

# 《刑法》

一、甲企圖殺乙，持刀守候乙家附近，傍晚時分，乙偕同小女兒返家，甲不忍小孩驚慌，於是放棄行動。越數日，甲再度持刀守候於乙家門前，時近黃昏，乙獨自返家，甲揮刀刺殺乙，乙血流如注，但仍奮力抵抗。甲突生悔意，逃離現場，並即電召救護車。救護車未到，乙已先行攔搭計程車就醫，雖然傷勢不輕，但倖得不死。試問，如何論處甲的先、後行為？（25 分）

命題意旨	本題是個簡單的開門考題，主要係測驗關於預備犯與未遂犯的操作，還有刑法第 27 條有關中止未遂犯的熟悉度，基本上穩紮穩打便可得到不錯的分數。
答題關鍵	「預備行為」請稍加說明；至於「形式預備犯可否適用第 27 條之規定？」算是本題的最大考點，必須多花些篇幅來鋪陳；還有「準中止犯」的要件涵攝，最後可用簡單的競合做出總結。
高分閱讀	1.易台大，上課用刑法講義，第二回第 25 頁、35 頁以下。 2.易台大，總複習刑法講義，第 19 頁。 3.陳子平，《刑法總論》，2008 年，元照出版，427 頁以下。

## 【擬答】

(一)甲第一次企圖殺乙之行為，成立刑法（以下同）第 271 條第 3 項的預備殺人罪。

- 1.甲本於殺乙之企圖而持刀守候在乙家附近，卻因不忍小孩驚慌而放棄犯行，並無實現殺人罪之客觀構成要件，**非既遂**；且無論依據主客觀混合說、密切行為說，抑或形式客觀說，甲之行為俱無達到著手之程度，故也**非未遂**。
- 2.刑法上有所謂「**預備行為**」階段，意指行為人以實現某一犯罪行為的決意，所從事的準備行為，以便於創設犯罪實現的條件或排除犯罪實現的障礙。依題意，甲先行守候在乙家附近，係便於創設犯罪實現條件的準備行為，該當預備之意義，無阻卻違法或阻卻罪責事由，而可以成立預備殺人罪。
- 3.甲所成立之預備殺人罪，可否適用第 27 條有關中止未遂犯之規定？學說上容有爭議：
  - (1)否定說：既然第 27 條第 1 項明文規定「**已著手於犯罪行為之實行**」之要件，則僅有著手後的未遂階段有本條文之適用。
  - (2)肯定說：預備犯乃未遂犯之前階段，且有朝未遂發展之階段性，既然後階段（未遂）有本條之適用，前階段（預備）亦應有其適用，否則將形成不法內涵較高之未遂階段有減免刑罰之機會，不法內涵較低之預備階段卻反而無此機會，而有刑罰不均衡之現象。
- 4.縱上所陳，本文認為肯定說之理由較為堅強，惟在技術上應類推適用第 27 條之規定，此有利於被告之類推，不生違反罪刑法定原則之問題。是故，甲成立預備殺人罪，但可類推第 27 條第 1 項，減輕或免除其刑。

(二)甲第二次企圖殺乙而守候乙家門前之行為，成立第 271 條第 3 項的預備殺人罪。

甲先行守候在乙家門前，係便於創設犯罪實現條件的準備行為，該當預備之意義已如上所述，且無阻卻違法或阻卻罪責事由，可以成立預備殺人罪。

(三)甲揮刀刺殺乙之行為，成立第 271 條第 2 項的殺人未遂罪。

- 1.由於乙最終並未發生死亡結果，殺人罪之客觀構成要件並未既遂。甲主觀上具有殺死乙之故意，客觀上無論依據主客觀混合說、密切行為說，抑或形式客觀說，俱已達到著手之程度，未遂犯之構成要件該當。
- 2.甲之行為無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立殺人未遂罪。
- 3.依題意，甲主觀上已經認為完成犯罪實行行為，故屬「**既了未遂**」。甲主觀上本於己意中止之意思，電召救護車前來救乙，雖客觀上乙係自行攔搭計程車前往就醫，甲之中止行為與未發生既遂之間不具備因果關係，惟甲之行為仍具有積極性與相當性，得依據第 27 條第 1 項後段有關「**準中止犯**」之規定，減輕或免除其刑。

(四)競合：甲第二次之行為成立預備殺人罪與殺人未遂罪，兩罪係行為單數而侵害同一法益，成立法條競合之補充關係，僅論殺人未遂罪已足；該殺人未遂罪與第一次的預備殺人罪係行為複數而侵害同一法益，乃與罰的前行為，論殺人未遂罪即為已足。



二、甲為警察，竟對乙所經營之賭場連續索取保護費及乾股利潤每月十萬元，共計十次。某日，甲穿著制服偽裝執行勤務，實則擬收取當月之款項。此時適有乙之仇家丙前來尋仇，丙舉槍射殺乙時，甲不加以制止，反而迅即臥倒躲避，倖免於難，乙則被殺身亡。甲針對未制止丙開槍一事，以其係緊急避難行為辯解之。試問，甲的行為如何論處？（25 分）

命題意旨	本題爭點相當全面，包括國家法益、社會法益、個人法益、幫助犯、不作為犯、緊急避難、競合等概念，且各部分之份量相等，出題老師顯係有意測驗考生對於刑法概念的全面理解。
答題關鍵	本題事實分為兩大部分：1.包庇賭場之行爲；2.見死不救之行爲。前者測驗到違背職務收賄罪（國家法益）、包庇賭場罪（社會法益）；後者則以個人法益中的殺人罪，測驗不作為犯、幫助犯、緊急避難等總則概念。由於題目強調行爲人收錢「十次」，最後競合的部分也應妥善處理。上述概念均經蕭台大老師詳細講授，針對緊急避難在特殊公務者的適用，與多次行爲的競合處理，蕭台大老師更曾反覆提醒注意，同學若能依老師平日指導，冷靜抓住主要爭點、依序分層作答，漂亮答題應不困難。此外，於正確解題後，應可發現三大部分的答案（包庇、不救與競合）份量相等，應為出題者有意設計之結果，可說是近年司法官特考中難得的好題目。
高分閱讀	<p><b>【命中率 100%】</b></p> <p>1.蕭台大，《破解刑法分則》，第 3-5～3-12 頁。</p> <p>2.蕭台大，2010 年律司正規班刑法講義，第一回第 54-55 頁；第二回第 107 頁、第 125 頁；第四回第 77-79 頁。</p> <p>3.蕭台大，《高點法觀人 2010 年司特考場特刊－重要爭點 6：正當防衛與緊急避難之爭點整理》，4-7～4-8 頁。</p>

### 【擬答】

(一)甲向賭場索取利潤而不予取締之行爲部分：

1.甲可能成立加重違背職務收賄罪（刑法第一二二條第二項）：

客觀上，甲身為警察（公務員）原有取締賭場之義務，竟為索取保護費等利潤而不予取締，顯係違背警察職務之行爲，且與所收受之利潤有對價關係；主觀上，甲對此亦有預見，又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

此外，甲不再成立刑法第一三一條之公務員圖利罪，蓋依實務見解，第一三一條之罪為公務員圖利之基本概括規定，若公務員已成立其他圖利犯罪時，即無第一三一條之適用，併此敘明（51 年台上字第 750 號判例）。

2.甲可能成立濫權不追訴罪（刑法第一二五條第一項第三款後段）：

依實務見解，警察僅為有「偵查」權能之公務員，尚非屬本罪主體之「有追訴或處罰犯罪職務」之公務員，故甲不成立本罪。

3.甲可能成立包庇賭博罪（刑法第二七〇條）：

客觀上，經營賭場者成立刑法第二六八條之罪，甲身為公務員卻予以包庇不取締；主觀上，甲對此有預見，又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

(二)甲未制止丙殺人部分：

1.甲可能成立普通殺人罪之不作為幫助犯（刑法第二七一條第一項、第三〇條第一項、第十五條）：

客觀上，丙殺乙既遂，甲身為警察依法具有制止犯罪發生之保證人地位，卻未制止，係以不作為之方式，對丙施以助力（減少丙殺人之阻礙）；主觀上，甲於未制止時，對於其不作為將減少丙殺人之阻礙（幫助故意），並致使乙死亡（幫助既遂故意）均有預見，構成要件該當。

違法性部分，客觀上甲確實面臨緊急危難情狀，主觀上甲亦有犧牲乙來避難之意思，雖依刑法第二十四條第二項規定，公務上有特別義務者不得主張避免自己之危難，惟多數學說仍認為，若依理性一般人的標準判斷，行爲人不可能不避難時，仍得容許其主張緊急避難而阻卻違法，故此處甲確有主張緊急避難之可能性。

惟欲成立緊急避難，避難行爲必須符合比例原則，本案甲以不作為方式避難之行爲，雖有助於避免自己被害（適合性），且是當場所能採取之唯一手段（必要性），但甲犧牲乙之生命拯救自己之生命，係屬犧牲等價法益避難，不符合衡平性，不成立緊急避難。

罪責上，甲雖身為警察，且亦穿著警察制服到場，但槍手狙擊猝不及防，不論就其個人或一般人之標準，



似均難期待甲冒生命危險挺身救乙，故甲得依刑法第二十四條第一項但書之避難過當規定，得減輕其刑。

(三)競合：

甲十次向賭場索取利潤而不取締，就其收賄十次、不取締十次部分，成立十個加重違背職務收賄罪，惟依題意與社會常態，此種索利行為多係先行約定金額，之後按月索取，堪認甲係以同一行為決意為之。甲並以此同一決意包庇賭場，由於「包庇」行為之概念本即含有多次、連續不斷之性質，故甲僅成立一個包庇賭博罪。

又由於加重違背職務收賄罪係侵害公務員正潔性之國家法益、包庇賭博罪係侵害善良風俗之社會法益，甲以一行為侵害數法益而成立數罪名（十個加重違背職務收賄罪、一個包庇賭場罪），應依刑法第五十五條論以想像競合，再與另行起意之不作為幫助殺人既遂罪，依刑法第五〇條數罪併罰之。

三、甲、乙、丙三人長期失業，因聽聞鋼筋類資源回收價格頗高，遂共同商議行竊鋼筋販賣牟利。某夜，由甲駕車搭載乙、丙二人隨機尋找目標，行經 A 宅旁正在興建房屋之工地，見工地內散置成袋鋼筋，即分頭進入行竊。於陸續搬運至車上時，被 A 發現，A 取菜刀一把趕往制止。甲見狀乃迅速駕車逃離，乙、丙二人未及離去，為免遭逮捕，乙遂持地上木樁一支，作勢揮打，丙則與 A 發生拉扯，並搶下 A 之菜刀後，將 A 右手割傷，逃離現場。試問，甲、乙、丙三人之行為如何論處？（25 分）

命題意旨	本題著重測驗準強盜罪（釋字第六三〇號解釋理由書之見解）、加重竊盜罪與共同正犯等三大概念。
答題關鍵	在釋字第六三〇號解釋做出之後，準強盜罪即有較明確的解釋方式可以依循，其理由書見解也因而成為刑法考試中的一級爭點。蕭台大老師無論是在授課、文章或《判解刑法分則》書中，均再三強調其重要性，同學應該已經非常熟悉。特別是老師今年還將「準強盜罪之三大考點菁華」放入司特考場特刊中，有看到的同學一定能順利解題，可以說是「有看有保佑」，恭喜各位！而對於加重竊盜罪的各款事由、共同正犯的成立要件，實務見解非常重要，亦均為蕭台大老師授課時反覆強調，更於《判解刑法分則》書中設有多則「作者叮嚀」專欄提醒，果然再度命中，相信同學必能輕鬆解題成功。
高分閱讀	<p><b>【命中率 100%】</b></p> <p>1.蕭台大，《高點法觀人 2010 年司特考場特刊—重要爭點 7：準強盜罪之三大考點菁華》，4-10～4-11 頁。</p> <p>2.蕭台大，《破解刑法分則》，第 1-63～1-72；1-79～1-84 頁。</p> <p>3.蕭台大，2010 年正規班刑法講義，第二回第 94-98 頁；第三回第 65-72 頁、第 77-82 頁。</p>

【擬答】

(一)乙之罪責

- 乙持木樁作勢揮打 A 之行為，可能成立準強盜罪（刑法第三二九條）：  
客觀上，乙有竊盜鋼筋行為，並為脫免逮捕，當場對 A 施以有形力之強暴行為，惟依大法官釋字第 630 號解釋理由書之見解，此種「當場虛張聲勢」之行為，其不法程度尚不足與強盜罪「致使不能抗拒」之不法相當，不能成立本罪。
- 乙持木樁作勢揮打 A 之行為，可能成立恐嚇危害安全罪（刑法第三〇五條）：  
客觀上，乙作勢打 A，係以加害身體之事，致生危害於 A 之安全；主觀上乙對此有預見，又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。又由於乙之行為係欲逃脫，並非為取得財產，故不成立恐嚇取財罪（刑法第三四六條）。
- 乙與甲、丙於夜間至工地內行竊鋼筋之行為，可能成立共同加重竊盜罪（刑法第三二一條第一項第一、三、四款、第二八條）  
客觀上，乙搬運鋼筋至車上，並由甲駕車離去，已足排除原所有人之持有支配、建立自己之新持有支配關係，是為既遂；主觀上，乙有預見及不法所有意圖。又無阻卻違法及罪責事由，本應成立竊盜罪，惟依題意，甲、乙、丙三人係共同在場竊盜，應依刑法第三二一條第一項第四款「結夥三人以上」之加重事由，成立加重竊盜罪。  
此外，因夜間行竊地點僅為「工地」，並非「住宅」或足蔽風雨、供人出入之「建築物」（50 年台上字第 532 號判例），乙不成立第一款之加重事由；而乙雖於 A 發現後持地上木樁恐嚇，但該木樁與乙之竊盜行





為無關，依判例見解（20 年上字第 1183 號判例），乙亦不成立第三款之加重事由（丙奪 A 刀之部分，亦同），併此敘明。

4.競合：

乙於成立加重竊盜罪後，另行起意恐嚇 A，係以數行為侵害數法益而成立數罪名（加重竊盜罪、恐嚇危害安罪），應依刑法第五〇條規定，數罪併罰之。

(二)丙之罪責：

1.丙與 A 拉扯並以菜刀割傷 A 之行為，可能成立準強盜罪（刑法第三二九條）：

同上，丙雖亦於竊盜後，為脫免逮捕而對 A 施以強暴，但釋字第 630 號解釋理由書認為，此種「與被害人有短暫輕微肢體衝突」之情形，仍與強盜罪「致使不能抗拒」之不法有間，是丙亦不能成立本罪。

2.丙與 A 拉扯並以菜刀割傷 A 之行為，可能成立剝奪行動自由罪（刑法第三〇二條第一項）：

客觀上丙與 A 拉扯，依題意應已限制 A 之行動自由；主觀上丙對此有預見。又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。此外，實務見解向認本罪之不法，即含有對普通傷害罪之評價在內，故就丙於剝奪行動自由過程中傷 A 之部分，不再論以普通傷害罪（30 年上字第 3701 號判例）。

3.丙之竊盜行為成立共同加重竊盜罪（刑法第三二一條第一項第四款、第二八條）：

理由同乙部分。

4.丙可能與乙成立共同恐嚇危害安罪（刑法第三〇五條、第二八條）：

乙、丙雖均為脫免 A 之逮捕而對 A 施暴，但依題意乙、丙係各自採取不法行為脫困，尚難認為乙、丙就其各自行為已有犯意聯絡與行為分擔，故丙不成立本罪（同理，乙就丙剝奪 A 自由之部分，亦不負共同正犯之責）。

5.競合：

丙以數行為犯數罪（加重竊盜罪、剝奪行動自由罪），數罪併罰之。

(三)甲之罪責：

1.甲與乙、丙竊取鋼筋之行為，成立共同加重竊盜罪（刑法第三二一條第一項第四款、第二八條）：

理由同乙部分，因甲、乙、丙基於客觀上之共同行為分擔、主觀上之共同行為決意而竊盜鋼筋，成立本罪之共同正犯，且於甲順利將鋼筋載運走時，三人之加重竊盜罪即均已既遂。

2.甲就乙、丙分別對 A 施以恐嚇、剝奪行動自由部分，均不成立犯罪：

如上所述，乙、丙出於竊盜中之意外，分別對 A 犯罪。依題意，尚難認甲於犯竊盜罪時，即存有「若他人阻撓時，將為脫逃而由乙、丙對其人施以恐嚇、剝奪行動自由」之認知，亦即甲並未就此部分與乙有犯意聯絡與行為分擔，不成立犯罪。

四、甲駕駛小客車，於遵守交通規則下與闖紅燈之機車騎士 A 相撞。甲見 A 倒地流血不止，僅以電話囑託其外甥報案。警方接到報案後，及時到現場，不見甲之蹤影。惟甲之車牌號碼經路人記下並告訴前來處理的警察，於警察尚未查出車主時，甲主動打電話報警告知肇事。數月後，甲又駕車違規擦撞由 B 所騎乘之機車，B 倒地受傷。甲下車責問 B 騎車過慢，路人則通報救護人員到場，並將 B 送往醫院。甲目送救護車離開後，因未見警察前來，遂駕車離開現場前往醫院探望 B。試問，如何論處甲先、後的行為？（25 分）

命題意旨	測驗有關刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪之爭點，尤其是「保護法益的解釋」以及「肇事是否必須限於故意」這兩大點，是必須詳加論述之處。
答題關鍵	要注意的是，雖然本罪保護法益的爭議有「生命身體安全之保障」、「民事請求權之保障」、「公共利益之維護」與「確認利益之保障」四大說，但爭執最烈的當屬前兩說，在時間有限的情況下，建議直接拿前兩說來加以論述比較。此外，所有的不法要件都要緊扣保護法益來做解釋，故「逃逸」之要件也必須在所採取的保護法益下來解釋，體系始能一貫。
高分閱讀	1.易台大，上課用刑法講義第八回，第 23 頁以下。 2.林鈺雄，〈從肇事逃逸罪看實體法與訴訟法的連動性〉，月旦法學雜誌第 94 期，第 255 頁以下。

【擬答】

(一)就甲第一次之行為究竟成立何罪，分別討論如下：

1.甲駕車撞擊 A，致 A 倒地流血不止之行為，不成立刑法（以下同）第 277 條的傷害罪。

(1)客觀上，甲駕車撞擊 A 係破壞他人身體完整性的傷害行為，亦造成 A 受傷之結果，且行為與結果之間



具備條件公式下的因果關係。惟於客觀歸責理論的討論上，甲係遵守交通規則之狀態下撞擊違規闖紅燈之 A，甲得援引「信賴原則」，主張應可合理信賴 A 不會違反交通規則，故甲之行爲本身並未製造法所不容許的風險而不受歸責，客觀構成要件不該當。

(2)承上所述，甲之行爲不受歸責，故不成立本罪。

2.甲以電話囑託報案，卻未留在現場之行爲，不成立第 185 條之 4 的肇事逃逸罪。

(1)有關肇事逃逸罪之保護法益爲何？學理上主要有下面兩種看法：

A.生命身體安全的保障：本罪爲遺棄罪之特別規定，用以減少被害人之死傷。

B.民事請求權的保障：重點在於排除交通事故證據滅失之危險，而使事故原因的調查不至於困難重重，其利益兼及交通事故的雙方參與者，來確保當事人的民事賠償請求權。

第 185 條之 4 的立法理由係採取「生命身體安全保障」之見解，惟如此一來，將造成與遺棄罪疊床架屋之現象，故學說上有力見解認爲應採取「民事請求權保障」之解釋，本文從之。

(2)有關肇事逃逸罪之「肇事」要件，是否以過失爲限？學理上亦有不同見解：

A.肯定說：如果是無過失肇事，由於無過失者根本不會建構一個救助義務，並無科處刑罰的必要；如果是故意肇事，本來就不會期待行爲人繼續留在現場，因此亦無法科處刑罰。故肇事限於「過失肇事」之情形。

B.否定說：因事故死傷者的死傷原因與行爲人有關，無論在法律上或道義上，行爲人皆應負救護之義務，倘若行爲人不盡救護之義務而逃逸，即應依本罪處罰。故肇事行爲可能出於故意犯罪行爲或是過失犯罪行爲，也可能是不成立故意或過失的單純事故行爲。

實務上多採取否定說之看法（91 年台上 3776 號決參照），本文亦認同與肇事有關係之人即應負有保全法益之義務，而與肇事者之故意、過失無關。

(3)本題中，雖然甲對於肇事行爲本身並無故意或過失，但依前述說明仍不應擅自離去；惟關於「逃逸」之解釋，在採取「民事請求權保障」的前提，應統攝在「脫免於民事損害賠償請求責任」的理解之下，甲既然在當下隨即報案（而不是只有電召救護車）且於之後主動告知肇事，應可解爲「並非欲脫免民事損害賠償請求責任」，故不該當逃逸之解釋，客觀構成要件不該當。

(二)就甲第二次之行爲究竟成立何罪，分別討論如下：

1.甲駕車擦撞 B，致 B 倒地受傷之行爲，成立第 284 條的過失傷害罪。

(1)客觀上，甲駕車撞擊 B 係破壞他人身體完整性的傷害行爲，亦造成 B 受傷之結果，且行爲與結果之間具備條件公式下的因果關係，且甲係違規製造風險在先而可受歸責。主觀上，甲對於違規駕車恐造成他人傷害具有預見可能性，卻違背注意義務而有過失。故本罪構成要件該當。

(2)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立過失傷害罪。

2.甲至醫院探望 B，卻未留在現場之行爲，不成立第 185 條之 4 的肇事逃逸罪。

關於「逃逸」之解釋，在採取「民事請求權保障」的前提，應統攝在「脫免於民事損害賠償請求責任」的理解之下，已如上所述。甲既然係至醫院探望 B，即無「欲脫免民事損害賠償請求責任」之意，應不該當逃逸之意涵，故客觀構成要件不該當。

(三)結論：甲僅後行爲成立一個過失傷害罪。



# 《刑法》

一、某甲犯瀆職罪，經檢察官起訴後，獲法院准以具保責付，甲意圖逃亡，託由某乙介紹，以鉅款僱使與甲外貌極為相似之某丙冒充某甲出庭並若被判有罪時，代甲服刑。甲並請託丁、戊在法院審判時，供前具結作虛偽陳述，為某甲脫罪。於第一審判決後被發覺，試問對甲、乙、丙、丁、戊應如何處斷？（25 分）

命題意旨	本題是專門針對「妨害國家司法權運作」的相關犯罪，此類犯罪最重要的是構成要件的熟悉度，以及有關共同正犯與參與犯的處理。如果可以引用到相關的實務見解作為對照，答題完整性會更好。另外要詳論關於教唆犯的審查判斷流程，諸如「限制從屬形式」、「教唆犯的雙重故意」等。
答題關鍵	在討論頂替罪的時候，要特別注意意圖要件的說明，這是一個很容易被忽略掉的要素。討論偽證罪時，則要小心「身分」要件的定位，若定位為構成要件，就在構成要件該當性階層檢驗，若定位為特別罪責要件，則要在罪責階層加以說明。這兩個犯罪同時都會牽涉到參與犯的成立問題，在通說採取「不法從屬形式」之下，若將身分定位於罪責要件，每個行為人就要各自獨立判斷，無從屬性之適用。實務見解則是割裂適用，教唆頂替罪時認為被告無期待可能性而不會成立犯罪，相反在教唆偽證罪時則認為會成立。
高分閱讀	1.易台大，上課用刑法講義，第八回，第 130 頁以下。 2.易台大，上課用刑法講義，第八回，第 134 頁以下。 3.方律師，《刑法分則（第 10 版）》，第 4-126 頁以下，高點出版。 4.方律師，《刑法分則（第 10 版）》，第 4-132 頁以下，高點出版。

## 【擬答】

- (一)丙冒充甲出庭，並願意代甲服刑之行爲，成立刑法（以下同）第 164 條第 2 項的頂替罪。
- 1.「頂替」係指冒充犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，代其接受刑事追訴、刑罰之執行，或接受公力之拘束。客觀上，丙冒充甲出庭，並願意代甲服刑，該當頂替之客觀構成要件。丙明知其行爲乃冒充甲之身分卻仍有意爲之，具備本罪之故意；丙主觀上亦具有「使甲隱蔽」之意圖，故本罪主觀構成要件該當。
  - 2.丙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立頂替罪。
- (二)乙用鉅款僱使丙頂替甲接受審判之行爲，成立第 164 條第 2 項頂替罪的教唆犯。
- 1.客觀上，乙用鉅款僱使丙爲甲頂替，可以認為乙有教唆行爲之實行，且丙也確實該當頂替罪的不法內涵，可以滿足教唆犯的「限制從屬形式」；主觀上，乙除了瞭解其行爲屬於教唆行爲卻仍有意爲之，具有「教唆故意」外，更有要丙成立頂替罪既遂之知與欲，具有「教唆既遂故意」。是以，教唆頂替罪的構成要件該當。
  - 2.乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，依第 29 條規定成立頂替罪的教唆犯。
- (三)甲請託乙介紹丙頂替甲之行爲，不成立第 164 條第 2 項頂替罪的教唆犯。
- 1.甲請託乙介紹丙來爲自己頂替，此乃「輾轉教唆」之形式，仍然依據教唆犯的判斷方式予以審查。
  - 2.客觀上甲請託乙去介紹他人來爲自己頂替之行爲，係屬一教唆行爲，且丙也確實該當頂替罪的不法內涵，可以滿足教唆犯的「限制從屬形式」；主觀上甲亦有「教唆故意與教唆既遂故意」，該當教唆犯的雙重故意。
  - 3.甲無阻卻違法事由，故教唆頂替罪的不法該當。
  - 4.學說上認為甲教唆他人頂替自己，乃是自己隱蔽的延伸，此乃人之常情，應屬「無期待可能性」而無罪責，不成立本罪；實務亦同此見解（24 年上字第 4974 例參照）。
- (四)丁、戊於法院審判時，供前具結作成虛偽陳述爲甲脫罪之行爲，成立第 168 條的偽證罪。
- 1.客觀上，丁、戊於法院審判時對於案情有重要關係之事項（依題意，乃得使甲脫罪之事項），在供前具結後做成虛偽陳述；主觀上，丁、戊明確認知上述事實情況卻仍有意做虛偽陳述，具本罪之故意。是故，構成要件該當。
  - 2.丁、戊無阻卻違法事由，故偽證罪的不法該當。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)



- 3.丁、戊乃證人身分，相對於被告而言，具有「不作偽證行為」的高度期待可能性，而具備此罪責身分，無其他阻卻罪責事由，成立偽證罪。
- 4.附帶一提，通說認為偽證罪乃「己手犯」，排除犯罪支配理論之適用，故丁、戊兩人無法論以偽證罪之共同正犯。

(五)甲請託丁、戊於法院審判時作偽證之行為，不成立第 168 條偽證罪的教唆犯。

- 1.甲之請託行為係屬一教唆行為，客觀上亦有丁、戊該當頂替罪的不法內涵，可以滿足教唆犯的「限制從屬形式」；主觀上甲有「教唆故意與教唆既遂故意」，該當教唆犯的雙重故意。
- 2.甲無阻卻違法事由，故教唆偽證罪的不法該當。
- 3.學說上認為，甲乃被告身分，相較於證人、鑑定人或通譯，甲為避免自己犯罪而教唆他人偽證，乃人類防禦之本能，應屬「無期待可能性」而無罪責，不成立本罪，與上述教唆頂替罪之情形相同。惟近期實務見解卻認為教唆頂替與教唆偽證情形不同，不得比附援引，教唆偽證仍可成立犯罪（97 年台上字第 2162 決參照）。

(六)結論：綜上所述，丙成立頂替罪；乙成立教唆頂替罪；丁、戊成立偽證罪。

二、甲將大批他人信用卡資料，在數天內轉錄到數百張磁條金融卡上（這些金融卡是先前因銀行改用晶片後而被他人隨意丟棄的卡片）。某日，甲拿出五張分屬不同銀行的磁條金融卡向乙表示：「拿去刷，貨物賣掉之後我們三七分帳，怎麼樣？」乙抗拒不了誘惑，而答應與甲合作。不久後於同一下午，乙持此五張卡前往某百貨公司購物。首先，乙使用其中的一張卡片成功的在電腦專賣店的櫃檯購買一臺筆記型電腦。受到鼓舞的乙立刻又到第二家專櫃預計使用第二張卡片購買數個名牌手錶，但商家以卡片上之持卡人簽名與乙的簽名不同而拒絕交易。儘管這次失敗，乙仍再接再厲到第三家專櫃使用先前成功刷卡的第一張卡片，機警的店員丙發現乙拿磁條金融卡刷卡購物很不尋常，因而通報警方。問，如何論處甲與乙的行為？（25 分）

命題意旨	本題主要測驗考生對於偽造與變造之判斷，以及偽造變造支付工具罪與行使偽造變造支付工具罪間之競合等問題。
答題關鍵	同學須先掌握偽造變造信用卡、金融卡等支付工具係規定在刑法第 201-1 條，且第 1 項規定偽造、變造行為，第 2 項規定行使、收受、交付等行為，分點分行，逐一說明；競合的部分不能忽略，尤其行使偽造變造支付工具罪與詐欺罪之競合，以及偽造變造支付工具罪與行使偽造變造支付工具罪之競合等，均要區分學說與實務見解分別釐清，答題方為完整。
高分閱讀	1.利台大，刑法講義第 7 回，頁 1-5。 2.利台大，刑法講義第 8 回，頁 4-5。 3.方律師，《刑法分則(重點整理)》，頁 3-129、130，高點出版。

