

《刑法》

一、甲與乙因開車擦撞而發生口角，繼而互毆。突然，甲從路旁撿起長約 6 尺之鐵管猛打乙之頭部與身體，導致乙頭破血流，肋骨亦被打斷兩根。當時，乙以為將被甲打死，故為求自衛，乙乃趕緊從其車門內側置物袋中捉起修車用之螺絲起子，朝甲之胸膛用力刺進，而使甲因流血過多死亡。試問：

(一)乙之行為是否得構成正當防衛？其理由何在？（提示：從打架之情形，是否有成立正當防衛之可能展開論述。）(13 分)

(二)於正當防衛之情形，是否有受防衛之法益與被反擊之法益，應有均衡之問題？(12 分)

命題意旨	測驗考生對於「正當防衛」的成立要件的熟悉度，重點有二：其一，在「防衛情狀」的要件中所延伸出「互毆得否主張正當防衛」的問題。其二，在「防衛行為」的要件中，是否要求「具備法益衡平性」的問題。
答題關鍵	本題為基本概念的題型，將學界及實務界的相關見解詳細論述即可。
高分閱讀	1.錦囊系列－刑法總則篇（蔡律師、余律師）(L207)。P.107～108：互毆得否主張正當防衛（相似度 90%） P.101～102：防衛行為應否考慮利益衡平（相似度 90%）；P.96～111：正當防衛之要件 2.重點整理系列－刑法總則（方律師）(L234)。P.2-168～169：互毆可否主張正當防衛（相似度 90%）；P.2-165：防衛行為之手段應否考慮利益衡量原則（相似度 90%）。 3.經典題型系列－刑法總則（金律師）(L504)。P.2-166～167：互毆可否主張正當防衛(相似度 90%)；P.2-169～170：互毆與正當防衛之最新實務見解（相似度 90%）；P.2-137：正當防衛之體系暨思考流程(相似度 80%)

【擬答】

一、甲與乙因車禍而發生互毆，乙由於遭受甲持鐵管毆打，故持螺絲起子刺殺甲的行為，得否主張正當防衛？

(一)關於在鬥毆的情形中，行為人是否得主張其行為成立正當防衛？對此問題，我國實務界向來是持否定的立場，如在 30 年台上字第 1040 號判例中，實務界即表明在互毆的情形中，由於雙方起先均已存有傷害之行為，而與正當防衛之要件不符，故不得成立正當防衛。此外，學界亦有見解認為，由於在互毆的情形中，雙方往往是出於報復的意思，甚難認定其具有防衛意思，因此，雙方皆不得成立正當防衛。

(二)但學界亦有見解認為，即使行為人在鬥毆時具有報復對方之心理，但無法斷然否定行為人在主觀上具有防衛意思。因此，應由鬥毆之型態來加以區分，而作不同的處理：

1.約定鬥毆：是指行為人所參加的鬥毆行為，為雙方事前所約定而成者，由於行為人在主觀上是具有積極侵害他人之意思，即使在鬥毆過程當中，有產生出防衛意思的可能性，但是，由於雙方自始所實施的均屬「不正」之行為，而不得主張正當防衛。

2.偶然鬥毆：是指行為人由於突發狀況，而與他人發生鬥毆的情形，此時，須就實際情事加以判斷，如果在對方先實行不法之侵害時，且行為人本身具有防衛意思的情形下，則互毆之間即具有「正對不正」之關係，行為人則可能成立正當防衛。

(三)在本案例中，甲與乙是由於發生車禍之偶然原因，進而導致互毆行為之發生，如果依照我國實務界以及學界部分之意見，則甲、乙二人均不得主張正當防衛。但如依照上述第二類的學界意見，由於甲、乙二人之鬥毆行為，係屬偶然鬥毆之情形，且在具體個案中，是由甲先實行不法的攻擊行為，此時，乙為保全自身的利益，進而實施反擊的防衛行為，應可主張正當防衛。

二、乙遭受甲毆打，為了防衛自己，而以螺絲起子將甲刺殺致死的行為，是否符合防衛行為的要件？

(一)依照學界多數說的看法，正當防衛上客觀要件中的「防衛行為」，必須具備「適當性」及「必要性」兩要素，所謂「適當性」是指行為人的防衛措施是能夠有效的將侵害排除，或減少、延緩侵害的程度。而所謂「必要性」是指以行為人遭受攻擊時的客觀情形而為判斷，如果行為人有多種防衛方式均可達成防衛目的時，雖然行為人不需迴避攻擊，亦不須選擇不可靠的防衛方式，但行為人必須在所有可達成防衛目的方式中，選擇對攻擊者侵害最輕微的方式為之。

