

《刑法》

一、甲與 A 因事結仇，擬買通黑道分子將 A 殺害。某日甲持款前往 B 宅洽談殺 A 之事，因 B 甫經管訓完畢，不想再惹事，當場拒絕。甲再轉往 C 宅請託，獲 C 首肯後，復交予手槍一把。某夜 C 持槍至 A 宅正擬翻牆入內時，適有巡邏警車經過，遂匆忙逃逸。惟甲仍未死心，復於某日暗中將 A 所駕汽車之煞車系統破壞，致 A 開車路經某產業道路時，因煞車失靈，翻覆稻田，身受重傷，經路人發現急電救護車載赴醫院急救。惟救護車於途中因閃避某違規機車，致撞及路旁電線桿翻覆，A 當場被壓斃。試問甲應負何刑責？(25 分)

命題意旨	主要在測驗同學對刑法總則的瞭解，跟刑法分則幾乎無關。
答題關鍵	此題考點分明，一為教唆未遂的修法，二為因果關係，由於題目並未清楚言名細節，故只要把爭議寫出，應可掌握。
高分閱讀	1.法觀人 119 期-司法三等考場特刊 題目 2：普通未遂與不能未遂之教唆犯(相似度 75%) 2.法觀人 120 期-律師考場特刊 P.37~38：教唆犯(相似度 60%) 3.高點重點整理系列-刑法總則(方律師) P.2-35~2-47：因果關係與結果規則(相似度 90%) P.2-346~2-356：教唆犯(相似度 70%) 4.經典試題系列-刑法總則(金律師) P.2-47~2-52：因果關係與結果規則(相似度 80%) P.2-346~2-356：教唆犯(相似度 70%)
參考資料	月旦法學教室第 48 期，預備罪之教唆犯或幫助犯(甘添貴)

【擬答】

甲應負之刑責如下：

(一)甲前往 B 宅洽談殺 A 之事，可能構成教唆殺人未遂罪（刑法第二七一條、第二十九條）：

- 1.教唆犯以有教唆之雙重故意並實施教唆行為為要件。惟，教唆人是否構成犯罪，是否因被教唆人實行犯罪的程度而有不同之判斷，於刑法修正前後有不同結論。
- 2.本題 B 已拒絕甲之請託，足見被教唆人並未實行犯罪行為。倘依九十四年二月二日施行前之舊刑法第二十九條第三項：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論」，縱然被教唆之未為犯罪行為，但甲仍應以未遂犯論。
- 3.惟，舊法就教唆犯之處罰明顯採取共犯獨立性說，側重行為人之惡性，而有違現代刑法以處罰犯罪行為之基本立場，從而新法改採共犯從屬性說（限制從屬性說），教唆犯之成立應以正犯行為存在為必要，且該正犯行為至少亦須已著手於實行行為，教唆犯始得附麗。
- 4.故，B 既拒絕甲之請託，未達殺人之著手，甲前往 B 宅洽談之教唆行為，亦無所附麗，故不構成犯罪。
- 5.另，關於故謀共同正犯之問題，因某甲此行為並未延續，故無此問題存在。
- 6.又，在修法廢除二十九條第三項之後，仍有是否成立預備罪之爭議，然此題 B 也未為任何預備行為，故此爭議亦不在討論範圍之內。

(二)甲轉往 C 宅請託，可能構成教唆殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項、第二十九條）：

- 1.被教唆人 C 持槍至 A 宅正擬翻牆入內，因有巡邏警車經過，最後匆忙逃逸，首先，因 C 之行為係於深夜進行，以致其翻牆入他人住宅之行為，恐已有對於他人生命法益之具體危險，故已達著手；其次，因有巡邏警車經過而使犯罪行為未遂一事，學說與實務皆認此種情況並非基於己意中止而為之，故仍屬障礙未遂，而未能依中止犯予以減免其刑。是故，C 構成殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項）。

