

《刑法》

一、甲計畫竊取乙的金條，但內心不安，乃向友人丙透露其計畫與內心焦慮，丙安慰甲後，因害怕甲可能觸法，乃於甲實施犯罪之前，告知乙可能會有竊賊，乙連夜將金條搬走。甲當天晚上從頂樓翻入乙家之後，打開放置金條的保管箱，發現內部空無一物，只好空手而回。請問甲的刑事責任為何？（25分）

試題評析	本題涉及普通未遂與不能未遂的區分，只要掌握不能未遂的各種見解，應該能夠得到不錯的分數。
考點命中	1.《高點刑法講義》第二回，榮律師編撰，頁24-26。 2.《透明的刑法總則篇》，高點文化出版，榮律師編著，頁12-10至12-14。

答：

(一)甲翻入乙家之行為，成立刑法（下同）第306條第1項侵入住宅罪：

- 1.客觀上，甲未經乙同意而進入乙之住宅，已侵害乙對於住處的支配權；主觀上，甲認知到未經乙同意仍決意進入乙家，具有侵入他人住宅故意無疑。
- 2.甲無正當理由而無故侵入乙家，且無其他阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(二)甲打開乙家保險箱卻空手而回之行為，成立刑法（下同）第320條第3項普通竊盜罪之普通未遂（第25條）：

- 1.主觀上，甲本於排除乙對財物之所有並據為己有之目的，且認知其開啟乙保險箱係排除乙持有支配之竊取行為而仍決意為之，甲具有竊盜故意與不法所有意圖。
- 2.客觀上，依照主客觀混合理論，甲出於竊盜乙財物之犯罪計畫而開啟乙保險箱時，由於乙之財物為靜止之物，故此時已對其財物造成直接危險而屬著手，僅甲未取得財物之持有支配，故為未遂。
- 3.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 4.甲打開乙保險箱時空無一物，是否成立不能未遂，容有舊客觀危險說、具體危險說以及重大無知說之爭，本文以為，舊客觀危險說及具體危險說並非行為是否無危險的具體標準，應採重大無知說為妥。本題中，依照當代科學知識，甲開啟他人之保險箱以實行竊盜之行為並非對因果關聯的重大誤認，僅係在具體個案中乙先行搬走金條的意外障礙，故非第26條不能未遂，而為第25條普通未遂。

(三)甲翻入乙家竊取乙金條未果之行為，因已成立刑法（下同）第306條第1項侵入住宅罪及第320條第3項普通竊盜未遂罪，自成立第321條第2項與第1項第1款之加重竊盜未遂罪。

(四)小結：甲成立之侵入住宅罪、普通竊盜未遂罪以及加重竊盜未遂罪，依法條競合特別關係，論以加重竊盜未遂罪即為已足。

二、甲無汽車駕照而駕駛汽車，某日超速而來不及剎車撞上對向車道違規左轉的機車騎士乙，造成乙死亡。事後確認，即使甲未超速，因為乙違規左轉又超速，甲仍然有高度可能性會撞上乙造成其死亡。請問甲的刑事責任為何？（25分）

試題評析	本題罕見地考了客觀歸責理論的「風險升高理論」爭點，應列出肯否兩說並採取一個見解作答。
考點命中	1.《高點刑法講義》第一回，榮律師編撰，頁50。 2.《透明的刑法總則篇》，高點文化出版，榮律師編著，頁6-13至6-14。

答：

(一)甲開車超速撞死違規左轉的乙之行為，成立刑法（下同）第276條第1項過失致死罪：

- 1.客觀上，甲撞上乙係乙死亡中不可想像不存在的條件，兩者間具有條件因果關係。又甲超速已違反道交條例而無法主張信賴原則，故係製造法所不容許的風險。又，處罰無照駕駛的規範目的在於避免駕駛人無妥善控制車輛之能力，甲無照且超速撞死乙所實現的風險應該規範保護目的之內。
- 2.惟若事後證明甲合於速限仍有造成乙死亡之可能性，則乙死亡風險之實現是否應歸責予甲，涉及風險升高理論之爭議：

【版權所有，重製必究！】

- (1)否定說認為，依照罪疑惟輕原則，若無法證明甲超速撞乙所製造風險與乙死亡結果之間的因果關係，則應評價為無罪，風險升高理論有違反罪疑惟輕原則，且將實害犯當成危險犯處罰之嫌。
- (2)肯定說則以為，為了達到促進甲遵守規範的一般預防功能，既甲無照駕駛且超速違反義務，自應為其升高風險的行為造成之結果負責。
- (3)本文以為，風險升高理論得用以解釋共同正犯、同時犯、共謀共同正犯以及幫助犯的可歸責性，且能有效降低證明難度，肯定說可採。本題中，甲無照駕駛並超速撞到乙時已升高乙死亡之風險，故甲應為乙死亡結果負責。

