

《刑法概要》

甲、申論題部分

- 一、甲為詐騙集團首腦，聘僱乙打詐騙電話，乙打電話對A聲稱其銀行帳戶有海外犯罪組織匯入款項，必須遭到監管。A擔憂自己涉嫌犯罪，在乙的電話指示下，從帳戶中提領新臺幣（下同）50萬元現金，交給負責收取款項的車手丙。丙與A見面取款時，出示一張偽造之臺灣臺南地方法院檢察署「洗錢科」職員證以取信於A，A不疑有他，遂將50萬元交給丙。甲、乙、丙之行為，如何依刑法論罪？（25分）

命題意旨	本題測驗加重詐欺罪之新法適用。
答題關鍵	雖然只是基本的構成要件適用問題，但仍然需要注意一些小細節，包括共謀共同正犯是否成立共同正犯、是否須納入「三人」之列、同時成立數款之競合，以及與僭行公務員職權罪之競合。
考點命中	《透明的刑法一分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁5-94~5-95。

【擬答】

- (一)詐騙集團首腦甲聘僱乙打詐騙電話給A並由丙取款之行為，三人成立刑法（下同）第339條第1項詐欺取財罪之共同正犯（第28條）：
- 客觀上，乙丙本於詐騙A之故意與犯意聯絡，由乙打電話對A聲稱帳戶遭監管，係傳遞與現實不符訊息之詐術施用行為，A因陷於錯誤而處分並交付款項50萬給丙，其行為前後之整體財產已減損，乙丙兩人對於詐欺事實亦有行為分擔，故有功能支配而成立共同正犯。
 - 又詐騙集團首腦甲雖未於乙丙兩人為詐欺構成要件行為時在場，惟乙丙係實行與甲所共同形成之犯罪計畫，故甲之犯罪支配力應持續至乙電話詐騙及丙取款時，依照犯罪支配理論，共謀之甲仍成立共同正犯。另若依釋字第109號解釋，甲亦因有正犯意思而成立共謀共同正犯，結論亦同。
 - 甲乙丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- (二)詐騙集團首腦甲聘僱乙打詐騙電話給A並由丙取款之行為，三人成立刑法（下同）第339條之4第1項第1、2款加重詐欺罪：
- 甲乙丙成立普通詐欺罪，已如前述。
 - 甲乙丙利用法院檢察署之公務員職位，而以洗錢等公權力行使作為詐騙A之內容，除侵害A之財產法益外，更傷害公眾對公權力之信賴，故應依第1款加重處罰。
 - 甲乙丙三人為共同正犯已如前述，惟甲於乙丙詐欺時並未在場實行，雖依最高法院76年台上字第7210號判例，不得計入結夥三人之列，惟依本罪第2款立法理由所示，共謀共同正犯甲應列入「三人」之內，本文採此見解，方符加重處罰集團性詐欺行為之立法意旨。
 - 甲乙丙雖該當2款加重事由，惟因三人詐欺基本行為僅一，故成立單純一罪（69台上3945判例）。
- (三)甲乙丙以法院檢察署洗錢科職員名義對A施用詐術之行為，成立刑法（下同）第158條第1項僭行公務員職權罪之共同正犯（第28條）：
- 甲乙丙三人就詐欺行為成立共同正犯，已如(一)述，又因三人詐欺行為係以冒充公務員執行職務為內容，故對此一構成要件事實亦有犯意聯絡與行為分擔，成立共同正犯無疑。
 - 甲乙丙知悉自己並無調查洗錢之職權，仍僭行越使此等公務員之職權，已妨害社會對公權力之信賴及社會秩序，三人亦無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- (四)丙出示偽造職員證之行為，係甲丙出於共同行使偽造文書之犯意聯絡，以公務員執行職務製造公文書之通常使用方法加以主張之行使手段，破壞社會大眾對該等文書之信賴，兩人亦無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第216條行使偽造公文書罪。
- (五)結論：甲乙丙成立之冒用公務員加重詐欺罪與僭行公務員職權罪，因前者已結合後者立法，僅論以前者即可；又三人成立之加重詐欺罪與普通詐欺罪，應依法條競合特別關係論以前者，再與行使偽造公文書罪依第55條想像競合。

