

《刑法》

一、甲教唆乙傷害 A，乙拒絕，被一旁乙之同居人丙知悉。一星期後丙隱瞞乙打電話給甲，謊稱乙改變心意，但要求甲先將之前約定予乙的新臺幣（下同）10 萬元匯入丙的帳號。甲匯款後，丙捲款潛逃。試問甲的行為依刑法如何論處？而 10 萬元依新修正刑法又應如何處置？（25 分）

答題關鍵	本題算是今年較麻煩的一題。首先教唆犯部分考「限制從屬性」，乃不罰的未遂教唆，相信大家都很容易可以掌握。接著丙的詐欺罪部分，涉及「基於不法原因給付是否仍可成立詐欺罪？」此爭點，這與刑法上的「財產概念」息息相關。由於之後還有沒收的爭點必須處理，於此建議採取「讓丙成立詐欺罪」的策略（因為必須要有「不法」才能發動沒收），方可接續處理新刑法的沒收操作。
考點命中	《圖說刑法總則（第四版）》，易律師編撰，高點文化出版，頁 2-39~48、11-44~46。

【擬答】

(一)甲唆使乙傷害 A，不成立刑法（下同）第 277 條傷害罪的教唆犯。

- 1.第 29 條規定之教唆犯，必以存在正犯未遂或既遂不法為前提，若自始不存在任何正犯不法，即使有教唆行為，教唆犯也將因未能滿足限制從屬性而不罰。
- 2.本題客觀上甲雖看似有教唆行為，然卻未能導致乙著手實行傷害行為，欠缺正犯不法供其從屬，**僅僅是不罰的未遂教唆**。

(二)丙向甲謊稱乙改變心意且令甲匯款 10 萬元入丙帳戶，成立第 339 條第 2 項之詐欺得利罪，並按第 38 條之 1 向丙追徵其價額。

- 1.本罪以「施用詐術使相對人陷於錯誤並繼而處分財產令行為人得利」為成立要件。**惟相對人基於不法原因所為之給付，行為人是否仍構成詐欺得利罪？**學說有採「法律與經濟折衷的財產概念」，認為凡是違反民法強行規定之財產給付，均不受本罪保護；另有採「純經濟財產概念」，主張只要是具有經濟價值的財產給付，皆屬本罪保護範疇，本文從之。
- 2.客觀上丙施用詐術使甲陷於錯誤，繼而收受甲具有經濟價值的財產給付共 10 萬元匯款，主觀上丙明知前述事實且有意為之，更知悉並無取得該款項之法律上基礎，卻仍想以所有權人自居，復無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- 3.新刑法沒收以具備「不法行為」為前提，丙有前揭詐欺不法，吻合前提無疑。又該 10 萬元匯款係行為人丙現實上持有支配，**即便其交付係違反公序良俗，仍屬於行為人取得之直接犯罪所得**，該當第 38 條之 1 第 1 項規定應予沒收。惟若該款項已與帳戶內金額混同而無法辨識分離，則按同法第 3 項追徵其價額。

(三)結論：甲不成立犯罪；該 10 萬元依新刑法第 38 條之 1 第 1、3 項沒收或追徵之。

二、甲在古物店竊得明末名家製造之價值不菲的古花瓶，為掩人耳目，暫將其置放於一人跡罕至的廢棄物堆中。當日有一從事資源回收工作之乙，發現該花瓶仍為可用之物，將其取回家中擺放。幾日後經媒體報導，乙發現其拾回之花瓶，極有可能為甲所竊取之物，為免惹麻煩，欲將其放回原處，惟搬運途中為警查獲。試問乙之行為依刑法如何論處？（25 分）

答題關鍵	很意外「一銀盜領案」的贓物罪爭議居然那麼快就成為考題！本題重點全部放在贓物罪部分，尤其贓物罪解釋上必須具備「合意的共同協力」要件，更是答題關鍵，此點我有在班上評析時事時特別強調，也特別在 FB 上撰文提醒。由此可見，時事題確實不可不防。
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁 75~76。