2.甲為C之殺人行爲之教唆人，依共犯之限制從屬性說，得成立殺人未遂罪之教唆犯。附帶一提，其應適用何者之刑，依新法第二十九條之立法理由可知，應視被教唆人所實行之構成要件事實既、未遂爲斷。

(三)甲破壞A之汽車煞車系統之行爲，可能構成殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項）：

- 1.客觀上A之死亡結果，與甲之破壞行爲有條件關係。
- 2.是否具備客觀可歸責性：甲之行爲雖製造了法所不容許之風險，但風險是否實現於結果，則有疑義。甲雖使A駕車時煞車失靈，但A之死亡結果係由於救護車送醫途中之事故，導致A當場被壓斃，從而，學說上多數認爲此係反常之因果歷程，是故該結果不歸屬於甲之行爲。亦即，A死亡屬於日常生活所生之風險。
- 3.學說上雖另有見解認爲，倘若行爲人對於結果有所支配，即不應因反常的因果歷程而不予以歸責，惟此處認爲，就結果之歸屬上需視其行爲之危險是否具體落實結果之上，是故，從多數說，A之死亡結果不歸屬於甲之行爲，甲之行爲未遂。
- 4.客觀上殺人未遂之行爲，於本題亦同時構成重傷害既遂，而應論以故意殺人未遂亦或故意重傷既遂，則應視行爲人主觀而定。甲主觀上對於A死亡結果有認識與意欲，從而，應論以故意殺人未遂罪。

(四)競合：

甲觸犯教唆殺人未遂罪、殺人未遂罪，且非出於一行爲，數罪併罰之。

二、甲與乙係甫假釋出獄之受刑人，由於謀職不易，亟思偷竊。某日，甲、乙見某社區似為富豪之丙一家出國，且其管家時常外出不歸，遂於某夜晚侵入丙宅，搜尋有價值之財物。俟二人進屋後，果然看到財物，包括珍貴珠寶、名牌皮包、古董、名畫、保險金庫等，可謂嘆為觀止。然天色已晚，恐管家或警員巡邏，而耽心如下手行竊大宗寶物恐會被發現，只取走五件財物，就離開丙宅。由於甲、乙二人受丙家財物誘惑，離開丙宅前就決定，在翌日要再度進入丙宅行竊。在第二天的中午，二人又侵入丙宅，重點置於「保險金庫」，然由於有密碼鎖，雖二人努力嘗試破解，但沒有成功，且不慎觸動警鈴，二人乃逃離現場，但此次沒有拿到任何財物。不久，甲、乙二人因出售竊得之五件財物時，為警方逮獲。試問本案甲、乙之行爲，應如何論處其犯罪？（25分）

命題意旨	本題最主要之考點為甲乙先後為二次竊盜行爲，原則上應係成立數罪併罰，惟若參考94年刑法刪除第56條之修法理由，解釋上或有例外，考生應將此部分特別闡述，始能獲得高分。
答題關鍵	除了必須提及94年刑法刪除第56條之修法理由外，其餘考點皆屬次要，僅點到即可。如甲、乙第二次行竊是否著手？出售財物之行爲是否構成侵占罪？以及共同正犯與假釋之撤銷。
高分閱讀	1.法觀人119期-司法三等考場特刊 題目1：竊盜之罪數認定（相似度70%） 2.法觀人120期-律師考場特刊 P.39~40：竊盜之罪數認定（相似度60%） 3.高點重點整理系列-刑法總則（方律師） P.3-3~3-16：竊盜之罪數認定（相似度75%） 4.高點重點整理系列-刑法分則（方律師） P.2-9~2-43：竊盜之持有支配與競合（相似度85%） 5.高點經典試題系列-刑法分則（金律師） P.2-36~2-44：竊盜之持有支配與競合（相似度80%） 6.高點歷解系列-律師司法官歷屆試題詳解(刑法) P.90-3~90-4：竊盜之持有支配與競合（相似度80%）
參考資料	1.月旦法學教室第59期 連續關係與存廢（柯耀程） 2.月旦法學雜誌第136期 淺談牽連犯與連續犯廢除後之適用問題（范清銘）

