

《刑法》

一、甲患有妄想型精神分裂病，並因此就醫。甲經常幻想將會遭鄰居乙謀害，並向家人表示如不先下手為強，將有性命之憂。某晚，甲攜帶硫酸，持往鄰居門口按鈴，乙應聲開門，甲即以硫酸潑灑，導致乙臉部嚴重灼傷，五官因此殘缺不全。法官開庭時發現，甲應答如流，態度冷靜，知道潑灑硫酸的後果，且犯行經過精心策劃，乃認為甲的精神狀況正常，不在「不罰」或「得減輕其刑」之列，問是否有理？如果法官認為，甲的精神狀況異常，得為何種處置？（25 分）

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 本題旨在測驗考生對「責任能力」之基本概念，及第 16 次修法之理由是否清楚。 |
| 答題關鍵 | 本題之主要問題在於業已明文化之「行為與責任同時存在原則」，以及因精神障礙導致責任能力欠缺或減低時，司法者應如何論罪科刑。在答題時如能就基本概念與修法理由論述清楚，應可獲得不錯的分數。 |
| 高分閱讀 | 1. 蔡律師、余律師，《刑法分則》，六版。 2. 林山田，《刑法各罪論（上）》，五版。 3. 許玉秀，《犯罪階層理論及其方法論》，初版。 4. 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版。 5. 張麗卿，新刑法第十九條之法理分析，月旦法學雜誌第 136 期。 6. 金律師刑法經典試題精解，毀容：P.38。 7. 金律師刑法總則經典題型，毀容：P.1-83(責任能力)；P.2-206。 |

【擬答】

先就甲之潑酸行為說明如下：甲之潑酸行為導致乙臉部嚴重灼傷，其五官因而殘缺不全，係屬刑法（以下未特別說明者皆指我國刑法）第 10 條第 4 項第 6 款之其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害，且甲對此有所認識並進而有意使其發生（第 13 條第 1 項），可認為具重傷之故意，故具第 278 條第 1 項之故意重傷害既遂罪之構成要件該當性。又，甲為潑酸行為之際，客觀上並無現在不法之侵害或緊急危難等阻卻違法之前提事實，主觀上乃是基於先下手為強之心態，亦不具任何主觀合法化事由，因此並無阻卻違法事由，亦無容許性構成要件錯誤。故甲之潑酸行為具前揭之罪的構成要件該當性及違法性，合先述明。以下分就本題兩個問題回答如下：

(一)如題所示，此處所謂之「不罰」或「得減輕其刑」，應係指第 19 條第 1 項及第 2 項之法律效果，即意指法官認為甲非因精神上之障礙（妄想型精神分裂症）為無責任能力人或限制責任能力人，而是具完全責任能力之人。

依題旨，法官認為甲不在第 19 條第 1 項及第 2 項之列，其理由在於「審判時」甲的精神狀況正常。惟責任能力，係指辨視能力（行為人是否具有辨視其行為違法與否之能力）及控制能力（依其辨視而為行為之能力），此二能力乃就行為人於行為時之精神、心理狀態加以判斷，即行為人有無責任能力，須以行為時判斷，此即「行為與責任同時存在原則」。

學說上有從預防必要性之考慮或以社會責任論（意思決定論）為出發者，認為所謂責任能力係指對刑罰的反應能力，或透過接受刑罰而達到防衛社會目的之能力，由此可導出責任能力之有無，應取決於施以刑罰之時間點。惟「行為與責任同時存在原則」業已於 2005 年第 16 次刑法修正時，於第 19 條第 1 項、第 2 項條文中明文化，就罪刑法定原則觀之，自應以適用法有明文之規定為宜。

綜上所述，甲的精神狀況是否屬第 19 條第 1 項或第 2 項之情形，而有「不罰」或「得減輕其刑」的法律效果，應以甲行為時精神狀態的具體事實為斷，至於審判時甲的精神狀態如何，對於他就其之前所為行為有無責任能力、有無罪責，並不發生影響。故題目所示該法官以開庭時甲之精神狀況認定其責任能力，並不合理。

(二)依 2005 年第 16 次刑法修正案之修法理由，將責任能力有無之判斷標準，區分其生理原因與心理結果二者，則就生理原因部分，可依醫學專家之鑑定結果為據；而由法官就心理結果部分，判斷行為人於行為時，究屬無責任能力或限制責任能力與否。在生理原因部分，以有無精神障礙或其他心智缺陷為準；在心理結果部分，則以行為人之辨識其行為違法，或依其辨識而行為之能力，是否屬不能、欠缺或顯著減低為斷。倘法官於審判時認為甲之精神狀況異常，仍應以鑑定結果中專家對甲有無精神障礙或其他心智缺陷之認定為基礎，判斷