【擬答】

(一)乙將花瓶取回家擺放，不成立刑法（下同）第 320 條的竊盜罪。

- 1.本罪以「基於不法所有意圖而竊取他人所有或持有之動產」為成立要件。另本罪與第 337 條規範客體之差異，在於前者被害人對動產「仍保有持有」，後者則是「非出於本人意思而脫離持有」之物，兩者顯然有別，合先敘明。
- 2.客觀上該花瓶係甲有意放置於廢棄場，故甲對花瓶仍具備鬆懈之持有，乙確實未經同意而移轉花瓶之持有，**然其主觀上根本不知前述事實，欠缺竊盜故意，構成要件不該當。**

(二)乙將花瓶取回家擺放，不成立第 349 條的贓物罪。

- 1.本罪以「收受、搬運贓物」為成立要件。另收受行為乃本罪之基本規定，倘不成立收受行為，亦無搬運行為可言；且行為人必須主觀上知悉該物屬贓物，方有成立本罪空間。
- 2.客觀上乙雖看似有收受贓物行為，惟其主觀上根本不知該物屬贓物，自與本罪無涉。

(三)乙試圖將花瓶放回原處，不成立第 349 條的贓物罪。

- 1.條文雖僅以「收受、搬運贓物」為成立要件，惟通說與實務俱認須附加「合意的共同協力」此不成文限縮要件，亦即贓物犯必須與前財產犯罪之人有意思表示的交流並進而達成合意始足，換言之，單純自取贓物無法該當「收受行為」之文義，更遑論以收受為基礎之搬運行為。
- 2.客觀上乙雖看似有搬運贓物行為，然其從未與甲達成合意的共同協力，構成要件自始即不該當。

(四)結論：乙不成立犯罪。

三、甲、乙交往時，乙曾打造其住處備用鑰匙與甲，方便甲出入乙之住處。兩人分手後，乙曾向甲索討鑰匙，當時甲一時找不到，乙便未繼續追討。幾個月後，甲尋得鑰匙，便逕赴乙之住處，想親自交還給乙。豈料乙不在家，甲想反正有鑰匙在身上便開門進入，並在乙的住處等待乙回來。乙返家後見甲在住處內，大怒並報警提告。甲主張鑰匙係乙所交付，且其為返還鑰匙而來，應無不法。試問甲的行為依刑法如何論處？（25 分）

答題關鍵	相對簡單的一題，只要說明侵入住居罪的保護法益即可迎刃而解。建議不用鉅細靡遺地條列分析，只要用實務見解所採的來解就行，畢竟寫到這裡時間所剩不多，能精簡就盡量精簡！
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁 22～23。

【擬答】

(一)甲使用鑰匙進入乙宅，成立刑法（下同）第 306 條的侵入住居罪。

- 1.本罪以「無故侵入他人住宅」為成立要件。關於本罪保護法益學說素有爭議，計有居住權說、平穩說與自由說等不同見解，實務見解則認為是「個人對其住居所有決定何人可進入或停留之自由」，趨近於自由說，本文從之。
- 2.客觀上乙既然曾向甲索討鑰匙，便代表其不欲甲再度進入乙宅，然甲竟使用鑰匙進入，顯係破壞「乙對其住居所有決定何人可進入或停留之自由」，乃是未經乙同意之侵入行為無疑；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。
- 3.甲無阻卻違法而該當「無故」，複查無任何阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)結論：甲成立侵入住居罪。

四、甲為交通警察，某日於執行勤務時發現乙未戴安全帽、超速且騎乘違法改裝機車。甲攔檢後發現乙為 13 歲少年，且根本沒有駕駛執照。甲要開單處罰時，乙苦苦哀求，並直接脫下自己手上之限量造型玩具手錶給甲，希望甲網開一面。甲見該手錶價值不菲且四下無人，默默收下手錶後，告訴乙其違規多項，但願意予其自新機會，希望其以後不要再犯，便予以放行。試問甲的行為依刑法成立何罪？（25 分）

答題關鍵	可說是萬年老梗題，只要看到是「違背職務系列」，馬上反應出第 122 條。由於本題僅問收賄者甲，因此只要涵攝第 1、2 項犯罪即可，重點反而是在這兩罪該如何競合。最後建議一下，既然今年沒收大熱門，那就順道提一下本條第 4 款的沒收特別規定吧！
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁 122～123。