(二)至於在「適當性」及「必要性」之外，防衛行為是否必須如同緊急避難行為一般，要求所謂的「法益衡平性」，亦即行為人所保護的利益與其所造成的侵害利益在利益衡量上，所保護的利益是優越於受侵害之利益？對於此一問題，學界有看法認為，正當防衛的目的在於當行為人不及向國家機關請求排除侵害的情形下，能夠以私力的方式來排除侵害以保全利益，因此，只要行為人的防衛行為符合必要性，即可主張正當防衛，不需要為防衛行為而付出額外的不利益代價。因為要求利益衡平的結果，將造成不法侵害者永遠立於不敗的地位，而使得正當防衛的目的因而落空。

(三)但學界亦有見解認為，防衛行為在「適當性」及「必要性」之外，亦需要求「符合社會道德之限制」，如攻擊者所造成之損害，將導致與防衛者所造成的損害之間，發生利益嚴重失衡的結果時，行為人的正當防衛權應受到限制。在



此情形中，行為人必須先採取迴避之手段，如果無法迴避侵害時，再採取消極性的「防禦性的防衛手段」，如果仍然無法避免侵害時，才能採取侵害最輕的「攻擊性的防衛手段」為之。

(四)在本案例中，甲以鐵管猛打乙之頭部與身體，導致乙頭破血流，肋骨亦被打斷兩根，乙因而持螺絲起子反擊，而將甲刺殺致死的行為，按照上述兩種不同之見解，乙之反擊行為即使造成甲之死亡結果，皆得認為乙之反擊行為係屬於正當防衛。此外，在關於正當防衛的成立上，是否要求「防衛之法益與被反擊之法益必須均衡」的問題上，應採第一種說法為宜，因為在考量到正當防衛是要讓受攻擊者有效排除侵害的前提下，只要防衛行為具備了「適當性」及「必要性」，即屬正當防衛，而不必要求「法益衡平性」，因此，在防衛之法益與被反擊之法益之間並未均衡的情形下，應該是由發動不法侵害的攻擊者去承擔此一不利益，而非由防衛者來承擔。

二、某甲意圖為自己不法之所有，於某日中午十二時許前往乙家翻越屋後氣窗潛入竊得皮包一只，因屋內沒人，遂大方從前門離開，徒步前往距離約三十公尺遠之公園點數鈔票後，發現僅有新台幣三千元，甲嫌太少，仍前往附近超商購買便當食用，食畢又折返乙家意圖再行偷竊，當伸手打開乙家前門之際，適乙返家發現而大聲喊叫，甲即取出隨身攜帶兩面泛光之水果刀一把，在乙面前左右搖晃，乙因害怕未將甲逮捕送警，甲並趁乙倒退時順利脫逃，問：

(一)甲除第一次行為犯竊盜罪外，其持刀逼退乙而脫逃，是否構成準強盜罪？(10分)

(二)依題旨所示，如何對甲論罪？(5分)

(三)假設甲另案犯毀損、傷害、侵占、竊盜，經判處有期徒刑三月、四月、五月、六月後，因均得易科罰金，惟定應執行刑一年二月，是否仍得易科罰金？現行刑法與預定於95年7月1日施行之修正刑法，在適用上有無不同，請分別說明之。(10分)

命題意旨	本題為財產犯罪併合易科罰金之考題，命題之意旨在於測試考生對竊盜罪與準強盜罪中，其構成要件內涵之認識與理解程度。此外，與律師考試較不同之處，乃係歷年來司法官考試向來都會有「技術性考題」出現，亦即，基於司法官的工作性質趨向，司法官考試關於刑罰論部分的考題比重較高。今年不免俗地也出現了關於易科罰金的制度考點，當然，考生除了需對此部分條文有所熟悉方能掌握其適用要件外，基於今年刑法新法對此一部份有制度上的重大變革與修正，故必須將新舊法爭議點為何，一併敘明，方可獲致高分。
答題關鍵	本題應掌握之基本重點有： 1.竊盜罪之構成要件內涵與運用； 2.準強盜罪之構成要件內涵與運用； 3.易科罰金之適用要件，包含新舊法之制度差異與修正理由。 本題考點甚多，前兩項答題關鍵案例事實看似單純，然可能涉及的概念爭議亦相當多，但相較於第三項易科罰金部分，因第三項不僅分數比重較高，且同時涉及新舊法下學說跟實務的爭議與制度變革，故考生在答題比重與時間分配上應有所取捨，宜將答題重心置於第三項而多所著墨。
高分閱讀	1.傳台大刑法講義，第六回，第二十二章，P40~46。 2.傳台大刑法講義，第三回，第十二章，P47~49 3.傳台大刑法講義，第六回，第二十二章，P60。 4.傳台大刑法講義，第五回，第十七章，P61~62。

