

《刑法》

一、請附具體理由回答下列問題：(25 分)

- (一)甲係演員無自殺之意而欲表演自殺，表演時引火自焚迨著火後刺痛難忍，負痛狂奔而撞傷路人乙，乙提出傷害之告訴，甲主張緊急避難，有無理由？
- (二)政府舉辦選舉，甲公然以演說方式，煽惑群眾不要前往投票，甲是否構成犯罪？

命題意旨	本題在測驗自招危難，和單純一五三條之法益解釋。
答題關鍵	自招危難只有學說之介紹，可跳過傳統通說，欲介紹亦可。一五三之解釋不要忘記阻卻違法事由。
參考資料	安台大第二本補充講義 p.42-43 方律師，刑法總則，自招危難部分。

【擬答】

(一)

某甲撞傷路人乙，是否構成刑法二七七條之傷害罪？

- 1.某甲向乙衝撞係屬危險之行爲，亦造成身體法益之侵害。
- 2.然某甲可否主張刑法二十四條之緊急避難誠有疑義，蓋緊急避難中之危難，除需具備緊急性之外，仍須符合法律秩序之一般性。如通緝犯無法對警察主張緊急避難即屬之。
- 3.此題危難係由某甲所致，爲學說上所稱之「自招危難」，有學說認爲，爲符合法律秩序之衡平，實不允許自招危難者復主張緊急避難。我國實務亦同此說。傳統通說則認爲，若是具備不法目的之自招危難，因欠缺避難意思無法主張緊急避難，此題某甲並未有不法目的，故應可主張。
- 4.然亦有學者批評實務見解，認爲不應考慮避難人先前的過失或歸咎之問題，緊急避難應適於當下是否應可合理之分配風險問題，在解決利益衝突時不應考量此。
- 5.若採學說見解，則某甲之行爲仍可主張緊急避難，但實應考量因此題特殊之背景情勢，於緊急避難中之衡平性考量其能夠阻卻違法之程度。
- 6.某甲雖對身體法益侵害有所認知及意欲，但仍可主張緊急避難而阻卻違法，其生命利益優於某乙之身體法益，不罰。

某甲玩火自焚之行爲，是否構成刑法二八四條過失傷害罪？

- 1.依前所述，若採取實務見解，則某甲仍不可主張緊急避難，其行爲仍舊違法，但若採學者見解，此題某甲撞傷之行爲可主張緊急避難。
- 2.然即使可主張緊急避難，亦有學者認爲，其前行爲若具過失，則仍可成立過失傷害罪。
- 3.此題若某甲於玩火時可預見其將對第三人造成傷害卻未預見之，則仍可成立過失傷害罪。

(二)某甲煽惑之行爲，是否構成刑法一五三第二款條煽惑他人違背法令罪？

- 1.某甲係對不特定多數人演說，並非對特定人教唆，故該當煽惑之要件，實務亦同此見解。其公然煽惑之行爲亦可能造成公眾秩序的危害，客觀構成要件該當。
- 2.然從刑度觀之，無論何種刑事之犯罪或違背法令都是兩年之有期徒刑，因此其並非泛指對於法律的違犯，而是造成不特定多數的危險事態，故因此有法益侵害。
- 3.再者，此題亦將犯罪和行政法令並列，因此所謂之違背法令，不能只是單純的少數法令，而必須是大量地造成違背法令，而有和刑事犯罪同等能量才具可罰性，此題因某甲公然之要件，故可該當。
- 4.然某甲鼓吹之行爲，無論是言論自由或者市民不服從權，都是立法上所欲保護之客體。某甲爲保護其言論自由或者市民不服從權，其以鼓吹之方式造成行政法之侵害應屬有效之手段，而保護利益的宣稱亦可爲我國法所肯認，故依優越利益說，某甲可阻卻違法。
- 5.是故，某甲不構成犯罪。

二、甲迷戀乙之同事丙女，亟欲染指，請乙設法製造「機會」，乙知道甲心懷不軌，未允之。甲於是

給乙三萬元，央求乙成全，乙為所動，約丙女一起到 KTV 包廂唱歌作樂。歌唱半場，乙見甲利用丙女上洗手間時偷偷將藥劑加入丙女之飲料中，乙不欲多事，先行離去，所幸丙女機警，從洗手間回來後並未飲用飲料，並且停留不久後亦行離去。試從學理及我國刑法規定檢討甲、乙二人刑事責任如何？（25 分）