- 二、甲是密醫，竟無視其不得擔任牙醫師之情狀，仍在某牙醫診所開業看診。某日甲於診所門診時間，

得乙之同意，且以符合醫療常規之處置為乙拔牙。幾日後，乙發現甲無醫師證照而執業，遂要求甲給付 10 萬元封口費，否則就要向醫政機關告發甲無照行醫，甲不得已而給乙 10 萬元。甲、乙之行為應如何論處（無庸討論密醫罪）？（25 分）

命題意旨	本題重點在違法性之討論，包括業務上正當行為、得被害人承諾，以及開放性構成要件之正面審查違法性。
答題關鍵	1. 甲是密醫，必須討論到「業務」概念，而乙已經同意拔牙，因此也須討論得被害人承諾。又得被害人承諾時常與客觀歸責理論之「被害人自我負責原則」相通，所以也可以一併討論，只是要特別注意體系不可誤用。 2. 乙對甲索求 10 萬元是恐嚇或脅迫，涉及到乙應否討論強制罪或強盜罪的問題，如果認為是恐嚇，則只能討論恐嚇取財罪。又乙舉發甲違法執行醫師業務的目的合法，因此須特別連結正面審查違法性的爭點，此一爭點正好是強制罪與恐嚇取財罪共通的問題。
考點命中	1. 《透明的刑法—分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 5-70~5-73。 2. 《透明的刑法—總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 9-10、9-38~9-40。

【擬答】

(一) 密醫甲為乙拔牙之行為，不成立刑法（下同）第 277 條普通傷害罪：

- 客觀上，甲替乙拔牙係製造乙身體機能受損之法不容許風險行為，此一風險於乙牙齒遭拔後實現，惟乙已事先無瑕疵地同意甲拔牙之傷害行為，因傷害罪之構成要件目的係避免他人傷害法益，而非被害人傷害自己，故得依被害人自我負責原則，甲實現之風險不在傷害構成要件效力範圍之內，客觀構成要件不該當。
- 退步言之，即使不採客觀歸責理論，甲故意之傷害行為仍可阻卻違法：
 - 依實務見解所採之「事實業務說」，密醫甲雖在形式上欠缺醫師資格，惟牙醫業務係依其社會生活地位反覆實施之業務行為，甲為乙拔牙既已符合醫療常規，即具社會相當性而得依第 22 條業務上正當行為阻卻違法。
 - 又乙對自己身體法益具有處分權限，雖其事前對於甲無醫師資格並無所知，惟對於拔牙一事仍係出於自由意志所為，即使認為甲係不作為施用詐術使乙陷於錯誤而承諾，依照「法益關聯性理論」，就甲是否具醫師資格之事，亦非與乙對身體法益之承諾範圍或內容有關，故乙之承諾仍屬有效，甲得依被害人承諾阻卻違法。
- 綜上，甲不成立犯罪。

(二) 乙以告發一事向甲索求 10 萬元之行為，成立刑法（下同）第 346 條第 1 項恐嚇取財罪：

- 客觀上，乙以告發甲無照執業等可支配之惡害通知為脅而使甲心生畏怖，並未達至使甲不能抗拒之程度，故應為恐嚇而非脅迫（80 年度第 4 次刑庭決議），甲因此交付 10 萬元封口費而減損整體財產，乙之恐嚇手段與甲財產減損間具備因果鏈之要求。
- 主觀上，乙有恐嚇故意，且乙並無索求封口費之權限，自具不法所有意圖。
- 於違法性之認定上，因本罪構成要件行為「恐嚇」之認定標準寬鬆而係開放性構成要件，應正面審查其實質違法性。本題中，雖乙告發甲之目的合法，惟其恐嚇甲之手段不合法亦欠缺合理關聯性，故具違法性。
- 乙具罪責，成立本罪。

乙、測驗題部分

(D)1 關於刑法上名詞定義，下列敘述何者錯誤？

- 以上、以下、以內者，俱連本數或本刑計算
- 一目視能之毀敗，屬於重傷
- 非基於正當目的，以性器以外之其他器物進入他人性器之侵入行為，屬於刑法上之性交
- 公務員不論其職務上或非職務上製作之文書，均屬於公文書