【擬答】

一、某甲持刀逼退某乙而脫逃的行為是否構成準強盜罪？

我國刑法上的準強盜罪，依第三百二十九條之規定，係指竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者而言。是故，若行為人為基礎財產犯罪行為後，而基於防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證之主觀故意在於客觀上而為強制行為，即如同破壞強盜罪（第三百二十八條）之規範意旨（保護自由法益及財產法益），僅係時間順序上之差異爾，故條文另為有別於強盜罪之規範而獨立處罰。

(一)第一次竊盜行為與準強盜行為之關係：

首先，準強盜罪以「當場」為其客觀構成要件要素，而所謂「當場」，故不以實施竊盜搶奪者尚未離去現場為限，但仍須有「空間與時間上的密接性」，方足當之。本題中某甲以水果刀為強制行為時，已與其第一次的財產犯罪行為欠缺時間上的密接性，故無法該當準強盜罪之客觀構成要件。

(二)第二次行為與準強盜行為之關係：

準強盜罪之構成不論依學說及實務見解行為人之竊盜犯罪至少需已達未遂程度，方有構成準強盜罪之餘地。按竊盜未遂罪之構成，以行為人主觀上有竊盜故意即不法所有意圖，而客觀上有著手為成立要件。竊盜罪之著手時點，依我國最高法院八十二年刑事庭會議第二次決議之見解，係指行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物之時方



屬著手。其後最高法院的補充判決（八四年台上字第 4341 號判決）更指出其行為需是與侵害他人財產間有一貫接連性之密接行為。

本題中某甲第二次偷竊行為，因依題意所示，僅係伸手打開乙家前門，不僅未達接近我國實務上「搜尋、物色財物」之程度，更不符合我國通說（主客觀混合說）之標準，故其客觀上尚未著手，即令主觀構成要件該當，亦不構成竊盜罪未遂。進一步，其後持刀逼退某乙的行為亦不構成準強盜罪。

(三)結論：某甲不構成準強盜罪。

二、依題旨所示，如何對甲論罪？

(一)某甲持刀逼退某乙的行為是否構成恐嚇危害安罪（第三百零五條）？

恐嚇危害安罪的保障法益乃係被害者心理安全感的利益，行為人係透過恐嚇行為之實施，而使受惡害通知之被害人心生畏怖、不安，進而導致該法益之侵害。本題中某甲持刀逼退某乙之行為已致某乙產生心理上的不安，故客觀構成要件該當，且某甲具有故意、違法性、罪責，故其行為構成本罪。

(二)某甲若以所竊得之三千元購買便當可能構成刑法第 335 條第 1 項之侵占罪

對於此一爭議問題，學理上可分成「競合解決理論」與「構成要件解決理論」兩種看法，前者認為不法取得財產後之支配行為仍符合侵占之概念，依然構成侵占罪，只不過此侵占行為是前面不法取得財產行為之與罰的後行為（不罰的後行為），而不予處罰。其理由乃在於：

(1)保護被害人避免繼續受到其他侵害。(2)替後行為的教唆、幫助等共犯行為，建立處罰的依據。

至於構成要件解決理論則認為此處被害人的利益（所有權的事實上機能），早因行為人先前的不法取得行為而破壞，故行為人後續的處分行為不可能再度侵害利益，從而也無從構成侵占罪。

然本題中某甲持竊得財產購買便當之行為，不論在技術上係採取何種理論見解，結論均係不構成侵占罪。

(三)結論：

某甲構成一個竊盜罪既遂（第二次如前所述不構成竊盜罪），及恐嚇危害安罪既遂。兩行為係分別起意，而侵害不同法益，乃屬實質競合之關係，應數罪併罰。

三、此題分析如下：

(一)舊刑法（現行法）之適用：

關於易科罰金之適用，現行法的要件為 1.須犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪；2.須受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告；3.須因受判決人之特定情狀致執行顯有困難。