命題意旨	本題在刑總部分測驗考生對於共同正犯何時成立、如何與幫助犯區別之概念、學說與實務之標準如何，刑分部分則重在學說上對於刑法第 222 條第 1 項第 1 款之不同見解。
答題關鍵	除了共同正犯與刑法第 222 條第 1 項第 1 款外，在強制性交行為沾上「錢」時，切記要檢討第 231 條之 1，並注意最後競合部分之法益解釋方式。
參考資料	1.林山田，《刑法通論 下冊》 2.林山田，《刑法各罪論 上冊》 3.黃榮堅，《基礎刑法學（下）》 4.林鈺雄，《新刑法總則》 5.黃榮堅，《美麗陷阱》，收錄於月旦法學教室刑事法學篇，p.134～135 6.林東茂，《評刑法妨害性自主罪章之修正》，刊於月旦法學雜誌 51 期，p.74 7.蔡律師、余律師，刑法第二卷分則篇，p.158~161（2004）。

【擬答】

(一)甲之刑責：

- 1.甲第一次請求乙製造「機會」未成之行爲，可能成立強制性交未遂罪（刑法第二二一條第二項）：
依題意，甲請求乙幫忙「製造對丙強制性交之機會」，主觀上甲於請求時應已有對丙強制性交之故意，但按照其犯罪計畫，單純之「請求」行爲尚未對丙之性自主法益造成直接危險，依通說所採之主客觀混合理論，尚未達著手程度，客觀構成要件不該當，甲不成立本罪。
- 2.甲以三萬元請乙幫忙之行爲，可能成立強制性交未遂罪（刑法第二二一條第二項）：
甲第二次之請求行爲雖得乙允諾，但按其犯罪計畫，此時之「請求」行爲仍尚未對丙之性自主法益造成直接危險，依通說所採之主客觀混合理論，尚未達著手程度，客觀構成要件不該當，甲不成立本罪。
- 3.甲加藥劑於飲料之行爲，可能成立加重強制性交未遂罪（刑法第二二二條第二項）：
二人以上共同犯之（刑法第二二二條第一項第一款）：
依題意，甲乙二人共同製造強制性交之機會，似可成立二人以上共犯強制性交罪之加重態樣。惟學說上有認為，本款之加重要件係由舊有之輪姦罪而來，因而在解釋上應限於「二人以上均為性交行為者」始能成立，否則單純是二人以上共同分擔行為而犯罪，並無值得加重之理由。
衡諸第二二二條之法定刑較第二二一條加重甚多，基於罪刑相當原則，應以上述主張限縮適用之學說見解為可採，故在此甲並不成立本款之加重要件。
以藥劑犯之（刑法第二二二條第一項第四款）：
主觀上甲有以藥劑對丙強制性交之故意，客觀上依甲之計畫，其下藥行為已足以對丙之性自主法益造成直接危險，已達著手，惟丙並未遭到強制性交，尚非既遂，又無阻卻違法與罪責事由，故甲該當第二二二條第一項第四款「以藥劑犯之」加重態樣，成立同條第二項之未遂犯。
- 4.結論：甲成立刑法第二二二條第二項之加重強制性交未遂罪（以藥劑犯之）。

(二)乙之刑責：

- 1.乙邀約丙女唱歌之行爲，可能成立幫助強制性交未遂罪（刑法第二二二條第二項、第三〇條）：
乙雖知甲心懷不軌欲染指丙女，但依其認知，除非有其他行為介入，否則單純之邀約唱歌行為，尚難認對丙之性自主法益已造成直接危險，依通說所採之主客觀混合理論，尚未達著手程度；依實務對於幫助犯之見解，亦不該當於「直接重要之幫助行為」標準（23 年台上字 1738 號判例參照），不成立本罪。
- 2.乙邀約丙女唱歌之行爲，可能成立圖利強制使人性交未遂罪（刑法第二三一條之一第四項）：
乙雖為得到三萬元而邀約丙女，使甲得對丙強制性交，但乙此時之單純邀約行為，同樣尚未對丙之性自主法益造成直接危險，尚未達著手，乙不成立本罪。
- 3.乙在甲下藥後未救助丙之行爲，可能成立幫助加重強制性交未遂罪之不作為犯（刑法第二二二條第二項、第十五條、第三〇條）：
乙見甲下藥後即不顧丙而離去，將導致丙遭以藥劑強制性交之結果發生，乙對此亦有認知，刑法之評價重

點在於乙有無救助丙免遭強制性交之作爲義務，亦即乙是否因其不作爲而成立犯罪。

乙是否因未救助丙而成立不純正不作爲犯罪，須視其是否具備保證人地位而定。在此乙可能成立之保證人地位爲「危險前行爲」。按，多數學說認爲，危險前行爲除了必須製造對保護法益之密接危險狀態，且必須是違反義務者始當之；少數說則主張不以違反義務爲必要。