【擬答】

一、甲之刑事責任

(一)甲夜晚侵入丙宅取走五件財物之行爲，成立刑法第 321 條第 1 項第 1 款之加重竊盜罪：

- 1.於夜間侵入住宅或有人居住之建築物、船艦，或隱匿其內而犯竊盜罪者，成立加重竊盜罪。本題中甲於某日夜間侵入丙宅，雖只取走五件財物，然已實現竊取他人動產之構成要件。而甲取走五件財物，因僅侵害一個屬於丙之財產監督關係，故僅成立一罪。甲主觀上之認知亦符合上述要件，主觀構成要件亦該當。
- 2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- 3.附帶一提，雖實務上討論中止未遂時，有認為若依經驗法則，竊賊若行爲之初對竊取之物有甚大之期待，著手後發覺並無預期價值之物，可能成立中止未遂，惟本題甲因已成立既遂罪，故無討論中止未遂之餘地。此外，甲夜晚侵入丙宅，亦會構成刑法第 306 條之侵入住宅罪及第 320 條之竊盜罪，惟此二罪與前述加重竊盜罪應成立法條競合，不另論侵入住宅罪及竊盜罪。

(二)甲於某日中午侵入丙宅，成立刑法第 306 條之侵入住宅罪：

- 1.無故侵入他人住宅、建築物或附連圍繞之土地或船艦者，成立侵入住宅罪。本題中甲故意無正當理由侵入丙宅，主客觀皆該當。
- 2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(三)甲嘗試破解保險金庫密碼鎖之行爲，成立刑法第 320 條第二項之竊盜未遂罪：

- 1.意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，成立竊盜罪。本題中甲主觀上具有不法所有意圖與竊盜故意，惟客觀上因無法破解保險金庫密碼鎖，且不慎觸動警鈴而未既遂。惟其已嘗試破解保險金庫密碼鎖，爲接近並物色財物之行爲，故依據 82 年刑事庭第 2 次決議所採之見解，應認其已著手，故甲成立竊盜未遂罪。
- 2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(四)甲出售竊得之五件財物之行爲，不成立刑法第 335 條之侵占罪：

- 1.意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，成立侵占罪。而侵占罪之成立，是否包括行爲人因不法行爲取得持有之物，則有爭議。少數學說認為，爲避免處罰上之漏洞，應認為侵占罪之成立不以合法取得持有之物爲限，即便是不法行爲取得之物，亦有侵占罪之適用。惟實務與多數學者認為，「刑法上之侵占罪，以侵占自己持有他人之物爲前提。換言之，必行爲人基於法令、契約或法律行爲以外之適法行爲如無因管理，不當得利等原因而持有他人之物，於持有狀態繼續中，易持有爲所有之意思始可，故如行爲人初並未適法持有該他人之物，其之取得持有，係基於不法所有之原因，如竊盜、詐欺、強盜等，即應逕依各該罪論處，無論以侵占罪之餘地。」（參 84 年度台上字第 1875 號判決）。

- 2.管見贊同實務與多數學說見解，故甲出售竊得之五件財物之行爲，並不構成侵占罪。

(五)競合：甲成立加重竊盜罪、侵入住宅罪及竊盜未遂罪，由於侵入住宅罪與竊盜未遂罪係出於一個意思決定，爲一行爲，故成立想像競合，從一重之竊盜未遂罪處斷，再與加重竊盜罪數罪併罰。惟此種情形，於民國 94 年刑法修法將第 56 條連續犯之規定刪除前，可能成立連續犯，修法後適用數罪併罰之結果，對甲而言可能會造成刑罰過重而不合理之現象。關於此，第 56 條之修法理由第四點特別指出「至連續犯之規定廢除後，對於部分習慣犯，例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因適用數罪併罰而使刑罰過重產生不合理之現象一節，在實務運用上應可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎『接續犯』或『包括的一罪』之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題」。因此，本題由於甲於第一次行竊離開丙宅前即決定翌日要再侵入丙宅爲第二次行竊行爲，若依據修法理由第四點之意旨，未來實務上發展可能認為甲成立加重竊盜罪之接續犯，此見解值得參考。