其適用上茲有疑義者乃在於，行為人因數罪併罰致其應執行之刑逾六個月的情形，是否仍符合本要件？持否定說之見解認為，因易科罰金之制度目的乃在於避免六個月以下短期自由刑之執行，若因數罪併罰而致宣告之刑（應執行之刑）超過六個月，則已非短期自由刑，不符制度目的，故應執行徒刑。然對此一問題，我國司法院大法官釋字三六六號卻持肯定說之看法，認為本條條文中所稱之「宣告」，應係指「宣告刑」之意。

故若依釋字三六六號之解釋意旨，本題中某甲各案之宣告刑分別為三月、四月、五月、六月，均未逾六個月「宣告刑」之限制，自得適用刑法第四十一條之易科罰金。

(二)新法之適用：

然新法針對此一爭議問題，乃係採前述否定說之見解，其修正理由說明：「第一項所謂六個月以下有期徒刑或拘役之「宣告」，基於易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題，應指最終應執行之刑之宣告而言，而非指學理所謂「宣告刑」。數罪併罰之各罪，雖均得合於第一項之要件，惟因其最終應執行之刑之宣告，已逾六個月者，其所應執行之自由刑，既非短期自由刑，自無採用易科罰金之轉向處分的理由」。亦即，其將判斷重心放在「應執行之刑」是否超過六個月。新法第四十一條第二項條文亦修正為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之」。

職此，新法底下，本案中某甲各罪之應執行之刑既已達一年二月，即已不符合易科罰金之制度目的（避免短期自由刑之執行），而不得易科罰金。

(三)結論：

舊法（現行法）底下，依大法官釋字三六六解釋意旨，本案某甲得以易科罰金；新法底下，本案某甲不得易科罰金。

三、甲係任職於台北翡翠水庫管理局之公務員，負責水庫洩洪業務，某日颱風將屆，需要洩洪，依規定洩洪應事先預告，俾下游居民及遊客得以預先因應，免釀災害，乃甲因醉酒致疏未預告而逕自洩洪，使在水庫下游垂釣之乙、丙二人被水沖走，乙溺斃，丙則受傷。甲闖禍後，經警以廢弛職務釀成災害之瀆職罪移送法辦。闖禍後甲心情不佳欲請假休息，遂至長庚醫院求診，向醫師丁告以有嚴重之暈眩、耳鳴等疾病，使不知情之丁診療後據以登載於診斷書，甲乃持診斷書辦理請假事宜。試問：

(一)洩洪部分，如何論甲之罪責？(15 分)

(一)甲是否構成偽造文書之間接正犯？(10 分)



命題意旨	本題主要在測驗考生對於刑法第一百三十條「廢弛職務釀成災害罪」之犯罪構成要件的熟悉程度，以及在刑法第二百十五條的「業務登載不實罪」上，與刑法第二百十三條、第二百十四條的規定相較之下，是否有成立間接正犯之可能性。
答題關鍵	關於行為人洩洪行為之部分，除了應檢驗是否成立「廢弛職務釀成災害罪」之外，亦必須留意其它所可能成立之犯罪。至於在「業務登載不實罪」是否有成立間接正犯的問題上，應該將學界及實務界的看法加以陳明，尤其在與第二百十三條、第二百十四條的對照上。
高分閱讀	1.重點整理系列－刑法總則（方律師）(L234) P.2-270~274：間接正犯之概念 2.重點整理系列－刑法分則（方律師）(L235) P.4-44~45：廢弛職務釀成災害罪之要件（相似度 85%） P.3-73~81：偽造私文書罪之要件（相似度 80%） 3.錦囊系列－刑法總則篇（蔡律師、余律師）(L207) P.268~282：間接正犯之概念（相似度 80%） 4.錦囊系列－刑法分則篇（蔡律師、余律師）(L208) P.716~718：廢弛職務釀成災害罪之要件（相似度 85%）