甲於行為時有無責任能力或是否處於限制責任能力之狀態，而可分為以下三種情形處理：

- 1.倘甲於行為時處於有正常之精神狀態，而具有常人之辨視能力及控制能力時，即應認定甲具完全責任能力，自無由依第 19 條第 1 項或第 2 項論斷之餘地。故甲之潑酸行為應構成第 278 條第 1 項故意重傷既遂罪，且就此負完全之刑事責任。至於甲精神上之疾病，倘於行為時對其造成刺激，或可依第 57 條第 2 款作為量刑時酌減之依據。
- 2.若甲於行為時之辨識能力或控制能力，因其精神疾病而已達完全喪失之程度，則依第 19 條第 1 項，其法律效果為不罰。該項之法律效果「不罰」，學說上認為係指無責任能力構成阻卻罪責事由，甲之行為因欠缺罪責，故不成立第 278 條第 1 項之故意傷害既遂罪。
- 3.若甲於行為時之辨識能力或控制能力未達完全喪失之程度，但因其精神疾病而確有顯著減低之情形者，則依第 19 條第 2 項之規定，得減輕其刑。亦即甲之行為仍構成第 278 條第 1 項之罪，惟因其罪責內涵較低而得以減輕其刑。

二、甲、乙及 A 三人合夥做生意，嗣因生意失敗，資金全部泡湯。甲、乙二人懷疑資金被 A 所坑，乃密謀唆使丙將 A 殺害。二人商妥後，由乙前往丙宅告知丙整個計謀，惟在前往丙宅途中，邂逅其友丁，乙知丁與丙較為熟稔，乃將殺 A 之計謀轉告丁，並請其代為勸唆丙。丁因早即不齒 A 之為人，遂欣然允諾，丁至丙宅後，百般利誘，始獲丙首肯，並將匕首一支借予丙使用。丙某日傍晚見 A 獨自一人在河堤邊散步，本擬以暗藏之匕首將 A 刺殺，惟臨時改變主意，躡腳靠近 A 身旁，出其不意，用力將 A 推落河中。A 於河中即將沒頂之際，適有漁民 B 駕駛竹筏經過，乃將 A 拉上竹筏，惟因重心不穩，竹筏翻覆，B 因熟諳水性，未久即力泳上岸，A 則沉入水底，不幸慘遭溺斃。試問甲、乙、丙、丁四人各應何刑責？（25 分）

| | |
|------|---|
| 命題意旨 | 測驗同學是否熟悉教唆、幫助交錯下繁瑣的共犯（參與犯）的問題。 |
| 答題關鍵 | 本題問題集中於刑法第四章正犯與共犯。其中包括教唆與幫助教唆的區別、無效幫助、輾轉教唆，以及共同教唆犯之問題。而共同教唆中僅參與謀議而未實行教唆行為者應如何論罪，在國內討論甚少，是比較不好處理的部分。 |
| 高分閱讀 | 1.林山田，《刑法通論（下）》，十版（2008,1）。 2.黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，三版（2006,9）。 3.蔡律師、余律師，《刑法總則》，六版。 4.高點金律師，《刑法經典試題精解》，P.2-6、2-68 以下(因果歷程錯誤)、P.2-191 以下(教唆犯)。 5.高點金律師，《刑法總則經典題型》，P.2-261 因果歷程錯誤(因果歷程錯誤)、P.2-598(教唆犯)。 |

【擬答】

- (一)丙推 A 入水之行為，可能構成刑法（以下未特別指明者皆為我國刑法）第 271 條第 1 項之故意殺人既遂罪。
- 1.丙將 A 推入水中，A 雖經 B 救助但仍溺水而死，按此之救助可能使 A 之死亡時間延後，但此係不重要的因果歷程偏離，A 最後死亡之結果仍可歸責於丙。即丙之行為與 A 之死亡間具因果關係且客觀上可歸責。
 - 2.丙對其行為可能導致 A 之死亡具有認識並有意使其發生(第 13 條第 1 項)。
- 綜上所述，丙推 A 入水之行為構成第 271 條第 1 項之故意殺人既遂罪。
- (二)丁對丙百般利誘，使之實行前揭殺人行為，可能構成第 271 條第 1 項、第 29 條第 1 項之故意殺人既遂罪之教唆犯。
- 本例中丁係受乙所託而代為勸唆丙為殺 A 之行為：
- 1.客觀上
 - (1)丙嗣後之行為構成故意殺人既遂罪已如前述（主行為存在）。
 - (2)丁對丙具唆使其犯特定之罪（殺人罪）之行為。
 - (3)且此一行為喚起丁之行為決意並導致嗣後丁之殺人行為。
 - 2.主觀上