(六)此外，依據刑法第 78 條第 1 項之規定：「假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後六月以內，撤銷其假釋。但假釋期滿逾三年者，不在此限。」由於甲係甫假釋出獄之受刑人，故其應於本案之判決確定後，若本案判決爲有期徒刑以上刑之宣告者，即應將其假釋撤銷。

二、乙之刑事責任

(一)二人以上共同實行犯罪之行爲者，皆爲正犯。學說上亦認為，若多數行爲人間有共同行爲決意及共同行爲實施者，成立共同正犯，依一部行爲全部責任之法理予以處罰。本題中乙與甲共同爲二次之行竊行爲，應認為其與甲有共同行爲決意及共同行爲實施，故與甲成立共同正犯。依據一部行爲全部責任之法理，乙亦成立加重竊盜罪、侵入住宅罪及竊盜未遂罪。

- (二)競合：侵入住宅罪與竊盜未遂罪係出於一個意思決定，為一行為，故成立想像競合，從一重之竊盜未遂罪處斷，再與加重竊盜罪數罪併罰。若採取 94 年刑法修法第 56 條之修法理由之意旨，未來實務上發展可能認為乙成立加重竊盜罪之接續犯。
- (三)由於乙亦係甫假釋出獄之受刑人，故其應於本案之判決確定後，若本案判決為有期徒刑以上刑之宣告者，即應將其假釋撤銷。

三、某甲欲大量偽造面額千元的新臺幣，於是委託某乙為其製造一批器械原料，以利日後偽造新臺幣之用。某乙依照某甲的要求，製造完成一批器械原料，然後交給某甲。後來，某甲利用該批器械原料，偽造完成面額千元的新臺幣五千張。試問某甲與某乙各成立何罪？(25 分)

命題意旨	此題主要是在刑法分則的瞭解，刑總的部分不多，僅需討論幫助疑義。
答題關鍵	只要能夠被熟條文，此題應不難解。
高分閱讀	重點整理系列-刑法分則（方律師） P.3-137~3-145：偽造貨幣及其實質預備犯（相似度 85%）

【擬答】

(一)某甲之行爲，可能構成刑法一九五條第一項偽造貨幣罪。

- 1.貨幣屬於文書之一種，但刑法對於貨幣有專章規定，故僅討論偽造貨幣罪。
- 2.某甲之行爲屬於有形偽造，需以有真實貨幣存在為前提，此題以言名屬於千元偽鈔，屬於我國貨幣種類，故某甲客觀上之行爲已構成有形偽造。
- 3.然，偽造貨幣除故意之外，需以「意圖供行使之用」為要件，若行為人無此意圖，則偽造貨幣之行爲難以構成法益侵害，此題並未言名某甲是否具有此意圖，依罪移惟輕原則，應不構成犯罪。
- 4.同理，客觀上此紙鈔亦需有行使之客觀可能，此題並未言名鈔票是否看似為真，但既未言名某甲意圖供行使之用之意圖，則難成立此罪。
- 5.故某甲無罪。
- 6.需注意，即使某甲具有意圖，某甲僅成立一罪。最高法院決議亦贊同此見解：同時偽造、變造多數貨幣，仍應認為一罪。