【擬答】

(一)甲收下乙交付之手錶，成立刑法（下同）第 122 條第 1 項的違背職務收賄罪。

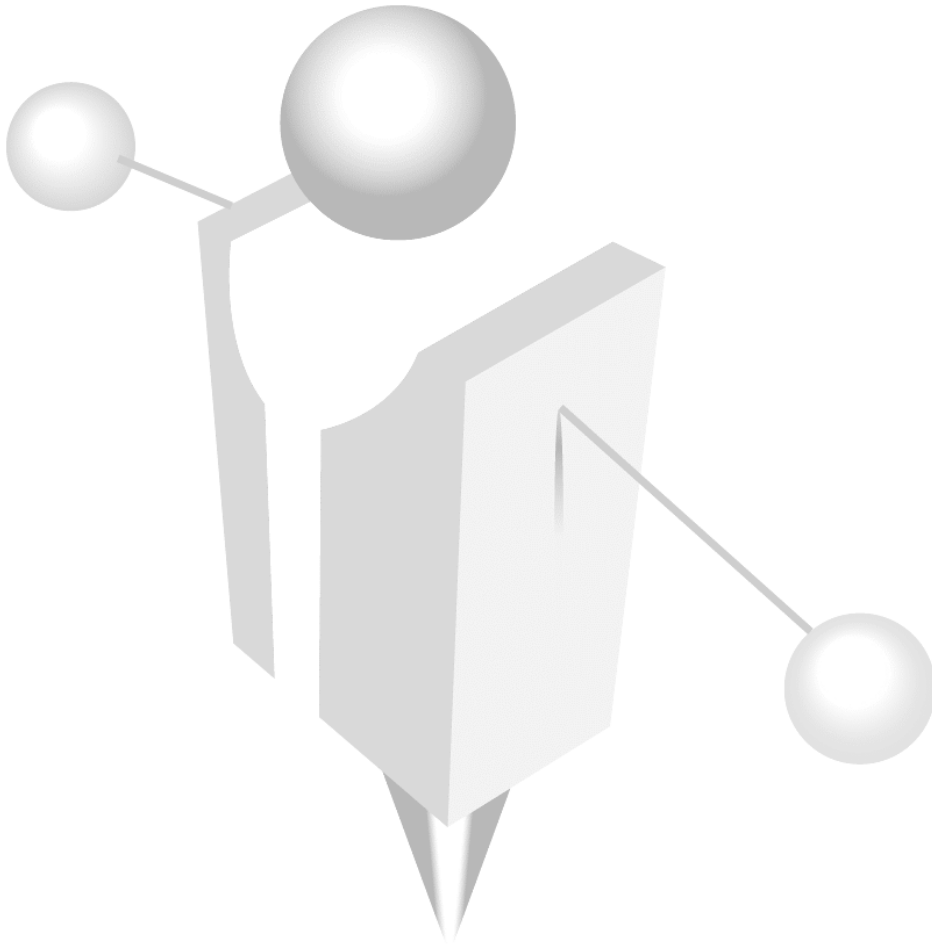
- 1.本罪以「公務員對於違背職務之行為收受賄賂」為成立要件。
- 2.客觀上甲身為交通警察，係第 10 條第 2 項第 1 款前段所稱身分公務員，甲就違背其職務之行為收受乙所交付之手錶，該當收受賄賂行為；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。復無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)甲未開單而將乙放行，成立第 122 條第 2 項的收賄而違背職務罪。

- 1.本罪以「公務員犯違背職務收賄罪後繼而行違背職務之行為」為成立要件。

2.客觀上甲犯違背職務收賄在先，又繼而未開單而將乙放行，該當違背職務之行為；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。復無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。。

(三)結論：甲先後不同行為成立違背職務收賄、收賄而違背職務兩罪，**其保護法益同一，按不真正競合僅論收賄而違背職務罪已足**。至於該手錶則按第 122 條第 4 項之規定沒收或追徵之。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！