

《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，沒有其他阻卻違法和罪責事由，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，按一般民法學說的想法，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。