#### 【擬答】

(一)乙可能構成之罪名：

- 1.行使偽造變造支付工具罪（刑法第 201-1 條第 2 項）

乙以行使偽造變造支付工具之故意，持偽造變造的磁條金融卡至不同專櫃購物，無論各該專櫃有無接受其交易，乙既已提示該偽造變造之金融卡於交易相對人，即構成本罪。

- 2.詐欺罪（刑法第 339 條）

(1)本罪之成立，以意圖為自己或第三人不法之所有，而以詐術使人將本人或第三人之物交付為要件。本題乙意圖為自己或他人不法所有，以偽造變造之金融卡使人誤信該支付工具為真，而與之交易，交付櫃內所賣之筆記型電腦，自成立本罪之既遂。

(2)乙又至另外兩個專櫃施用詐術，以偽造變造之金融卡刷卡購物，惟相對人並無陷於錯誤而交付財物，故乙僅構成本罪之未遂犯（本法條第 3 項）。

(3)乙計畫使用五張偽造變造之磁條金融卡使人誤信為真，而與之交易，進而交付財物，從而其三次至專櫃購物之行為應係基於單一犯意，且每次行為之間均具有時空上的緊密關聯，可認為係反覆性的構成要件行為，屬於行為單數，是以，應論以詐欺既遂即可。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

## 3.行使偽造變造支付工具罪與詐欺罪之競合：

- (1)依學說見解，行使偽造變造支付工具所侵害的法益為公共信用與交易安全之社會法益；而詐欺罪所侵害者則為個人之財產法益，二者之法益不同，應成立想像競合，從一重處斷，論以行使偽造變造支付工具罪。
- (2)依實務見解，行使偽造變造支付工具以使人交付財物，此種詐欺取財行為本身就是行使偽造變造支付工具之行為，應不再另行成立詐欺之罪名，亦即詐欺罪為行使偽造變造支付工具罪所吸收。

## 4.乙無阻卻違法及罪責事由，成立行使偽造變造支付工具罪。

## (二)甲可能構成之罪名：

## 1.偽造變造支付工具罪（刑法第 201-1 條第 1 項）

- (1)所謂「偽造」支付工具，係指無製作權限之人，假冒他人名義，或逾越有製作權人之授權範圍，而製作外觀上具有支付工具形式之虛偽支付工具之行為；至於「變造」支付工具，則指無更改權限之人，對於真正之支付工具更改其內容之行為。
- (2)本題甲將大批他人信用卡資料，在數天內轉錄到數百張磁條金融卡上，由於該磁條金融卡原本亦係有效真正之支付工具，僅因銀行改用晶片卡而被隨意丟棄，其功能並未喪失，甲將其他人之信用卡資料轉錄其上，係屬對於真正支付工具更改其內容之行為，且甲亦無重新簽名於其上，故應屬變造支付工具之情形。
- (3)甲出於單一犯罪意思，以數個相類似且迅速緊接的個別舉動，一再實現同一構成要件，屬於接續犯的一種，其多數動作皆是加劇對同一法益之侵害，在法律評價上為單一行為。故甲成立一個變造支付工具罪。

## 2.教唆行使變造支付工具罪（刑法第 201-1 條第 2 項、同法第 29 條）

乙本來沒有行使變造支付工具之意思，在甲的利誘下，興起犯意，且著手實行犯罪行為；客觀上，甲有教唆行為，主觀上，甲有教唆行為本身之故意，與教唆他人從事本罪犯行之故意，故甲成立行使變造支付工具罪之教唆犯。

## 3.變造支付工具罪與行使變造支付工具罪之競合：

- (1)甲說：行使行為可說是利用前行為所侵害的法益，並無擴大或改變前行為所造成之損害狀態，屬於與罰（或不罰）之後行為，僅論以變造支付工具罪即可。
- (2)乙說：變造支付工具復為行使，變造行為為高度行為，行使行為為低度行為，後者應為前者所吸收，故應依前者處斷（24 上 458 參照）。

結論：甲成立刑法第 201-1 條第 1 項之變造支付工具罪，乙成立同法條第 2 項行使變造支付工具罪。

三、臺北市單身市民甲一家貿易公司任職，因景氣不好遭公司放無薪假；甲平日工作勤奮、節吃省用，藉此機會休息，到韓國首爾自助旅行一個月。某天甲與陌生的韓國人乙在首爾餐廳因故起衝突，甲當場毀壞桌椅，並隨手拿餐刀刺傷乙臉部多處並割落左耳，且乙因血友病而死亡。甲被韓國法院判刑，在韓國監獄服刑期滿後回臺北。試問：對甲在韓國的行為，回國後依我國刑法應如何處斷？（25 分）

命題意旨	本題主要是犯罪論與刑法適用效力的綜合考題，犯罪論部分算是基礎，最好要討論到「客觀歸責理論」的操作與「重傷」的認定；刑法適用效力部分也不算困難，主要是第 7 條與第 9 條，穩扎穩打即可完整回答。
答題關鍵	建議從犯罪論的部分開始解析，論述完後再討論刑法適用效力的部分，會比較有層次感。在競合部分，由於不是本題的主要考點，因此行為數可以自己假設題目來回答。
高分閱讀	1.易台大，上課用刑法講義，第一回，第 64 頁以下。 2.易台大，上課用刑法講義，第七回，第 57 頁以下。 3.方律師，《刑法分則(第 10 版)》，第 2-114 頁以下，高點出版。

## 【擬答】

(一)就甲於韓國所為之犯罪行為，依中華民國刑法分別評價如下：

- 1.甲於餐廳中毀壞桌椅之行為，成立刑法（以下同）第 354 條的毀損器物罪。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)



(1)甲客觀上對於他人之物為毀棄、損壞行為，已足以損害該餐廳之個別財產利益，行為與結果之間具有條件關係上的因果關係，且該行為意製造法所不容許之風險並實現之，具有客觀可歸責性。主觀上，甲明知該桌椅為他人之物，卻仍有意將其毀損，具有本罪之故意，是以，本罪之構成要件該當。

(2)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立毀損器物罪。

2.甲拿餐刀刺傷乙並割落乙的左耳之行為，成立第 278 條第 1 項的重傷罪。

(1)依據第 10 條第 4 項關於重傷之定義，原則上以毀敗或嚴重減損各種感官機能方屬之，將他人耳朵割落似乎並不會對於聽能有所毀敗或嚴重減損，可能不該當重傷之定義；然而，同項第 6 款另有「重大不治或難治」的概括規定，若割落他人耳朵致已無法重新縫合接回之地步，應可該當重傷之定義。

(2)客觀上甲將乙的耳朵割落該當「重傷」之行為，主觀上甲亦知悉其行為將造成他人之重傷害卻仍有意為之，具本罪之故意，是故本罪構成要件該當。

(3)甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立重傷罪。

3.甲割傷乙之後，致乙因血友病而死亡之行為，不成立第 271 條第 1 項的殺人既遂罪。

(1)於客觀要件上，甲攻擊乙之行為可以該當「殺」之要件，乙最後也發生了死亡的結果，然而行為與結果之間是否具有因果關係仍有待商榷。首先，若無甲的攻擊行為就不會致乙因血友病而死亡，因此行為與結果之間具有條件公式下的因果關係；次者，甲的攻擊行為製造出發生死亡的不受容許風險，惟該風險卻沒有正常地實現結果！因為依照一般理性之經驗法則，並無法預料被害人患有血友病，更無法預料被害人將因為攻擊行為引發血友病而死亡！是以，本題中行為與結果之間「無常態的風險實現關聯性（或謂：係反常的因果歷程）」，客觀構成要件不該當。

(2)承上所述，甲不成立殺人既遂罪。

4.甲割傷乙之後，致乙因血友病而死亡之行為，不成立第 271 條第 2 項的殺人未遂罪。

(1)甲之行為於殺人罪的客觀構成要件並不該當，已如上所述，惟是否得以成立未遂犯，仍有討論的必要。按欲成立未遂犯係行為人主觀上具有犯罪之故意，然本題中乙死亡結果之發生乃「反常的因果歷程」，在一般人所能預見之範圍外，換言之，應可確認甲本身並無殺死乙之故意，而無殺人故意存在。承上所述，甲不成立殺人未遂罪。

5.競合：甲毀損桌椅與重傷乙之行為係出於各自獨立之犯罪決意所成立之數罪，應屬行為複數而侵害數法益，成立實質競合，依據第 50 條數罪併罰之。

(二)就甲在韓國所為之犯罪行為，回國後依我國法應如何處斷：

1.依第 7 條規定，中華民國國民在中華民國領域外犯第 5、6 條以外之罪，而其最輕本刑為 3 年以上有期徒刑者，仍適用中華民國刑法之規定。按甲所犯之毀損器物罪之法定刑係 2 年以下，並無第 7 條之適用；重傷罪之法定刑則是 5 年以上、12 年以下，有第 7 條之適用。故僅有第 278 條第 1 項的重傷罪部分為我國刑法效力所及。

2.次按第 9 條之規定，同一行為雖經外國確定裁判，仍「得」依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者，「得」免其刑之全部或一部之執行。本題中，甲被韓國法院判刑確定，並經執行完畢而歸國，我國法院仍得就重傷罪部分予以判決；亦可依第 9 條但書之規定，得免甲全部或一部刑之執行。

四、甲為汽車修配廠的負責人，由於某一廠牌汽車零件的更換率相當高，但新零件取得不易且價格昂貴，二手零件有暴利可圖，乃與其友人乙、丙、丁三人共同謀議，以竊車解體的方式，作為零件之取得，同時以較新零件為低廉的價格，作為二手零件的販售。四人經合議之後，決定由乙隨機尋找目標，俟目標確認後，以電話通知丙、丁，由丙、丁下手竊車，得手後交由乙為車輛的拆解，再由甲為零件之販售。所得之不法利益，則由四人均等朋分。計畫妥當之後，乃分工進行偷車。起初數次丙、丁均能順利得手，也交予乙將所得車輛拆解，所有零件均由甲予以銷售，不法所得頗豐。惟在一次行竊之際，丙、丁失風被捕，經追查亦將甲、乙捕獲。四人前後共計竊得、拆解十一輛車，所有零件均銷贖已盡。試問甲、乙、丙、丁四人應如何處斷？（25 分）



命題意旨	本題乃測驗考生對於竊盜犯、贓物犯之理解，以及共同正犯、行為單複數之認定等問題。
答題關鍵	掌握學說見解與實務見解之不同，有條理地分別論述；熟悉大法官解釋、刑法上行為單複數之認定標準，以言簡意賅、切中題旨的方式鋪陳，即可獲致不錯的分數。
高分閱讀	1.利台大，刑法講義第6回，頁8-10。 2.利台大，刑法講義第8回，頁2-5。 3.方律師，刑法分則重點整理，2-199。

## 【擬答】

(一)甲、乙、丙、丁可能構成竊盜罪之共同正犯(刑法第320條第1項、同法第28條)：

1.我國刑法採取二元犯罪參與體系，將參與犯罪的行為人區別為正犯與共犯兩種基本類型，關於正犯與共犯之區別標準，學界通說採取「犯罪支配理論」，認為複數行為人出於共同行為決意，或實行構成要件行為，或從事構成要件以外之行為，分工完成犯罪計畫，即為共同正犯；實務則採「主客觀擇一標準理論」，認為只要具有主觀之意思聯絡或客觀之共同實行二者之一者，就是正犯，釋字第109號解釋承認，只參與事先同謀，未參與犯罪實施者，亦為共同正犯之一種，稱為「共謀共同正犯」。

2.本題甲、乙、丙、丁共同謀議竊取汽車、拆解零件販售以獲得不法利益，由乙尋找目標，由丙、丁下手竊車，或為構成要件以外之行為，或為構成要件行為，均為完成犯罪計畫之功能支配者，依犯罪支配理論，乙、丙、丁為竊盜罪之共同正犯；依據實務見解，甲雖未到場實行犯罪行為，惟其事先參與同謀，具有主觀之意思聯絡，依釋字第109號解釋，甲為共謀共同正犯，故甲、乙、丙、丁為竊盜罪之共同正犯。

(二)甲、乙、丙、丁是否成立贓物罪之共同正犯(刑法第349條、第28條)，討論如下：

1.關於贓物罪之行為主體，學說與實務有不同之看法：

(1)實務認為必須是前財產犯罪以外之行為人才能成立本罪，若是前財產犯罪之正犯或參與犯，則均不得論以本罪。

(2)學說上認為前財產犯罪之正犯固不能成立本罪，但前財產犯罪之參與犯則可成為本罪之主體。

2.本題情形，若依實務見解，則因甲、乙、丙、丁為竊盜罪之共同正犯，故均無再成立贓物罪之可能；若依學說見解，乙、丙、丁為竊盜罪之共同正犯，不會再成立贓物罪，而甲負責銷贓，並無竊盜之共同行為分擔，倘若其成立竊盜罪之教唆犯，則其仍可成立贓物罪。

(三)甲、乙、丙、丁四人前後共計竊得、拆解11輛車，所有零件均已銷贓殆盡，則其究應論以一罪或數罪，析述如下：

1.現行刑法已刪除連續犯與常業犯之規定，故關於行為數之認定，應回歸刑法理論，只要行為人之行為非自然意義之一行為，亦非法律意義之一行為，則可認為是行為複數。

2.本題情形，甲、乙、丙、丁四人前後共計竊得、拆解11輛車，在自然意義上為數行為，是否屬於法律意義之一行為，則須進一步探討其是否為反覆性的構成要件行為，亦即學說所謂的「接續犯」：

(1)倘若行為人係出於單一的犯罪決意、實施數個同種類的犯罪行為、個別舉動之間具有緊密的時空關係，且複數被害人之侵害並非高度個人專屬性的法益侵害，則可認為是行為單數。

(2)本題情形，為甲、乙、丙、丁共同謀議後所從事的數次竊盜、銷贓行為，可認為係出於單一的犯罪決意，倘若個別舉動間具有緊密的時空關聯性，則應為行為單數；但若每次行為之時間相去甚遠，已不具時空關聯性時，則應認為是行為複數。

(四)結論：依實務見解，甲、乙、丙、丁成立竊盜罪之共同正犯，不構成贓物罪；依學說見解，僅乙、丙、丁成立竊盜罪之共同正犯，甲成立贓物罪。其每次的竊盜、銷贓行為，係出於單一之犯罪決意，倘若具有時空關聯性，則為行為單數；若否，則為行為複數。



# 《刑法》

一、甲患有妄想型精神分裂病，並因此就醫。甲經常幻想將會遭鄰居乙謀害，並向家人表示如不先下手為強，將有性命之憂。某晚，甲攜帶硫酸，持往鄰居門口按鈴，乙應聲開門，甲即以硫酸潑灑，導致乙臉部嚴重灼傷，五官因此殘缺不全。法官開庭時發現，甲應答如流，態度冷靜，知道潑灑硫酸的後果，且犯行經過精心策劃，乃認為甲的精神狀況正常，不在「不罰」或「得減輕其刑」之列，問是否有理？如果法官認為，甲的精神狀況異常，得為何種處置？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對「責任能力」之基本概念，及第 16 次修法之理由是否清楚。
答題關鍵	本題之主要問題在於業已明文化之「行為與責任同時存在原則」，以及因精神障礙導致責任能力欠缺或減低時，司法者應如何論罪科刑。在答題時如能就基本概念與修法理由論述清楚，應可獲得不錯的分數。
高分閱讀	1. 蔡律師、余律師，《刑法分則》，六版。 2. 林山田，《刑法各罪論（上）》，五版。 3. 許玉秀，《犯罪階層理論及其方法論》，初版。 4. 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版。 5. 張麗卿，新刑法第十九條之法理分析，月旦法學雜誌第 136 期。 6. 金律師刑法經典試題精解，毀容：P.38。 7. 金律師刑法總則經典題型，毀容：P.1-83(責任能力)；P.2-206。

## 【擬答】

先就甲之潑酸行為說明如下：甲之潑酸行為導致乙臉部嚴重灼傷，其五官因而殘缺不全，係屬刑法（以下未特別說明者皆指我國刑法）第 10 條第 4 項第 6 款之其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害，且甲對此有所認識並進而有意使其發生（第 13 條第 1 項），可認為具重傷之故意，故具第 278 條第 1 項之故意重傷害既遂罪之構成要件該當性。又，甲為潑酸行為之際，客觀上並無現在不法之侵害或緊急危難等阻卻違法之前提事實，主觀上乃是基於先下手為強之心態，亦不具任何主觀合法化事由，因此並無阻卻違法事由，亦無容許性構成要件錯誤。故甲之潑酸行為具前揭之罪的構成要件該當性及違法性，合先述明。以下分就本題兩個問題回答如下：

(一)如題所示，此處所謂之「不罰」或「得減輕其刑」，應係指第 19 條第 1 項及第 2 項之法律效果，即意指法官認為甲非因精神上之障礙（妄想型精神分裂症）為無責任能力人或限制責任能力人，而是具完全責任能力之人。

依題旨，法官認為甲不在第 19 條第 1 項及第 2 項之列，其理由在於「審判時」甲的精神狀況正常。惟責任能力，係指辨視能力（行為人是否具有辨視其行為違法與否之能力）及控制能力（依其辨視而為行為之能力），此二能力乃就行為人於行為時之精神、心理狀態加以判斷，即行為人有無責任能力，須以行為時判斷，此即「行為與責任同時存在原則」。

學說上有從預防必要性之考慮或以社會責任論（意思決定論）為出發者，認為所謂責任能力係指對刑罰的反應能力，或透過接受刑罰而達到防衛社會目的之能力，由此可導出責任能力之有無，應取決於施以刑罰之時間點。惟「行為與責任同時存在原則」業已於 2005 年第 16 次刑法修正時，於第 19 條第 1 項、第 2 項條文中明文化，就罪刑法定原則觀之，自應以適用法有明文之規定為宜。

綜上所述，甲的精神狀況是否屬第 19 條第 1 項或第 2 項之情形，而有「不罰」或「得減輕其刑」的法律效果，應以甲行為時精神狀態的具體事實為斷，至於審判時甲的精神狀態如何，對於他就其之前所為行為有無責任能力、有無罪責，並不發生影響。故題目所示該法官以開庭時甲之精神狀況認定其責任能力，並不合理。

(二)依 2005 年第 16 次刑法修正案之修法理由，將責任能力有無之判斷標準，區分其生理原因與心理結果二者，則就生理原因部分，可依醫學專家之鑑定結果為據；而由法官就心理結果部分，判斷行為人於行為時，究屬無責任能力或限制責任能力與否。在生理原因部分，以有無精神障礙或其他心智缺陷為準；在心理結果部分，則以行為人之辨識其行為違法，或依其辨識而行為之能力，是否屬不能、欠缺或顯著減低為斷。倘法官於審判時認為甲之精神狀況異常，仍應以鑑定結果中專家對甲有無精神障礙或其他心智缺陷之認定為基礎，判斷



甲於行為時有無責任能力或是否處於限制責任能力之狀態，而可分為以下三種情形處理：

- 1.倘甲於行為時處於有正常之精神狀態，而具有常人之辨視能力及控制能力時，即應認定甲具完全責任能力，自無由依第 19 條第 1 項或第 2 項論斷之餘地。故甲之潑酸行為應構成第 278 條第 1 項故意重傷既遂罪，且就此負完全之刑事責任。至於甲精神上之疾病，倘於行為時對其造成刺激，或可依第 57 條第 2 款作為量刑時酌減之依據。
- 2.若甲於行為時之辨識能力或控制能力，因其精神疾病而已達完全喪失之程度，則依第 19 條第 1 項，其法律效果為不罰。該項之法律效果「不罰」，學說上認為係指無責任能力構成阻卻罪責事由，甲之行為因欠缺罪責，故不成立第 278 條第 1 項之故意傷害既遂罪。
- 3.若甲於行為時之辨識能力或控制能力未達完全喪失之程度，但因其精神疾病而確有顯著減低之情形者，則依第 19 條第 2 項之規定，得減輕其刑。亦即甲之行為仍構成第 278 條第 1 項之罪，惟因其罪責內涵較低而得以減輕其刑。

二、甲、乙及 A 三人合夥做生意，嗣因生意失敗，資金全部泡湯。甲、乙二人懷疑資金被 A 所坑，乃密謀唆使丙將 A 殺害。二人商妥後，由乙前往丙宅告知丙整個計謀，惟在前往丙宅途中，邂逅其友丁，乙知丁與丙較為熟稔，乃將殺 A 之計謀轉告丁，並請其代為勸唆丙。丁因早即不齒 A 之為人，遂欣然允諾，丁至丙宅後，百般利誘，始獲丙首肯，並將匕首一支借予丙使用。丙某日傍晚見 A 獨自一人在河堤邊散步，本擬以暗藏之匕首將 A 刺殺，惟臨時改變主意，躡腳靠近 A 身旁，出其不意，用力將 A 推落河中。A 於河中即將沒頂之際，適有漁民 B 駕駛竹筏經過，乃將 A 拉上竹筏，惟因重心不穩，竹筏翻覆，B 因熟諳水性，未久即力泳上岸，A 則沉入水底，不幸慘遭溺斃。試問甲、乙、丙、丁四人各應何刑責？（25 分）

命題意旨	測驗同學是否熟悉教唆、幫助交錯下繁瑣的共犯（參與犯）的問題。
答題關鍵	本題問題集中於刑法第四章正犯與共犯。其中包括教唆與幫助教唆的區別、無效幫助、輾轉教唆，以及共同教唆犯之問題。而共同教唆中僅參與謀議而未實行教唆行為者應如何論罪，在國內討論甚少，是比較不好處理的部分。
高分閱讀	1.林山田，《刑法通論（下）》，十版（2008,1）。 2.黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版（2006,9）。 3.蔡律師、余律師，《刑法總則》，六版。 4.高點金律師，《刑法經典試題精解》，P.2-6、2-68 以下(因果歷程錯誤)、P.2-191 以下(教唆犯)。 5.高點金律師，《刑法總則經典題型》，P.2-261 因果歷程錯誤(因果歷程錯誤)、P.2-598(教唆犯)。

### 【擬答】

- (一)丙推 A 入水之行為，可能構成刑法（以下未特別指明者皆為我國刑法）第 271 條第 1 項之故意殺人既遂罪。
- 1.丙將 A 推入水中，A 雖經 B 救助但仍溺水而死，按此之救助可能使 A 之死亡時間延後，但此係不重要的因果歷程偏離，A 最後死亡之結果仍可歸責於丙。即丙之行為與 A 之死亡間具因果關係且客觀上可歸責。
  - 2.丙對其行為可能導致 A 之死亡具有認識並有意使其發生(第 13 條第 1 項)。
- 綜上所述，丙推 A 入水之行為構成第 271 條第 1 項之故意殺人既遂罪。
- (二)丁對丙百般利誘，使之實行前揭殺人行為，可能構成第 271 條第 1 項、第 29 條第 1 項之故意殺人既遂罪之教唆犯。
- 本例中丁係受乙所託而代為勸唆丙為殺 A 之行為：
- 1.客觀上
    - (1)丙嗣後之行為構成故意殺人既遂罪已如前述（主行為存在）。
    - (2)丁對丙具唆使其犯特定之罪（殺人罪）之行為。
    - (3)且此一行為喚起丁之行為決意並導致嗣後丁之殺人行為。
  - 2.主觀上
 

丙係明知且有意使丁產生殺人之故意並從而實現殺人之行為，即具備所謂的雙重教唆故意。

按前所述，丁之行為並非單純傳達甲、乙之意思，而是自為一教唆行為，並非對甲、乙之教唆所為之幫助行為，應成立前揭條項之故意殺人既遂罪之教唆犯。
- (三)丁將匕首借丙使用之行為，可能構成第 271 條第 1 項、第 30 條第 1 項（前段）之故意殺人既遂罪的幫助犯。

丙嗣後之行爲構成故意殺人既遂罪已如前述（主行爲存在），惟實際上 A 乃是遭溺斃而非被匕首殺害，即丙所提供之幫助對丁之殺人行爲不具因果關係，而爲無效幫助。至於無效幫助得否依幫助犯處罰，容有肯否兩說爭議。實務上認爲幫助行爲若與正犯所爲之犯行無直接關係者，不能成立幫助犯。吾以爲，幫助犯中因果關係的判斷，並非等同條件理論或相當理論之公式，而是視幫助行爲是否提高了正犯實現不法構成要件的可能性，並包括了物理上及心理上的因果性兩種情形。惟不論何種因果性，必須持續至正犯的犯罪既遂階段，始足論以幫助既遂犯，否則即屬不罰的未遂幫助行爲。

就本例觀之，丁提供之匕首在物理上的因果性並未發揮至丁殺人行爲既遂，又，提供匕首行爲是否具有心理上的幫助無法確定，因此應認爲此一行爲不構成前揭條項之故意殺人既遂罪的幫助犯。

(四)乙請丁代爲勸唆丙殺 A 之行爲，可能構成第 271 條第 1 項、第 29 條第 1 項的故意殺人既遂罪之教唆犯。本例中乙之前揭行爲，即所謂之「輾轉教唆」，或稱爲「間接教唆」。此等行爲，無論學說或實務（如最高法院 28 年 7 月 25 日決議）均認爲仍應成立教唆犯。於本例中，乙客觀上有教唆行爲，且丁因之爲產生教唆丙爲殺人行爲之決意，嗣後丁因此而實行並完成教唆行爲，丙亦完成殺人行爲已如前述，則乙成立教唆犯，更無有疑之處。

(五)甲與乙密謀殺 A 並於商妥後由乙爲之的行爲，可能構成第 271 條第 1 項、第 29 條第 1 項的故意殺人既遂罪之教唆犯。

本例中真正爲教唆行爲者爲乙（對丁）及丁（對丙）如前所述，甲所參與之部分僅是與乙密謀並商定結論，是否能以教唆犯加以處罰，不無疑問。

依題旨，對丁實行教唆行爲者爲乙，而乙的是項行爲，乃是基於與甲之間的謀議後的共同決意而實行之教唆行爲。就甲參與謀議而未親自教唆行爲觀之，與共謀共同正犯在概念上雷同。對共謀共同正犯之處罰，學說上有肯否兩說，按照犯罪支配理論觀之，行爲人就犯罪事實，倘居於意思支配之地位，即爲正犯。

吾以爲，如果承認上述共謀共同正犯具有可罰性，則兩個以上的行爲人基於共同教唆之故意，而由其中一人爲教唆行爲，參與謀議之人就該教唆行爲及其所產生之結果（包括正犯犯意之產生及因而實施犯罪行爲、導致結果之發生），如符合承擔共同責任的基本要件，自應與實行教唆行爲之人負相同之責。按此，本例中此一教唆行爲係出於甲與乙間主觀上的交互作用而生之決意，客觀上由乙依決意爲教唆行爲的實行，對此，甲應負前揭條項教唆犯之責（即甲乙共同之責任）。

另應說明者係共同教唆時援引法條問題。依實務見解，教唆犯係教唆他人實施犯罪行爲，與共同實施之正犯有別，二人以上共同教唆，雖應就教唆行爲共同負責，仍不適用第二十八條之規定（參照 73 台上 2616 例、最高法院 28 年 7 月 25 日決議、25 上字 6616 例），故於此不需引用第 28 條條文，於此一併述明。

#### (六)結論

本例中各行爲人應負刑責如下：

- 1.丙：第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪。
- 2.丁：第 271 條第 1 項、第 29 條第 1 項的故意殺人既遂罪之教唆犯。
- 3.甲、乙：第 271 條第 1 項、第 29 條第 1 項的故意殺人既遂罪之教唆犯。

三、甲基於意圖供行使之用而偽造人民幣之犯意，先於民國 97 年 7 月 5 日租賃偽造之場所時，未經乙同意，以乙之代理人自居，與不知情之丙簽訂租賃契約，並以虛擬之人物丁為保證人，偽刻丁印章，蓋用於租賃契約書之保證人欄，持交丙租得坐落台北市文山區之套房 1 間。嗣即購買偽造之器械及紙張，自 97 年 7 月 10 日上午起，在該套房內偽造人民幣。惟警方獲線報，依法於同日下午執行搜索，當場查獲已偽造完成面額 100 元之人民幣 3 張、偽造失敗之半成品 2 張。請回答下列問題，並敘明理由。

(一)甲與丙簽約時，製作前揭契約書，如何論罪？（10 分）

(二)偽造人民幣，犯何罪？其中有成品、有半成品，如何處斷？是否依偽造之張數，計算其罪數？（10 分）

(三)甲為達到偽造人民幣之目的，因而製作前揭契約書租用場所，其間有無裁判上一罪關係？（5 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對妨害公共信用犯罪與競合問題的熟悉程度。
答題關鍵	本題實例中事實較爲繁瑣，宜就出題者所列之問題擇要作答。（一）所列之問題，係針對偽造私文書

	等諸罪之構成要件的程度測驗；(二)之重點則在集合犯之概念；(三)之重點則在競合理論及修法後之適用問題。
高分閱讀	1. 蔡律師、余律師，《刑法分則》，六版；《刑法總則》，七版。 2. 林山田，《刑法各罪論（下）》，五版；《刑法通論（下）》，十版。 3. 甘添貴，《罪數理論之研究》，初版。 4. 高點金律師，《刑法經典試題精解》，P.7-38(偽造有價證券罪)、P.7-45(偽造文書)。 5. 高點金律師，《刑法分則經典題型》，P.3-108 以下(偽造文書)、P.3-117 以下(偽造有價證券)。

## 【擬答】

## (一)甲與丙簽訂租賃契約部分

1. 甲未經授權而以乙之代理人自居，可能構成第 210 條之偽造私文書罪。

(1) 本例之行爲客體爲租賃契約，其內容可作爲法律關係證明之用，並可藉此認知其製作人，故而屬私文書，應無疑義。有疑問的是，甲未經授權而以乙之代理人自居，即屬無權代理而與丙簽訂該契約，是否爲本條所稱之偽造行爲。就此說明如下：