【擬答】

一、甲因醉酒致疏未預告而逕自洩洪，使在水庫下游垂釣之乙、丙二人被水沖走，而導致乙溺斃、丙則受傷的行為，所可能負擔之罪責如下：

(一)甲之行為可能成立刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪：

- 1.甲未依照規定預告即逕自洩洪，而使得釣客乙因而死亡的行為事實，在客觀上有導致他人發生死亡結果的行為，且行為與結果之間，亦具有因果關係。此外，負責水庫之管理工作，是甲基於職務地位所為的行為，在客觀及主觀上均有反覆實施之性質，因此，甲導致乙死亡之行為，該當於刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪的客觀構成要件。
- 2.而甲在主觀上，雖然對於自己的行為導致他人死亡結果的事實發生，在主觀上並無認識，但就一般人以及甲所負有的注意義務以及具有的注意能力觀之，甲對於該事實應該是具有預見可能性，故在主觀上是具有過失，因此，亦該當於刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪的主觀構成要件。
- 3.但甲在行為之時，因飲酒而陷入異常之精神狀態，是否可以依照刑法第十九條之規定，主張因心神喪失或精神耗弱而得阻卻或減免罪責？依照學說上之多數看法，以及 2005 年 1 月刑法修正後所新增定的第 19 條第三項的規定，均承認行為人在正常精神狀態下，如果對法益侵害的情事，已經具有預見或預見的可能性，卻進而使自己陷入精神障礙的狀況，而導致法益侵害結果發生的「原因自由行為」，應無刑法第十九條之適用餘地，換言之，行為人仍須承擔完全之罪責。因此，在本案例中，甲陷於酒醉後所發生的過失致人於死的行為，係屬於原因自由行為，故對甲的罪責認定上，不生任何的影響。
- 4.甲之行為該當於刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪的犯罪構成要件，且具備違法性及罪責，故甲之行為應成立刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪。

(二)甲之行為可能成立刑法第二百八十四條第二項之業務過失致傷罪：

- 1.甲未依照規定預告即逕自洩洪，而使得釣客丙因而受傷的行為事實，在客觀上有導致他人發生傷害結果的行為，且行為與結果之間，亦具有因果關係。此外，負責水庫之管理工作，是甲基於職務所為的行為，在客觀及主觀上均有反覆實施之性質，因此，甲導致丙受傷之行為，該當於刑法第二百八十四條第二項之業務過失致傷罪的客觀構成要件。
- 2.而甲在主觀上，雖然對於自己的行為導致他人傷害結果的事實發生，在主觀上並無認識，但就一般人以及甲所負有的注意義務以及具有的注意能力觀之，甲對於該事實應該是具有預見可能性，故在主觀上是具有過失，因此，亦該當於刑法第二百八十四條第二項之業務過失致傷罪的主觀構成要件。
- 3.甲之行為同樣是屬於「原因自由行為」，仍應認其具有完全之罪責能力，理由已於前段陳明，故不贅述。甲之行為該當於刑法第二百八十四條第二項之業務過失致傷罪的犯罪構成要件，且具備違法性及罪責，故甲之行為應成立刑法第二百八十四條第二項之業務過失致傷罪。

(三)甲之行為可能成立刑法第一百三十條之廢弛職務釀成災害罪：

- 1.甲屬於台北翡翠水庫管理局之公務員，而具有公務員之身分，案例中已經言明。而就甲因酒醉而未依照規定預告，逕自洩洪而使得釣客乙、丙發生死亡及受傷結果的行為事實，依照甲之法定職務內容以及職務目的，對照其實際上所為的職務行為觀之，在客觀上甲是具有廢弛職務而釀成災害之行為。



2.而刑法第一百三十條之廢弛職務釀成災害罪在其主觀要件上，是要求行為人具有直接或間接故意，始能成立該罪。但在本案例中，甲是由於酒醉而疏忽未在洩洪前加以預告，因此，甲對於自己因廢弛職務而釀成災害之行為事實，在主觀上應該是欠缺認識，故不具有故意，頂多是具有預見可能性。但由於廢弛職務釀成災害罪中並未設有處罰過失犯之規定，故甲之行為並不成立本罪。

(四)綜上所述，甲應成立刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪，以及第二百八十四條第二項之業務過失致傷害罪，由於在本案例中，係屬行為人之同一行為所觸犯之數罪，依照刑法第五十五條前段之規定，應論以想像競合，而依屬重罪之業務過失致死罪之法定刑處斷。