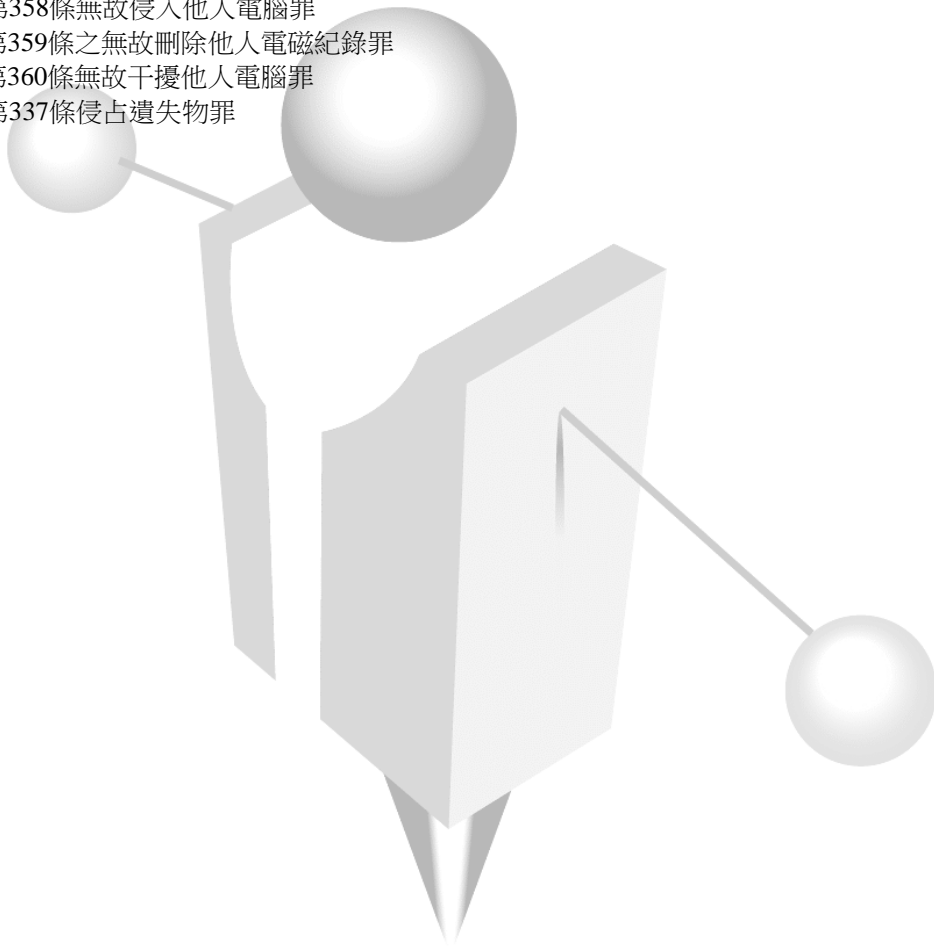
(B)2 關於妨害自由罪章，下列敘述何者正確？

- 甲將乙關在狗籠中，同時構成刑法第 304 條強制罪與刑法第 302 條私行拘禁罪，應優先宣告刑法第 304 條之罪
- 甲因停車糾紛，在乙之面前以大鎖鎖住乙之機車，使乙無法騎車離去，甲構成刑法第 304 條強制罪
- 甲將債務人乙關在乙之住家一天，不供給飲食，甲構成刑法第 296 條使人為奴隸罪
- 甲僅以侮辱性言語辱罵乙，乙心裡覺得很痛苦而無法上班，甲構成刑法第 304 條強制罪