本案中，乙先前之邀約唱歌行爲雖未造成對丙性自主之直接危險，但是當乙見到甲下藥時，認知到其先前行爲所製造之危險已達至具體密接之程度，此時乙始因危險前行爲而具備保證人地位，有防果之義務。

依乙之認知，丙飲用飲料後即會遭甲強制性交，乙若採取防果行爲（例如告知丙實情使之趨避）即可幾近確定的使結果不發生，惟其不顧離去，放任因果歷程實現，已達著手，且爲直接重要之幫助行爲。乙以不作爲之幫助方式使甲之加重強制性交行爲易於實現，又無阻卻違法與罪責事由，乙成立本罪。

4. 乙在甲下藥後未救助丙之行爲，可能成立圖利強制使人性交未遂罪（刑法第二三一條之一第四項）：

乙單純邀約唱歌並不構成對丙性自主之直接危險，但當乙見到甲下藥時，明知其行爲所製造之危險狀態已達至具體密接之程度，此時即具備保證人地位而有防果義務。雖然最後丙未飲用飲料，惟乙未採取防果行爲而離去，放任加重強制性交罪之因果歷程自然實現，已達著手，乙對此有認知，亦有營利意圖，又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

5. 結論：乙在甲下藥後未救助丙之行爲，成立刑法第二二二條第二項之幫助犯（以藥劑犯之）與第二三一條之一第四項之未遂犯，前者保護法益爲性自主，後者則保護性自主與社會風化，乙一行爲侵害數法益成立數罪名，應依刑法第五十五條想像競合，從一重處斷。

惟學說上有認爲，兩罪之保護法益均爲性自主，故乙係一行爲侵害一法益成立數罪名，應爲法條競合，而在行爲人並未親自性交時，僅論以第二三一條之一之罪。

- 三、甲與乙爲夫妻，二人共同積欠巨額債務無力清償。甲因此勸導乙，希望二人共同自殺，讓兒女可以獲得重生。甲勸導乙的同時，並且提供乙毒藥一包。試問：如果乙對於甲的勸導不爲所動時，甲是否犯罪？該包毒藥應該如何處理？反之，如果甲與乙因此共同自殺，但是二人均被救活時，甲是否犯罪？該包毒藥應該如何處理？（25 分）

命題意旨	測驗考生對二七五條之理解
答題關鍵	第一題未遂的問題一直都是學者討論的議題，要拿分應不難；後者在討論謀爲同死之要件。最後對於毒藥的部分，注意修法即可。
參考資料	方律師，刑法分則，1-17-1-21

【擬答】

- (一)若乙不爲所動，甲勸導之行爲可能成立刑法二七五條第二項之加工自殺未遂罪。

1. 首先，若乙不爲所動，則某甲提供之毒藥並無意義，其並非二七五條所謂之幫助行爲，故討論勸導之行爲，合先敘明。
2. 某甲對某乙生命之侵害有所認知，其具備此罪之故意，然客觀上有無著手誠有疑問：
 - (1) 部分學說認爲，若被教唆人尚未自殺，則不成立本條之未遂犯
 - (2) 另有學說認爲，若已爲教唆行爲，則即使他人未自殺，亦可構成未遂。
3. 由立法觀之，可知此條並非間接正犯，而爲單獨正犯之型態，故不應以共犯之教唆犯之角度予以理解，因此，即使他人尚未自殺，亦可有未遂之可能
4. 然，若他人尚未產生自殺之決意，則單純處罰教唆行爲將有處罰主觀之嫌，違背我國修法所宣稱之主義，故應認爲至少需被教唆人產生自殺決意，方可認定其具備法信賴之破壞，始可成立未遂。
5. 故依此見解，某甲不成立犯罪。

- (二)若兩人謀爲同死而未死，甲可能成立二七五條第三項加工自殺罪。

1. 若兩人皆自殺，則某甲即符合加工自殺之既遂，誠有疑義者，乃某甲是否可依二七五條第三項而免除其刑？
2. 謀爲同死之要件，需有共同自殺之決意，並有相互謀議之事實，且雙方有辨別事理之能力。此題某甲和某乙皆認知自己之生命法益，並有決意之事實，故可依謀爲同死免除其刑。
3. 另，某甲提供毒藥之行爲亦可該當幫助自殺罪，但其與教唆之間應屬法條競合之補充關係，其皆屬保護生命法益，幫助自殺爲補充規定，故不討論之。

- (三)毒藥之處理，依三十八條第一項第二款規定，係屬犯罪之工具，以屬於犯罪行爲人爲限，方可沒收之，若

某甲成立犯罪，則毒藥可沒收之，若免除其刑，則三十九條規定專科沒收，若某甲不成立犯罪，因毒藥並非違禁品，亦非修法中所謂之「專科沒收之物」（其必須為刑法分則或特別法明訂之強制沒收），故無法依四十條第二項單獨宣告沒收之。