二、甲向醫師丁告以有嚴重之暈眩、耳鳴等疾病，而使不知情之丁診療後據以登載於診斷書的行為，是否成立刑法第二百五條「業務登載不實罪」之間接正犯？

(一)刑法第二百五條之「業務登載不實罪」，行為主體為從事業務之人故通說認為本罪為純正身分犯。關於純正身分犯通說認為無身分之人對於身分犯而言不可能成立間接正犯只能成立教唆犯，而教唆犯必須從屬於正犯故意之不法行為，因此本題醫師丁並無登載不實之故意，是以甲並不構成登載不實罪之教唆犯。

(二)不過應注意的是實務上認為無身分之人是可以構成身分犯之間接正犯，因此理論上業務登載不實罪並非絕對不能成立間接正犯，惟實務上認為本條與刑法第二百十三條、第二百十四條之規定兩相對照之下，第二百十四條在其性質上，是第二百十三條之間接正犯行為的獨立處罰規定，亦即立法者將行為人利用不知情的公務員，使其將虛偽不實的情事，登載於職務上所掌的公文書，此等間接正犯的情形，規定成為獨立的類型。但關於第二百十五條中間接正犯之情形，立法者卻未如第二百十四條一般，特別明文化的加以獨立規，因此解釋上是屬於立法者特意不予以處罰的情形，自然不得再援引間接正犯之理論，對其行為加以論處。

(三)綜上所述，甲之行為並不成立刑法第二百五條「業務登載不實罪」之間接正犯。

四、某甲駕駛自有汽車而違規停車，汽車被拖吊至違規拖吊保管場內。某甲心有不甘，於夜間潛入保管場內，利用保管場櫃臺人員上廁所時，未辦理手續即迅速駕車離去。隔日某甲又至保管場要求「領車」，保管場發現車輛已經不在，某甲即開口要求保管場負損害賠償責任。保管場不允，報警處理。經調查後隨即揭露，原來失車是某甲自導自演。問：

(一)某甲行為是否構成竊盜罪？(12分)；(二)某甲行為是否構成詐欺未遂罪？(13分)

命題意旨	本題為傳統財產犯罪題，命題之意旨在於測試考生對竊盜罪與詐欺罪之「不法所有意圖」，此一特殊主觀構成要件要素之內涵及其他客觀構成要件要素的認識程度。此外，未遂犯的著手時點究如何判斷，亦屬國考常見的基本題型。考生必須先闡釋其內涵後加以運用，套用於案例事實之中。
答題關鍵	本題應掌握之基本重點有：1.竊盜罪之「不法所有意圖」的內涵；2.詐欺罪之「不法得利意圖」的內涵；3.詐欺罪的著手時點。欲得高分，除了上述重點之外，關於詐欺罪著手時點之部分，宜進一步詳加闡釋我國實務與傳統見解看法在適用上的疑慮。另可將總則關於犯罪著手時點之觀念一併帶入，配合地加以運用而為解釋，如此答題方式應可獲致高分。
高分閱讀	1.重點整理系列－刑法分則（方律師）（L235）。P.2-18～28：普通竊盜罪之構成要件（相似度 80%）；P.2-136～154：普通詐欺罪之要件（相似度 80%）；P.2-154：詐欺未遂之認定（相似度 85%） 2.錦囊系列－刑法分則篇（蔡律師、余律師）（L208）。P.225～230：竊盜罪之犯罪構成要件（相似度 80%）；P.329～338：普通詐欺罪之構成要件（相似度 80%）。 3.傳台大刑法講義，第六回，第二十二章，P46～49、P74。4.傳台大刑法講義，第三回，第十二章，P64～67。

【擬答】

一、某甲行為是否構成竊盜罪？

關於竊盜罪之保障法益，我國學說上素有「本權說」（僅保護所有權）、「持有說」（僅保護持有權）與折衷說之不同看法，對此一爭議，我國通說向來均認為竊盜罪之保護法益應兼及所有權及持有權，而所謂的「持有」，係指按社會一般觀念所承認而客觀存在於某物的「事實上監督管領或支配力」。