- (B)3 情人節當天，20歲之甲男與15歲之女友兩人情不自禁發生性行為，因雙方均屬合意，甲自認其行為無觸犯法律之可能。甲屬於刑法學理上何種錯誤？
 (A)構成要件錯誤 (B)禁止錯誤
 (C)反面構成要件錯誤 (D)反面禁止錯誤
- (D)4 有關「中止犯」成立要件之敘述，下列何者錯誤？
 (A)行為人著手實行後，須出於己意自願放棄犯行或積極為防果行為
 (B)犯行既遂時，即不成立中止犯
 (C)中止犯須出於行為人自主動機而中止
 (D)行為人自願中止犯行，縱然行為與損害之間不具備因果關係，仍得構成不能未遂之中止犯
- (C)5 有關教唆犯的敘述，下列何者正確？
 (A)正犯雖未至犯罪，教唆犯亦處罰之
 (B)教唆他人殺害被害人，並提供兇器，僅成立殺人罪之幫助犯
 (C)教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之
 (D)唆使已有犯意之人，亦成立教唆犯
- (D)6 下列何者符合刑法第62條自首減刑之條件？
 (A)甲受檢察官以被告身分傳喚到案說明時，坦承自己所為之犯罪事實
 (B)公務員乙在接受直屬長官約談時，坦承自己在外曾接受不正餽贈
 (C)受刑人丙與獄友聊天時，脫口說出自己才是某謀殺案的真凶
 (D)丁犯案後雖未被追查，內心仍深感愧疚，遂拜託親友至警局表明犯罪事實並願受制裁之意
- (B)7 千面人甲於某便利商店之一瓶飲料中加入氰化物，並將該下毒之飲料置於便利超商貨架上，該瓶飲料無從辨識是否已遭下毒。消費者乙正好選購該瓶飲料，所幸未飲用。有關甲之刑責，下列敘述何者錯誤？
 (A)甲具有殺人故意
 (B)乙未死亡，故甲成立殺人罪之不能未遂
 (C)甲已著手於殺人罪之實行
 (D)甲構成殺人罪之障礙未遂
- (A)8 下列何者不構成阻卻違法事由？
 (A)得被害人承諾對其施以積極安樂死 (B)為防衛他人權利而正當防衛
 (C)依法令之行為 (D)為避免自己生命受危難而緊急避難
- (A)9 有關原因自由行為，學說有不同見解，其爭議主要與下列何種刑法基本原則有關？
 (A)行為與罪責同時性原則 (B)無罪推定原則
 (C)不自證己罪原則 (D)溯及處罰禁止原則
- (C)10 有關刑法之易刑處分，下列敘述何者正確？
 (A)刑法明訂之易刑處分僅有易科罰金、易服社會勞動與易服勞役等三種類型
 (B)各該易刑處分執行完畢者，其刑之宣告失其效力
 (C)犯最重本刑為5年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受6月以下有期徒刑或拘役之宣告者，始得易科罰金
 (D)被告宣告刑為8個月有期徒刑者，得易服社會勞動
- (B)11 有關刑法假釋之敘述，下列何者錯誤？
 (A)假釋中另受刑之執行，羈押或其他依法拘束人身自由之期間，原則上不算入假釋期內
 (B)假釋中更犯過失罪，而受有刑之宣告者，應撤銷其假釋
 (C)假釋撤銷後，其出獄日數不算入刑期內
 (D)無期徒刑亦得假釋
- (A)12 甲為求貨物順利通過報關，不受刁難，遞件時同時送了200張五星級飯店住宿的招待券給承辦公務員乙，乙知此情而收下，不再刁難。關於乙之行為，應成立下列何種罪名？
 (A)職務上行為受賄罪 (B)收受回扣罪
 (C)準受賄罪 (D)扣留剝扣罪
- (C)13 下列犯罪，何者無「配偶、一定親等之親屬或姻親減免其刑」之規定？
 (A)便利脫逃罪 (B)湮滅證據罪 (C)殺人罪 (D)藏匿人犯罪
- (D)14 警察甲知道 A 在自己轄區內從事色情交易，甲收到 A 打電話詢問是否將實施臨檢，因 A 對甲有恩惠，甲告知 A 將有臨檢行動。有關甲的刑事責任敘述，下列何者正確？