(二)某乙之交付行爲，可能夠成刑法一九九條預備偽造貨幣罪。

- 1.此罪為實質之預備犯，而某乙先製造後交付，製造應數不罰之前行爲，僅論交付行爲即可。
- 2.客觀上乙有交付器械原料，但主觀上此罪除故意之外，仍然要求意圖，即「意圖供偽造之用」。
- 3.此罪並無要求「供行使之用」，故和甲之討論不同，乙具有供偽造意圖已足，故某乙可能成立此罪。某甲不成立犯罪但某乙成罪之疑義，由於此罪為實質之預備犯，屬於獨立處罰規定，故不以某甲成罪為要件。
- 4.同理，若某甲成罪，則某乙是否該成立某甲偽造貨幣之幫助犯？有三說：一說為既有獨立處罰，則不應成立幫助犯，亦有認為兩罪（偽造貨幣之幫助及預備犯）為補充關係，應論以較重之幫助偽造貨幣罪，亦有認為若有具體之正犯存在，則已非預備行爲，應僅論以幫助偽造貨幣罪。
- 5.此題應題目未言名某甲是否具有供行使之意圖，若無則某甲無罪，亦無以上爭議，若某甲成罪，管見以為，既有獨立處罰規定，不應再行構成幫助偽造貨幣罪。

四、甲向來與 A 有嫌隙。某日，甲唆使乙殺 A 的同時，又告訴乙說：「A 身上總會戴著名貴手錶，你殺了 A 之後，可以一併拿走。」然而，乙並未全然依甲的意思，只將 A 打成重傷，就取走 A 的名貴手錶。之後，乙為了表達未達成甲委託殺 A 的歉意，而將該名貴手錶送給甲，甲也欣然收下。試問甲、乙的行為應如何處斷？並說明理由。(25 分)

命題意旨	本題綜合諸多傳統考點，包括強盜後侵占是否成罪、教唆重罪而實施輕罪、前財產犯罪之共犯是否成立贓物罪，難度並不高，該點到的部分都有點到，應可獲得不錯的分數。
答題關鍵	就前述三個考點，皆有其重要性，答題時應注意時間、篇幅應平均分配，皆充分討論到即可。

高分閱讀	1.高點重點整理系列-刑法總則（方律師） P.2-346～2-356：教唆犯之正犯決議（相似度 80%） 2.高點經典試題系列-刑法總則（金律師） P.2-510～2-516：教唆犯之正犯決議（相似度 75%） 3.高點歷解系列-律師司法官歷屆試題詳解(刑法) P.93-27～93-28：教唆犯之正犯決議（相似度 80%） 4.法觀人雜誌第 117 期 新刑法總則之理論基礎-正犯與共犯（相似度 70%）
------	--

【擬答】

一、乙之刑事責任：

(一)乙將 A 打成重傷之行爲，成立刑法第 278 條之重傷罪：

1.使人受重傷者，成立重傷罪。而重傷之定義，依據第 10 條第 4 項之規定：「稱重傷者，謂下列傷害：一、毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。二、毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。三、毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅能。四、毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。五、毀敗或嚴重減損生殖之機能。六、其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。」本題中乙將 A 打成重傷，客觀構成要件該當。又乙主觀上之認識符合上述要件，主觀構成要件亦該當。

2.乙無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)乙打傷 A 並取走 A 之名貴手錶，成立刑法第 328 條之強盜罪：

1.意圖為自己或第三人不法之所有，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者，成立強盜罪。本題中乙將 A 打成重傷，係強暴行爲之施用，使 A 達無法抗拒之程度，而乙取走 A 之名貴手錶亦該當取他人之物之要件，故客觀構成要件該當。乙主觀上之認識符合上述要件，主觀構成要件亦該當。

2.乙無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(三)乙打傷 A 並取走 A 之名貴手錶，成立刑法第 332 條第 2 項第 4 款之強盜重傷罪結合犯：

1.犯強盜罪而使人受重傷者，成立強盜重傷罪結合犯。本題中乙同時構成強盜罪及重傷罪，且兩罪之實施復出於包括認識之情形下，該當本罪。

2.乙無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(四)乙將名貴手錶送給甲之行爲，不成立刑法第 335 條之侵占罪：