如依通說見解進一步探討竊盜罪之客觀構成要件：「竊取」，則其概念意義係指行為人破壞他人對於財物之持有支配關係，並進而建立自己對於財物之持有支配關係。本題中，客觀上拖吊業者係基於行政法令上的權限而將某甲汽車拖吊至保管場內，亦即，其已合法建立對於該車之持有支配關係，某甲復於夜間潛入保管場內逕行將該車開走的行為，已該當於「竊取」之客觀構成要件內涵。主觀上，某甲對於其竊取行為與行為結果（破壞保管場對於該車之持有支配關係）有認知及意欲，亦應具備竊盜罪之構成要件故意。然茲有疑問者乃在於，某甲是否具備普通竊盜罪之特殊主觀構成要件要素，亦即，不法所有意圖？詳述如下：按竊盜罪中之「不法意圖」所指的「不法」，乃係行為人對於被竊取之物，欠缺一個物之移轉的請求權（屆清償期且無異議的請求權），至於該請求權之行使是否合法，則須由實體財產法的所有權秩序決定。本題中，某甲因為辦理手續，並未取得實體法上領回該車之權利，故屬「不法」，且某甲主觀上對於此一「不法」情狀亦應有所認知及理解，故其具備不法意圖，應無疑義。復按，所謂之「所有意圖」，其概念意義係指「行為人



以所有人的地位自居，而持續性地享受該物之利益」的主觀心態。然本題中某甲將自己所有之汽車逕駕走，並非基於「取得」該車所有權之主觀意圖，而應僅係為規避公法上的債務清償責任而已，故某甲之行爲應欠缺「所有意圖」此一主觀構成要件要素，故其行爲不該當於竊盜罪之主觀構成要件，而不構成本罪。結論：某甲行爲不構成竊盜罪。

二、某甲行爲是否構成詐欺未遂罪？

詐欺未遂罪之主觀上，如同前述之竊盜罪，亦係以行爲人之故意及不法所有意圖爲要件，然而本罪中所謂之「不法所有意圖」，基於詐欺罪係保護整體財產法益之規範意旨，故事實上是指「不法得利意圖」，而不一定是不法的取得意圖，因爲本罪乃是對整體財產利益的保護，而非保護特定罪的所有權。

本題中某甲隔天至保管場領車的行爲，在主觀上應對一、行爲人行使詐術；二、使相對人陷於錯誤；三、相對人爲財產處分；四、他人受有財產損害；五、貫穿之因果關係等客觀構成要件要素有所認知及意欲，故應具備構成要件故意。

至於「不法得利意圖」部分，本題中某甲希冀利用其詐術行使之行爲與保管場之錯誤認知，而獲得損害賠償，即已具備對於保管場之整體財產法益侵害之意圖，且因其對於自己並無請求權利之不法狀態有所認知及理解，故其亦具不法意圖，故綜上所述，某甲之行爲該當於詐欺罪之主觀構成要件。客觀上，詐欺未遂罪以「行爲人著手」爲必要，所謂「著手」，我國實務向來係採形式客觀說，認爲行爲人於開始實現嚴格意義之構成要件行爲時即爲著手。有別於我國實務之看法，我國通說導源於「印象理論」，於著手時點部分係採「主客觀混合說」，亦即，由行爲人的整體計畫觀察，以客觀之旁觀者的角度，在認知行爲人對於犯罪過程之想像後，判斷是否已直接導致相關構成要件所保護客體之危險，或與構成要件之實現有密切之關連。而關於詐欺罪部分，我國實務及傳統學說見解更在「形式客觀說」之脈絡底下，進一步認爲只要行爲人係基於不法所有意圖及主觀故意，而向相對人行使詐術之時，即屬詐欺取財罪之著手。至於相對人是否因對方所施之詐術而陷於錯誤，或是是否從而爲進一步的財產交付，並非所問。職此，本題之中某甲既已向保管場詐領車輛（行使詐術），雖保管場並未因而陷於錯誤或產生任何財產損害，亦屬詐欺行爲之著手，而該當於普通詐欺未遂罪。然有別於前述看法，學說上少數說則認爲，普通詐欺罪的犯罪行爲應是最後一個「接受交付財物（利益）」的行動，才使財產損害發生，基於普通詐欺罪所保障者，乃是被害人的財產法益，而非保障相對人不受詐欺的精神表意自由之規範意旨，職此，僅因行爲人已行使詐術，即認定行爲人已著手於詐欺罪的看法，而不去實質判斷相對人的財產法益是否有受侵害之危險，恐與詐欺罪所保障的法益及規範目的有所偏差。是故，詐欺罪應係以「接受交付財物」作爲其著手時點，本題中因保管場並未陷於錯誤，亦未爲任何財產處分，故某甲應尚未達於著手，而不構成詐欺未遂罪。結論：某甲行爲如依我國實務及傳統學說見解，應構成詐欺未遂罪；如依少數說見解，則不構成詐欺未遂罪。