① 本條所稱之偽造行爲係指有形偽造，即指行爲人無製作權而製作私文書，至於其內容是否真實，則非所問。

② 無權代理做成文書之行爲，是否爲偽造行爲，容有爭議如下：

甲說：冒用代理資格，仍係以自己名義做成文書，故非屬有形偽造。

乙說：代理名義之文書，其法律效果仍歸屬於本人，且社會上一般人所信賴者，係被代理之本人意思之文書，故無權代理做成文書之行爲，應認爲係有形偽造。

拙見以爲，甲說拘泥於形式，而無視本條所保護之法益乃在文書之公共信用。故宜以乙說爲當。

③ 本條除偽造行爲外，尚須該行爲「足以生損害於公眾或他人者」，方足當之。此一要件，乃在對偽造行爲或其客體加以限制。對此，有認爲我國刑法乃折衷於形式主義與實質主義間，對有形偽造行爲注入實質主義之精神，即以文書內容真實性爲斷。亦有認爲此一要件是將行爲客體限縮於涉及權益關係之文書。惟本例之情形，承租人亦爲契約之一部，故不論採何說皆可認爲具備此一要件。

(2) 綜上所論，客觀上甲之偽造私文書行爲足以生損害於公眾或他人，又依題旨甲於主觀上應對此有所認識並有意使其發生，即行爲具構成要件該當性，又具違法性及罪責，故成立本條之罪。

2. 甲以虛擬之丁爲保證人，偽刻其印章用印於前揭契約書之保證人欄，可能構成第 217 條第 1 項之偽造印文罪。

本條所保護之法益在於印章等之公共信用性。依通說見解，偽造印章印文，係指無製作權人擅自刊刻他人名義或虛無其人之印章印文。按此，甲偽刻不存在的丁之印章且蓋用於契約之行爲，客觀上足生損害於公眾或他人同前所述，且主觀上具有構成要件故意，即其行爲具該條項之構成要件該當性，又具違法性及罪責，故成立本條項之罪。

3. 甲持交丙該契約而租得套房一間之行爲，可能構成第 216 條之行使偽造文書罪。

甲是項行爲，係行使前揭之偽造文書。對於此處所謂之行使，是否以行爲人就文書之內容有所主張爲必要，學說上有肯否兩說。惟依題旨，本例中甲持交該約而向丙租得套房，應可認爲係就該契約之內容有所主張，故不論依肯定或否定之見解，皆可認定成立本條之罪。

4. 依前所述，甲此部分之行爲成立第 210 條之偽造私文書罪、第 217 條第 1 項之偽造印文罪及第 216 條之行使偽造文書罪。前兩條偽造之罪名（係一行爲侵害一法益，兩者間具補充關係而依法條競合僅論以第 210 條之罪）乃是其後的行使之罪處點的前置，兩者間係屬二個獨立之行爲，惟僅侵害一法益（公共信用），故而通說認爲此處應屬行爲複數之與罰前行爲，僅論以第 216 條之行使偽造文書罪即爲已足。

## (二)甲偽造人民幣之部分

甲偽造人民幣之行爲應如何論處，詳述如下：

依通說之見解，第 195 條所謂「通用」，係指流通使用，並具有強制通用力，人民幣於我國境內不具此一特性，故而非本條所列之行爲客體，而係第 201 條之有價證券，合先述明。

1. 甲購買偽造之器械及紙張，係意圖供偽造人民幣（有價證券）之用而收受器械及原料，應構成第 204 條第 1 項之預備偽造有價證券罪。

又，依題旨，甲基於意圖供行使之用而偽造並成功完成 3 張百元面額之人民幣，應構成第 201 條第 1 項之偽造有價證券罪。



2.就完成之三張人民幣部分，應構成第 201 條第 1 項已如上述；失敗之半成品兩張部分，則達到未遂之行爲階段，惟本條未設有未遂處罰之規定，故不須對此加以論斷。

3.偽造有價證券之構成要件行爲，按多數學者及實務之見解，本身即具有反覆實施之性質（實務見解參見 96 年台非 133 號判決），故此處罪數之計算與偽造之張數無涉，應論以一個偽造有價證券罪即爲已足。有學說稱此爲包括一罪，即指縱行爲人實施多次，因仍包含在該行爲的原有概念內，故僅包括地成立一罪。

小結（競合）：此處甲所構成之兩罪名（第 204 條第 1 項之預備偽造有價證券罪與第 201 條第 1 項之偽造有價證券罪），係二獨立行爲侵害同一法益，故依與罰前行爲之法理，僅論以偽造有價證券罪。

(三)偽造人民幣與製作前揭契約租用場所間，有無裁判上一罪之關係？

所謂裁判上一罪，又稱爲科刑一罪，係指刑法第 55 條前段之想像競合及業經第 16 次刑法修正時刪除之牽連犯及連續犯。按此，於我國現行法之規定，所謂裁判上一罪僅指想像競合而已。

前述（一）與（二）中甲所成立之罪名，並非出於一行爲，因而無由適用第 55 條前段之想像競合處斷。又本例中甲之行爲係發生於 2006 年 7 月 1 日以後，前揭刑法修正案業已生效，故而無由依舊法第 55 條後段牽連犯或舊法第 56 條之連續犯（按：此二行爲非同類之違犯方式、又非對同種法益之侵害，概念上並非所謂連續數行爲而犯同一罪名，故而性質上亦非舊法中之連續犯）之規定論處，自不待言。因此本例中甲成立之第 216 條之行使偽造文書罪與第 201 條第 1 項之偽造有價證券罪，應依第 50 條之規定併合處罰之。

四、甲於民國 97 年某日中午，意圖行竊，身藏螺絲起子一支，行經乙家，見大門虛掩，即意圖為自己不法之所有，推開門進入屋內（侵入住宅部分未據告訴），先在客廳拿了女用背包一只，繼到臥室搜尋財物，適乙在臥室內化粧，見甲進入，即大聲質問，並上前欲取回背包。

（一）設甲見乙身戴鑽戒及黃金項鍊，竟進而以手掩住乙之口鼻，喝令乙交出鑽戒及項鍊，乙因口鼻被掩，呼吸困難不能呼救，只好照辦，甲拿到鑽戒、項鍊及背包後，迅速逃逸。甲之行爲應如何論罪？（9 分）

（二）設乙上前欲取回背包時，甲不讓乙取回，僅用力將乙推開，並立即帶背包逃離，乙隨後追出，已不見甲蹤影，則甲應負何罪責？理由為何？（16 分）

命題意旨	測驗同學是否熟悉財產犯罪中之竊盜、準強盜及強盜罪間之關係。
答題關鍵	強盜罪與準強盜罪之不同，在於前者施特定行爲（如強暴、脅迫）必在取財行爲之後，而後者則恰好相反。另外在先有竊盜行爲後復爲此兩行爲時，在競合時也會有不同的法效。
高分閱讀	1.釋字 630 號解釋。 2.蔡律師、余律師《刑法分則》，（六版，高點文化出版）。 3.林山田，《刑法各罪論（上）》，（五版，元照出版）。 4.黃惠婷「強盜罪：第二講—準強盜罪」《月旦法學教室 34 期》，P.98-106。 5.甘添貴「準強盜罪「當場」的意涵」《月旦法學教室 42 期》，P.18-19。 6.高點金律師，《刑法經典試題精解》，P.6-3(加重竊盜)、P.6-29(強盜)、P.6-34(準強盜)。

### 【擬答】

應先說明者係，甲身藏螺絲起子，並進入乙宅拿走女用背包一只之行爲，可能構成刑法（以下未特別說明者皆爲我國刑法）第 320 條第 1 項之竊盜既遂罪。

按題旨，本例中甲係出於自己不法所有之意圖，進入乙宅並於客廳取走該背包，即行爲人客觀上有改變物之持有狀態的行爲，主觀上對此有所認識並有意爲之（參見第 13 條第 1 項）。因此甲之行爲實現了第 320 條第 1 項之構成要件，且無阻卻違法、罪責事由。故甲取走背包行爲，構成第 320 條第 1 項之竊盜既遂罪。（是否構成刑法第 321 條第 1 項第 3 款之加重竊盜罪，見下述（一）1.。）

(一)甲掩乙之口鼻，使其呼吸困難交出鑽戒等物之行爲

1.可能構成第 328 條第 1 項之強盜罪。

依題旨，客觀上甲以掩乙口鼻作爲強制之手段，並使乙無法呼吸只好交出財物，即甲之強制行爲足以使乙使其意思自由而達不能抗拒之程度，乙並因而爲物之交付；在主觀面甲係意圖爲自己不法所有，且對前揭客觀事實均有所認識。

甲之行爲具第 328 條第 1 項強盜罪之構成要件該當性，且具無阻卻違法、罪責事由。故成立該條項之罪。

2.甲前揭行爲，因身藏有螺絲起子，故而可能構成第 330 條第 1 項之加重竊盜罪。

擬先就第 321 條第 1 項各款之規定屬性，就我國學說上爭議說明如下：

甲說：本條項所列六款事由，係屬量刑之例示規定，而非構成要件。

乙說：該六款事由乃加重構成要件。

甲說係參考德國立法例上之解釋，惟就我國刑法第 321 條第 1 項之立法方式，因其具有拘束法官之絕對效力，且復於該條第 2 項設有未遂犯之規定。綜上所述，吾以為該條項各款應認為係屬加重構成要件。

準此以言，本例中甲攜帶螺絲起子行竊，是否符合第 321 條第 1 項第 3 款之加重竊盜罪，首先應就螺絲起子是否為兇器審查之。按實務見解（74 年台上第 3 次刑庭決議），螺絲起子客觀上足對人之身體、生命構成威脅，應成立攜帶兇器竊盜罪。對此學說上有從主客觀兩方面加以限制者：

(1)（由客觀面加以限制）宜就器械的一般用途判斷，而非客觀上可供行兇即認定為兇器。

(2)（由主觀面加以限制）行為人必須是基於行竊目的而攜帶兇器。

拙見以為，學說上此兩限制，應值參照。蓋本款之所以加重，係因此等行為對他人生命、身體法益潛藏危險性較高，然倘將一般行竊常用工具認為係本款所指之兇器，恐失之過苛且有架空第 320 條之虞；又，本款為構成要件之規定已如上述，故而認為行為人必須是基於行竊目的而攜帶兇器，亦屬合理之限制。

本題中，客觀上起子係一般行竊常用之器械，又，主觀上甲是否出於行竊目的而攜帶起子，題意未明，應可認為甲攜帶起子行竊之行為，不構成本款之加重竊盜罪。就前揭強盜罪之部分，則不成立第 330 條第 1 項之加重強盜罪。

### 3. 競合

客觀上甲先有竊盜行為（取走背包），後見乙身有鑽戒等財物而為強盜之行為，主觀上後者係為另行起意，故前後兩構成要件之實現並非基於自然意義的一個行為，依刑法第 50 條數罪併罰之。

#### (二) 1. 甲將乙推開後帶著背包逃離之行為，可能構成第 329 條之準強盜罪。

就第 329 條的構成要件規定觀之，本質上與強盜罪並不一致，而以強盜論僅是指法定刑以第 328 條之規定論；本條雖以竊盜、搶奪為前提，但又並非以竊盜、搶奪為其基本構成要件，而有其獨立之不法內涵。對此，有學者質疑本條構成要件之設立並無正面意義，反有製造問題之虞；再者，以不同於強盜罪不法內涵之行為論以強盜罪之法定刑，恐有違罪刑相當原則。就此，大法官會議於釋字 630 號解釋中曾表示，僅將第 329 條規定之擬制為強盜罪，乃因其他財產犯罪，其取財行為與強暴、脅迫行為間鮮有時空之緊密連接關係，故上開規定尚未逾越立法者合理之自由形成範圍，難謂係就相同事物為不合理之差別對待。經該規定擬制為強盜罪之強暴、脅迫構成要件行為，乃指達於使人難以抗拒之程度者而言，是與強盜罪同其法定刑，尚未違背罪刑相當原則，與憲法第二十三條比例原則之意旨並無不符。

以下就甲之行為檢討如下：

(1) 準強盜罪之成立，係以竊盜或搶奪罪之成立為基本前提條件。甲取走背包之行為構成第 320 條第 1 項竊盜既遂罪，已如前所述。

(2) 依題旨，甲推乙之行為係緊接於取走背包行為之後（或可認為甲此際對背包未建立穩立的持有關係）且仍身處乙宅，就時、空密接性觀之，應屬「當場」。

(3) 強暴脅迫之行為是否必須達使他人不能抗拒之程度，學說對此容有爭議：有認為該條文雖未如強盜罪設有明文，但強暴脅迫之行為仍必須達使他人不能抗拒之程度；亦有認為法條既無程度之要求，則是否達使他人不能抗拒之程度，自非所問。

惟本例中推開乙之行為導致乙不能取回其遭竊之背包，係施以強暴之行為，致使乙就奪回背包一事達不能抗拒之程度，故不論採何見解，均符合本條之要求。

(4) 依題旨，甲基於特定目的且對上述事實均有認識並有意使其發生（第 13 條第 1 項）而具有構成要件故意。

甲之行為構成該條之準強盜罪。

### 2. 競合

綜上所述，甲之行為構成第 320 條第 1 項、第 304 條第 1 項及第 329 條之罪。其中 304 條第 1 項之強制罪與第 329 條之準強盜罪間具有補充關係，論以後者即足以評價所有犯罪事實，依法條競合之法理僅論以第 329 條之罪。又刑法第 329 條之性質為單一犯而非結合犯，如具備本條特別構成要件者，即應以強盜論罪，不能更論以竊盜或搶奪之罪（參照最高法院 63 年第 2 次刑庭決議）。此一實務見解，亦可解讀為論以第 329 條之罪即足以評價所有犯罪事實（法條競合）。按此，本例中甲就其行為僅負第 329 條之責。

# 《刑法》

- 一、甲為某民營銀行行員，受某鄉公所之委託辦理災害救濟金發放事項。甲因見乙家境特別窮困，乃簽報其銀行長官同意，按救濟金標準加倍發給乙；另甲因見丙家境富裕，遂自作主張，僅發給丙救濟金之半數，餘半數則歸還鄉公所。問甲之責任如何？（25 分）

命題意旨	本題為實例題，出題委員之意旨在測試考生對瀆職罪章此一基本概念之認識程度。考生必須熟悉瀆職各罪之間關係，方能掌握應答意旨。
答題關鍵	此題僅為圖利罪的法條解釋與涵攝，另有公務員之規定，若無意外應可掌握分數。
高分閱讀	1.司法三等考場特刊第 14 題：偽造文書之要件（相似度 30%） 2.重點整理系列-刑法分則（方律師）（51ML1013）P.3-93~3-95：業務登載不實罪（相似度 85%）

## 【擬答】

- 一、此題受損者為國家，帶個人法益中並未將國家算入主體，因此，主要法益侵害是國家體制內部的信賴動搖，某甲侵害一般民眾對於鄉公所之信賴且導致國家體制的波盪，此規定在刑法瀆職罪章。
- 二、刑法瀆職罪章可分為賄賂罪以及濫用職權罪，某甲並無賄賂情事，故應屬於濫用職權範圍，而圖利罪為此罪之典型。公務員對於職權上的公正性有所疑慮，將導致人民對公務員的信賴損傷，若結果不法與行為不法皆該當，則此罪成立。
- 三、圖利罪屬於身分犯，某甲須具有公務員身分方能該當此罪，刑法第十條修正後規定：「依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者；或受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者為公務員」，其限縮了公務員的規定，甲為某民營銀行行員，本不應屬於公務員，新法有意排除公立醫院之醫、護士及政府持股超過百分之五十之員工，某甲自本不應在公務員之列。
- 四、然則，某甲符合第十條所稱「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」，發放救濟金屬國家業務，而行員在權限委託上屬於必要，在發放救濟金上對人民亦屬公務員職權範圍，因之某甲符合第十條所稱之公務員。
- 五、而圖利罪中，發放金亦應屬於行員主管或監督之事物。且亦為明知違背法令，為他人圖不法利益。在不法利益的解釋上，應可認定在所發放的金額之外皆屬不法利益，然而「因而獲得利益」在解釋上即有疑慮。
- 六、所謂「因而獲得利益」，解釋上並非犯罪人本身獲得利益而言，而是相對於獲得利益，國家受到損傷。在法益解釋上雖然著重的是公共信賴，但國家所受之損傷應可認定圍攻故信賴損傷的附隨結果，也為限縮要件。此題，某甲在發放某乙金額時使國家受損，某乙獲得利益，應可該當圖利罪。
- 七、然則丙的部分，丙並未獲得利益，反而有所損傷，而國家財產上無實質損害。有論者認為國家在公共信賴方面仍有所損傷，人民對於公務員的公正性有所疑慮，然則基於罪刑法定之理由，在不可將某甲之情感解釋成利益之下，丙的部分無法成立圖利罪。

- 二、某甲為書店老闆，於 96 年 6 月間自國外購進「成人性愛寶典」、「少男少女禁果初體驗」、「性交大觀」三種含有男女裸體及性交畫面之情色書刊及 DVD，陳列於店內販售。甲鑑於其中「少男少女禁果初體驗」內容係未滿十八歲之少年男女所拍攝之性愛畫面，「性交大觀」內容有人獸性交及性虐待之畫面，遂以透明塑膠膜包封，並標示「十八歲以下兒童及少年不宜」字樣於外包裝後，陳列於書架販售。嗣於 96 年 7 月間為警查獲，並扣得上開情色書刊及 DVD 一批，經依妨害風化罪嫌移送地檢署偵辦。試問：

（一）某甲所陳列販賣之上開情色書刊及 DVD 之中，部分有加封套及警語，部分則未加封套及警語，其不同處理方式，對其刑事責任之構成有無影響？試從相關刑法規定之法律構成要件內涵及實務見解申論之。（15 分）

（二）某甲之行為觸犯刑法何罪名？如何處斷？（10 分）

命題意旨	本題為傳統題，出題委員之意旨在測試考生對猥褻物實務見解的態度，以及法條基本解析。
答題關鍵	應掌握之基本重點為猥褻之意義，若欲得高分，除了上述重點之外，宜將實務及大法官之解釋鋪陳，方能掌握關鍵分數。
高分閱讀	1.司法三等考場特刊第 8 題：散佈猥褻物品罪要件（相似度 50%） 2.重點整理系列-刑法分則（方律師）（51ML1013）P.3-160~3-167：散佈販賣猥褻物品罪（相似度 90%）

## 【擬答】

- 一、散播猥褻物品罪之法律構成要件及實務見解



### (一)法律構成要件

- 1.刑法第二三五條規定：「散佈、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音影像或其他物品或公然陳列，或以他法供人觀賞」為散播猥褻物品罪，其中猥褻物的定義屬於妨害風化罪中對他人觀感影響之產物，與個人法益中、自由定義下的強制猥褻不同，需要客觀標準擬定。
- 2.本罪保護法益有兩說，一為妨礙社會善良風俗及健全的性風俗，二為對於未成年者、對性態度尚未成熟者之保護，對於後者，現有兒童及少年性交易防治條例第二十九條規範，屬於特別法範圍，因此由刑法本質上的善良風俗出發應為可解。
- 3.所謂公然陳列，乃指對不特定多數人再可認識的狀態下放置。典型的公然陳列是以照片、寫真、影像在公共場所播送，此題某甲是以書籍排列，其散播性不若公開播送，因此在解釋上即有探討空間。
- 4.若從保護青少年的角度出發，即使某甲所有物已該當猥褻物品，因部分已加示警語，在有防護措施之下即可避免法益受到侵害，則某甲無罪；若甲未標示警語，則仍須注意此書籍是否該當猥褻物品。
- 5.若從社會善良風俗法益出發解釋，某甲加封套及警語的行為亦可因之免責。由於猥褻是屬於社會觀感，若在標示警語之下並無法隨意翻閱，則社會觀感波盪必然減小；然若某甲未標示警語，則公開將物品暴露於社會大眾所見之處，則社會觀感之波盪必然增高，對某甲刑事責任構成自然有所影響。
- 6.惟須注意，即使某甲未標示警語，是否該當猥褻物品仍有可議之處。此題無論從哪一種法益角度出發，有無封套和警語皆因對刑事責任有重大影響。

### (二)實務見解

- 1.釋字四〇七號：「猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。」對於何謂猥褻有明確見解，但其定義仍較空泛。
- 2.釋字六一七號解釋：「刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為」，此解釋對何謂猥褻開始有具體見解，但對法益保護無多加著墨，僅指出性道德規範在憲法上之意義。
- 3.釋字六一七號仍將猥褻品分成兩類，一為暴力、性虐待或人獸交等而無藝術性、醫學性或教育性的資訊及內容，二為上述要件外，足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不能忍受，且未加封套或警語等安全隔絕措施者。在第二類中大法官指出適當的安全措施對具體的刑責有所影響，但在第一類中並無此解釋，唯一可認定的是第一類的物品被認為絕對上的猥褻物品，僅以醫學、教育、藝術等類阻卻違法事由排除，因此，某甲所持之「性交大觀」，因含有解釋中所謂人獸交之畫面，即使加示警語，仍可能該當法條所述之猥褻物品。
- 4.而若不屬於絕對的猥褻物品，則未有適當保護措施之下，仍可該當刑法二三五條之罪，某甲所持之成人性愛寶典，因為未加示警語，可能該當本罪，然如上所述，其是否該當此罪之客體仍有疑問，而釋字六一七號解釋對此部份仍和四〇七號解釋一般，以「他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品」為標準。

## 二、某甲之行為是否該當散播猥褻物品罪？

### (一)是否該當猥褻物品？

- 1.某甲所持書籍，除性交大觀因為符合釋字六一七號解釋而成為猥褻物品之外，其餘部分必須重新做客觀上的判斷。
- 2.少男少女禁果初體驗，因包含未滿十八歲之性愛畫面，可能令一般人感覺「不堪呈現」。然而是否可能刺激性慾有所疑義，未滿十八之性交畫面雖有挑逗味道，但對一般大眾可能僅有不堪入目之感，在刑法謙抑性之下，對於猥褻的解釋應該做嚴格之認定。性慾與性羞恥感應並存成為要件，而非該當其一即處罰。
- 3.成人性愛寶典，同上所述，對於能否刺激性慾一事亦有疑義。

### (二)是否標示警語？

- 1.依釋字六一七號解釋，若非絕對上的猥褻物品，則適當標示警語可以免去刑事責任，因此即使少男少女禁果初體驗成為猥褻物品，仍可因為適當的警語而免去罪責。
- 2.然則性交大觀因為符合第一類解釋，即使標示警語亦有可能成為猥褻物品之客體。

### (三)是否有教育性？

- 1.成人性愛寶典即使成為猥褻物品，其亦可因教育性而免去罪責，雖依照大法官解釋，教育性、藝術性等是在第一類猥褻物品中作為阻卻事由，但其應具有共通性，因此即使未標示警語，只要具有教育性，仍可因此免去刑責。
- 2.因之，放置成人性愛寶典不構成散播猥褻物品罪。

### (四)依上所述，僅有擺置性交大觀可成為散播猥褻物品罪之客體。然而，此解釋在學說仍有疑慮，人獸交及性虐待在無醫學性、教育性、藝術性之下成為猥褻物品，不代表無他種阻卻事由。言論自由方面因為大法官解釋而採去偏向否定的態度，但無論從哪依法益解釋出發，人獸交並無法滿足性慾，也無法使未成年人對性觀念有值得刑法處罰的偏差，因之，在學術解釋上，性交大觀仍應有不該當構成要件客體之可能。

### 【參考資料】

- 1.月旦法學教室第 50 期：P.106～108：「散佈猥褻物品罪」合憲
- 2.月旦法學雜誌第 145 期：P.80～95：刑法第 235 條散佈猥褻物品罪及相關判決評釋（林志潔）

三、甲、乙、丙三人在某山丘空地架設捕捉鴿子的網具，於鴿主實施外訓飛行時，網捉飛經該處的鴿子。經四次上山丘取鴿，共得三位鴿主 A 的賽鴿十隻、B 的賽鴿十五隻、C 的賽鴿八隻。抓到上開鴿子後，由甲依鴿子腳環上的電話號碼，於不同時間，撥打電話給鴿主 A 一次、B 三次、C 二次，告知三人：你的鴿子在我手上，你要取回的話就匯錢到我指定的帳戶內，否則將會永遠看不到鴿子（鴿子會遭殺掉或扭斷脖子、翅膀）等語。鴿主 A 氣忿難當，某天輾轉探知甲、乙、丙三人在山丘空地後，找 B、C 一同上山。甲、乙、丙三人見 A 等人前來，立即做鳥獸散，慌亂中丙取自己有牌照的獵槍逃走，卻不小心跌倒，致觸槍射中 B 手臂輕微擦傷，續中 B 後面 C 的頭部當場死亡。由上述事實分析後，列出全部所實現的構成要件及相關法條，並依現行刑法附理由敘明行為數、罪數判斷過程，並做出最後的處斷結論。（25 分）

命題意旨	本題主要涉及犯罪之法條：普通竊盜罪之共同正犯、結夥竊盜罪、恐嚇危害安全罪之共同正犯、強制未遂罪之共同正犯、過失傷害罪、過失致死罪。
答題關鍵	依照犯罪論證的階層體系，詳細檢驗各罪構成的要件。
高分閱讀	1.司法四等考場特刊 第 12 題：恐嚇取財罪要件（相似度 50%） 2.司法三等考場特刊 第 2 題：打擊錯誤之處理（相似度 50%） 3.重點整理系列-刑法分則（方律師）（51ML1013） P.2-49～2-68：恐嚇取財得利（相似度 85%） 4.重點整理系列-刑法總則（方律師）（51ML1012） P.2-78～2-93：錯誤（相似度 80%）

# 【擬答】

## 壹、犯罪事實分析

本題主要涉及犯罪之事實及其所實現的構成要件及相關法條之法條分析如下：

一、甲乙丙三人架設捕鴿網，捕獲鴿主 A 的賽鴿十隻、B 的賽鴿十五隻、C 的賽鴿八隻。

（一）甲乙丙三人架網捕捉 A 的賽鴿，可能成立普通竊盜罪之共同正犯（刑§320 II、28）

1.不法構成要件該當性：

（1）本罪之成立，係以二人以上之行為人基於共同實行竊盜罪之意思決定，以及為自己或第三人不法之所有意圖，而共同實行竊取他人之動產為要件。本罪之行為客體乃他人之動產，若將本罪之保護法益，解係動產之持有者，則飛行中之賽鴿，是否該當本罪之行為客體，學理上容有爭議：

①甲說：賽鴿係他人所有飼養之飛禽，乃屬動產之一種，雖在比賽中飛翔，然隨時可以飛回，難謂係離本人所持有之物，如架網加以捕捉自應構成竊盜罪。

②乙說：賽鴿在比賽飛行中，已脫離原所有人實力支配範圍，即係離本人所持有之物，已非竊盜罪之客體，充其量僅為刑法第 337 條之客體。倘加以網捉，侵占入己，應構成侵占離本人持有之物之罪。

③丙說：飛行中之鴿子，是否該當竊盜罪之客體，應分別情況而論。若是依原定方向飛行之鴿子，當屬竊盜罪之客體，網捉他人所有之飛行中賽鴿，固應構成竊盜罪；惟若該飛鴿係他人飛失之鴿子者，該鴿既已迷失方向，已屬於離本人所持有之物；又或被害人在家中鴿舍放飛鴿子，數日未飛回鴿舍者，行為人予以網捉，均係構成刑法第 337 條之侵占離本人持有之物之罪。

④上開各說，實務係採丙說（司法院(76)廳刑一字第 1669 號），本文同意之。

（2）客觀上，依題示，甲乙丙所架網捕捉到的鴿子，係 A 等被害人所有飼養之飛禽，乃屬動產之一種，且 A 等之賽鴿乃是實施外訓飛行，依原定路線飛行的鴿子，顯見該鴿子雖在比賽中飛翔，然隨時可以飛回，難謂係離本人所持有之物，自該當本罪之行為客體。甲乙丙三人架網將 A 之賽鴿捕捉，乃是共同實施未經原動產持有人之同意，擅自破壞原動產持有人對於原動產之支配持有關係，進而建立一個新的支配持有關係之竊盜既遂行為。

（3）主觀上，甲乙丙有共同竊取 A 等被害人鴿子之意思決定。惟從題示，甲乙丙三人之所以捕捉鴿子，其目的乃在藉以要脅 A 等被害人匯款贖鴿，似乎沒有將 A 等被害人之賽鴿子據為己有之意思，則甲乙丙三人是否仍具有「為自己不法所有之意圖」不無疑問：

①甲說：所謂「不法所有之意圖」，乃指欠缺適法權源，仍圖將財物移入自己實力支配管領下，得為使用、收益或處分之情形而言（82 年台上字第 1959 號）。今甲乙丙三人之目的既在擄鴿以勒贖，顯無將被害人賽鴿，據為己有以使用、收益或處分之意思。

②乙說：甲乙丙三人捕鴿之目的，雖在持之勒贖鴿主，惟當行為人將鴿子捕獲之際，不僅排除鴿主對其鴿子之支配，其用之以要脅鴿主，形同以該鴿子之所有者，之使用或處分其物的表現，故仍可認其有竊盜之不法所有意圖。

③對於上開問題，實務認為雖未詳加討論，但就結論而言，無不認為甲乙丙所為之捕鴿行為，至少應構成竊盜，實無異承認其具備不法所有之意圖。本文從之。

(4)綜上，甲乙丙三人架網捕捉 A 的賽鴿，該當共同竊盜罪之構成要件。

2.小結：甲乙丙三人均無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)甲乙丙三人架網捕捉 A 的賽鴿，可能成立結夥竊盜罪(刑§321 I )