四、刑法第 339 條之 2 第 1 項規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法由自動付款設備取得他人之物者，處三年以下有期徒刑、拘役或一萬元以下罰金。」試問何謂本條罪名中的「不正方法」？請以此為重點分析下列事件：（25 分）

（一）某甲向朋友某乙借款新臺幣五千元，經乙同意，乙將所有之銀行提款卡交予某甲，並告知提款卡之密碼，囑咐甲自行提領五千元。詎料某甲竟持該提款卡至銀行提款機，按提款卡之密碼而提領五萬元。試問某甲的行為是否成立刑法第 339 條之 2 第 1 項之罪？

（二）倘若某甲是拾獲某乙遺失之皮包，發現乙之皮包內有提款卡，且提款卡背後並載有密碼，遂持乙之提款卡至銀行提款機提領現金。試問某甲除了侵占遺失物罪之外，是否亦成立刑法第 339 條之 2 第 1 項之罪？

命題意旨	本題主要在測驗考生對於刑法第三三九條之二「電腦詐欺」有無正確之理解，及實體說理的能力。
答題關鍵	學說與實務對於何謂刑法三三九條之二的「不正方法」見解分歧，且在該條增訂前後解釋上亦有區別，考生宜清楚羅列其異同，且不能只有結論，必須詳加說理，並表明自己所採取立場的理由。
參考資料	1.黃榮堅，《機器傻瓜你聰明》，收錄於月旦法學教室刑事法學篇，p.166~167 2.黃榮堅，《電腦的心事》，收錄於月旦法學教室刑事法學篇，p.168~169 3.甘添貴，《刑法之重要理念》，p.382 4.蔡律師、余律師，刑法第二卷分則篇，p.363~371（2004）。

【擬答】

（一）甲逾越乙授權範圍多領四萬五千元之行為，係由自動付款設備取得乙之物，甲對此有認知，且對該四萬五千元有不法所有意圖，又無阻卻違法與罪責事由。惟甲之「越權提款」是否為刑法第三三九條之二第一項所稱之「不正方法」，則有疑問。

按刑法第三三九條之二，乃 1997 年刑法修正時，為使行為人對自動設備所為「類似詐欺」之行為亦可成立犯罪而增訂。在增訂之前，實務認為持他人提款卡冒領款項之情形，可成立刑法第三三九條之詐欺罪（81 年度第 11 次刑庭決議參照）；學者通說則一致認為「設備並無陷於錯誤可言」因而不成立詐欺罪，但對於能否成立竊盜罪則有不同見解。

在第三三九條之二增訂後，對於如何解釋「不正方法」，見解仍然分歧。學說及實務有認為，本條之增訂目的即為解決包括「越權提領」在內之各種「無權提領」問題，故就越權提領款項部分，自然屬於以「不正方法」取得款項，而應成立本罪。

惟學說上亦有認為，所謂「不正方法」，仍應指違背發卡人或自動付款設備設置目的範圍內的提款方式，例如使用電磁或偽造之提款卡取得款項。在本題之情形，甲所使用為真正之提款卡，輸入亦為真正密碼，雖然提款超出範圍，但仍非屬「不正方法」。

由於第三三九條之二之增訂，應僅在於彌補「電腦詐欺」沒有具體個人作為被害客體、而無法適用第三三九條之漏洞，其他關於詐欺罪基本性質的要件（如使用詐術、陷於錯誤等）仍應具備，故本題中甲使用正確提款卡、輸入正確密碼之行為，並未使自動付款設備或銀行「陷於錯誤」，應非屬「不正方法」。綜上，甲不成立第三三九條之二第一項之罪。

（二）甲以拾得的提款卡及密碼提款，實務上認為正屬於第三三九條之二所欲規範之「特種詐欺行為」，此種方式即該當於「不正方法」。學說上亦有類似之見解。

惟亦有學說認為，第三三九條之二仍應就詐欺罪之一般要件為解釋，而只要提款者使用的是銀行及付款設備所「認可」的真正提款卡與真正密碼，銀行及付款設備即無「陷於錯誤」可言，因而自不能成立本罪。

衡諸構成要件在解釋上的明確性，避免「電腦詐欺」的犯罪類型任意擴張（例如父親讓小孩自行提錢繳學費，小孩卻將錢任意花用，也可能會被論以本罪），以及體系解釋上第三三九條之二作為詐欺罪的特殊類型（故應具備詐欺罪的一般要件），在本題宜認為甲只要使用真正之提款卡、輸入正確密碼，即不該當於「不正方法」，故甲不成立第三三九條之二第一項之罪。