3.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(二)小結：甲成立過失致死罪。

三、甲趁友人乙不注意時，出於「盜用信用卡再歸還」之意思，從乙的錢包中取得乙所有信用卡，持之前往加油站，在加油站直接感應且無須簽名的自助加油區，以信用卡支付汽油費用共1000元，加完油後不久，甲再趁乙不注意，把信用卡放回乙的錢包中。請問甲的刑事責任為何？（25分）

試題評析	本題為傳統盜領信用卡消費的考點，重點在於盜取信用卡是否成立竊盜罪，以及持盜領信用卡是否為收費設備詐欺罪的「不正方法」。
考點命中	1.《高點刑法講義》第三回，蔡律師編撰，頁61-62、103-104。 2.《透明的刑法分則篇》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁5-10至5-11。

答：

(一)甲取得乙信用卡之行為，不成立刑法（下同）第320條第1項普通竊盜罪：

- 1.客觀上，甲未經乙同意取得其信用卡，係排除乙對信用卡的持有支配並建立自己的持有支配的竊盜行為。
- 2.主觀上，甲明知乙未同意仍決意取走乙之信用卡，故具有竊盜故意無疑。惟甲係出於取得信用卡所延伸的價值的目的而為之，其是否具有所有意圖，涉及所有意圖對象的爭議：
 - (1)實體理論認為，所有意圖的對象為財產本身；價值理論則主張行為人的所有意圖只要針對物體所含有的價值即可。
 - (2)本文以為，本罪保護法益為對財物的持有及所有，故實體理論的立論點可採，惟實體所體現之價值亦應屬所有意圖的對象，始能周全保護法益。
 - (3)本題中，甲取得信用卡加油扣款後，已減損信用卡所表彰的經濟價值，故甲即使盜用信用卡時並無對信用卡據為己有的目的，惟其盜用以加油即對信用卡延伸的經濟價值具有所有意圖。
- 3.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(二)甲持竊取之信用卡加油之行為，成立刑法（下同）第339條之1收費設備詐欺罪：

- 1.客觀上，甲持竊取的信用卡加油是否為「不正方法」，容有爭議：
 - (1)類似詐欺理論認為，本於立法者填補處罰漏洞的目的解釋，應係指類似於詐欺的不正當方法；主觀化理論主張，舉凡違反處分權人意思的行為皆屬之；實務上則認為所謂「不正方法」係指一切不正當之方法（94台上4023判決）。
 - (2)本文以為，類似詐欺理論標準不明確、主觀化理論使得「詐欺背信化」，而實務見解則過度擴張本罪範圍，故「不正方法」應限於違反自動設備操作規則的情況。
 - (3)本題中，自助加油機器是「認卡不認人」，亦即其機制是持真正的信用卡即可進行交易，無論甲所持有的信用卡是否為自己所有，或是否為正當方法取得，故甲即使無使用乙信用卡的實質權限，使用該信用卡加油仍非本罪的「不正方法」。
- 2.甲不成立本罪。

四、甲、乙為男女朋友，乙有意與甲分手，乃約在某汽車旅館談判，由於乙非常堅持，甲只好作勢要跳樓自殺，並威脅乙：「如果不繼續交往，且以發生性行為作為證明交往的依據，我就要跳樓自殺」，由於甲步步逼近窗戶邊緣且作勢要跳樓，乙只好與甲發生性行為而讓甲放棄自殺。請問甲的刑事責任為何？（25分）

【版權所有，重製必究！】

試題評析	本題為強制性交罪與強制罪的基本考題，建議在答題上先討論強制罪及其違法性的爭點，再討論強制性交罪，以有層次地呈現答題架構。
考點命中	1.《高點刑法講義》第三回，榮律師編撰，頁23-24。 2.《透明的刑法分則篇》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁2-6至2-7。

答：

(一)甲威脅乙繼續交往之行為，成立刑法（下同）第304條強制罪：

- 1.客觀上，甲以自殺且步步進逼窗邊等自身得以支配的惡害為內容通知乙，使乙害怕甲自殺而心生畏怖，已屬脅迫手段，使乙行使無義務發生之性行為，侵害乙意思決定自由；主觀上，甲有脅迫乙行無義務之事故意無疑。
- 2.違法性階層上，本罪為開放構成要件，應正面審查甲脅迫手段與目的關聯性。本題中，甲繼續交往的目的應屬合法，惟其脅迫手段不合法，故甲之行為具違法性。
- 3.甲具罪責，成立本罪。

(二)甲以自殺威脅乙使其與己發生性關係之行為，成立刑法（下同）第221條第1項強制性交罪：

- 1.客觀上，甲威脅乙自殺等手段屬脅迫，已如上述。又，甲以脅迫方法違反乙意願與其性交，已侵害乙之性自主法益；主觀上，甲有強制性交故意無疑。
- 2.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(三)小結：甲成立之強制罪與強制性交罪，係一行為侵害具有不法內涵與保護法意部分同一之犯罪，應依法條競合特別關係論以後者。

【版權所有，重製必究！】