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以結夥三人以上而犯竊盜罪為要件。

(2)客觀上，架網捕捉他人之賽鴿，乃是竊盜他人動產之行為，業如前述。又甲乙丙三人，乃出於共同犯竊盜罪之故意，而結為一夥，並共同為架設捕捉鴿子的網具以捕捉賽鴿之行為。

(3)故甲乙丙三人捕捉賽鴿之行為，該當結夥竊盜之要件。

2.小結：甲乙丙三人均無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(三)甲乙丙三人架網捕捉 B 的賽鴿，成立同時成立，普通竊盜罪之共同正犯以及結夥竊盜罪(刑§321 I )。論證同前述捕捉 A 之賽鴿部分。

(四)甲乙丙三人架網捕捉 C 的賽鴿，成立同時成立，普通竊盜罪之共同正犯以及結夥竊盜罪(刑§321 I )。論證同前述捕捉 A 之賽鴿部分。

二、甲乙丙捕獲 A 等賽鴿後，由甲打電話告知 A 等三人，匯錢至其指定帳戶，否則將殺害賽鴿。

(一)甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 不匯錢將殺害其賽鴿，可能成立恐嚇危害安全罪之共同正犯(刑§§305 III、25、28)：

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以二人以上之行為人，基於共同之犯罪意思決定而共同實行以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人致生危害於安全為要件。所謂恐嚇，固係指以足使人生畏懼感之事為內容，而通知將加害之旨於被害人之行為。惟本罪對於恐嚇之內容，乃限縮於以加害生命、身體、名譽、財產等事項為限，且本罪之恐嚇行為，必須行為人以不法之惡害通知他人，使其心生畏懼，方足當之，若以正當合法之事，通知他人，雖他人心中生畏懼，也不能成立本罪。

(2)客觀上，本題中之甲乙丙三人捕獲 A 之賽鴿後，電告 A 速匯錢，否則將殺害賽鴿，乃係由甲將不利於被害人 A 的財產(賽鴿)之事告知被害人，使其感受壓力而心生畏懼或有所顧忌的恐嚇行為。雖從題示，A 受甲之恐嚇後，無法確知 A 有無匯錢至甲所指定之某帳戶的行為，但依吾人之經驗認知，凡賽鴿主莫不愛護其鴿者，甲之恐嚇業已致使身為鴿主之 A 產生畏怖心，而生危害於安全之疑慮。

主觀上，從題示「甲、乙、丙…抓到上開鴿子後，由甲…撥打電話」云云，可知甲之所打電話恐嚇 A，乃是依三人之犯罪計畫所為，故甲乙丙三人乃有共同實行恐嚇他人之行為決意(犯意聯絡)。

縱乙丙二人並無打電話之恐嚇行為，但從該三人之犯罪計畫以觀，乙丙二人顯將甲所為之恐嚇行為視同自己之行為，即乙丙二人參與恐嚇前階段之捕鴿行為，再由甲實行後階段之恐嚇行為，是仍可肯定三人間有行為之分擔。

(3)綜上，甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 不匯錢將殺害其賽鴿，該當恐嚇危害安全罪之共同正犯之構成要件。

2.小結：甲乙丙三人均無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 不匯錢將殺害其賽鴿，可能成立強制未遂罪之共同正犯(刑§§304 III、25、28)：

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以二人以上之行為人，基於共同之犯罪意思決定共同著手實行以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害他人行使權利而不遂為要件。

①所謂「強暴」，係指一切外在有形之不法腕力使用，亦即行為人施用暴力而強制他人，剝奪或妨害他人的意思形成、意思決定或意思活動的自由，以迫使其行無義務之事，或妨害其行使權利者，即為強暴。

②「脅迫」則泛指一切足使人生畏怖之惡害通知而致使不能抗拒之行為，亦即行為人以一個未來的惡害知會被害人，使其心生畏懼或有所顧忌，而得強制其為無義務之事或妨害其行使權利者，即為脅迫。無論強暴或脅迫，均以對人實施為已足，惟不以對人之身體實施為必要，縱對於第三人或物實施，亦足當之。

③所謂「使人行無義務之事」，乃行為人並無任何權利或權能，對方亦無義務，而使對方不得不為一定之作為、不作為或容忍之行為。所謂「妨害他人行使權利」，乃妨害被害人在法律上所得為之一定作為或不作為。

(2)客觀上，本題中之甲電告 A 速匯錢，否則將殺害其賽鴿，固係依甲乙丙三人之犯罪計畫，將不利於被害人 A 的財產之事告知被害人，使其感受壓力而心生畏懼或有所顧忌，而能逼迫被害人 A 依其行為人甲所要之方向，加以操控的脅迫行為。且 A 並無匯錢給甲之義務，故甲要脅 A 匯錢，乃是迫使 A 行無義務之事。但從題示，並無法確知 A 經甲之脅迫後有無匯錢至甲所指定的帳戶之事實，基於「罪疑唯利被告」原則，因認 A 尚無履行「匯錢」此等無義務事之舉動，而無由該當強制罪既遂之客觀要件。主觀上，甲有與乙丙共同實行強制行為之犯意聯絡。

(3)綜上，甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 不匯錢將殺害其賽鴿，該當強制未遂罪之共同正犯之構成要件。

2.小結：甲乙丙三人均無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(三)甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 匯錢以贖回賽鴿，可能成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯(刑§§346 III、25、



28)：

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以二人以上之行為人，基於共同之犯罪意思決定(犯罪聯絡)以及意圖為自己或第三人不法之所有，共同著手以恐嚇使人將本人或第三人之物交付行為之實行(行為分擔)而不遂為要件。所謂「恐嚇」，依實務見解，係指以危害通知他人，使該人主觀上生畏怖心之行為，然此危害之通知，並非僅限於將來，其於現時以危害相加者，亦應包括在內。

(2)本題中，依題所示，甲固有依甲乙丙之犯罪計劃，電告 A 匯錢以贖回賽鴿，否則將殺害其鴿之舉動，但 A 接受甲之電話告知後，是否有依甲指示之匯錢行為，從題意無法確證，基於罪疑唯利被告原則，應認 A 並未有匯錢之事實，是甲等所為無由該當恐嚇取財既遂罪。惟甲乙丙三人主觀顯有共同對 A 實施恐嚇取財之意思決定(犯意聯絡)，以及不法所有之意圖。客觀上，三人經由甲電告 A 匯錢，否則將其鴿殺害之行為，乃是著手實施以危害通知他人，使該人主觀上生畏怖心之恐嚇行為。

(3)綜上，甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 A 匯錢以贖回賽鴿，該當共同恐嚇取財未遂罪之構成要件。。

2.小結：甲乙丙三人均無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(四)甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 B 匯錢以贖回賽鴿，成立共同恐嚇罪、共同強制未遂罪，以及共同恐嚇取財未遂罪(刑§§346Ⅲ、25、28)。論證同前述勒贖 A 部分。

(五)甲乙丙三人捕鴿後，由甲打電話告知 C 匯錢以贖回賽鴿，成立共同恐嚇罪、共同強制未遂罪，以及共同恐嚇取財未遂罪(刑§§346Ⅲ、25、28)。論證同前述勒贖 A 部分。

三、丙逃走時不小心跌倒，致觸槍射中 B 手臂輕微擦傷，續中 B 後面 C 的頭部當場死亡。

(一)丙觸槍射中 B 手臂輕微擦傷，可能成立過失傷害罪(刑§284 I 前)：

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以因過失傷害人為要件。

(2)依題示，丙觸槍射中 B 手臂，乃是 B 受傷結果發生之原因。又依題示，丙之所以射傷 B，乃因不小心跌倒而觸槍所致，顯見主觀上，丙無傷害 B 之故意。惟依吾人之經驗認知，凡獵槍中既有子彈者，即有因任何原因而擊發，傷及他人生命或身體之危險，是所有具有理性與良知之持槍者，不論持有原因合法與否，均有小心謹慎持槍，以免觸及扳機而傷及他人之客觀必要注意義務，如果沒有把握完全避免誤觸扳機而傷及他人的可能，即應放棄持槍，是以，本題中丙慌亂中仍持槍逃跑，即是違反客觀必要之注意義務，而製造可能傷及他人生命身體法益之法所不容許的風險，而具行為不法。又在山區慌亂地奔跑終致不小心觸槍而擊發子彈而傷及他人，具有常態之關聯性，是 B 被慌亂中還攜槍逃跑丙擊傷，乃是客觀上吾人所能預見且應避免之事，只要丙不攜槍逃跑即可避免 B 被打傷的結果發生，是丙觸槍擊傷 B，亦違反客觀上結果迴避之義務，實現法所不容許之風險，亦具結果不法。

(3)綜上，丙觸槍射中 B 手臂輕微擦傷，該當過失傷害罪之構成要件。

2.小結：丙無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)丙觸槍射中 C 的頭部致 C 當場死亡，可能成立過失致死罪(刑§276 I)：

1.不法構成要件該當性：

本罪之成立，係以過失致人於死為要件。客觀上，丙觸槍射中 C 的頭部乃 C 當場死亡結果發生之原因。再者，依題示，C 之死亡，既是丙慌亂中仍攜槍逃跑所製造之可能傷及他人生命之風險行為的實現，主觀上，縱丙無殺死 C 的故意，仍該當過失致死罪之構成要件。

2.小結：丙無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

貳、犯罪競合即罪數之判斷

一、甲乙丙三人架設捕鴿網，捕獲鴿主 A 的賽鴿十隻、B 的賽鴿十五隻、C 的賽鴿八隻。

(一)行為數之判斷：

1.依刑法犯罪競合理論學理見解，競合論之出發點，乃是行為單數與行為複數之區別，亦即行為數之計算，乃是刑法犯罪競合理論之基礎。所謂行為單數，係指就法與社會意義關係而言，為刑法上一個行為。行為人之行為事實，就法與社會意義之觀點評價之後，不屬於行為單數者，即為行為複數。

刑法上行為數之認定，依學理，其類型以及認定標準未必統一，但無不以行為人表現於外部之物理意義的行為舉止，作為判斷的基礎，凡出於行為人一個單一的意思決，而表現於外部一個物理意義之動作，恒屬一個單純的行為單數，即單純之一行為。

依題示，甲乙丙三人架設捕鴿網，捕獲鴿主 A、B、C 三人的賽鴿，雖成立成立三個竊盜罪。但三人既僅有一個架護鴿網的舉動，自僅得認有一個行為存在。

(二)罪數判斷：

1.甲乙丙三人雖捕獲 A 的賽鴿十隻，但因僅侵害 A 一人對該十隻賽鴿的監督持有法益，故應認甲乙丙三人對 A 僅成立一個共同竊盜罪以及結夥竊盜罪。同理，甲乙丙三人捕獲鴿主 B 的賽鴿十五隻、C 的賽鴿八隻，亦分別對於 B 及 C 僅成立一個共同竊盜罪以及結夥竊盜罪。

2.就共同竊盜罪以及結夥竊盜罪之保護法益而言，二者均在保護財產法益之安全，即具有法益保護之同一性；再就構成要件之規範結構而言，二者具乃具有法條競合之特別關係，結夥竊盜罪乃共同竊盜罪之特別規定，當二者同時成立時即論以結夥竊盜罪即為已足。據此，甲乙丙三人捕獲鴿主 A 的賽鴿十隻、B 的賽鴿十五隻、C 的賽鴿八隻，應僅分別對於 A、B 及 C 僅成立一個結夥竊盜罪。

3.再依刑法第 55 條規定，一行爲而觸犯數罪名者，從一重處斷。即學理上所稱之「想像競合」。本題，甲乙丙三人設網捕捉 ABC 三人所有並持有之鴿子，係侵害三個財產監督權，係屬爲一行爲觸犯數罪名，應依想像競合犯之規定論罪(司法院(71)廳刑一字第 647 號參照)。

二、甲乙丙捕獲 A 等賽鴿後，由甲打電話告知 A 等三人，匯錢至其指定帳戶，否則將殺害賽鴿。

(一)行爲數之判斷：

- 1.自然行爲單數之概念：行爲人的行爲，從自然之生活觀察來加以判斷，外觀上雖可以分割爲整體事件之數個部分行動，但若行爲人係出於一個意思決定，而且這數個部分行動在時空上又存有緊密關係，從一個未參與其中之第三者站在旁觀者之立場，亦會認爲係一個單一行爲時，即爲自然之行爲單數。
- 2.接續犯爲行爲單數：依通說及實務見解，接續犯乃刑法上之一行爲，惟數行爲於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行爲之獨立性極爲薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視爲數個舉動之接續施行，合爲包括之一行爲予以評價，較爲合理者，方得論爲包括一罪之接續犯(95 年台上字第 3190 號判決參照)。
- 3.本題中，甲雖有接續打電話給 B 三次、C 二次的舉動，但各次的舉動，在時間及空間上具有密接性，具均係出於甲一個勒贖的意思所爲，依一般社會觀念，無不認係甲對 BC 所爲打數次電話的行爲，乃是一個單一整體打電話勒贖行爲之接續動作而已，故屬自然意義之一行爲。
- 4.至於甲接連打電話給 ABC 三人，雖該數次之舉動，亦具有時空的緊密性，並同出於甲主觀一個概括的勒贖三人財物的意思決定，但因分別侵害 ABC 三人法益，不合於上揭接續犯之概念，在舊法時代，實務及通說，向評價甲爲連續犯，然在新法施行後，應如何評價其行爲數之單複，不無爭議：
  - (1)數行爲說：連續性之行爲，倘分別侵害數個人之法益者，舊法之下，既論以連續犯，在新法，即應評價爲數行爲，論以數罪併罰。
  - (2)區分說：侵害數個不同的財產法益持有者，只要具備自然的行爲單數之概念要素，仍得視爲一行爲，係倘侵害數個個別不同之人格法益者，即應論以數行爲。
  - (3)之通說，係採區分說之見解。本文從之，據此，甲接連打電話給 A、B、C 三人，其目的乃在勒贖三人之財物，在新法廢除連續犯規定後，爲免刑罰過苛，應認其僅成立一個行爲。

(二)罪數之判斷：

- 1.甲乙丙三人捕捉鴿子後，由甲分別打電話給 A、B、C 所爲之恐嚇取財未遂行爲，雖對 ABC 三人分別實現共同恐嚇罪、共同強制未遂罪，以及共同恐嚇取財未遂罪等罪之構成要件，但因恐嚇取財罪相對於恐嚇罪以及強制罪而言，乃具有法條競合之特別關係，僅論以特別規定之恐嚇取財罪即爲已足。據此，甲乙丙三人對於 ABC，應僅分別成立三個共同恐嚇取財未遂罪。
- 2.再者，甲乙丙三人捉鴿後，由甲分別打電給 ABC 以恐嚇取財，因係對於三人所持有財產法益而爲侵害，即應以一個行爲論之，則甲乙丙三人對於 ABC 三人所犯共同恐嚇取財未遂之行爲，既係侵害三個財產監督權，亦應依想像競合犯之規定論罪。

三、甲乙丙捕捉 ABC 三人之賽鴿後，再向三人恐嚇取財：

(一)行爲數判斷：

本題中，甲乙丙捕捉 ABC 賽鴿目的，乃在用以被 ABC 三人恐嚇取財，易言之，甲乙丙三人捉鴿子的竊盜行爲，乃是其後恐嚇取財的方法行爲，二者之間具有學理上所稱之「方法目的」之牽連關係，在舊法時代，悉論以第 55 條後段之牽連犯，再從一重處斷。惟在新法施行後，對此行爲應如何論罪，涉及其行爲數之判斷：

- 1.一行爲說：或謂舊法之牽連犯，乃想像競合犯之例示規定，爲法律意義之一行爲，新法既刪除牽連犯之規定，則回歸原則以一行爲論之；或謂具有牽連關係之一行爲，倘出於行爲人一個意思決定而開啓一行因果的行爲流程者，即應認係一行爲。
- 2.數行爲說：具有牽連關係之行爲，性質上乃數個行爲，因舊法有第 55 條後段之規定，始能論以牽連犯，但新法既已廢除牽連犯之規定，僅能論以數行爲。
- 3.上開二說，本文比較支持前說之見解。

(二)罪數之判斷：

若認甲乙丙先竊鴿，再恐嚇取財之行爲，僅係成立一個行爲者，對於甲乙丙三爲，即應論以共同恐嚇取財未遂。惟縱將甲等三人先前竊鴿行爲，與之後之恐嚇取財未遂，視同二個個別獨立之行爲者，因前後二罪，均應係個別侵害 ABC 三人同一人之財產法益，即二罪具有法益侵害之同一性，成立與罰的前後行爲關係，因所犯之共同恐嚇取財未遂罪具有較高之不法及罪責內涵，故僅論三人成立共同恐嚇取財未遂即爲已足。

四、丙逃走時不小心跌倒，致觸槍射中 B 手臂輕微擦傷，續中 B 後面 C 的頭部當場死亡。

(一)行爲數之判斷：

丙僅一個不小心跌倒觸槍之動作，自僅成立一個行爲。

(二)罪數之判斷：

丙觸槍射中 B 手臂輕微擦傷所成立之過失傷害罪及打死 C 所成立之過失致死罪，因分別侵害 BC 二人各別的身體、生命法益，故應論以刑法第 55 條的想像競合。

參、結論：

一、甲乙丙三人先竊鴿再勒贖部分，成立共同恐嚇取財未遂罪。

二、丙過失傷害 B 致 C 死部分，單獨依刑法第 55 條論以想像競合，從一重處斷，再與所犯共同恐嚇取財未遂罪，依刑

法第 50 條併合處罰之。

【參考資料】

1.月旦法學教室

第 50 期：P.76～86：強盜？恐嚇取財？強制罪？既遂或未遂？（陳子平）

2.刑法各罪論(上)，林山田著。

四、甲乙陷入熱戀密切交往，且將兩人床第之私攝影製作成光碟留念，之後乙因賭六合彩輸新台幣兩百萬元，組頭丙告訴乙如果當他的情婦，即可免除兩百萬元賭債，乙因而離開甲。甲以將乙的裸照上網流傳，要求乙回頭，乙為取回光碟，與丙商量由乙赴甲住處談判，丙再蒙面闖入，將兩人綑綁，佯裝搜尋財物趁勢取走光碟。當丙闖入將甲乙綑綁完畢，正打算開始搜尋光碟時，適甲的鄰居來敲門，丙只好跳窗離去。

(一)應如何論斷乙丙對甲的行為？（15 分）

(二)甲於事後察覺乙丙的計謀，遂將乙的裸照上網流傳。應如何依刑法論斷甲的罪責？（10 分）

命題意旨	本題主要涉及犯罪之法條：侵入住宅罪、妨害自由罪、違法搜索罪、普通強盜未遂罪、散布猥褻文物罪、公然侮辱罪。
答題關鍵	依照犯罪論證的階層體系，詳細檢驗各罪構成的要件。
高分閱讀	1.司法三等考場特刊 第 5 題：妨礙自由、私行拘束罪要件（相似度 50%） 第 8 題：散布猥褻物品罪要件（相似度 30%） 2.重點整理系列-刑法分則（方律師）（51ML1013） P.3-160～3-167：散布猥褻物品罪（相似度 85%） P.1-79～1-98：妨害自由罪（相似度 85%）

【擬答】

一、丙之刑責

(一)丙闖入甲家，可能成立侵入住宅罪(刑§306 I)：

1.本罪之成立，係以無故侵入他人住宅為要件。

2.客觀上，丙闖入甲家擬行搶，顯違反丙的意願，自屬侵入他人住宅的行為；主觀上，丙有侵入甲之住宅的故意，又無正當理由，以及其他阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)丙將甲捆綁，可能成立妨害自由罪(刑§302 I)：

1.本罪之成立，係以私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由為要件。

2.客觀上，丙將甲捆綁，乃典型剝奪他人行動自由之私行拘捕行為；主觀上，丙有非行拘禁甲之故意，又無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(三)丙將乙捆綁，不成立妨害自由罪(刑§302 I)：

1.客觀上，丙雖有將乙捆綁，剝奪乙個人身體行動自由之行為，但丙之所以綁乙，乃依照乙丙二人之計謀行事，易言之，乙係自願受丙捆綁，阻卻本罪之構成要件該當性。

2.丙捆綁乙，不成立妨害自由罪。

(四)丙正打算開始搜尋光碟，可能成立違法搜索罪(刑§307)

1.本罪之成立，係以不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機為要件。

2.本題中，丙並無適法權源在甲家實施搜尋光碟之搜索他人住宅行為。是若丙果開始搜尋該光碟者，自該當本罪。惟依題示，丙僅正打算開始搜尋光碟，即因甲的鄰居來敲門而只好跳窗離去，顯見丙尚未著手開始搜索甲家之行為，不該當本罪之要件，而不成立本罪。

(五)丙將甲捆綁，正打算開始搜尋光碟，可能成立普通強盜未遂罪(刑§328 IV)

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以意圖為自己或第三人不法之所有，著手以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒，而取他人之物或使其交付行為之實行而不遂為要件。

(2)依題示，丙終未能取得其所要的光碟，自無由該當本罪之既遂。主觀上，丙有以捆綁甲之強暴手段，以取得其光碟之強盜取財故意，以及為乙取得該光碟之支配占有的目的，即具為他人不法所有之意圖；客觀上，強盜罪之性質為雙行為犯，丙將甲捆綁，乃是強暴行為之實施，並已使得甲喪失抗拒之能力，該當本罪構成要件行為之一部分，即便從形式著手理論而言，亦屬著手之強盜行為之實行，而無爭議，僅正打算開始搜尋光碟時，適逢甲的鄰居來敲門而只好跳窗離去，以致未能取得該光碟之占有而已。

2.違法性：丙可主張其取光碟之目的，在防杜甲以將乙的裸照上網流傳，而得主張正當防衛以阻卻違法？

(1)按刑法第 23 條規定，對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。

(2)客觀上，甲以將乙的裸照上網流傳，要求乙回頭，對於乙個人之意思自由，以及名譽而言，乃是現在不法之侵

害；丙若能將乙的裸照光碟自甲支配下取去，自屬能立即中止甲之侵害，終局排除乙法益所受到之威脅的防衛行為。但從前揭刑法第 23 條但書而言，防衛行為過當者，即不能據以阻卻違法。而所謂防衛過當，係指防衛行為逾越社會相當之必要性而言。本題中，丙與乙為取光碟，卻採取強盜之方式，顯逾越必要性之限度，故丙不得主張刑法第 23 條正當防衛以阻卻違法。

3.有責性：丙無阻卻罪責事由，故成立本罪。

#### (六)競合：

1.綜上述，丙先後所後之行爲，分別成立侵入住宅罪、妨害自由罪以及強盜未遂罪。因丙對甲所爲之妨害自由以及強盜未遂，乃是基於同一捆綁甲之行爲事實，且該二罪間具有法益保護之同一性，實現強盜罪之構成要件，通常會伴隨實現妨害自由罪，即二者乃成立法條競合之吸收關係，僅論以甲強盜未遂罪即爲已足。

2.依題示，丙侵入甲家所犯之侵入住宅罪，乃是爲達成丙強盜甲之光碟此一目的所採必需的方法行爲，即丙所犯之侵入住宅罪與所犯之強盜取財未遂間乃具有學理上所謂之方法目的的牽連關係，於舊法時期，乃依舊法第 55 條後段論以牽連犯，惟在新法施行後，應如何論斷，容有疑義。惟本文認爲，基於強盜目的而侵入住宅，在構成要件意義上固係數行爲，但是依照一般社會經驗認知，這是屬於兩個前後密接而且是可以連成一體的因果流程，是一個侵入住宅強盜之意思決定而啟動的因果流程，屬一行爲，故成立想像競合犯。

#### (七)刑罰之減免：

本題中，丙可否主張其係中止犯，得援用刑法第 27 條規定以減輕其刑呢？

1.依刑法第 27 條第一項前段規定「已著手於犯罪行爲之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」是爲中止犯減免其刑之規定。

2.惟中止犯之成立，必須行爲人之所以中止犯行係因自願性之中止，方有成立之可能。本題中，丙之所以中止搜尋甲之光碟，乃因甲的鄰居來敲門此一外界障礙的存在，丙爲免犯行被發現始不得不中止其犯行而離去，顯見丙並非出於自主的動機而中止其犯行。

3.綜上，丙不得主張刑法第 27 條中止犯規定以減輕或免除其刑。

### 二、乙之刑責

#### (一)乙對丙對甲所爲強盜未遂行爲，可能應負共同正犯或教唆、幫助犯之刑責。

##### 1.正犯與共犯之區分：

(1)依刑法第 28 條規定：「二人以上共同實行犯罪之行爲者，皆爲正犯。」第 29 條規定：「教唆他人使之實行犯罪行爲者，爲教唆犯。」第 30 條規定：「幫助他人實行犯罪行爲者，爲幫助犯。」

(2)關於正犯與共犯之區分，學理與實務向有不同之見解：

①依實務所採之「綜合理論」(或稱擇一理論)認爲，只要行爲人所實施之行爲出於自己犯罪意思，或其所實施之行爲爲構成要件行爲，即可認爲正犯；必須行爲人所實施之行爲出於爲他人犯罪意思，且所實施之行爲爲構成要件以外之行爲，始可認爲共犯。

②依通說所採之「犯罪支配理論」認爲，正犯乃指對於整個犯罪過程，具有操縱主宰性之犯罪支配地位之人，而屬整個犯罪事件之核心人物或關鍵人物。反之，共犯則不具犯罪支配地位，是否實行與如何實行構成要件該當行爲，則是他人意思之決定，行爲人在整個犯罪過程中，只是充當配角地位，而僅僅擔任唆使、誘發，或促使、協助犯罪發生之工作。

##### 2.乙爲共同正犯：

(1)從題示「乙爲取回光碟，與丙商量由乙赴甲住處談判，丙再蒙面闖入，將兩人捆綁，佯裝搜尋財物趁勢取走光碟。」若依實務所採之擇一理論，應認乙係以爲自己犯罪之意思而參與丙強盜取財未遂之正犯。若依犯罪支配理論，就丙侵入甲宅，再捆綁而強盜取財未遂之行爲歷程以觀，整起事件乃是乙爲取回甲用以威脅自己之裸照光碟所策劃，至少是與丙共同謀議而成，並且乙也依照二人所定之計畫行事，佯赴甲住處與甲談判，其用意雖不明，或意在鬆懈甲之注意，或係脫罪之舉，總之乙亦有依二人之犯罪計畫，從事有助於丙犯罪既遂之舉動，故乙在丙強盜甲未遂之犯罪歷程中，其所扮演之角色，乃是與丙基於共同犯罪之意思，經由二人之分工合作，功能上之互補，以共同實現二人企求之犯罪目的之支配地位，學理上謂之「功能支配」，從而，乙亦爲正犯。

(2)再依題示，乙既與丙共同擬定強盜丙之光碟之犯罪計畫，顯見乙與丙間乃有共同爲強盜行爲之意思決定(犯意聯絡)，並有依計畫而爲其所應履行的部分行爲，故亦有參與分擔實行犯罪之行爲(行爲分擔)故該當強盜罪共同正犯之要件。

3.違法性：縱乙參與丙對甲之強盜取財未遂行爲，乃爲取回甲用以威脅其之裸照光碟，以保護自己之名譽及意思自由免受甲之侵害，但其所採之捆綁甲再強盜取財的方式，顯逾社會相當之必要性，自不得主張刑法第 23 條正當防衛以阻卻違法。

4.有責性：乙無阻卻罪責事由。

5.綜上，乙應與丙成立強盜取財未遂罪之共同正犯。

#### (二)結論：乙成立強盜取財未遂罪之共同正犯，但其情可憫，應得依刑法第 57 條裁量減輕其刑。

### 三、甲之刑責：

#### (一)甲將乙之裸照上網流傳，丁可能成立刑法第 235 條第 1 項之散布猥褻文物罪。

##### 1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞爲要件。



(2)客觀上，乙之裸照，否是否猥褻物品，容有爭議，依多數說，乃認係客觀上足以引發或挑逗人之性欲，而有傷及一般人性的道德感情的猥褻文物，而甲將乙之裸照被上網流通，乃屬散布猥褻文物之行爲。主觀上，甲將散布乙之裸照之故意。

2.小結：甲無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)甲將乙之裸照上網流傳，可能成立刑法第 309 條第 1 項之公然侮辱罪：

1.不法構成要件該當性：

(1)本罪之成立，係以公然侮辱人爲要件。所謂「侮辱」，乃以抽象之言語或舉動，對他人爲輕蔑表示之行爲。侮辱行爲之內涵，須具有足使他人精神上、心理上感受到難堪或不快之虞者，即須具有侵害他人感情名譽之一般危險者，始足當之。所謂「公然」，乃不特定人或多數人得以共見其聞之狀態，惟不以實際上果已共見共聞爲必要。

(2)惟將他人裸照上網，是否該當侮辱，學理上有爭議：

①甲說：縱使是甲將乙的裸照上網，是要藉著一般人對於裸體的偏見製造乙女的難堪，雖對乙女的人格權會造成騷擾或侵害，但即便將甲所爲將乙的裸照上網解讀爲甲是要告訴大家，乙女接受拍裸照，是一個「壞女人」。惟就刑法上之公然侮辱罪而言，只有當一個人被定位成傷害他人的人，其人格才足以被貶損。被拍裸照，主體人格並不會因此被貶損。職是，甲之行爲並非侮辱，不構成公然侮辱罪。