1.意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，成立侵占罪。而侵占罪之成立，是否包括行爲人因不法行爲取得持有之物，則有爭議。少數學說認爲，爲避免處罰上之漏洞，應認爲侵占罪之成立不以合法取得持有之物爲限，即便是不法行爲取得之物，亦有侵占罪之適用。惟實務與多數學者認爲，「刑法上之侵占罪，以侵占自己持有他人之物爲前提。換言之，必行爲人基於法令、契約或法律行爲以外之適法行爲如無因管理，不當得利等原因而持有他人之物，於持有狀態繼續中，易持有爲所有之意思始可，故如行爲人初並未適法持有該他人之物，其之取得持有，係基於不法所有之原因，如竊盜、詐欺、強盜等，即應逕依各該罪論處，無論以侵占罪之餘地。」(參 84 年度台上字第 1875 號判決)。

2.因此，採取實務與多數學說見解，乙將名貴手錶送給甲之行爲，並不構成侵占罪。

(五)競合：乙成立重傷罪、強盜罪及強盜重傷罪結合犯，三罪具有保護法益同一性，應成立法條競合，論以強盜重傷罪結合犯即可。

二、甲之刑事責任

(一)甲唆使乙殺 A 之行爲，成立刑法第 29 條及第 278 條之教唆重傷罪：

1.教唆他人使之實行犯罪行爲者，爲教唆犯。教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。刑法第 29 條第 1、2 項定有明文。惟本題中甲原先係教唆乙殺 A，而乙卻未全然依甲之意思，僅將 A 打成重傷，應如何處理，於民國 94 年刑法修正前，即有爭議。關於教唆者教唆重罪，被教唆者僅實施具有同質重合關係之輕罪，有認爲應成立重罪之未遂教唆(刑法第 29 條第 3 項)；亦有學者認爲，應成立輕罪之教唆既遂罪。惟刑法第 29 條第 3 項未遂教唆之規定已於 94 年刑法修正時刪除，故依現行法，應以後說爲當。亦即，本題中甲應成立教唆重傷罪。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)甲唆使乙殺害 A 並取走 A 之名貴手錶之行爲，成立刑法第 29 條及第 328 條之教唆強盜罪：

1.教唆犯及強盜罪之要件，皆已於前述及。本題中，甲唆使乙殺害 A 並取走 A 之名貴手錶，主觀構成要件該當。而客觀上雖乙僅以重傷之手段，取走 A 之名貴手錶，惟甲客觀上仍該當教唆強盜罪，主、客觀構成要件皆該當。本題中甲主觀上之認知與客觀上之事實並非一致，惟皆該當教唆強盜罪，並未有具有刑法上意義之錯誤，故仍該當教唆強盜罪。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(三)甲收受乙交付其之名貴手錶，成立刑法第 349 條第 1 項之收受贓物罪：

1.收受贓物者，成立贓物罪。又所謂贓物，爲不法行爲所取得之財物。惟若是前不法行爲之行爲人，是否皆爲適格之贓物罪之主體，學說及實務見解不一。實務見解認爲，前財產犯罪(不法行爲)之正犯及共犯，皆因後續處分、持有贓物而成立贓物罪。惟學說見解認爲，僅有前財產犯罪(不法行爲)之正犯，無後續成立贓物罪之可能，若係前財產犯罪(不法行爲)之共犯，仍得成立贓物罪。管見採學說見解。故本題中手錶既爲不法行爲取得之財務，且甲爲乙所構成之強盜罪之教唆犯，應仍有成立贓物罪之可能，其收受乙所交付之手錶，應成立收受贓物罪。而甲主觀上之認識符合上述要件，主觀構成要件亦該當。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(四)競合：甲成立教唆重傷罪、教唆強盜罪及收受贓物罪。教唆重傷罪及教唆強盜罪係出於一行爲，侵害不同法益，成立想像競合，從一重處斷。再與出於另一行爲之收受贓物罪數罪併罰。