己竊盜之行為事實，在主觀上具有認識，而具有故意，且E亦具有爲自己或第三人不法所有之意圖，故E之行為應成立刑法第三百二十條第一項之「普通竊盜罪」之既遂犯。
- (三)而我國實務界認為，「竊盜行爲」與「搶奪行爲」兩者在區分上，「竊盜行爲」必須是行爲人以「祕密爲之」或「趁被害人不知」之方式，而取得他人之動產。至於「搶奪行爲」則必須是行爲人「趁被害人不備」而「公然掠取」他人之動產。如果依照實務界之見解，則E係趁丁不備而公然取走皮包，應論以刑法第三百二十五條第一項之「普通搶奪罪」之既遂犯，而非成立竊盜罪。
- (五)但學界多數見解認為，「竊盜行爲」與「搶奪行爲」兩者在區分標準上，應該是以行爲人是否有對相對人施以不法物理力，藉以取得動產。亦即行爲人是否對於相對人施以暴力，而以對身體攻擊的方式，來破壞相對人對於動產之持有關係而斷。如依照學界之見解，由於E並未向丁之身體施以暴力，來藉以取得皮包，故E之行為應屬竊盜行爲，而非搶奪行爲。

二、E持丁的提款卡，而至自動提款機提領八萬元的行為，可能成立刑法第三百二十條第一項之「普通竊盜罪」之既遂犯：

- (一)關於盜用他人提款卡而至自動提款機提款之行為，我國實務界向來認為應成立詐欺取財罪，亦即行爲人使得代替銀行從事付款的自動付款設備陷於錯誤，而將他人之款項交付給行爲人，而使得他人遭受財產損害。
- (二)而我國學界多數見解認為，由於自動付款機器就是完全是以預設的程式，而爲判斷以及反應。如行爲人對於自動付款機器爲不正操作之行為，仍因而取得給付時，由於自動付款機器對於該不當行為，已

經超出預設程式的檢驗功能範圍外，亦即機器對於操作行為的正當與否，不具有任何意識能力，故並沒有陷於錯誤的問題。因此，行為人之行為不能論以詐欺罪，但是仍有成立竊盜罪的可能。

(三)而學界另有看法認為，行為人盜用他人提款卡，進而至自動提款機提款之行為，是屬於刑法第三百三十九條之二「不正利用自動付款設備罪」中的「不正方法」，而能成立刑法第三百三十九條之二第一項之犯罪。

(四)學界或有看法認為，因為行為人在無權使用他人真正的提款卡，而由自動提款機提款的情形中，由於行為人並沒有使用偽卡等類似詐欺之不正行為，自然不成立刑法第三百三十九條之二第一項之犯罪。此外，就自動提款機本身的功能而言，是無法判斷行為人是否有權使用他人的提款卡來提款，換言之，行為人與他人之間的法律關係如何，自動提款機是無法加以判斷的。因此，只要卡片資料及密碼正確，自動提款機即同意交付款項給行為人，既然行為人已經得到同意而取得財物時，自然也不會成立竊盜罪。

三、E之行為所應負之刑事責任如下：

(一)綜上所述，如果依照實務界之看法，E之行為應成立刑法第三百二十五條第一項之「普通搶奪罪」之既遂犯，以及刑法第三百三十九條第一項之「詐欺取財罪」，再依刑法第五十一條之規定，予以數罪併罰。

(二)但如果依照學界之看法，E之行為應成立兩個刑法第三百二十條第一項之「普通竊盜罪」之既遂犯，再依刑法第五十一條之規定，予以數罪併罰。

四、F男（十七歲）結識戊女（十四歲）後，經常與戊發生性行為。不久，F得知戊已懷孕，於是說服戊離家與自己同居生活。試問F之行為應如何處斷？(25分)

答：

一、F與十四歲之戊女從事性交之行為，可能成立刑法第二百七十七條第三項之「對幼年男女性交、猥褻罪」之既遂犯：

(一)刑法第二百二十七條之規定，是對於發育尚未完全之幼年人，為了維護其身心之健康，所特設之保護規定。因此，行為人即使在得到相對人之同意下所為的性交或猥褻行為，由於相對人所為的同意，不具有阻卻構成要件效力，故行為人仍應成立本罪。

(二)F在得到十四歲的戊女的同意下，而與其進行性交行為，是屬於第二百七十七條第三項中「對於十四歲以上、未滿十六歲之男女為性交」之行為，且F在主觀上對於自己之行為事實，亦具有認知，故F之行為應論以刑法第二百七十七條第三項之「對幼年男女性交、猥褻罪」之既遂犯。

(三)由於行為人F之年齡未滿十八歲，依照第二百七十七條之一的規定，如十八歲以下之人，相互間犯第二百七十七條之罪時，減輕或免除其刑。因此，F得享有減輕或免除刑罰之法律效果。

二、F說服戊女脫離家庭，而與自己同居生活之行為，可能成立刑法第二百四十一條第三項之「準略誘罪」：

(一)F在得到十四歲的戊女同意下，而使其離開家庭之行為，由於F並未使用違反被害人意願之強制手段，是屬於使得未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人的「和誘行為」，而使得戊女之監護權人對戊女的監護關係受到侵害。

(二)但刑法第二百四十一條第三項設有「準略誘罪」之規定，亦即行為人所和誘的對象如為「未滿十六歲之男女」時，即使行為人在得到相對人之同意下，而使得相對人脫離家庭或監督權人，但其行為仍應該論以「略誘罪」，而非「和誘罪」。其原因在於，立法者認為未滿十六歲之人，由於心智尚未成熟，無法判斷其同意之意涵與所生之效果，容易遭到他人引誘，而否定其同意之效力，故將行為人對於未滿十六歲之人的和誘行為，視為與略誘行為相同，而排除刑法第二百四十條之適用。

(三)因此，F之行為應成立刑法第二百四十一條第三項之「準略誘罪」。

三、F之行為所應負之刑事責任如下：

(一)綜上所述，F多次與戊女性交之行為，依照個案狀況，得論以一個刑法第二百七十七條第三項之「對幼年男女性交、猥褻罪」之既遂犯，或是依照刑法第五十六條「連續犯」之規定，成立刑法第二百七十七條第三項之「對幼年男女性交、猥褻罪」之連續犯。但是，應依照第二百七十七條之一的規定，給予減輕或免除其刑之法律效果。

(二)而F說服戊女脫離家庭，而與自己同居之行為，應成立刑法第二百四十一條第三項之「準略誘罪」。但由於甲未滿十八歲，屬於「限制罪責能力」之人，依照刑法第十八條第二項之規定，其行為得以減

輕其刑。

- (三)由於行為人所犯之二罪之間，並不具有法條競合或科刑上一罪之關係，因此，應依照第五十一條之規定，予以數罪併罰。