②乙說：凡對於他人爲有害於感情名譽之輕蔑表示，其手段方式無論是用言詞或是舉動，只要足以使被害人在精神上、心理上感受到難堪或不快即爲侮辱。申言之，只要能使他人在社會上、倫理上或道德上的價值，受到侵害或貶損，便是侮辱行爲。至於侮辱行爲是否使受害人名譽受損，並非以受害人主觀感覺爲斷，而必須在理智的第三人眼中，該受害人在社會上之人格尊嚴受到損害。甲將乙的裸照上網流傳，供人上網瀏覽，依吾人之經驗認知，凡識與不識者，倘發現該網路上有乙女裸照流傳者，即可能競相走告，引發議論，客觀上應足以使乙女之名譽，在理智的第三人眼中遭到貶損，故甲將乙女裸照上網係屬「侮辱」。

③上開二說，本文採乙說。即認甲將乙女裸照上網，該當侮辱之要件。

(3)本題中，甲將乙裸照上網流傳，因現今的網路無遠弗屆，只要電腦處於連線狀態，任何不特定人皆可連上甲所上傳的網站上，瀏覽其上傳之乙的照片，沒有任何時間或地點的限制。甲將乙之裸照上網，顯係多數人皆可共見共聞之狀態，該當「公然」的要件。

(4)主觀上，甲將乙女裸照上網時，具有對乙爲公然侮辱的意思。

2.小結：甲無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(三)競合：

綜上述，甲將乙裸照上網流傳，成立散布猥褻文物罪以及公然侮辱罪，但因甲所犯二罪係出於同一個將裸照上網的行爲，故應依刑法第 55 條規定，論以想像競合，從一重處斷。

## 【參考資料】

1.月旦法學雜誌

第 145 期：P.80～95：刑法第 235 條散佈猥褻物品罪及相關判決評釋（林志潔）

# 《刑法》

一、甲以殺乙意思，用手槍向乙扣板機；但是正巧也遇乙為了屢次伺機殺甲，而以手槍向甲發射。此時，若甲未向乙扣板機，可能他自己已被殺害身亡。就客觀情勢而言，甲之行為無異是針對乙之現在不法的侵害所為之自行防衛。

試問：

(一)分別就客觀主義刑法理論與主觀主義刑法理論，申論甲是否成立正當防衛而阻卻違法？(15 分)

(二)所謂「防衛之意思」，其意涵如何？是否包括出於防衛之目的？(10 分)

命題意旨	本題以「偶然防衛」為例，涉及判斷正當防衛時需否包括主觀上「防衛意思」之要件，以及防衛意思之學說爭議。
答題關鍵	本題爭點簡單清楚，考生只需針對題目所問答題即可，無須耗費過多時間在犯罪審查體系的書寫上。另外，客觀主義刑法理論相關學說，雖然在國內尚屬少數見解，然近年卻日趨重要，尤其如客觀未遂理論與不能犯之問題等。為避免對客觀主義刑法理論之誤讀，請考生自行閱讀如李茂生教授或陳子平教授之著作。
高分閱讀	方律師，刑法總則，2-150, 2-166~167

## 【擬答】

(一)關於違法性之性質，學說上向來有兩種看法，一說是著重客觀上法益侵害性之客觀主義刑法理論（又有稱為結果無價值論）；另一說主觀主義刑法理論認為，除客觀上的法益侵害之外，違法之認定不能脫離人的意思，需綜合客觀法益侵害及主觀上的意思始能確切評價行為之違法性（又稱為行為無價值論；在此所謂行為無價值論，或主觀主義刑法理論，都是指折衷說而言。目前幾已無採取純粹行為無價值論或主觀說之論者）。

從上述兩大流派出發，就行為人之主觀意思是否介入違法性的判斷，客觀主義刑法理論即認為，僅需從客觀上是否造成法益侵害來判斷違法與否，行為人之意思，無論是故意或過失都是有責任的問題，是以阻卻違法事由只需考慮客觀上要素，而無主觀阻卻違法要素之問題（物的不法論）。而相對地，主觀主義刑法理論則認為，除故意過失應為構成要件要素之外，違法之判斷，必須考慮到行為人是否具有主觀阻卻違法事由存在，始能阻卻違法，例如正當防衛需具有「防衛意思」，緊急避難需具有「避難意思」等（人的不法論），此乃目前學界通說。

本題甲若依前述客觀主義刑法理論而言，雖然甲開槍射殺乙，侵害乙之生命法益，然此舉同時也挽救了自己之性命，因此屬對現在不法侵害之防衛行為。雖然甲主觀上有殺乙之意思，且並未認知到防衛情狀，亦未基於該情狀而為防衛行為之意思，然此並不在違法性判斷之內，甲之行為得成立正當防衛而阻卻違法（防衛意思不要說）。反之，若依通說，由於防衛意思為阻卻違法事由之一部分，甲由於欠缺防衛之意思，因此縱使客觀上符合防衛情狀及防衛行為之要求，仍不得阻卻違法，故甲成立刑法第二七一條之殺人既遂罪。

(二)依前所述，主觀主義刑法理論所謂之「防衛意思」，學說進一步分成兩種說法：一是防衛意圖說（防衛目的說），另一是防衛故意說（防衛認識說）。前者認為防衛意思是指防衛者認識到符合正當防衛客觀要件之事實，且需基於保護自己或他人之法益為目的，而為防衛之意思，亦即需以防衛目的為必要。後者則認為，若嚴格要求防衛目的，則正當防衛成立範圍不免過於狹窄，且是否出於善良動機或正義感一事，根本不在判斷違法與否的範疇內。

目前通說採取防衛故意說之看法，亦即不包括防衛之目的，僅需行為人認知到防衛之事實即可。

二、甲身為某公司老闆，一向把多年行賄公務員之帳簿放在公司的保險櫃裡。某日上午，甲正要從家裡出發到公司時，接獲調查局將搜索該公司之訊息，立即打電話通知秘書乙將保險櫃裡的帳簿銷毀，該秘書獲知後卻將該帳簿放入微波爐內微波，以為微波就可以加以銷毀。不久，調查局人員到達公司進行搜索時，發現該帳簿在微波爐裡依然完好無缺。事實上，在此之前，調查人員原是為了搜查該公司逃漏稅情事，而行賄之事實尚未被發現。試問甲、乙的行為應如何處斷？（甲之行賄罪部分，不予論述）(25 分)

命題意旨	本題涉及刑總共犯從屬性理論及刑分國家法益湮滅證據罪之相關爭議，如「教唆他人湮滅自己之犯罪證據」應如何處理以及「他人刑事被告案件之證據」應如何解釋等。
答題關鍵	題目看似跟不能未遂有關，然而本題涉及之罪名根本沒處罰未遂行為，如未發覺可謂一步錯，步步錯。可再度印證背誦未遂犯處罰條文之重要性。
高分閱讀	蔡律師，刑法分則，p.801~806 方律師，刑法分則，p.4-124~4-127

【擬答】

(一)乙的刑責：

1.乙將帳簿放入微波爐裡微波之行爲，是否構成刑法第三五二條之毀損文書罪？

客觀上該帳簿屬甲所有之文書，秘書乙對該帳簿並無處分權，行爲客體屬「他人文書」無疑。然乙雖取得甲之同意並基於銷毀之意思，著手進行毀損行爲，然客觀上該文書卻依然完好無缺。因此本題乙之行爲既然未達毀棄損壞之程度，則客觀構成要件即不該當。故乙不成立本罪。

2.乙將帳簿放入微波爐裡微波之行爲，是否構成刑法第一六五條之湮滅證據罪？

所謂湮滅證據，係指湮沒毀滅刑事證據，而根本使該證據消失或使證據完全喪失其證據力而言。客觀上，乙要銷毀的帳簿是關係到甲行賄公務員的犯罪證據，固無疑問，然爭點在於所謂「關係他人之刑事被告案件之證據」應如何解釋？首先，一般認為，本罪之證據需限以關於「他人」刑事案件之證據，若銷毀自己犯罪之證據，自非本罪之行爲客體；然若涉及湮滅共同正犯或共犯之證據，究屬關係他人抑或關係自己，即有疑問。

實務見解認為除非涉及其本人犯罪之證據，否則若與其他共犯有關，亦難成立本罪（25 年上字 4435 號判例參照）。有學說亦從期待可能性的觀點認為湮滅共同正犯或共犯之犯罪證據雖同時涉及其他人，然終究與自己會否被訴不法有關，故仍不成立本罪。另有學說從該證據是否與行爲人有害關係來區分，若僅關係他人，而與自己無利害關係者，即該當於本罪之行爲客體。本題乙是否與甲共同參與行賄行爲，題意既未言明，應作否定之解釋。則乙所要銷毀之帳簿該當於「他人證據」之要件。

另外，本題甲行賄之事實尚未發現，則未進入司法偵查程序之案件證據可否成爲本罪之行爲客體，即有爭議。早期實務見解認為，本罪條文既曰「刑事被告之案件」，則需限於「司法程序業已開始進行之案件」之證據（51 年台上字第 1622 號判決參照）。然通說認為若採此說，則顯與「確保刑事證據真實性」之意旨不符，是以應解爲「實質上已經發生之刑事案件」即可，是否開始偵查程序均非所問。近期實務見解似有改採後說之傾向（法務部檢查司 80 年檢二字 0401 號函參照）。

然而，本題不論採取何種說法，由於本罪需使該證據消失或使證據完全喪失其證據力之程度，乙雖著手湮滅，卻未竟全功，故客觀要件不該當。乙不成立本罪。

3.小結：乙無罪。

(二)甲的刑責：

1.甲通知乙銷毀帳簿之行爲，可能構成刑法第一六五條及第二九條湮滅證據之教唆犯？

學說上對「教唆他人湮滅關於自己犯罪之證據」多有討論，並認為犯罪行爲人無論是自己親手湮滅或教唆他人湮滅自己之罪證，皆難認其具有期待可能性，自不應處罰。然而，本題由於湮滅證據罪不處罰未遂行爲，被教唆人乙雖著手於湮滅行爲，然既未達刑事不法之程度，依照共犯從屬性理論，甲本即不成立本罪之教唆犯，無待利用「欠缺期待可能性」之概念以解其刑責。

甲不成立本罪之教唆犯。

2.甲通知乙銷毀帳簿之行爲，可能構成刑法第三五二條及第二九條毀棄文書罪之教唆犯？

如前所述，由於本罪不處罰未遂行爲，被教唆人乙雖著手於毀損行爲，然既未達刑事不法之程度，依照共犯從屬性理論，甲即不成立本罪之教唆犯。

甲不成立本罪之教唆犯。

3.小結：甲無罪。

(三)結論

甲、乙皆無罪。

三、甲搭火車越站必須補票，卻因補票金額與火車列車長發生爭執，乃懷恨在心，遂想以破壞火車軌道，使得火車出軌造成鐵路局嚴重損失的方式，來報復洩恨。於計畫準備妥當後，開始其破壞軌道之行動，將軌道枕木與鐵軌固定扣環完全撬開，其破壞範圍前後三十公尺。此舉之後，雖有數班列車經過，僅發生激烈震動，並未翻覆，經列車駕駛通報，隨即被發現修復。甲心有不甘，於是又故計重施，再次撬開扣環，並以大鐵鎚將鐵軌敲離約二公分。嗣後正好有一列自強號列車將行經該處，列車駕駛發現前方軌道有異，乃緊急煞車，但為時已晚，列車有二節脫離軌道翻覆，並造成乘客三死七重傷之慘劇。試問甲所為行爲之刑責為何？（25 分）

命題意旨	本題搭配熱門時事搞軌案做成考題，涉及刑法公共危險罪第 183、184 兩條文間之關係，客體不確定之故意個數計算以及行爲數認定等問題。
答題關鍵	本題爭點明確，分成兩行爲階段依序作答即可。唯刑法第 184 條第二項爲同條第一項犯罪之加重結果犯，作答時應注意。
高分閱讀	方律師，刑法總則，p.2-52、p.3-27~28 方律師，刑法分則，p.3-19~p.3-24 蔡律師余律師合著，刑法分則，p.457~463

【擬答】

(一)甲第一次破壞軌道之行爲：

1.可能構成刑法第一八四條第一項之妨害交通工具往來安全既遂罪。

本罪客觀上以損壞軌道致生火車往來之危險爲要件，實務及通說認爲係屬具體危險犯，以有發生危險爲已足，不以現實發生災害爲必要（63 年台上 687 號判例參照），至於若現實上因而致使交通工具翻覆或破壞者，屬同條第二項加重結果犯之問題。本題甲將枕木及鐵軌固定扣環鬆開長達三十公尺，應該當於損壞軌道之行爲；另從題目言及「列車經過發生激烈震動」之意旨，可認定甲之行爲雖未使列車翻覆，卻已達致生往來危險之程度。故客觀構成要件該當。

主觀上甲亦對軌道之破壞及其應可致生之危險程度有認知且有意使其發生，故甲主觀構成要件該當。

甲違法且有責，故甲成立本罪。

2.可能構成刑法第一八三條第四項之傾覆破壞交通工具未遂罪。

依題意，甲不但對破壞軌道致生往來危險有所認知，甚至更進一步具有欲以破壞軌道致使火車出軌之意思，則除檢討刑法第一八四條之外，尚有檢討同法第一八三條之必要。本罪係以「傾覆」或「破壞」火車爲要件，因此需使火車傾倒、翻覆或損壞火車之正常機能而有害公共安全之程度，始足當之。

主觀上，甲想破壞火車軌道使火車出軌，可否該當於傾覆火車之故意？雖然火車高速行駛中，出軌與翻覆往往伴隨發生，但兩者依舊在概念上有所不同，若僅脫軌但未傾倒，所形成之公共危險程度亦有別。因此本題甲欠缺傾覆火車之故意，故不成立本罪。

(二)甲第二次破壞軌道之行爲：

1.可能構成刑法第一八四條第二項妨害交通工具往來安全罪之加重結果犯。

客觀上，甲再次將扣環撬開並將鐵軌敲離，不但致生往來之具體危險，且於現實上亦造成火車傾覆之加重結果。主觀上，甲除對破壞軌道及致生往來危險有認知及意欲外，對於火車傾覆之加重結果亦應具有預見可能性。

甲違法且有責，甲成立本罪。

2.可能構成刑法第一八三條第一項之傾覆破壞交通工具既遂罪。

客觀上，甲二度將軌道破壞之行爲，使列車出軌並翻覆，已該當於本罪傾覆火車之要件。唯需檢討者爲：甲是否具備傾覆火車之故意？若依前（一）2. 所述，則甲欠缺傾覆火車之故意；然而若從甲第二次破壞軌道時，不但撬開扣環，並將鐵軌敲離兩公分之行爲以觀，似難認定甲無對火車翻覆之認知；亦即，甲至少具備有未必故意之程度。甲構成要件該當。

甲違法且有責，成立本罪。

3.可能構成三個刑法第二七一條第一項之殺人既遂罪。

客觀上，甲破壞軌道之行爲造成三名乘客死亡之結果，分別該當於三個殺人罪之客觀構成要件，固無疑問，然甲主觀上是否具備以及具備幾個殺人故意，即成爲問題。首先，甲雖然不以殺害他人生命爲目的，然而其既已知往來火車有人乘坐，且認知到後續火車很有可能出軌翻覆，則一旦翻覆，車內乘客非死即傷，則應可認定甲破壞鐵軌時，具有對後續傷亡的未必故意。

再者，就故意之個數而言，此乃學說所稱之客體不確定故意（又稱累積故意或概括故意）類型，由於主觀上僅能確認結果會發生，但發生客體及數量卻無法特定，因此學說上一般認爲，必須透過客觀上實際的死亡人數來輔助認定主觀上故意之個數。本題客觀上造成三人死亡，則甲即具有三個殺人之故意。

甲違法且有責，故甲成立三個殺人既遂罪。

附帶一提，對於此類不確定故意在事實上未遂之部分，是否需論以未遂犯，學說有認爲因爲未遂犯數量無法確定，論以未遂犯在技術上有困難，僅能透過公共危險罪來處理，因此本題第一階段行爲不另行檢討殺人或傷害未遂等罪，原因在此。

4.可能構成七個刑法第二七八條第一項之重傷既遂罪。

客觀上，甲破壞軌道之行爲造成七名乘客重傷之結果，分別該當於七個重傷罪之客觀構成要件。主觀上，如同前述，對重傷應有未必故意，且其個數應依客觀上實際的重傷人數來決定，故甲具有七個重傷之故意。

甲違法且有責，甲成立七個重傷既遂罪。

(三)競合與結論

1.行爲數認定

甲前後兩次破壞鐵軌之行爲，是否屬行爲單數？依目前實務及有力學說之見解，除非犯罪構成要件本身即已容納數犯意之行爲（如結合犯），否則應以決意數論斷行爲數，若行爲後另行起意爲相同類型之行爲仍應論以數行爲。因此本題甲於前次破壞軌道被修復後，心有不甘故計重施而再次破壞鐵軌之行爲，應論以行爲複數。

2.罪數認定

就第二次破壞之行爲，妨害交通工具往來安全罪之加重結果犯與傾覆破壞交通工具既遂罪，兩罪應論以法條單一，僅成立傾覆破壞交通工具既遂罪；另外，其與殺人及重傷罪之罪數認定而言，雖有學說認爲，在涉及侵犯一身專屬性法益之犯罪時，自然之行爲單數之概念僅能存在於同一法益持有者上，若侵犯數個被害客體，應例外地論以行爲複數，如先後開槍將兩人殺害斃命之例。然而本題甲既然基於單一之行爲決意，雖有多數因果流程存在，仍應論以一行爲，故一行爲侵害數法益，應論以想像競合。

另與前階段行爲之妨害交通工具往來安全既遂罪，數罪併罰之。



四、甲、乙、丙三人計畫在路上恐嚇行人取得財物，某日夜晚，三人約定在某道路準備行動，當甲、乙二人依約定時間到達約定場所後，卻不見丙到來，正不知所措之際，有裝扮入時手提皮包之丁行經該地，甲、乙二人見機不可失，乃趨前出言恐嚇「將錢交出來！否則打死你！」丁見狀迅速逃離現場，甲、乙二人在後追趕，見丁年輕力盛，二人乃經合議後，拾起路上一根木棒，從後毆打丁頭部，導致丁血流滿面臥倒在地。此時，丙到達現場，在了解當時狀況後，從丁身上搜括首飾財物。三人誤認為丁已經死亡，於是合力將丁搬移至附近山林後，一起逃離現場。試問：

(一)若丁傷重不治死亡，則甲、乙、丙之行為應如何處斷？(12分)

(二)若丁被人發現，送醫急救，僥倖未死，則甲、乙、丙之行為應如何處斷？(13分)

命題意旨	典型的多數行為人參與財產暴力犯罪之問題，為年年必考之類型。
答題關鍵	本題爭點繁雜，不但有考生最頭痛的多數行為人參與之型態，且還分成兩種事實假設，可知需檢討的犯罪數量極多，時間的掌握能力非常重要，把握「大題小作」之精神，簡單扼要交待爭點即可。刑總部分需交待到共謀共同正犯、承繼共同正犯之概念、共同正犯之責任範圍；刑分部分需提到恐嚇取財變更犯意為強盜、殺人後取財、強盜結合犯、遺棄罪、遺棄屍體罪等。
高分閱讀	劉政大，刑法講義第四回，p.25、p.31 方律師，刑法總則，p.2-314~p.320 方律師，刑法分則，p.2-64~p.2-67 蔡律師、余律師，刑法分則，p.649

# 【擬答】

(一)若丁傷重死亡之情形

1.就甲、乙出言恐嚇丁之部分：

(1)甲、乙可能成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

主觀上，甲、乙兩人原訂要和丙一起恐嚇取財，唯丙臨時未到場，甲、乙兩人遂先行共同決意對丁恐嚇以取財，且客觀上甲、乙出言恐嚇雖未取財成功，然其行為已達令被害人心生畏懼之程度，該當於恐嚇行為之著手。既無其他阻卻違法或阻卻責任之事由，甲、乙各自成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

(2)丙可否成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯？

爭點在於丙雖當時未到場，但是否仍須要為甲、乙之行為來共同負責？所應考量者為丙是否就該恐嚇之行為主觀上具有共同行為決意，而客觀上有共同行為之分擔。

或有論者認為，丙雖未到場，但其與甲、乙事前計畫恐嚇之行為即可成立共謀共同正犯。然而，通說認為共謀共同正犯成立之前提，需該謀議之內容於犯罪過程中的貢獻具有犯罪之支配力。若僅僅因為行為人彼此之間事前存有一共同之犯罪意思，即將未具心理因果力或物理因果力之謀議者論斷為共謀共同正犯，未免過於浮濫。且修法後將共同正犯限縮為「共同實行」，更可說明「在陰謀或預備階段互有謀議但對犯罪未提供助力者，不應成立共謀共同正犯」之理。本題丙由於未提供甲、乙實際犯罪時之助力，故丙不成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

2.就甲、乙拿木棒毆打丁之部分：

(1)甲、乙可能成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人既遂罪之共同正犯。

客觀上毆打行為造成丁傷重不治死亡，具有因果關係及客觀歸責，不論毆打行為由誰親手所為，甲、乙之間下手時都應具有欲致人於死地之共同行為決意，客觀上亦有共同行為之實施。既無其他阻卻違法事由及阻卻責任事由，甲、乙皆成立殺人既遂罪之共同正犯。

(2)甲、乙可能成立刑法第三二八條第四項及第二十八條之強盜未遂罪之共同正犯。

主觀上甲、乙於恐嚇不成後將犯意從惡害通知變更為實施強暴手段，唯共同取財之意思則一貫。而客觀上毆打丁之強暴行為亦已著手。既無其他阻卻違法事由及阻卻責任事由，甲、乙皆成立強盜未遂罪之共同正犯。

(3)丙可否成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人既遂罪之共同正犯？

如前所述，丙由於根本不具對殺人之共同行為決意，亦未對犯罪有任何助力可言，故丙不成立殺人既遂罪之共同正犯。

3.就丙從丁身上搜刮財物之部分：

(1)丙可能成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

丙客觀上未經丁之同意而搜刮財物，主觀上有取財之認知及意欲，然而丙卻於甲、乙強制行為完成後始加入進行取財，則丙究竟應論以竊盜抑或強盜，即成為問題。學說上認為若行為人於其他行為人犯罪著手後始加入共同實施犯罪者，應論以「承繼之共同正犯」(或相續之共同正犯)，而多數學說認為承繼之共同正犯既然認識先行行為並利用既成事實來達成犯罪，則除後行為外，應連同介入前之行為一併負責。則本題丙應論以強盜罪之承繼共同正犯。

另有少數說雖認為承繼共同正犯僅需就加入後之行為來負責，但其另行將強盜罪之構成要件解釋為「強制狀態下之取財行為」，則丙本身在丁倒臥在地的狀態下搜刮財物，本即可該當於強盜罪之要件。總之，無論採何說，丙既已瞭解現場狀況後加入甲、乙之行列而取財，成立強盜既遂罪之共同正犯。

附帶一提，依實務見解，無論取財時丁是否已經死亡，並不會有剝奪死人持有僅論以侵佔脫離物或竊盜罪之問題，皆論以強盜罪。

(2)甲、乙可能成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

如前所述，雖然取財行為委由丙進行，然甲乙丙三人皆具共同行為之決意。故甲、乙二人亦成立強盜既遂罪之共同正犯。

(3)甲、乙可能成立刑法第三三二條第一項及第二十八條之強盜殺人罪之共同正犯。

需注意的是，由於甲、乙除強盜罪外，對殺人之部分亦需負責，故尚需討論強盜殺人罪之適用。依實務見解，除「先殺人後生取財之意而取財」不成立強盜殺人罪之外，其他無論取財後殺人或殺人後取財，只要發生在同一盜所，皆可成立強盜殺人罪。甲、乙基於取財之意而下手殺人並進而取財成功，應論以強盜殺人罪。

4.就甲、乙、丙合力將丁搬移至山林之部分：

(1)甲、乙、丙可否成立刑法第二九四條及第二八條遺棄罪之共同正犯？

客觀上丁被甲、乙毆打，血流滿面，陷於無自救能力，而竟被棄置於山林中，該當於遺棄之要件，然由於三人誤認丁已死亡，故欠缺遺棄之故意。故甲乙丙皆不成立遺棄罪。

(2)甲、乙、丙三人可能成立刑法第二四七條第三項及第二八條之遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

依實務見解，若殺人後棄而不顧，並不能以本罪相繩，需積極將屍體遺棄他處始能成立(24年上字1519號判例參照)。本題主觀上，三人皆誤認丁已死亡，而將屍體棄置山林，該當於遺棄屍體之故意。雖客觀上丁當時並未屬「屍體」，然此類對客體的誤認並未出於重大無知，故非不能未遂，而屬普通未遂之情形。故甲乙丙成立遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

5.競合與結論

(1)甲之刑責：甲恐嚇未遂後變更犯意為強盜，通說認為兩罪屬不罰前行為或法條競合，僅需就強盜部分評價即可。另就殺人及強盜之部分，僅需論以強盜殺人罪即可。強盜殺人罪與遺棄屍體未遂罪屬數行為，早期實務採牽連犯之態度，唯目前牽連犯已廢除，故應論以數罪併罰。

(2)乙之刑責：與甲同。強盜殺人罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

(3)丙之刑責：強盜既遂罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

(二)若丁未死之情形

1.就甲、乙出言恐嚇丁之部分：與前述相同，僅甲、乙成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

2.就甲乙拿木棒毆打丁之部分：

(1)甲、乙成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人未遂罪之共同正犯。

主觀上甲、乙具有殺人之共同決意；客觀上由於丁未死亡，故不能論以殺人既遂，但既已著手，則應可論以殺人未遂罪之共同正犯。

(2)甲、乙成立刑法第三二八條第四項及第二十八條之強盜未遂罪之共同正犯。

理由同前述。

3.就丙從丁身上搜刮財物之部分：

(1)甲、乙丙成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

理由同前述。

(2)甲、乙可否成立刑法第三三二條第一項及第二十八條之強盜殺人罪之共同正犯？

實務及通說認為，刑法第三三二條第一項所謂「犯強盜罪而故意殺人」，需限於殺人既遂之情形，始得與強盜各罪相結合。而本題丁並未死亡，故甲乙並不能論以強盜殺人罪。

4.就甲、乙、丙合力將丁搬移至山林之部分：

同前所述，甲、乙、丙成立刑法第二四七條第三項及第二八條之遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

5.競合與結論

(1)甲之刑責：甲恐嚇未遂後變更犯意為強盜，通說認為兩罪屬不罰前行為或法條競合，僅需就強盜部分評價即可。另就殺人未遂及強盜，既屬部分合致的一行為，故論以想像競合。另再與遺棄屍體未遂罪數罪併罰之。

(2)乙之刑責：與甲同。

(3)丙之刑責：強盜既遂罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

# 《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。





# 《刑法》

一、甲、乙二人於某日傍晚分別攜其飼犬於社區道路上散步時，不期而遇，兩犬發生激烈打鬥，甲為免其飼犬被咬傷，乃以其手持拐杖猛擊乙犬之頭部，致乙犬當場被格斃。嗣後，乙因屢向甲求償未果，遂花費鉅資僱請丙將甲殺害，以平心中之憤。某日，丙見甲自遠處蹣跚而來，乃躲於街角暗處舉槍瞄準，俟甲走進射程內，即開槍射殺，子彈貫穿甲之脖子後，復打中騎自行車路過丁之腹部。甲及丁經他人報警延醫救治，甲倖而未死，丁則傷重斃命。試問甲、乙丙三人之刑事責任各如何？（二十五分）

命題意旨	本題為刑總重要概念的複合式考題，包括「正當防衛」、「緊急避難」要件的檢討，「打擊錯誤」、「共同正犯的錯誤」等基本爭點。
答題關鍵	犯罪審查體系應清楚明確，同時需避免空洞套用「名詞」卻無實質論述的毛病。只要能按部就班地掌握：動物攻擊非屬侵害行為、避難過當的判斷原則、意外誤中客體成立故意還是過失犯罪等爭點，應可獲得不錯的分數。
參考資料	林山田，刑法通論，頁 270 以下
高分閱讀	1.司法三等考場寶典，P3-4：題目 5（相似度 40%） 2.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師（L234） P.2-361～365：教唆犯之刑事責任與錯誤（相似度 80%） P.2-80～81：打擊錯誤（相似度 60%） 3.高點法學錦囊系列《刑法--總則篇》，蔡律師、余律師（L207） P180～181：打擊錯誤（相似度 60%） P.322～326：教唆犯之錯誤（相似度 60%） 4.高點法學錦囊系列《刑法-分則篇》，蔡律師、余律師（L208），P306～309：毀損器物罪（相似度 40%） 5.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA005），88 年司法官第 2 題（相似度 80%） 6.高點法研所歷屆試題詳解（M502），P.2-3-1：輔大 93 年刑法（相似度 60%）；P.2-3-14：輔大 92 年刑法（相似度 40%）

## 【擬答】

### (一)甲的部分

甲持拐杖猛擊乙犬之頭的行為，可能構成刑法第三五四條之毀損罪。

客觀上甲持拐杖猛擊乙犬，而導致乙犬當場死亡，已該當於毀損他人之物的構成要件，主觀上甲亦應有認知此舉將使得乙犬死亡並有意欲使其發生，具有故意。然而爭點在於甲出於防免自己飼犬受傷而攻擊乙犬，可否阻卻違法？可茲考慮者，有正當防衛及緊急避難兩種可能。

首先，就正當防衛而言，需客觀上符合現在不法侵害的防衛情狀以及相對應的適當且必要的防衛行為，主觀上並須具有防衛意識，始可阻卻違法。然而本題乙犬對甲犬之打鬥攻擊，可否該當於現在不法之「侵害」？通說認為，動物之攻擊，除非是遭人利用操縱作為攻擊他人之方法或工具，否則並不能該當於正當防衛所謂的「侵害」。而依題意乙並無特意利用該犬作為攻擊工具的情事，故乙犬對甲犬所做的攻擊動作，並不能該當於現在不法之「侵害」。因此甲不得依刑法第二三條之規定，主張其毀損行為得阻卻違法。