- (A)甲不成立犯罪 (B)甲成立公務員圖利罪
(C)甲成立違背職務受賄罪 (D)甲成立洩露國防以外秘密罪
- (D)15 執達員甲奉令查封乙之不動產，甲正要貼上封條時，乙推擠甲，以阻攔、妨害甲之查封行為，乙應成立下列何種罪名？
(A)刑法第356條損害債權罪 (B)刑法第165條湮滅刑事證據罪
(C)刑法第158條僭行公務員職權罪 (D)刑法第135條妨害公務罪
- (C)16 以加害何種情事恐嚇公眾，不成立刑法第151條恐嚇危害公安罪？
(A)加害生命之事 (B)加害身體之事 (C)加害自由之事 (D)加害財物之事
- (A)17 關於刑法脫逃罪，下列何者錯誤？
(A)刑法第161條脫逃罪僅處罰脫逃既遂罪，不處罰未遂罪
(B)刑法第161條脫逃罪之行為主體「依法逮捕拘禁之人」，依實務見解，僅限依法受公權力監督拘束之人
(C)刑法第163條第1項公務員縱放人犯罪之法定刑較刑法第162條第1項普通縱放人犯罪之法定刑為重
(D)依法逮捕拘禁之人損壞拘禁處所械具者，其法定刑重於單純脫逃行為
- (C)18 甲男與乙女分手後，在可公開閱覽的網路貼圖區當中，張貼了數張甲乙兩人交往時經乙合意所拍攝的性私密照片，照片中有乙女身體隱私部位的裸露畫面。關於甲行為之敘述，下列何者正確？
(A)甲拍攝照片的行為，應構成刑法第315條之1第2款「無故竊錄他人非公開之身體隱私部位」之罪
(B)甲張貼照片的行為，應構成刑法第315條之2第3項「散布第315條之1第2款竊錄之內容」之罪
(C)甲張貼照片的行為，應構成刑法第235條散布猥褻物品罪
(D)甲拍攝照片的行為，應構成刑法第224條強制猥褻罪
- (A)19 下列何者構成刑法第168條偽證罪？
(A)於檢察官偵查時，通譯經具結後，於案情有重要關係之事項，而故意為虛偽陳述者
(B)於檢察事務官詢問時，證人於案情有重要關係之事項，而故意為虛偽陳述者
(C)於法官審判時，鑑定人經具結後，對於案情無重要關係之事項，而故意為虛偽陳述者
(D)於警察詢問時，證人於案情有重要關係之事項，而故意為虛偽陳述者
- (C)20 甲與友人宴飲後，騎車回家時，甲從機車騎士 A 左後方超越，未注意安全超車間距而不慎撞擊 A，甲見 A 人車倒地受輕傷，仍隨即離開現場。下列敘述何者正確？
(A)依司法院大法官解釋第777號對「肇事」之解釋，不成立肇事逃逸罪
(B)甲成立有義務之遺棄罪
(C)甲逃離現場成立肇事逃逸罪
(D)甲撞傷 A，得主張信賴原則，不成立過失傷害罪
- (A)21 公務員甲為使自己之兒子乙就讀某明星學區中學，而在無居住事實之情況下，將戶籍遷至好友丙之住址。甲之刑事責任為何？
(A)甲無罪
(B)甲構成刑法第210條偽造文書罪
(C)甲構成刑法第213條公務員登載不實罪
(D)甲構成刑法第214條使公務員登載不實罪
- (C)22 房客甲雖租約已到期，但仍未搬離，且因甲積欠房租，擁有該屋的房東乙即以備用鑰匙進入甲的房內等待甲返回，以便當面催討房租；嗣後，甲控告乙觸犯刑法第306條第1項之侵入住宅罪。有關此情形，下列敘述何者正確？
(A)乙為房屋所有權人，故其在房屋租約到期後有權進入房內，無侵入之問題
(B)乙係以合法擁有的備用鑰匙開啟房門，不屬侵入行為
(C)乙入房內雖係為催討房租，但仍屬無故
(D)承租之房屋非屬刑法第306條所稱之住宅
- (C)23 依刑法第324條規定，下列何人之間犯竊盜罪，不得免除其刑？
(A)直系血親間 (B)配偶間 (C)直系姻親間 (D)同財共居親屬間
- (D)24 甲、乙逼迫 A 還債，A 拒絕之，甲、乙遂本於殺害 A 之共同犯意，由甲壓制 A，乙再以繩索勒住 A 的脖子並拉緊，二人發現 A 沒有氣息後才鬆手，A 死亡，下列敘述何者正確？
(A)甲、乙成立傷害致死罪之相續共同正犯
(B)A 欠債不還，甲、乙之行為屬正當防衛

- (C)甲成立殺人既遂罪之幫助犯，乙成立殺人既遂罪之正犯
(D)甲、乙成立殺人既遂罪之共同正犯
- (C)25 甲撿到他人遺失的手機，據為己有，乃猜測開機密碼為1234，竟然正確，進而將該手機內儲存之資料，以格式化重置方式全部刪除，並將該手機轉賣給不知情之人。甲不成立下列何罪？
- (A)刑法第358條無故侵入他人電腦罪
(B)刑法第359條之無故刪除他人電磁紀錄罪
(C)刑法第360條無故干擾他人電腦罪
(D)刑法第337條侵占遺失物罪



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！