其次，就緊急避難而言，客觀上不限於人為的侵害，只要會對法益造成侵害或危險，皆屬「危難」，因此即便是動物的攻擊也符合避免「危難」的前提。然而緊急避難的核心問題在於利益權衡的判斷準則。通說認為，避難行為需符合適當性、必要性及衡平性的要求，始可阻卻違法。本題甲雖順利避免自己之物受到侵害，然而其所使用的避難行為（毀損他人之物）是否出於不得已？是否屬最小最溫和？皆有疑問。此外，不論該危難是否屬被避難者（乙）所招致，亦即，不論本題情形是所謂「攻擊型緊急避難」或「防衛型緊急避難」，



就衡平性的考量而言，至少都必須要求「所保全的利益」應超過「所犧牲的利益」，而就此，保全甲犬與犧牲乙犬之間，並不能符合緊急避難之衡平性的檢驗。故甲不得依緊急避難之規定阻卻違法。然而，由於其依舊避免了法益的侵害，只不過使用了不平衡的手段（避難過當），故應可適用刑法二四條一項但書減免其罪責。

結論：甲成立毀損罪，但可減免其罪責。

## (二)乙丙的部分

### 1.丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪。

主觀上當丙瞄準甲而欲開槍之時，應有認知到此舉將造成他人生命的喪失，並有意欲使其發生，故具有殺人之故意。客觀上，甲果真扣下扳機擊發子彈，無論採何種未遂理論，皆已到達著手階段。丙違法且有責。故丙成立本罪。

### 2.丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第一項之殺人既遂罪。

客觀上，丙開槍後，子彈除射中甲之外，還打中丁之腹部，並導致丁送醫不治死亡。然而主觀上丙開槍之時，並無認知到子彈會貫穿並射中路過的丁，換言之，對於被害客體丁之死亡，丙並無故意。故丙不成立殺人既遂罪。

### 3.丙開槍的行為，可能構成刑法第二七六條第一項之過失致死罪。

丙瞄準甲開槍後子彈貫穿甲之身體而誤中路過之丁，雖其情形與學說所謂的「打擊錯誤」略有不同，就想像的客體並未發生偏離，而是又連帶牽連到其他客體，但就誤中的客體是否成立犯罪，討論的問題並無不同。由於丙在開槍之際已將被害客體特定化，故就其他誤中的客體，並不具備故意而僅能退而求其次討論是否成立過失犯罪。本題丙誤中丁應具有預見可能性，應成立過失致死罪。

### 4.乙僱請丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第二項及第二八條殺人未遂罪之共同正犯。

乙客觀上花錢指使丙殺人，其與丙謀議將甲殺害的行為，依犯罪支配理論，只要具備對法益侵害的功能性的支配關係，縱使並未親自實行或到場參與分擔，依舊得論以正犯；或依實務（釋字 109 號解釋）所採之「共同意思主體說」，雖無到場參與實施犯罪，但只要事前謀議而形成共同犯罪之意思，亦可成立正犯。此種情形即一般所謂「共謀共同正犯」。然而由於共同正犯具有「一部行為全部責任」的特性，乙究竟成立殺人既遂或未遂，需以丙之行為為斷。依前述可知，乙僅成立殺人未遂罪之共同正犯。

### 5.乙僱請丙開槍的行為，可能構成刑法第二七六條第一項之過失致死罪。

就子彈誤中路過之丁，而導致丁死亡的部分，由於該被害客體的死亡並非出於事前謀議，或者根本超出謀議的範圍，亦即，乙對於會有無辜路人遭到誤中一事，並無認知，更無意欲使其發生，故不成立故意犯，併先說明。另外，通說實務認為共同正犯必須數人間有共同之行為決意，過失行為並無成立共同行為決意的可能性，因此僅能討論成立過失之同時犯。因此乙是否成立過失致死罪，必須單獨就乙是否具有預見可能性來判斷是否成罪。依題意，既然當初謀議殺害的計畫是安排在公共街道上實施，那麼應該有可能會發生誤中到其他路人的意外。故乙應具有過失，成立過失致死罪。

### 6.競合

就丙的部分，殺人未遂罪與過失致死罪，屬一行為侵害數法益，論以想像競合從一重處斷。就乙的部分，殺人未遂罪與過失致死罪，亦屬一行為侵害數法益，論以想像競合。

## 二、試就我國刑法上有關「緩刑」的相關規定及其學理，詳附理由申述下列所問：（二十五分）

（一）刑法第七十四條規定：「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有左列情形之一，認為以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑……」上述所謂「以暫不執行為適當者」，其涵義究竟為何？在刑法解釋方法上應如何闡明？

（二）設甲前因犯竊盜罪經法院判處有期徒刑一年，緩刑三年。在緩刑期間內，又與十七歲已婚婦女乙有染，嗣又另行起意，慫恿乙脫離家庭，在台北租屋同居月餘，並有性行為多次。問甲之刑責應如何處斷？倘本案於上述緩刑期滿後才告判處徒刑，應否撤銷其緩刑？理由何在？

命題意旨	本題除涉及傳統刑罰論的法條理解外，還包括了刑法解釋方法的運用、以及緩刑的刑法修正草案部分內容。第二小題夾帶一個雖簡單但不容易寫好的刑分實例題，涉及加重和誘罪、相姦罪以及競合的問題。
------	--



答題關鍵	請把握時間。並要記得分配篇幅，第二小題的小實例題不需花太多篇幅著墨，僅要把罪名與爭點清楚簡潔地說明即可。從此題又可再度印證刑罰論與刑法修正草案的重要性。
參考資料	1.林山田，刑法通論（下）頁 134~135；頁 521~525
高分閱讀	1.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師（L234），P.4-37~42：緩刑之要件、撤銷（相似度 90%） 2.高點法學錦囊系列《刑法--總則篇》，蔡律師、余律師（L207），P577~582：緩刑（相似度 90%） 3.高點法學錦囊系列《刑法--分則篇》，蔡律師、余律師（L208），P624~635：通姦、和誘罪（相似度 80%） 4.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA005），84 年司法官第 2 題（相似度 60%）

## 【擬答】

(一)緩刑為現行刑事政策去刑罰化的重要制度之一。其當初設置的目的乃希望透過社會內處遇的方式避免機構性處遇的不良副作用（監獄化），以改善短期自由刑之缺失，而達到積極再社會化（特別預防）的目的。不過，現行法上除了徒刑與拘役之外，另從公平性的考量，將罰金刑列入得緩刑之範圍，雖與救濟短期自由刑之流弊無關，但依舊富有激勵自新、預防再犯的意義。是故緩刑要件的設計與解釋，皆必須符合有助於積極「再社會化」的要求。本法就緩刑分為形式要件與實質要件兩者，形式要件分別就犯罪輕重與犯罪次數做出限制，而實質要件則以「暫不執行為適當」賦予法官自由裁量之權限，就行為人是否適合緩刑做出實質上的認定。進一步而論，所謂「以暫不執行為適當」，實務上一般認為緩刑為法院刑罰權之運用，旨在獎勵自新，祇須合於刑法第七十四條所定之條件，法院本有自由裁量之職權（參見 72 年台上字第 3647 號判例）。然而，法官雖有自由裁量之權限，但其判斷並不能流於恣意妄為。從上述緩刑的立法目的來看，所謂「暫不執行為適當」之涵義，應緊扣再社會化、特別預防目的的立法意旨。亦即，必須從行為人的身分地位、生活環境等面向考量執行刑罰與否對行為人將來的影響。具體而論，實務上即表示法院應就行為人有無再犯之虞、以及能否由於刑罰之宣告而策其自新等情事，綜合認定之，而跟該次犯罪本身情節可否原諒或行為人患病與否無關（參見 29 上字 26 號判例）。

因此在刑法解釋方法上，「暫不執行為適當」雖然從文義解釋來看並不明確，而留有恣意認定的空間，但是應確切把握緩刑作為特別預防功能的一環，以法目的解釋以及系統解釋的方式，將該實質要件所指涉的範圍予以明確化，始為合理。

## (二)1.甲的刑責：

(1)甲與十七歲已婚之人有染，應構成刑法第二三九條後段之相姦罪。

依通說與實務見解，無論該有配偶之人年齡為何，只要於發生通姦之際仍存續婚姻關係，即可符合通姦或相姦罪之要件。故，甲與一個已婚之人發生姦情，甲應成立相姦罪。

(2)甲隨後慫恿乙脫離家庭並在台北租屋同居，應構成刑法第二四〇條第三項之意圖性交和誘有配偶之人罪。

所謂和誘是指在不違背被誘人之意願下，而加以誘拐，脫離監督權人而置於自己之實力支配範圍之謂。而和誘的對象分為未滿二十歲之男女以及有配偶之人兩類。然而若未滿二十歲但已結婚之人，實務上認為應屬後者，而成立和誘有配偶之人罪。本題客觀上甲慫恿已結婚之乙脫離家庭，其中乙乃接受慫恿出於自願而同居，故應該當於和誘而非略誘，而和誘之對象應為刑法第二四〇條第二項之有配偶之人。此外，從同居時間來看，應可認定甲已鞏固建立了對乙的實力支配，故應已達於既遂。

主觀上甲有和誘的認知與意欲，此應無疑問。但特別的是，從題意可推知，甲應是以欲與被誘人乙性交為目的而和誘，該性交之意圖該當於同條第三項加重和誘罪之主觀要件。甲違法且有責，甲成立本罪。

(3)甲與乙同居期間發生多次性行為，應構成刑法第二三九條後段之相姦罪。（29 上 818）

實務上雖曾經一度認定「性交行為」與「姦淫行為」不同，若非性器與性器相接合，不得謂為姦淫行為，但最近亦有見解仍將兩者視為等同。不過依題意所指之「性行為」，按社會通念多指狹義的性交（性器與性器相接合），因此無論上述爭議究採何說，本題甲皆以該當於相姦罪之要件。

附帶說明的是，雖然甲多次與乙相姦，然而此乃基於單一犯意而於時空上接續緊密發生之數個動作，應屬「接續犯」而應論以一行為，是故並無檢討成立多次相姦罪之必要。

(4)競合：

就甲和誘行為與隨後之相姦行為，實務上認為應具有方法目的關係，而應論以牽連犯，從一重處斷。另外，上述犯罪乃首次相姦後另行起意而為，故應與前階段的相姦罪論以數罪，併罰之。





## 2. 甲就上述緩刑期後才告判處徒刑，應否撤銷其緩刑？

本題爭點在於，甲雖然在緩刑期間更犯罪，而受有期徒刑以上之宣告，然而該罪刑乃在緩刑期間屆滿後始宣告之。則此等情形可否適用刑法第七五條第一款之規定，回溯地撤銷甲先前緩刑之宣告？學說實務上存有爭議：

實務見解認為，撤銷緩刑，須於緩刑期內為之，緩刑期間屆滿，原宣告刑已失其效力，自無更行撤銷緩刑之餘地。蓋以原宣告刑既已失其效力，縱予撤銷緩刑，亦無宣告刑可以執行，此為法理上當然解釋，不待法律之明文規定。（92 台非 202 號、73 台非 219 號）

不過有學者提出反駁，認為第七五條第一款並未限定刑之宣告亦在緩刑期間內為必要，因此並不能推導出需在緩刑期間內為刑之宣告之限制。況且，若行為人在緩刑期間更犯重大複雜之罪或犯罪後逃逸者，往往會使得裁判確定之日遙遙無期，而裁判確定之遲速若可影響緩刑可否撤銷，無異鼓勵拖延訴訟，以免達被撤銷的目的，而產生不公平的結果。

若從刑罰公平性的觀點而言，後者見解似較為合理。然而本題應依實務見解，不得將甲先前受緩刑之宣告予以撤銷。附帶說明，目前刑法修正草案明白將實務向來的看法納入條文當中，而就撤銷緩刑之範圍限定為「在緩刑期內受有期徒刑之宣告確定者」。

三、亞洲某國家的南部地區爆發禽流感，我國衛生署明令禁止從該國進口禽類活體及冷凍品。某甲在該某國家貿易往來之出口公司向某甲聲稱，仍有該國內非疫區之冷凍雞肉可以以低廉的價格輸出。某甲認為，雖然冷凍雞肉來自該禽流感流行的國家，但是並非來自該國內的疫區，於是為圖巨利，仍然輸入大批冷凍雞肉。某甲刑事責任如何？（二十五分）

命題意旨	應檢討的犯罪為刑法第一九二條違背預防傳染病之法令罪。
答題關鍵	本題涉及的問題為抽象危險犯與實害認知間的關連，雖然涉及的刑分條文屬典型的空白構成要件，然而應分辨主觀認知層次上，行為人並不屬於空白刑法錯誤的問題，亦非欠缺不法意識，而是欠缺對國民身體健康造成傷害的實害認知。
參考資料	1.李聖傑，飛走的金絲雀一包攝錯誤，月旦法學教室第 22 期，P22。
高分閱讀	1.高點重點整理系列《刑法分則》，方律師(L235)，P.3-53：違背預防傳染病疾病法令罪（相似度 40%） 2.高點法學錦囊系列《刑法-總則篇》，蔡律師、余律師（L207），P.189～191：包攝錯誤（相似度 40%） 3.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師，2-92 以下。 4.劉政大，刑法補充講義第一回，〈空白刑法相關問題〉、〈實害犯與危險犯〉

## 【擬答】

甲自國外輸入冷凍雞肉，可能構成刑法第一九二條之違背預防傳染病法令罪。

客觀上，本罪以違背預防傳染病之法令為要件，而需以行政機關所公布之法令以填補此等空白之構成要件。依題意，衛生署明令禁止自亞洲某國家進口禽類冷凍品，其目的當然是防止禽流感疫情藉機傳入我國，而造成國民身體健康之妨害。一般認為，本罪係屬抽象危險犯。本題，甲自該國輸入冷凍雞肉之行為，已經違反上述衛生署公布之法令，故已該當於本罪之客觀構成要件。

主觀上，關於空白刑法之故意範圍，通說採取「替換理論」，認為行為人只需要認識到規定在行政法令裡的具體事實內容即可成立故意，無須理會行為人有無對行政法規有所認識。亦即若行為人因錯誤而不知有填補規範的存在，或誤認其行為係填補規範所不禁止者，並不影響其構成要件故意，而屬不法意識欠缺的問題。學說上稱此錯誤為「空白刑法錯誤」。然而從本題甲為圖巨利之文意以觀，甲並未誤認其進口之雞肉並不在衛生署禁止進口的項目之列，並且是清楚地認識到其進口雞肉之行為的確符合了衛生署之法規內容。因此甲應具備對「違背預防傳染病法令」的故意。

然而爭點在於，就此等抽象危險犯（行為犯）而言，行為人雖對其行為本身有認知，但卻相信此舉並不會導致法益實際受到侵害的可能性（欠缺實害認知），那麼此時是否得以推翻立法者就行為與法益侵害之間所預設的關連性，而認定行為人不成立故意？通說與實務認為抽象危險犯（行為犯）之設計，乃是立法者藉由生活經驗上的大量觀察，而尋找出來的行為準則，此時不容許行為人在客觀上或主觀上推翻「行為與法益侵害」之間的預設關係。因此即便甲在進口之時明確認知到該批冷凍雞肉並不帶有禽流感，就算進口也不至於使得國民健康受損，但只要認知到是自該國進口禽類冷凍品，即得成罪。然而有少數說認為，抽象危險犯之設計，僅能就





客觀要件做前置化的處罰，但在主觀尚仍須以「實害認知」為成罪前提。依此，甲明確認識到其所輸入之雞肉並無傳染禽流感予我國國民之可能性，自屬欠缺對不特定多數國民生命身體法益實害的認知，故不能成立本罪。

管見以為，刑法作為法益保護法，若要能夠適切發揮刑罰預防功效，就行為人主觀上的認知範圍，仍應以「實害認知」作為故意的判斷基準較為合理。即使是抽象危險犯，客觀上雖得以提前至行為即可該當，然而若沒有行為人主觀上的實害認知作為論罪基礎，恐將使犯罪論斷過於恣意，且無助於達到預防犯罪之目的。故本題採少數見解，甲不成立本罪。

四、甲、乙、丙、丁均為滿十八歲之人，某日，四人在甲之住宅共同謀議竊取台北市陽明山富商戊之住宅財物，推由甲、乙二人前往行竊，丙、丁則負責銷贓；謀議既定，某日夜間，甲、乙分持螺絲起子、西瓜刀前往戊宅，抵達後，乙在門外把風，甲持螺絲起子撬開門鎖，驚醒戊及其子己，故甲甫進屋內，戊、己即大喊捉賊，甲即刻奪門而逃，並與乙快速逃離戊宅，因戊、己父子在後緊追不捨，甲、乙竟以螺絲起子、西瓜刀共同殺傷戊、己之手腳，致戊、己之手腳多處刺裂傷，旋經路人報警將甲、乙逮捕，並甲、乙之供述，繼續逮捕丙、丁歸案。無故侵入住宅及傷害部分，均經合法告訴。試問甲、乙、丙、丁之刑事責任如何？(二十五分)

命題意旨	本考題旨在測驗考生對加重竊盜罪著手的判斷、準強盜罪的適用前提、共謀共同正犯、共同正犯的逾越等爭點。
答題關鍵	題目雖長，然而爭點相當明顯，都是屬於必考的東西。只需按部就班把爭議一點點出，應可獲得不錯的分數。不過仍然要注意作答時間的安排。
參考資料	1.鄭逸哲，刑法第 329 條準強盜規定之剖析及歧視用，月旦法學教室，第 107 期，P.222。
高分閱讀	1.司法三等考場寶典，P.3-8：題目 10（相似度 80%）；P.3-9：題目 11（相似度 60%） 2.高點重點整理系列《刑法總則》，方律師（L234），P.2-289~313：共同正犯、共同正犯之逾越（相似度 60%） 3.高點重點整理系列《刑法分則》，方律師（L235），2-41~2-44；2-69~2-75：準強盜罪（相似度 60%） 4.高點法學學說錦囊系列《刑法--總則篇》，蔡律師、余律師（L207），P.287~302：共同正犯（相似度 60%） 5.高點法學學說錦囊系列《刑法--分則篇》，蔡律師、余律師（L208），P.285~288：準強盜罪（相似度 40%） 6.高點律師司法官歷解試題詳解（LA005），92 年律師第 1 題（相似度 60%）、91 年律師第 4 題（相似度 40%） 7.法觀人月刊，第 85 期，P.71~73：共同正犯之逾越、未遂犯（相似度 40%）

#### 【擬答】

##### (一)甲的部分

- 1.甲撬開門鎖並進入屋內，可能構成刑法第三〇六條之侵入住宅罪。

本題在客觀上甲已實際進入他人住宅領域內，主觀上有故意，且又無正當理由可言，無論侵入住宅之保護法益採取住居權說、平穩說抑或自由說，甲皆成立本罪。

- 2.甲撬開門鎖並進入屋內，可能構成刑法第三二一條之加重竊盜未遂罪。

主觀上甲欲於夜間侵入他人住宅而行竊，具備竊盜之故意與不法所有意圖應無疑問，另就加重竊盜罪各款事由而論，甲已具備對夜間侵入住宅之加重要件的認知。因此，不論本題甲所攜帶的螺絲起子究竟是否屬於同條第三款所謂之「凶器」（實務採客觀說），亦不論甲有無借起子以行兇的認知，甲已該當加重竊盜罪主觀之要件。

客觀上，甲甫進屋內便奪門而逃，固然無竊盜既遂之可能，然應探討者為是否已達於加重竊盜罪之著手。實務上一向認為加重竊盜罪之各款要件只不過為犯竊盜罪之加重條件，並不能視為竊盜罪之構成要件。亦即若僅實行加重條件之行為，但卻未為基本竊盜行為之著手（實務以是否物色財物作為判斷標準），並不能論以竊盜未遂。通說亦採此觀點。因此，本題甲既然甫進屋內便奪門逃出，縱使已完成加重竊盜之侵入住宅行為，然而並未進入到實地物色財物以行竊的階段，故甲未著手。甲不成立加重竊盜未遂罪。



3.甲殺傷戊己之手腳，成立兩個刑法第二百七十七條之傷害罪。

由於傷害罪是以法益持有者個數計算法益侵害數，因此甲一舉殺傷戊己，仍應成立兩個傷害罪。

4.甲為脫免逮捕而殺傷戊己，可能構成刑法第三二九條之準強盜罪。

客觀上甲由於要脫免戊己之追躡逮捕，進而當場施以有形力殺傷兩人，似有符合準強盜罪之可能性。然而通說及實務認為準強盜罪之行為主體，需以竊盜或搶奪之人為限，亦即至少需達未遂階段始足當之。若尚未著手而僅處於預備階段，本法既然不處罰預備竊盜或預備搶奪，自無成立準強盜罪之可能性。本題由於甲先前並未著手竊盜，故不成立準強盜罪。

5.甲為脫免逮捕而殺傷戊己，成立兩個刑法第三〇四條之強制罪。

甲為阻止戊己之追趕，而施以強暴行為，應成立兩個強制罪。

## (二)乙的部分

1.乙在戊宅門前把風的行為，可能構成刑法第三〇六條侵入住宅罪之共同正犯。

客觀上，乙本身雖只在門外把風，然而此乃和甲丙丁共同謀議後所分擔而得之工作，其雖為構成要件以外之行爲，但依犯罪支配理論而言，乙所為仍具有不可或缺的支配力量，故仍該當於對於侵入住宅罪之客觀構成要件。主觀上，乙之把風行為亦基於和甲丙丁共同決意而來，故主觀構成要件亦該當。乙無其他阻卻違法事由且有罪責，故乙成立本罪之共同正犯。

2.乙在戊宅門前把風的行為，可能構成刑法第三二一條加重竊盜未遂罪之共同正犯。

同上所述，乙基於共同行為決意而把風，雖非親自實行竊盜行為，然而亦具備不可或缺的犯罪支配力量。然而共同正犯乃以「一部行為全部責任」為基準，因此，乙是否成立犯罪仍需以親自實行竊盜行為之甲為斷。依前述，甲既然不成立竊盜未遂，則其他共同正犯亦無由成立竊盜未遂。職是，乙縱使已完成其所分擔之把風行為，仍不成立加重竊盜未遂罪之共同正犯。

3.乙夥同甲殺傷戊己之手腳，成立兩個刑法第二百七十七條傷害罪之共同正犯。

4.乙為脫免逮捕而夥同甲殺傷戊己，可能構成刑法第三二九條之準強盜罪之共同正犯。

如前所述，雖乙乃與甲共同殺傷戊己以求脫免逮捕，然而既然加重竊盜未遂罪不成立，並不符合準強盜罪行為主體的限制。故乙亦不成立準強盜罪。

5.乙為脫免逮捕而夥同甲殺傷戊己，成立兩個刑法第三〇四條之強制罪。

## (三)丙丁部分

1.丙共同謀議之行為，可能構成刑法第三〇六條侵入住宅罪之共謀共同正犯。

依犯罪支配理論，只要其謀議行為具備對法益侵害的功能性的支配關係，縱使並未在場參與分擔，依舊得論以正犯；或依實務（釋字 109 號解釋）所採之「共同意思主體說」，雖無到場參與實施犯罪，但只要事前謀議而形成共同犯罪之意思，亦可成立正犯。此種情形即一般所謂「共謀共同正犯」。本題丙事前與其他幾人商量侵入戊宅以行竊，丙雖未親自在場參與分擔，依通說及實務見解，仍應論以共同正犯。故丙應成立侵入住宅罪之共謀共同正犯。

2.丙共同謀議之行為，可能構成刑法第三二一條加重竊盜未遂罪之共謀共同正犯。

參前所述，由於親自實行竊取行為之甲並未達於著手階段，依「一部行為全部責任」之法理，丙亦不成立加重竊盜未遂罪之共謀共同正犯。

3.丙共同謀議之行為，可能構成刑法第二百七十七條傷害罪之共謀共同正犯。

由於甲乙兩人隨後殺傷戊己之行為，並非事前謀議時所計畫之內容，故對傷害行為的部分，丙客觀上欠缺犯罪之影響力，亦無共同行為決意可言，學說上稱此情形為「共同正犯之逾越」，就超過謀議範圍的犯罪行為，丙無庸負責。故丙不成立傷害罪。附帶說明，丙亦無須就強制罪的部分來負責。

4.丁之刑責檢討與丙相同，成立侵入住宅罪之共謀共同正犯，資不贖。

## (四)競合

甲一兩個傷害罪與兩個強制罪乃出於同一脫免逮捕行為所致，應論以想像競合。另與侵入住宅罪分屬行為複數，應論以數罪併罰。

乙一與甲同。傷害與強制等罪論以想像競合，另與侵入住宅罪數罪併罰之。

丙一僅成立侵入住宅罪。

丁一僅成立侵入住宅罪。



# 《刑法》

一、(一)何謂「罪責」(亦稱有責性)?

(二)刑法第十八條所規定的罪責年齡分別為第一項「未滿十四歲人之行為，不罰」、第二項「十四歲以上未滿十八歲人之行為，得減輕其刑」、第三項「滿八十歲人之行為，得減輕其刑」其法理依據何在?

(三)刑庭法官審理刑事案件時，被告年齡為二十三?，經醫學及心理學專家鑑定，其智商、判斷力約為十七歲人之程度。針對此一事實，法官應如何判斷其罪責?(25分)

答題關鍵	本題為一「階梯式」之申論題，共分三個子題，且循序漸進逐步縮小問題的範圍：罪責 責任能力 關於責任能力之案例。面對此等題型切記先後說理必須一貫，作答時在案例分析上必須符合自己在責任能力問題上的論述，當然這段論述也得符合自己在罪責所做的分析。
試題評析	本題為申論題外加一個小型案例，旨在測驗學生對罪責這個較為抽象的概念之熟稔程度，以及此一抽象概念在實際上如何具體運用。
參考資料	1.林山田《刑法通論》(上)，增訂八版(2002,11)。 2.黃常仁《刑法總論》，增訂一版(2001,8)。 3.黃榮堅《基礎刑法學》(下)，初版(2003,5) 4.許玉秀《犯罪階層體系及其方法論》，初版(2000,9)。 5.黃榮堅《故意的定義與定位，刑罰的極限》，初版(1999,4)。
高分閱讀	高點方律師《刑法總則》，頁2-241 248。

## 【擬答】

(一)罪責(有責性)係為犯罪成立要件之一，行為人之行為具有構成要件該當性及違法性(或有學者合稱為「不法」)，尚須具有罪責，始得構成犯罪。在行為刑法的概念下，罪責之判斷係針對行為人個別不法行為進行，而不考慮行為人的性格或素行如何。簡言之，罪責係認定行為人是否對其所為之不法行為，是否必須負起刑法上的責任之判斷。

至於罪責之內涵如何，學說上迭有爭議，分述其內容如下：

- 1.心理責任論：源自19世紀後期自然主義思想，主要定論基礎在於認為行為是環境及體質之產物而否定人的意志自由。據此，認為罪責乃行為人主觀心態與行為結果之間的心理關係，亦即在行為人具有識別與控制能力的前提下，其行為表現出內在的瑕疵心理狀態(故意、過失)，即應負起刑法上的責任。易言之，罪責係以責任條件(即責任能力)為前提，以故意與過失為兩種平行的罪責型態。
- 2.規範責任論：奠基於對心理責任論的批判，此說認為責任能力並非前提而是罪責要件，並批評心理責任論無法解釋阻卻罪責的緊急避難與無認識過失。認為罪責乃是就法律規範之觀點，對行為人與其行為間之關係所為之規範價值，其本質乃在於意思決定與意思活動的可非難性，也就是以期待可能性作為判斷的核心，當法律可以期待行為人為合乎規範的行為，而行為人竟違反規範時，方具罪責。

今日多數學者採規範責任論。國內學者亦有在罪責的判斷中加入刑罰論的思考，而以人格權的衡平考量與預防目的來架構罪責概念，或以罪責作為需罰性的決定要素，建構刑罰論的罪責概念。但基本上仍然肯定以期待可能性作為罪責判斷的依據。按此，拙見以為，似以規範責任論對罪責的詮釋為可採。

(二)我國刑法對於責任能力的區分可分為實質區分與形式區分兩種類型，前者包括依心理精神狀態，如刑法第十九條(以下未特別說明者皆為刑法法條)，以及依生理狀態區分，如第二十條之規定。至於形式區分即以年齡為標準，如題所示規定於第十八條。

刑法之所以以年齡定責任能力，其立論基礎乃在於年齡大小與識別能力、控制能力的成熟度息息相關，年幼者心智尚未成熟，自無法期待其能夠正確判斷是非善惡或依其判斷控制行事，亦即縱其偶為刑事不法之行為，亦不具可非難性或可非難之程度較低。對此，以下就我國刑法第十八條分析之：未滿十四歲之人，心智尚未成熟而欠缺識別與控制能力，未能期待其適法行事，故無責任能力(第一項)；十四歲以上未滿十八歲之人心智尚未完全成熟，尚不具完全的識別與控制能力，故屬限制責任能力(第二項)；滿八十歲之人，由於心智業已衰退，識別與控制能力減低，故亦屬限制責任能力(第三項)。

(三)我國刑法就年齡區分責任能力的立法方式與理由說明已如上述，惟年齡與心智成熟度之關係並非絕對，或有年幼之行為人但實質上已有完全責任能力，或有年長之人但實質上並不具完全責任能力。前者之情形，基於罪刑法定原則，仍應依第十八條論斷，即依年齡判斷有無完全或限制責任能力。至於後者，本題所示即屬適例，詳論如下：

按本例中被告年齡已逾十八而未滿八十，自無由適用刑法第十八條之餘地，就刑法條文之規定觀之，為一有完全責任能力之人。因此，單單就法條觀之，法官僅可援用第五十七條第七款規定，即以犯人之智識程度為科刑時應審酌之事項，用以減輕本例被告之刑。按通說之體系，此等科刑輕重事項並非罪素要素(惟倘依前述少數學者主張之刑罰論的罪責概念，認為減輕刑罰與減輕罪責係同一概念，並無區分必要，則此款即屬減輕罪責之規定)。

惟拙見以為，本例中被告智商、判斷力僅達十七歲之人的程度，在實質上他只有限制責任能力人的識別、控制能力，法律期待他符合規範而為行為的程度，也應該與限制責任能力人的程度相同，也就是對於他所做的不法行為的可非難性程

度較低，實不應令其負擔相當於完全責任能力人之罪責，方符合規範責任論。否則會發生以形式害實質之不公平結果，造成實際上責任能力較低之人卻必須負擔較高的刑事責任。

二、甲因犯強盜罪經法院判決，宣告有期徒刑七年六個月，裁判確定後，又犯擄人勒贖及贓物罪，由檢察官分別起訴後，經分別裁判宣告擄人勒贖罪十四年有期徒刑、贓物罪罰金三萬元確定。試問應如何定甲之應執行之刑？(25分)

答題關鍵	考生應先鋪陳數罪併罰的基本定義與精神，其後就本題點出相關實務見解對於裁判確定後又犯他罪之情形不應適用刑法第五十三條合併定執行刑之規定，最後輔以釋字202號作為結語。
試題評析	旨在測驗考生對於數罪併罰的基本定義以及延伸關於刑法第五十三條合併定執行刑之限制
高分閱讀	高點方律師《刑法總則》，P.3-3 8、3-103 105、4-15 20。

### 【擬答】

所謂「數罪併罰」，是指針對具有實質競合關係之數罪，就各罪所宣告之刑，依刑法(以下稱本法)規定併合處罰之規則而定其應執行之刑。而考其意旨，就裁判確定前，同一行為人基於不同犯意而犯數罪，此數罪具備「共同裁判可能性」之前提下，為求刑事執行上之經濟而併合量定執行刑，因此原則上數罪得以併罰之前提，在於應於同一訴訟程序內接受裁判。

不過就「數罪經兩法院以上分別裁判」之情形，本法例外規定以數罪併罰之方式定期應執行之刑(本法第五十三條參照)。其意旨在於數罪縱非經同一訴訟程序審理但若皆屬裁判確定前違犯，與裁判確定之罪本具有在同一形式程序中接受判決之可能性，理應具有實質競合關係。故此種情形仍應依數罪併罰之規定(本法第五十一條)合併定其執行刑。

然而若裁判確定後始另犯他罪，根本不在數罪併罰之列，此觀釋字98號、32年非字第63號判例自明；同理，若前裁判確定，另犯他罪而於後一程序裁判，依實務見解(如33年非字第19號)，亦不能依刑法第五十三條定其執行刑。刑法第五十三條之適用，以二裁判以上所宣告之數罪，均在裁判確定前所犯者為必要。是故，本題甲先犯強盜罪經判決確定後始犯擄人勒贖及贓物等罪，後兩罪依前述意旨，不得依本法第五十三條及第五十一條與強盜罪併合處罰。

因此，本題中，最後判決法院之檢察官依刑事訴訟法第四百七十七條聲請定其執行刑之範圍，僅限於擄人勒贖與贓物等罪之宣告刑，法院需依本法第五十一條第十款，就十四年有期徒刑與三萬元罰金之部分，併執行之。至於甲因強盜罪判處七年六個月徒刑部分，並不受後執行刑裁定之影響，應單獨執行之。

或有疑問者，認為甲需受七年六個月及十四年，共二十一年六個月之徒刑，有違本法第五十一條第五款但書或同法第三十三條第三款徒刑不得逾二十年之限制？然而依大法官釋字202號，明白表示「裁判確定後，復受有期徒刑之宣告者，前後之有期徒刑，應予合併執行，不受刑法第五十一條第五款但書關於有期徒刑不得逾二十年之限制。至刑法第三十三條第三款但書乃係就實質上或處斷上一罪之法定刑加重所為不得逾二十年之規定，與裁判確定後另犯他罪應合併執行之刑期無關。」故就超過二十年徒刑之部分，亦無違法。

三、甲負欠乙借款一筆，因乙催索甚急，甲未經徵得丙、丁二人同意，以丙名義簽具同額本票一紙，並以丁及自己名義背書後，交付乙作為前述欠款之擔保。試論甲之行為應如何處斷？(25分)

答題關鍵	發票行為與背書行為之偽造、詐欺得利罪之「財產上利益」之認定、詐欺與行使之競合。
試題評析	本題事實明確，應仔細就詐欺罪之要件檢討，並注意相關競合問題。
參考資料	最高法院62年度第一次刑庭決議
高分閱讀	1.高點方律師《刑法分則》，3-142，2-154。 2.《92高點律師考場寶典》，P.86，第12題（相似度50%） 3.高點方律師《高點重點總整理系列—刑法分則》，P.3-137、P.3-142、P.3-145 3-150 4.《法觀人月刊》第51期，P.88 89

### 【擬答】

1.甲簽具本票的行為，應構成刑法第二百零一條第一項之偽造有價證券罪。

所謂偽造，我國採有形主義，係指無制作權人假冒他人身分製作文書之意。又所謂有價證券係指表彰財產上權利之證書，就權利之發生、移轉或行使係以占有該證券為要件。客觀上，本票為有價證券之一種；甲未經丙之同意，假冒丙之名義簽發本票，該當於偽造有價證券之客觀要件。主觀上甲認知並有意欲偽造本票，具有故意，亦有藉此作為債務擔保之行使意圖。甲構成要件該當。甲無其他阻卻違法事由，且有責。

甲成立本罪。

2.甲以丁之名義於本票後背書之行為，應構成刑法第二百一十條之偽造私文書罪。

客觀上甲假冒丁之名義而背書，該當於偽造之要件，然而爭點在於偽造背書行為之性質是否與偽造發票行為相同？實務上認為，偽造票據背書之行為係偽造有價證券(發票行為)以外之另一行為，應另成立偽造私文書罪(五九台上二五八八號判例)。學說上另有認為背書係屬附屬票據行為亦應成立偽造或變造有價證券罪。本題採實務見解。

因此甲客觀上偽造之背書，係屬另一偽造之私文書，同時該偽造之背書可能致使丁承受票據追索之不利利益，足以生損害他



人，該當於偽造私文書罪之客觀要件。主觀上甲有認知且有意欲使其發生，具有故意。甲無其他阻卻違法事由，且有責。甲成立本罪。

3.甲以自己名義於本票後背書之行為，可能構成刑法第二百一十五條業務登載不實罪？

由於我國就偽造採有形主義，僅就身分同一性之欺瞞行為作處罰，而就內容不真實之情形，以公務或業務上文書為限處罰之，因此本題甲以自己之名義於本票後背書，不發生偽造私文書之問題，而應檢討是否成立業務上文書登載不實罪。

依通說，所謂「於其業務上做成之文書」，指係基於其業務上之行為所做成之文書，亦即非執行業務即不能做成者。若按此解釋，則不論本題甲從事之業務為何，背書行為皆非不得不執行特定職務始能作成之行為，因此，即便甲記載一不實之事項(甲根本沒有發生票據上之關係)，亦不成立業務上登載不實罪。

4.甲將本票交付於乙之行為，應構成刑法第二百一十一條第二項行使偽造有價證券罪。

行使係指提出該偽造之文書並以之充作真正之文書而加以使用，就所偽造文書之內容向他方有所主張而言。一般認為行使行為只需置於他人可得認識之狀態即可成立。因此，本題甲將偽造之本票充作真正之票據而交付於乙，已達行使之程度；主觀上甲亦有故意，應成立本罪。

5.甲將本票交付於乙之行為，可能構成刑法第三百三十九條第二項之詐欺得利罪？

詐欺得利罪一般而言，以客觀上需有詐術行為致使他人陷於錯誤，進而為使人得利之行為為要件，而學說上復認為詐欺罪為損害整體財產利益之犯罪，故尚須有「財產損害」這一不成文之要件。

本題甲以偽造之本票作為手段，致使乙誤信該不實擔保之存在，該當於詐術使人陷於錯誤之要件。然而爭點在於，甲將此偽造之同額本票供做對乙債務之擔保，而非清償，則乙有無受有整體財產損害？而甲又有無得財產上不法之利益？管見以為甲既然僅將本票供作擔保，則原債權債務關係仍然存在，亦即甲並未因此獲得「免除債務」之財產上利益，乙亦未受有免除債務之損害。然而若乙因甲之詐術陷於錯誤，誤以為其債權有擔保，得以順利受償，便允諾甲得以延期清償，則該期限之利益應認定為甲所得之財產上不法之利益，同時，乙亦受有屆期應受償之期限利益的損害。主觀上甲有故意，甲無其他阻卻違法事由，甲有罪責。

甲成立本罪。

6.競合：

(1)偽造有價證券與行使罪，通說認為係法條競合(吸收關係)或不罰後行為關係論以偽造有價證券罪。

(2)偽造有價證券罪、偽造私文書罪係一行為侵害數法益，為想像競合犯，應從偽造有價證券之重罪處斷。

(3)就偽造有價證券與詐欺罪之部分，依照實務見解偽造有價證券，若以取得票面價值之對價時，固不另論詐欺罪，但如以偽造之有價證券供作擔保之行為，為行使有價證券以外之另一行為，其間有方法結果關係，應論以牽連犯，從偽造有價證券之重罪處斷。(最高法院62年第一次刑庭決議參照)。

四、甲受僱於某公司擔任會計，為了支應自己的財務危機，數度將公司應得帳款轉入妻兒戶頭。甲同時擔任大樓管理委員會的主委，刻意以高於市場行情一年約五萬元的價格，與某清潔公司簽訂契約。甲偏袒某清潔公司的行徑，被住戶乙發覺，揚言予以揭穿；甲則先下手為強，捏造事實，在大樓的公告欄張貼，聲稱乙有詐欺前科，希望住戶小心，提防不要受騙。試問甲成立何罪？(25分)

答題關鍵	首先必須注意，題目只問甲成立何罪，因此乙的部分可不予處理。本題題目屬於比較單純的分則考題，主要在考驗考生對這些條文的掌握程度，平鋪直述說明應該就可以得到不錯的分數。作答時，宜分由題目中甲的三個行為依序作答，前面兩個犯罪行為都和行為人的身分有關，必須留意。
試題評析	本題為實例題，旨在測驗財產犯罪中業務侵占、背信等身分。
參考資料	1.林山田《刑法各罪論(上)》，三版(2002,3)。 2.甘添貴《體系刑法各論》第一卷，修訂再版(2001,9)。 3.許玉秀，從共犯與身分論不法與罪責的區分，收錄於：《刑事法之基礎與界限》(2004,4)。 4.《月旦法學教室》第2期，P.12 13。
高分閱讀	1.《92高點律師考場寶典》，P.77，第5題。 2.高點方律師《重點總整理系列—刑法分則》，P.2-104、P.2-112；P.2-206以下；P.1-164以下。

### 【擬答】

茲就本例甲之行為依序分析如下(以下所引法條，若未特別說明者即指刑法)：

(一)甲數度將公司應得帳款轉入妻兒戶頭的行為

1.甲轉帳入妻兒戶頭之行為可能構成第三百三十六條第二項業務侵占罪：

(1)客觀構成要件要素：

本罪為身分犯，行為主體必須因從事業務而持有他人財物，始足當之。依題旨，甲為該公司會計，處理公司帳款自屬從事業務之行為，應認為甲係一適格之行為主體。又，因而從事會計工作所持有之帳款即屬持有他人(公司)之物，將此等帳款轉入自己妻兒之帳戶，以支應自己的財務危機，即為易持有為所有之取得行為。綜上所述，甲的行為即為本條項之業務侵占行為。

(2)主觀構成要件要素：

依題旨，甲係為支應自己財務危機而轉帳至妻兒帳戶，故具為自己不法所有之意圖，且甲職務為會計，明知該帳款

為公司所應得，猶為此轉帳行為，具有直接故意(第十三條第一項)。

(3)本例中甲之行為無阻卻違法或罪責之事由，故應成立本條項之業務侵占罪。

## 2.競合：

(1)甲之行為構成第三百三十六條第二項之業務侵占罪已如上述，依多數學說見解，構成本條項之罪必然亦構成第三百三十五條第一項之普通侵占罪，兩者間具特別關係，故依法條競合僅論已業務侵占罪(故而亦有學者稱業務侵占罪為雙重身分犯，即指行為主體與行為客體間除具有普通侵占罪的「持有」之關係外，尚須具有業務關係)。

(2)本例中甲曾「數度」針對同一被害人(公司)為相同之轉帳行為，罪數的認定上頗有爭議，計有：1.以侵占行為之個數、2.以委託關係之個數、3.以持有關係之個數、4.被害之所有人之個數等四種計算標準。惟就我國現行法觀之，本例甲在支應自己財務危機之目的之下，數次為業務侵占行為，應屬基於概括之犯意，連續數行為，觸犯同一個構成要件(參見釋字第一五二號解釋)，應依第五十六條成立連續犯，而論以一個連續犯並加重其刑至二分之一。

(二)甲刻意以高於市場的行情與清潔公司簽約之行為第三百四十二條第一項背信罪

### 1.客觀構成要件：

甲為大樓管理委員會之主委，係基於委任或契約關係為住宅處理事務之人。學說上對於處理事務之性質是否限於財產上之事務，容有爭議，但就本例而言，甲所處理之事務係與清潔公司簽訂契約，為財產上權利義務之事項，故不論採何種見解，皆得肯認甲具本條項所要求之行為主體資格。

甲就其擔任主委之權限，在明知收費過高的情形與該清潔公司簽約，違背與大樓住戶間的信任關係下的任務，造成住宅們需支付高於市價的金額，已經損害了其財產上之利益，故其行為具本條項之客觀構成要件該當性。此等訂立顯不利於本人之契約的行為，學說上有稱之為事務處分權限之濫用行為。

### 2.主觀構成要件

如題所示，甲係刻意以高於市場行情之金額與他人簽約，是否為自己或第三人之不法利益題意未明，但縱不具獲利意圖，也至少具有損害住宅(本人)利益之損害意圖，且明知此等行為將背於住戶所委之任務而為之，具背信行為之故意。

3.甲之背信行為無阻卻違法或罪責事由，故成立本條項之背信罪。

4.另外必須說明的是，甲擔任管委會主委一職，乃是基於與住戶間私法上契約所生之身分，並非依法令從事公務之人(第十條第二項)，自無由成立以公務員身分為必要之犯罪，例如第一百三十一條之公務員圖利罪。

(三)甲捏造事實在大樓公告欄張貼乙有詐欺前科之文字，可能構成第三百十條第二項之加重誹謗罪

### 1.客觀不法構成要件

本例中甲以張貼文字之方式，指摘乙曾有詐欺前科，然而實際上此係甲所捏造。按通說見解，誹謗罪必須所指摘、傳述足以毀損特定人或可得推知之人名譽之事，其內容必須具體或可得具體之事，而與不摘示事實而公然辱罵特定人或可得推知之人，構成公然侮辱罪有所不同(參閱三十年院字二一七九號解釋)，至於所指摘、傳述的具體事實縱為虛偽杜撰，只要足以毀損他人名譽即構成本罪。就本例觀之，甲指摘乙有詐欺前科，係以捏造之具體事實毀損乙之名譽，依照社會觀念足認乙之聲譽已遭貶損(參五十八年台上二三二九號判決)，又其於大樓公告欄上張貼，係以散布文字之方式為之，故具本條項加重誹謗罪之客觀構成要件該當性。

### 2.主觀不法構成要件

甲以虛構之事指摘乙，對其指摘之事足以損其名譽有所認識而決意為之，具有誹謗故意；張貼於大樓公告欄，具有使傳播於不特定多數人而使大眾週知不法意圖(至於客觀上是否達眾所週知之程度，對本罪之成立不成影響，於此一併說明)。綜上所述，甲之行為具本條項主觀不法構成要件該當性。

3.甲之加重誹謗行為無阻卻違法或罪責事由，故成立本條項之加重誹謗罪。

4.構成加重誹謗罪之行為同時也構成同條第一項之誹謗罪，依照多數學說之見解係屬特別關係，構成法條競合僅論加重誹謗罪。此外，少數學者認為誹謗行為通常亦侵害被害人之感情名譽，而構成侮辱罪，而與加重誹謗罪間具吸收關係，亦僅論以加重誹謗罪。綜上所述，甲此部分之行為僅成立一個第三百十條第二項之加重誹謗罪。

## (四)結論

本例中甲之行為構成業務侵占罪之連續犯(第三百三十六條第二項、第五十六條)、背信罪(第三百四十二條第一項)及加重誹謗罪(第三百十條第二項)，依第五十條數罪併罰之。

# 《刑法》

- 一、甲乙是鄰居。某日清晨甲遛狗經乙家時，為了報復乙老是給他錯誤的彩券號碼，拾起地上石塊打破乙家門窗，恰巧乙家因瓦斯外洩，一家三口生命垂危，此舉竟救了乙全家。甲打破門窗聲響驚動正在修剪花木鄰居丙，丙欲探究究竟，甲認為丙帶著凶器前來找碴，竟促使狗先咬丙，再以石塊丟丙，幸好丙閃得快，只被狗咬傷，但石塊卻擊中路過行人丁，請問甲之行為如何評價？(二十五分)

命題意旨	正當防衛、緊急避難等阻卻違法事由的成立要件、打擊錯誤、接續犯。
答題關鍵	分點詳述之，特別是阻卻違法事由的主觀要件部分應詳予說明。
參考資料	1.蔡律師《刑法總則》，頁 81~90、175~177、192~197；《刑法分則》，頁 86~88、324~328。 2.方律師《刑法總則》，頁 2-61~2-62、2-163~175、2-182~2-187；《刑法分則》，頁 1-55~1-58、2-121~2-124。
命中事實	高點司法三等特考考場寶典第十二題，頁 2-10，命中！

## 【擬答】

- (一)甲以石塊打破乙家門窗，可能構成刑法第三五四條的毀損罪：

本罪客觀上以行為人的行為破壞他人財物的用益功能或完整性為必要，甲以石塊打破乙家的門窗，不僅使得門窗的功能——防風防雨，受到損害，而且也破壞其完整性，該當於客觀構成要件，主觀上甲對其行為有認識亦有意欲，有毀損故意，構成要件該當，問題在於違法性的層次中，甲打破門窗的行為恰因乙家瓦斯外洩而救了乙家，甲得否以之而主張有為救助他人之法益而實施之緊急避難阻卻違法事由(為救助乙家三口的生命而侵害乙的財產法益)的適用？通說一般對於此種救助他人法益之緊急避難的要件係以(一)被救助人有法益之危難、(二)救助人有實施合乎法益權衡之救助手段，以及(三)救助人有救助他人危難的避難意識為其要件，必須在三個要件同時成立時，方能肯認之，本案中甲自始至終均係基於侵害乙財產法益的意思而遂行其行為，而甲也沒有認識到乙家三人正受有危難，亦無救助其法益的想法，因此甲的行為無法滿足於救助他人危難的意識，不滿足此種救助他人法益之緊急避難的主觀要件，不成立緊急避難，而又沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

- (二)甲令狗咬丙，可能構成刑法第二七七條第一項的普通傷害罪：

本案中甲命令狗咬丙，雖甲並未親自對丙攻擊，然因該隻咬丙的狗是受到甲的支配，可以認為是甲的行為工具之一種，因此甲以狗為工具而致丙被狗咬傷，該當於傷害罪的客觀構成要件，主觀上甲對其行為結果均有認識，有傷害故意，主觀構成要件該當；問題在於違法性的層次中，甲得否以其認為丙帶著兇器來找碴而主張正當防衛此一阻卻違法事由？通說上對於正當防衛的要件係以(一)行為人受到他人所為之現在不法侵害、(二)實施必要的防衛手段，以及(三)保護自己法益的防衛意識，就他人所為現在不法侵害此一要件而言，係指行為人正受到他人進行中的違法法益侵害，本案中丙只是手拿剪刀前來查看而已，並未對於甲的法益有任何攻擊行為，無法該當於他人現在不法侵害此一要件，甲不能主張正當防衛；此外，由於甲在主觀上是認為「丙來找碴而先為攻擊」，甲顯然未詳加考慮丙的找碴行為是否確對甲的法益生有侵害，即率爾令其狗對丙先發動攻擊，因此甲在主觀上應基於積極地侵害丙的法益之認知，故非有保護自己法益免受他人不法侵害的防衛意識，所以在本案中縱使客觀上沒有他人不法侵害，甲也沒有成立誤想正當防衛的可能性。綜合上述，甲的行為不僅無法滿足正當防衛的客觀要件，不能成立正當防衛，又沒有其他阻卻違法事由，而甲主觀上也沒有防衛意識，在罪責上也不會有考量誤想正當防衛而欠缺故意罪責的可能性，甲構成本罪。

- (三)甲以石塊丟丙而誤中丁，可能構成刑法第二八四條第一項的過失致傷罪：

本罪客觀上以行為人的行為和被害人受傷的結果有因果關係和客觀歸責為必要，甲若不向丙丟石塊就不會誤中於丁，而丁受身體法益侵害的風險也是來自於甲的行為所致，因果關係與客觀歸責皆能滿足，客觀構成要件該當，主觀上甲在丟石塊時，應該可以預見其行為有可能會發生偏差而誤中路人，因此對丁的受傷有預見可能性，構成要件該當；至於違法性的層次中，承前所述，甲自始對丙攻擊的發動，並不是基於防衛自身法益而為之正當防衛，而係積極性地侵害來探查之丙，因此甲誤中丁的行為也僅是甲在犯罪實施中所發生的偏差現象而已，沒有正當防衛適用的餘地，沒有其他阻卻違法事由，甲構成本罪。此外，學說上亦有認為此種情況係屬所謂「打擊錯誤」，亦即行為人因為犯罪手法上發生過失的現象，致使實際攻擊的客體和想要攻擊的客體不一致，其法律效果係對實際上攻擊客體(即丁)論以過失，對想像中攻擊客體論以故意未遂(即丙，但因傷害未遂非屬犯罪而不罰)，其結論和上開的推論並無不同之處。

- (四)競合：甲以石塊打破乙家門窗構成普通毀損罪，命狗咬丙構成普通輕傷罪，誤丟石塊於丁構成過失致傷罪，由於命狗咬丙和誤丟石塊於丁均係對於丙為身體侵害的接續性行動，因此雖然後部分的行動造成了其他客體(即丁)的侵害，但是並不妨害命狗咬丙和誤丟石塊於丁被認為是傷害接續犯的一行為，僅係該一行為的其中一部造成了打擊錯誤而已，因此就後兩部分而言，甲係以一行為構成普通輕傷罪和過失致傷罪，法益持有人不同為數法益，想像競合，從一重普通輕傷罪處斷，再和前面的普通毀損罪數罪併罰。

- 二、一連串的連續行為可以當做行為單數要具備什麼要件才能成立連續犯？刑法第五十六條「連續數行為而犯同



一之罪名者，以一罪論」的規定在實務操作上會發生那些問題？刑法有無規定連續犯的必要？(二十五分)

命題意旨	連續犯的要件、問題、及考生對其看法的深入性。
答題關鍵	分點說明，原則上不要採完全否定或完全肯定的見解。
參考資料	1.蔡律師《刑法總則》，頁 504-517。 2.方律師《刑法總則》，頁 3-89~3-98。

【擬答】

(一)連續犯的意義：所謂連續犯，按照刑法五十六條的規定「連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論。但得加重其刑至二分之一。」學說、實務、釋字 152 號解釋綜合而言，可以認為連續犯的意義是，行為人基於整體故意(或連續故意)而為數個同種類之行為，該數同種類之行為，是侵害同種法益，並該當相同的構成要件，因此，連續犯係將行為人數個獨立的行為，在刑法上當作一行為而犯一罪加以處理，在競合論的行為數理論上稱之為所謂「競合的行為單數」，在法律效果上亦僅論一罪，至於要滿足何種要件方能將數行為當作一行為處理，此等要件即係連續犯之成立要件，茲分述如下：

- 1.客觀上行為人係有數行為：亦即行為人必須係出於數次可單獨評價的犯罪行為；
- 2.該數行為之間具有連續關係：學說上對於連續關係的概念係有不同見解，惟管見以為所謂的連續關係應指前述原可單獨評價的數個行為間，在時間上必須有密接性，不能夠有過長時間的間隔存在；
- 3.該數行為所犯者均係同一罪名：所謂同一罪名，可參考釋字一五二號解釋，其見解係認為相同構成要件者原則上係屬同一罪名，亦即行為人的數次行為所實施的構成要件必須是同種類型的構成要件；
- 4.行為人主觀上具有連續故意：所謂連續故意係指行為人在第一次的連續行為前，就對於接下來的數次同種犯行具有主觀的包括認識，而企圖一次次地連續進行。

滿足上開要件時，行為人的數行為即被評價為連續犯，在競合論上即被當作一行為加以處理。

(二)連續犯在實務運作上的問題：

1.刑事實體法上：

- (1)連續犯的規定將數個獨立的同種構成要件該當之數行為合為一個行為，因此連續犯的法律效果便成為一罪(但也有認為是數罪者)，並進而只能論以一刑，而刑度可以加重之，然而連續犯之行為人原本應該獨立評價的數次法益侵害經由刑法的規定以一罪處理，相較於無法成立連續犯而為數次侵害的行為人而言，顯然在刑罰的評價上有失衡之處，也因此致使有經驗的犯罪人在為數次同種不法侵害時會宣稱自己是連續犯，產生實務運作上的問題；
- (2)連續犯必須犯同一罪名，雖然釋字一五二號解釋對於同一罪名予以「構成要件同一」的說明，但是實務上對於何謂同一構成要件，仍有不同的看法。

2.刑事程序法上：

- (1)雖然學理上強調連續犯必須基於主觀的連續故意，但是此等連續故意在實務上甚難認定，因此現行實務往往是以訴訟程序的終結作為行為人成立連續犯的實際標準，而沒有再探究學理的看法；
- (2)最後，由於連續犯僅論以一罪，因此有案件單一性與同一性的適用，在實務上也常常必須深究檢察官的起訴與法官的判決效力，是否及於連續行為的何一部分，造成許多問題。

(三)承上，由於連續犯在實務上產生了許多的問題，因此學說上即有認為應將連續犯加以廢除，直接回歸至數罪併罰加以處理，而不再將其數行為視為一行為而論一罪，然而如直接將連續犯刪除，就刑事實體法而言，由一個行為人所違犯的多數同一構成要件之犯罪行為，都必須透過實質競合處理，那麼一個違犯二十次竊盜罪的行為人，法官在量刑上可以考量的範圍會是八個月以上至二十年以下的有期徒刑，這可能會導致財產犯罪的刑事責任大於其他人身犯罪的現象；而在刑事程序法上，廢除後連續犯將不再是裁判上一罪，則檢察官在起訴時對於犯罪的描述勢必更加鉅細靡遺，否則可能會有起訴或審判範圍無法確定的問題產生。因此雖然連續犯問題甚多，但是廢除後會衍生進一步的問題尚須解決，因此管見認為必須在有實體法與程序法上完足配套措施的前提下，才能夠廢除連續犯的規定，否則無法面對刪除後在刑事實體法和程度法上的難題。

三、甲(男，十九歲)、乙(男，十八歲)、丙(女，十八歲)、丁(女，十七歲)、戊(女，十五歲)共同飲酒作樂。當丁、戊有幾分醉意時，甲、乙借酒意而欲與丁、戊發生性關係，惟戊雖同意與乙性交，丁卻不願與甲性交，甲則強行壓制丁，並由丙幫忙壓住丁的腳，讓甲得逞，乙也與戊完成性交。試問：甲、乙、丙之行為應如何處斷？並說明理由。(二十五分)

命題意旨	227 條與 227-1 條的規定、加重強制性交罪(§ 222 )的適用。
答題關鍵	將學說上關於修正後 § 222 ，應該如何處理的學說列明。
參考資料	1.蔡律師《刑法分則》，頁 156-163、166-168、184-185。 2.方律師《刑法分則》，頁 1-125~1-129、1-131~1-133、1-146~1-149。

【擬答】

(一)乙與戊性交，可能構成刑法第二二七條第三項的與幼童性交罪：

本罪客觀上以行為人與十四歲以上未滿十六歲的男女為性交為要件，乙和十五歲的戊為性交行為，顯然該當於本罪的客





觀構成要件，主觀上乙對於戊的年齡和其與戊為性交有認識與意欲，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或罪責事由，乙成立本罪。

(二)甲與丁性交，可能構成刑法第二二一條第一項的強制性交罪：

本罪客觀上以行為人透過強制行為違反被害人的意思，而對其實施性交為必要，甲想與丁性交，但丁不願意，甲則強行壓制丁而實施性交行為，甲顯以強暴的方法違反丁的意思而對其實施性交，客觀構成要件該當，甲認識其強暴及性交行為違反丁的意思，有強制性交故意，沒有其他阻卻違法及罪責事由，甲成立本罪。

(三)丙壓住丁的腳，可能構成刑法第二二一條一項的強制性交罪之共同正犯：

本罪客觀上以行為人透過強制行為違反被害人意思而實施性交為必要，丙係女性且僅以壓住丁腳的非構成要件行為方式協助甲對丁為強制性交，是否能該當於強制性交罪，在學說及實務上係有不同的見解，有認為強制性交罪的行為人必須親為構成要件行為方能論以正犯，對女性性器的強制性交原則上不能由女性實施構成要件行為，亦有認為女性透過壓制被害人而令男性易為性交，亦可論以正犯，管見則認為是否能論以強制性交罪之正犯，應視行為人是否對於構成要件的實現產生犯罪支配而定，本案中丙透過壓住丁腳的方式使得甲易於性交既遂的完成，應可認為丙和甲共同對於丁性自主的侵害具有重要的協力關係，因此甲、丙共同對於丁的性自主侵害具有功能性的犯罪支配，丙在有功能支配而擔負犯罪一部的情況下，自能與甲構成本罪之共同正犯，因此丙係透過參與甲犯罪的功能支配方法該當於本罪客觀構成要件；主觀上丙對其行為及功能支配的事實有認識，沒有其他阻卻違法及罪責事由，丙成立本罪。

(四)甲、丙共同對丁實施性自主的侵害，可能構成刑法第二二二條第一項第一款的加重強制性交罪：

本罪在客觀上以二人以上共同犯強制性交罪為要件，問題在於甲、丙共同侵害丁性自主時，僅有甲實際地實施性交行為，此等情況是否能該當於本罪所謂「二人以上共同犯之」即有疑義，學說上對於「二人以上共同犯之」的解釋係有不同的看法，有認為該規定係指二人以上均已實際實施性交行為而既遂而言；亦有認為該規定必不要求所有人均實際實施性交，只要對於被害人性自主侵害的共同正犯中，有一人既遂，所有人均可該當於系爭規定；亦有認為該規定雖不限於所有人均實施性交，但必須是「在場」而共同犯之者，始能在有一人既遂時，共同論以本罪的刑事責任。就上開三說管見以第一說為當，此因本罪相較於刑法第二二一條，其刑度有著嚴重的提昇(自三至十年提昇至七年以上或無期徒刑)，如果不是對於被害人的性自主產生了極為嚴重的侵害，原則上不應該成立本罪，從被害人的角度而言，真正會被認為是嚴重侵害的行為在於受到二人以上的實際性交實施，而不是單純地多數人共同犯罪而由一人實際實施性交行為，因此除非是二人以上的共同正犯，並且均為強制性交的實際實施，否則應該不是本罪之於刑法第二二一條強烈加重的合理論據。職是，甲、丙雖然共同侵害丁的性自主，但是實際上實施性交行為的只有甲而已，並不滿足於前述「二人以上共同實際實施性交」，因此甲、丙的行為不該當於本罪的客觀構成要件，不構成本罪。

(五)罪名的結論與科刑：綜上，甲、丙對丁成立刑法第二二一條強制性交罪之共同正犯，乙對戊成立刑法第二二七條第三項的與幼童性交罪，而乙在與戊性交時因為只有十八歲，滿足刑法第二二七條之一關於減輕或免除其刑的規定，其法定刑即可依之而酌減或不罰。

四、某甲透過傳真向某乙簽賭六合彩中獎，某乙卻屢不給付彩金，某甲放話，如果某乙再不給付，要給某乙教訓。某乙害怕，卻又心有不甘，於是用數日前不小心所收到客人給付之千元偽鈔數張交付給某甲。試問：甲、乙二人刑事責任如何？(二十五分)

命題意旨	財產犯罪的構成要件解釋、不法利益是否為刑法保護的財產法益。
答題關鍵	必須指出刑法的不同財產概念，並以之為認定犯罪成立與否的標準。
參考資料	1.蔡律師《刑法分則》，頁 346-357、413-416、600-602、686-689、700-702。 2.方律師《刑法分則》，頁 2-55~2-59、2-140~2-163、3-153~3-154、3-215~3-217、3-225~3-228。

【擬答】

(一)某甲透過傳真簽賭六合彩，可能構成刑法第二六六條第一項的賭博罪：

本罪客觀上以行為人在公共場所或公眾得出入的場所賭博財物為必要，換言之，行為人必須在公共場所或公眾得出入的場所中實施賭博行為，而所謂公共場所或公眾得出入的場所按實務及學說見解，均指不特定多數人可以隨時出入的物理性實體空間，本題甲是透過傳真向乙簽賭六合彩，雖然題目中並沒有明示其傳真的地點何在，但甲實施下注的方式是透過傳真機簽賭，其行為的進行場所是在電話的線路之中，從嚴格罪刑法定主義的觀點來說，電話線路所產生的人際網絡並不屬於法條規範之物理性實體空間，因此甲的行為並不該當於發生在公共場所或公眾得出入之場所此一要素，不構成本罪。

(二)某甲向乙放話要給其教訓，可能構成刑法第三四六條第一項的恐嚇取財罪：

本罪客觀上以行為人傳達惡害通知而使被害人恐懼並交付財物，致生被害人財產損害為必要，本題某甲放話要乙交給其賭金，而乙確因甲的放話而害怕並交付千元偽鈔此一財物，問題在於某乙是否因此而發生財產上之損害？刑法上財產損害的判斷，學說上有「極端法律財產概念」、「極端經濟財產概念」與「法律經濟折衷財產概念」等不同見解，通說係採法律經濟折衷的財產概念，亦即刑法上所保障的財產利益必須是受到民法保障的經濟性價值利益，換言之，在通說觀點下倘財產利益不在民法保障的範圍之內，則亦非刑法所肯認的財產利益，某乙因某甲的恐嚇行為而交付某甲偽鈔，偽鈔



係屬妨害國家貨幣發行權之違禁物，非屬民法保障之財產權，故亦非刑法保障的財產法益，某乙縱因某甲的恐嚇行為而交付偽鈔，仍不滿足於財產損害的要件，某甲不構成本罪。

(三)某甲向某乙放話要給其教訓，可能構成刑法第三 五條第一項的恐嚇安全罪：

本罪客觀上以行為人對被害人為生命、身體、自由、名譽、財產等事的惡害通知，致使被害人心生恐懼為必要，本題題目揭示某甲向某乙放話致令某乙害怕，依一般社會通念，此種放話的內容通常是對生命、身體、自由、財產等事的惡害通知，而某乙亦因某甲的惡害通知而害怕不已，客觀構成要件該當，主觀上甲認識其行為，具有本罪的故意，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，某甲該當於本罪。至於學說上有認為本罪應另在違法性層次審查目的手段關係，因某甲實施惡害通知的目的在於實現不法賭債，其手段又是透過對乙的生命、身體等法益實施不法侵害的方式進行，不僅目的上不合法，手段上亦屬違法，故縱認必須考量目的手段關係，其結論並無不同。

(四)某乙接受某甲簽賭六合彩，可能構成刑法第二六八條的聚眾賭博罪：

本罪客觀上以行為人聚眾賭博為構成要件，所謂聚眾賭博指的聚集不特定的多數人進行賭博，雖然構成要件上規定的是「聚眾」，概念上指的應該是眾人群集於特定場所，但是實務上一般認為所謂聚眾包括「聚集不特定多數人的資金」，本題中雖僅描寫某乙透過傳真機收受某甲的簽注，但一般情況下某乙應該是接受多數人的下注，因此不論乙接受下注的方式為何，都已經該當於實務的見解，客觀構成要件該當，某乙在主觀上認識其行為，有本罪的故意，而其經營賭博自係出於營利意圖，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法及罪責事由，某乙該當本罪。

(五)某乙交付偽鈔於甲，可能構成刑法第一九六條第二項的行使偽造貨幣罪：

本罪客觀上以行為人於收受後方知其已收受偽鈔，而仍為使用或交付於人為要件，本題乙事先因不知情而收受其他人所交付之偽鈔，嗣後並用以清償對甲的賭金債務，滿足行使的要素，客觀構成要件該當，主觀上某乙亦認識其行為，沒有其他阻卻違法及罪責事由，某乙成立本罪。

(六)某乙交付偽鈔於某甲，可能構成刑法第三百三十九條第二項的詐欺得利罪：

本罪客觀上以行為人行使詐術致被害人陷於錯誤並為財產利益的處分而生財產損害為必要，在社會通念下提出價金給付時通常意謂著鈔票為真的默示意思表示，某乙將偽鈔當作真鈔使用，係屬以默示的方式為反於真實的資訊告知某甲，係屬詐術，甲亦因此誤信為真予以收受並接受乙的給付，係屬被害人陷於錯誤而為財產利益的處分，問題在於甲是否因此而發生財產損害，承前所述，通說係採折衷的財產概念，倘經濟性財產利益不在民法保障的範圍之內，則亦非刑法所肯認的財產法益，本題某甲所受的損害在於其賭債受到某乙以偽鈔清償，按一般民法學說的看法，賭債因屬於不法原因的給付，而有賭債非債之說，故賭債並非民法法秩序下所保障的財產權利，自非刑法保護的財產法益，某甲縱使因某乙的給付偽鈔在賭債債權上受有損害，但因非屬刑法保護的財產利益，不能認為某甲已發生本條所規範的財產上損害，某乙不構成本罪。

(七)某乙交付偽鈔於某甲，可能構成刑法第三四二條第一項的背信罪：

背信罪客觀上以行為人為他人處理事務而違背其任務，致生財產損害為必要，學說上對於所謂「為他人處理事務」之意義，係有不同的見解，有認為所謂處理事務必須限於本人與第三人間的法律事務，亦有認為必須是具有相當決定權的事務，而實務見解亦認純粹內部債務關係非屬背信罪處理事務的範圍，本題中某乙對甲係有彩金的給付義務，某乙竟以偽鈔支付之，無論依學說任何一說或實務見解，某乙對甲負有的給付義務均非背信罪處理事務的範圍，某乙不構成本罪。

(八)競合：

某甲對乙放話，構成恐嚇安全罪；某乙接受他人簽賭，構成聚眾賭博罪，交付偽鈔於某甲構成行使偽鈔罪，兩行為各自獨立，該兩罪依刑法五十條數罪併罰。



# 《刑法》

一、法務部所擬之刑法修法草案有意將刑法中的連續犯及牽連犯廢除；試分析此舉之影響及利弊得失。（二十五分）

命題意旨	連續犯、牽連犯、行為數、競合論、單一性、同一性。
答題關鍵	1.說明意義，以法條和學說見解佐證。 2.指出修正的基本想法，即其「問題點」。 3.說明修正的影響，並以自己的看法提出利弊的分析。
擬答鑑示	1.林山田，《刑法通論下》七版，頁315-337。 2.黃榮堅，《刑法問題與利益思考》，頁474-4793。 3.柯耀程，《刑法競合論》，頁231-241。 4.方律師，刑法總則，頁3-83~3-84、3-100~3-103頁。 5.蔡律師，刑法總則編，466-468頁，474-476頁，高點出版。

## 【擬答】

### (一)連續犯部分：

- 所謂連續犯，按照刑法五十六條的規定「連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論。但得加重其刑至二分之一。」學說、實務、釋字152號解釋綜合而言，可以認為連續犯的意義是，行為人基於整體故意（或概括故意）而為數個同種類之行為，該數同種類之行為，是侵害同種法益，並該當相同的構成要件。
- 連續犯的本質原本是數罪併前（實質結合）的數罪，但卻透過法律的規定以一罪論法律效果雖加重二分之一，但是因為實務及學說上對於概括故意的認定，已經和分別起意的認定很難區別，可能導致法官的恣意，而使數罪併罰（實質競合）的規定受到架空。且原本是數個相同罪名的犯罪，不依實質競合處理，而用連續犯以一罪量刑，與數個不同罪名的獨立犯罪，在量刑上會有極大的落差，而違反平等原則。又通說亦認為祇有故意犯才適用連續犯、過失犯則不適用之，亦與罪責原則相違背，另連續犯依實務上之看法，國家對於連續犯罪祇有一個刑罰權，使得未經發覺的犯罪因既判力之作用無法再追訴，而影響司法威信，是以學說及實務上都有刪除的論點。
- 如果將連續犯刪除，數滿要為構成數個獨立的數罪，將來都必須透過實質競合來處理，學說上有認為數次同罪名之財產犯罪量刑可能高於人身犯罪（例如殺人罪）而與社會大眾之法感不符，且某些具有連續傾向之犯罪（例如吸毒），在實務的處理上可能產生困難，且德日刑法上目前雖無連續犯之規定，但學說判例仍舊肯定連續犯之存在，因此學說上有認為自刑法實務上之需要，與訴訟經之觀點而論，似屬不宜輕言揚棄。

### (二)牽連犯部分：

- 所謂牽連犯係指行為人所為之數個故意行為實現了數個不同的犯罪構成要件，數罪間有方法與目的或原因與結果之牽連關係，在量刑上以重罪量刑（§55後段），例如侵入住宅與竊盜罪。
- 牽連犯的本質原本是數罪併前（實質競合）的數罪，但卻透過法律規定以重罪來量刑，其理由學說上有認為出於預防的思想，亦即此要將來能讓行為不再犯目的犯罪或原因犯罪，則方法犯罪或結果犯罪也不會出現，所以處罰上沒有併前之必要。亦有認為牽連犯係出於一個預定的犯罪計畫，祇有違反規範一次的意思，從責任評價的觀點祇須以一罪量刑。上述的理由固言之成理，然牽連關係之認定罪說紛紜，且即使透過實質競合的方式量刑，亦能達到上述所謂的預防效果。又通說認為牽連犯之情形，國家對於被告祇有一個刑罰權。因此，如果牽連犯之一部有罪判決確定，對於另一部分犯罪，亦因既判力之作用無法再行追訴將影響司法威信且與大眾之法感不符（例如著名之周人參案，即以賭博判決確定，仍賂部分有牽連關係，而判決免訴）。應注意的是，學說上亦有認為牽連犯是想像競合的例示概念，原可適用想像競合之方式處理，而可加以刪除。

從上所述，牽連犯之存在弊多於利，實應加以刪除，並審慎認定行為數而分別依想像競合或競質競合處理。

二、甲有多次行竊經驗，但都運氣不佳，終至被捕。某日，甲見路邊豪華轎車，料有貴重物品，擦拭車窗，正擬行竊，卻遭車主發現追趕，甲腳程快，得以逃脫。再有一日，甲於白晝侵入住家搜尋財物，豈料竟是家徒四壁，一無可取。復再有一日，甲於夜間侵入公寓，得金項鍊兩條，放入口袋，正擬離去，遭屋主逮捕，問甲成立何罪。（二十五分）

命題意旨	竊盜著手、不能未遂、連續犯。
答題關鍵	1.分行為所成立之罪討論。 2.最近的期刊論文的基本見解必須知道。



擬答鑑示	1.參考：許玉秀，不能未遂與接續犯，《台灣本土法學》8期，頁128以下。 2.參考：許玉秀，竊盜之著手與科刑一罪之競合，《台灣本土法學》21期，頁150以下。 3.參考：蔡律師，刑法分則編，229-234頁、238-241頁、256-260頁、133-138頁，高點出版。
------	--

【擬答】

- (一)甲擦拭車窗，可能構成刑法三二 條三項的竊盜未遂罪：本罪主觀構成要件上行為人必須有竊盜故意、不法意圖和所有意圖，甲擦拭車窗的真正目的是為了偷車內的貴重物品，所以甲在擦拭時可以肯定有竊盜故意，此外甲內心所想的是這是法律上無權源的想要把車內貴重物品據為己有，有不法意圖和所有意圖，該當於主觀構成要件。客觀上甲必須已經達到竊盜的著手，至於何謂竊盜的著手，因為竊盜罪的法益建立在財物事實支配關係的移轉之上，行為人一旦能夠對於行為客體具備事實支配的「可能性」時，才應該承認為竊盜的著手，此種事實支配的可能性必須就具體情形而決定之。甲在擦拭車窗時根本不知道「貴重物品」是什麼，而且他也還沒有打開車門或車窗以對「貴重物品」建立事實支配的可能性，所以甲未達著手，不構成未遂，且竊盜罪亦無處罰預備之規定，故行為不成立本罪。
- (二)甲侵入他人住家，可能構成刑法三 六條一項的侵入住居罪：甲未得該住家的居住權人同意而侵入之，甲也認識此種情況，沒有其他阻卻違法 and 阻卻罪責事由，甲構成本罪。
- (三)甲侵入家徒四壁之家搜尋財物，可能構成三二 條三項的竊盜未遂罪：同上所述，甲在侵入搜尋時對於其行為用以竊盜有認識，也有不法意圖和所有意圖，所以具有本罪的主觀構成要件該當。客觀上甲雖然進入，可以肯認甲已著手，因為在通常觀念下，對於家宅的竊盜，於侵入搜尋時可以發生事實支配的可能性，但是在本題中因為該住家家徒四壁以致無法順利獲取財物，也就是說甲因為該偷竊對象之特殊情況而無法達到既遂，必須討論甲是不能未遂或是障礙未遂（普通未遂），學說上對於此一問題有不同的看法，有認為必須從行為的危險性判斷，也有認為必須從行為人主觀是否重大無知加以判斷，管見以為宜以行為本身是否製造了法律所不能容忍的危險加以判斷，如行為不能達到既遂的理由在於行為本身依當前社會所具備的科學知識看來，不會有不能容忍的危險，則屬不能未遂，如果會有不能容忍的危險，則屬障礙未遂。甲所竊盜的是一般住家，在一般住家中依社會通念會有發生財物受損的可能性，因此仍是社會所不能容許的危險，因此甲的行為是障礙未遂。沒有其他的阻卻違法或罪責事由，甲構成本罪。此外，因為甲是在白晝侵入住家，不必討論夜間侵入住宅的加重竊盜罪。
- (四)甲於夜間侵入公寓，可能構成侵入住居罪：依題意所指，因為甲有取得金項鍊，所以本題中甲應該是侵入了公寓中的住家，因為不會有人把金項鍊放在樓梯間，所以甲在未得住居權人同意下侵入他人住家，客觀構成要件該當，主觀上有故意，沒有阻卻違法 and 罪責事由，甲構成本罪。
- (五)甲得兩條金項鍊並放入口袋，可能構成刑法三二 條一項的竊盜既遂罪：甲在未得持有人同意下，破壞原持有人對兩條金項鍊的持有，問題是甲隨後就被捕了，是否有建立自己對於金項鍊的持有即為問題，因為所謂建立自己持有就是建立對於財物的事實上支配關係，金項鍊的體積不大，只要是放入口袋，就可以肯定行為人已經建立起此種事實上支配關係。因此甲已經放入口袋，可以肯定已經建立起自己對於金項鍊的持有，客觀構成要件該當。甲主觀上認識其行為，知道其行為沒有法律上理由，也知道他在破壞他人持有建立自己持有，有不法意圖和所有意圖，沒有其他阻卻違法 and 阻卻罪責事由，甲構成本罪。
- (六)甲得兩條金項鍊並放入口袋，可能構成刑法三二一條一項的加重竊盜罪：客觀上甲已經該當竊盜罪的要件，而且甲又是在夜間侵入公寓中的住家行之，因此客觀上該當，主觀上甲也認識他夜間進入公寓中的住家行之，所以也該當主觀要件，沒有阻卻違法 and 罪責事由，甲該當本罪。
- (七)競合：甲有三次的行竊，這三次都不是針對同一法益，所以不討論接續犯的問題，但是這三次行竊是否要透過連續犯的規定處理？因為連續犯的主觀要件是「概括故意」（整體故意），對於其內涵有認為必須要在第一次行為之前即有全部行為的認識，有認為後一次決意是前一次決意的延續即為已足，管見以前說為當，因為連續犯之所以合併處罰正是其於整體的故意認知。甲在第一次行為前依題意並沒有計劃要進行多少次的行為，所以不具連續犯的整體故意認知，不構成連續犯。因此甲三個行為是數罪併罰的關係，第一個行為不構成犯罪；第二個行為是一行為構成侵入住居和竊盜未遂，侵害數法益，從一重竊盜未遂處斷，不過學說上也有認為這是兩行為，應該構成方法目的關係的牽連犯，從一重竊盜未遂處斷，結論上相同；第三個行為構成侵入住居、普通竊盜既遂、加重竊盜既遂，之罪為法條競合，論以特別要件的加重竊盜罪，再和第二個行為的竊盜未遂數罪併罰。

三、刑法第三 二條第一項規定謂：「私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由者，處五年以下有期徒刑。」試問本罪之法律性質，究係「繼續犯」抑或「狀態犯」？究係「結果犯」抑或「單純舉動犯」？並說明本罪與「強制罪」（刑法第三 四條）之關係。（二十五分）

命題意旨	刑法三 二條的性質、犯罪類型的理解、自由法益侵害的概括與具體規定。
答題關鍵	1.先將三 二條的法益、非難重心、結果的發生是否必加以說明。 2.再分別寫出繼續犯、狀態犯、結果犯、單純舉動犯的定義，然後與述說明釐清關係。 3.最後以法益的觀點說明三 二和三 四的不同。
擬答鑑示	1.參考：蔡律師，刑法分則，頁99-125，高點出版。 2.參考：林山田，刑法通論(下)，頁277-278。 3.參考：方律師，刑法總則，2-34頁，高點出版。 4.參考：蔡律師，刑法總則編，114-125頁，高點出版。

【擬答】



- (一)刑法三 二條的法律性質與構成要件分析：本罪所保護的法益是被害人潛在的行動自由，換言之，是一個人在空間上的行動自由，其構成要件按照學說上一般的見解，是行為人在違反被害人意思的前提下，將被害人拘禁在一個空間裏，並進而導致行為人行動往來的自由受到剝奪。
- (二)透過如上的分析，必須在行為人的行動自由受到「一定期間」的「確實剝奪」時，才可能該當於本罪既遂犯部分的規定，這是因為行動自由的受侵害不能只以單一個時點就表現出來，至少必須有一定時間的持續，如此才有行動自由受侵害的意義。另外，雖然構成要件上沒有明文寫出被害人的行動自由必須發生「確實的剝奪」，但是解釋上仍必須以之為要件，否則一則無法確實認定未遂犯的要件，二則違反刑法對於個人法益的侵害以法益的實際侵害作為重心的觀點。
- (三)所謂狀態犯，係指行為一旦造成法定之不法情狀，犯罪即屬完成。犯罪完成後，實行行為雖已停止，而不法之狀態仍然存續，而存續之事實不再是犯罪之事實。而所謂繼續犯係指構成要件之行為須對法益一定時間繼續侵害之犯罪。或有認為行為人之意思，足以決定行為所造成不法情狀之久暫的犯罪。行為人之行為只要發生構成要件該當結果，犯罪即屬既遂；惟行為人如未放棄犯罪之實施者，法定構成要件不斷地實現，是以在繼續期間仍是犯罪之實行，謂之繼續犯。繼續犯之重點在於對於法益必須一段時間侵害才能既遂或者是行為人既遂後若不放棄犯意，則構成要件事實則不斷地實現。就刑法三 二條的犯罪性質而言，因為行動自由必須有一定時間的剝奪，才有行動自由受侵害可言，一瞬間的剝奪不能說是行動自由的剝奪，而立法者的非難核心也就在行動自由的持續性侵害之上，且行為人既遂後若不放棄犯行，則妨礙行動自由之事實，則不斷實現，故本罪就構成要件上論之，應該是繼續犯。
- (四)所謂單純舉動犯，是指構成要件只規定了行為，行為人單純為行為，就構成既遂犯（通常也不會有未遂處罰的規定）；所謂結果犯，是指構成要件除了行為，還有結果的規定，行為人之行為至少要與結果的發生有因果關係和客觀歸責的前提下，才能構成既遂。刑法三 二條透過上述的說明，必須有被害人的行動自由受到剝奪，才能認定該當於第一項的既遂犯，否則只能構成第三項的未遂犯。因此就構成要件論之，是屬於必須有結果的出現，才能論以既遂犯。
- (五)刑法三 四條的強制罪，就學說上而言，是屬於意志形成自由的侵害，行為人以強暴、脅迫的行為使被害人行無義務之事或妨害他行使權利，此種規定按照通說的見解是自由法益的基本規定，自由法益其他構成要件的規定是就具體類型的自由加以規定的，而強制罪則是就最基本的意志形成自由之侵害加以規定，因此可以認為強制罪是其他自由法益保障的構成要件之基礎，其他自由法益的侵害毋寧可說是對於意志形成自由侵害的具體化、類型化，但基本的侵害都是架構在強制罪所保護的意志形成自由之上，刑法三 二條是就行動自由侵害加以規定，也是一種意志形成自由的具體化，因此兩者的關係可以說強制罪是概括構成要件，而三 二條是具體構成要件，如果行為人以一行為該當兩罪，則論以法條競合的特別關係（學說上亦有認為係吸收關係）只適用具體構成要件的三 二條即可。然而如果行為人以數行為分別實現了妨礙行動自由罪及強制罪的構成要件，例如，把人關起來強制他人工作，此種情形通說認為應論以不罰之後行為（或法條競合）而適用妨害行動罪。但亦有認為數行為就應該有數次的評價，所以應論以牽連犯。

四、刑法第一二四條規定：「有審判職務之公務員或仲裁人，為枉法之裁判或仲裁者，處 \_\_\_\_\_」

- (一)此條文中「法」的意義為何？又本條之「法」與刑法第一條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者，為限。」條文內所稱之「法律」是否同義？（十五分）
- (二)刑庭審理中，辯護律師聲請調查有關被告不在場的證據，法官故意不表示任何意見，也不調查證據，在該證據不明情況下做出判決。該法官的行為是否會成立枉法裁判罪？（十分）

命題意旨	枉法裁判罪的理論。
答題關鍵	先討論枉法裁判的理論，再以違背義務為核心論述，進而確認第二部分的實例。
擬答鑑示	1.參考：劉幸義，枉法裁判行為理論與方式。 2.參考：劉幸義，罪刑法定主義的理論與實務批判。 3.參考：蔡律師，刑法總則編，697-704 頁。高點出版。

#### 【擬答】

- (一)1.刑法一二四條是處罰「枉法裁判或仲裁的公務員或仲裁人」，而其構成要件中的行為類型即是「枉法」行為，而枉法的「法」即為行為人的裁判或仲裁是否「枉」之標準，至於如何認定該標準，即「枉法」的「法」為何有四種不同的觀點：
- (1)主觀枉法理論：所謂的法是指「法官或仲裁人的主觀上對於法律的確信」，枉法是指行為人違背該確信的裁判或仲裁。
- (2)客觀枉法理論：所謂的「法」是指「客觀之法」，而客觀法的內容為何又有不同的看法，有認為是指通說或最高法院的裁判、有認為指確定力審級的法律見解、有認為是指審理枉法案件的刑事庭之意見，而枉法即違背此種客觀法所為的判決。
- (3)混合枉法理論：「法」包含了兩個層面的要素，第一是客觀之法，第二是行為人的主觀法確信，必須同時違反了這兩種「法」，才能稱為「枉法」。
- (4)違反義務理論：「法」不僅指客觀可主張之法，還包括行為人在訴訟和仲裁上的義務，因此枉法包括了三種情形，第一是與客觀枉法理論相同的枉法行為，第二是違背其審判或仲裁的程序而提出或不利用特定的證據進行程序，第三是依據和事理無關的裁量來進行裁判或仲裁。就以上四說，管見以為以第四說的違背義務說為當，因為從本罪所保護的法益來觀察，本罪的法益在於確保法治機能，亦即在審判、仲裁時，法律所擁有的社會公正秩序機能，法官和仲裁人均具有維持社會公正秩序機能的義務。主觀理論以行為人的內心確信為法的內容，將使本罪成為違反信念的犯罪；客觀理論只強調司法行為的正確性，無法說明法官或仲裁人具有社會公正秩序義務的重要性，混合枉法理論則兼具兩者之憾，因此只有違背義務理論才能說明法官和仲裁人透過違背義務的方式以侵害該社會公正秩序，因此

以第四說為可採。

2. 同上所述，刑法一二四條之「法」即包括了客觀之法以及行為人在訴訟與仲裁時的義務。只要違背其一即為枉法行為。
  3. 此外，刑法第一條的「法律」是指立法院通過、經總統公布生效的「實證法」而言，只有透過實證法的明文規定才能科與行為人刑罰，而該實證法必須以成文化的文字書寫、以行為時有效，規定上明確其罪與刑的範圍為限。在第一條所稱的實證法自然與刑法一二四的枉法之「法」不同，因為刑法一二四的枉法並不只有實證法，還包括法院對於實證法的解釋（這部分是客觀之法）以及在程序中的特定義務而言。
- (二)
1. 如前所述，所謂的枉法是指未依「客觀之法或其義務」裁判或仲裁，就此可以大別出三種行為人可能的行為方式，第一是不正確地適用法律（即客觀之法），第二是法官或仲裁人以不符真實性的事實情況為裁判基礎，違反其真實義務而為判決或使裁，第三是法官或仲裁人其於與事理無關的衡量、有意地濫用裁量。
  2. 如果在刑庭審理中，辯護律師請求調查有利於被告的證據，而法官「故意」不表示意見亦不調查，而不清楚該證據下為判決，此種行為所涉及的是上述第二種枉法行為態樣。刑事程序的基本原則是「實質真實發現」，但該真實發現不是沒有受到限制，亦即如果基於事實上或法律上理由，無法完整地闡明事實，即受有限制，就事實上理由而言，例如證明的困難性，法律上理由，例如證據的禁止等等，因此，法官在訴訟上的義務應該是在訴訟規則、事理一般評價的前提下進行刑事程序的真實發現，如果法官沒有依據上述要求進行真實發現，就算發現的是客觀上的真實，還是屬於違背義務的行為。因此，就枉法行為的第二種類型在刑庭的實踐上，應該認為只有法官以不符訴訟規則或事理一般評價的義務時，才能說是枉法裁判，而客觀真實為何就違背義務理論而言是不重要的。
  3. 承上所述，本題中的法官具有調查證據的義務而故不調查，並且在該證據是有利於被告的證據之情況下故意為之，客觀構成要件該當於違反義務的真實發現責任，主觀上又是基於故意，沒有其他阻卻違法或罪責事由，應該構成枉法裁判罪。



高點