丙係明知且有意使丁產生殺人之故意並從而實現殺人之行為，即具備所謂的雙重教唆故意。

按前所述，丁之行為並非單純傳達甲、乙之意思，而是自為一教唆行為，並非對甲、乙之教唆所為之幫助行為，應成立前揭條項之故意殺人既遂罪之教唆犯。
- (三)丁將匕首借丙使用之行為，可能構成第 271 條第 1 項、第 30 條第 1 項（前段）之故意殺人既遂罪的幫助犯。

丙嗣後之行爲構成故意殺人既遂罪已如前述（主行爲存在），惟實際上 A 乃是遭溺斃而非被匕首殺害，即丙所提供之幫助對丁之殺人行爲不具因果關係，而爲無效幫助。至於無效幫助得否依幫助犯處罰，容有肯否兩說爭議。實務上認爲幫助行爲若與正犯所爲之犯行無直接關係者，不能成立幫助犯。吾以爲，幫助犯中因果關係的判斷，並非等同條件理論或相當理論之公式，而是視幫助行爲是否提高了正犯實現不法構成要件的可能性，並包括了物理上及心理上的因果性兩種情形。惟不論何種因果性，必須持續至正犯的犯罪既遂階段，始足論以幫助既遂犯，否則即屬不罰的未遂幫助行爲。

就本例觀之，丁提供之匕首在物理上的因果性並未發揮至丁殺人行爲既遂，又，提供匕首行爲是否具有心理上的幫助無法確定，因此應認爲此一行爲不構成前揭條項之故意殺人既遂罪的幫助犯。

(四)乙請丁代爲勸唆丙殺 A 之行爲，可能構成第 271 條第 1 項、第 29 條第 1 項的故意殺人既遂罪之教唆犯。本例中乙之前揭行爲，即所謂之「輾轉教唆」，或稱爲「間接教唆」。此等行爲，無論學說或實務（如最高法院 28 年 7 月 25 日決議）均認爲仍應成立教唆犯。於本例中，乙客觀上有教唆行爲，且丁因之爲產生教唆丙爲殺人行爲之決意，嗣後丁因此而實行並完成教唆行爲，丙亦完成殺人行爲已如前述，則乙成立教唆犯，更無有疑之處。

(五)甲與乙密謀殺 A 並於商妥後由乙爲之的行爲，可能構成第 271 條第 1 項、第 29 條第 1 項的故意殺人既遂罪之教唆犯。

本例中真正爲教唆行爲者爲乙（對丁）及丁（對丙）如前所述，甲所參與之部分僅是與乙密謀並商定結論，是否能以教唆犯加以處罰，不無疑問。

依題旨，對丁實行教唆行爲者爲乙，而乙的是項行爲，乃是基於與甲之間的謀議後的共同決意而實行之教唆行爲。就甲參與謀議而未親自教唆行爲觀之，與共謀共同正犯在概念上雷同。對共謀共同正犯之處罰，學說上有肯否兩說，按照犯罪支配理論觀之，行爲人就犯罪事實，倘居於意思支配之地位，即爲正犯。

吾以爲，如果承認上述共謀共同正犯具有可罰性，則兩個以上的行爲人基於共同教唆之故意，而由其中一人爲教唆行爲，參與謀議之人就該教唆行爲及其所產生之結果（包括正犯犯意之產生及因而實施犯罪行爲、導致結果之發生），如符合承擔共同責任的基本要件，自應與實行教唆行爲之人負相同之責。按此，本例中此一教唆行爲係出於甲與乙間主觀上的交互作用而生之決意，客觀上由乙依決意爲教唆行爲的實行，對此，甲應負前揭條項教唆犯之責（即甲乙共同之責任）。

另應說明者係共同教唆時援引法條問題。依實務見解，教唆犯係教唆他人實施犯罪行爲，與共同實施之正犯有別，二人以上共同教唆，雖應就教唆行爲共同負責，仍不適用第二十八條之規定（參照 73 台上 2616 例、最高法院 28 年 7 月 25 日決議、25 上字 6616 例），故於此不需引用第 28 條條文，於此一併述明。

(六)結論

本例中各行爲人應負刑責如下：

- 1.丙：第 271 條第 1 項故意殺人既遂罪。
- 2.丁：第 271 條第 1 項、第 29 條第 1 項的故意殺人既遂罪之教唆犯。
- 3.甲、乙：第 271 條第 1 項、第 29 條第 1 項的故意殺人既遂罪之教唆犯。

三、甲基於意圖供行使之用而偽造人民幣之犯意，先於民國 97 年 7 月 5 日租賃偽造之場所時，未經乙同意，以乙之代理人自居，與不知情之丙簽訂租賃契約，並以虛擬之人物丁為保證人，偽刻丁印章，蓋用於租賃契約書之保證人欄，持交丙租得坐落台北市文山區之套房 1 間。嗣即購買偽造之器械及紙張，自 97 年 7 月 10 日上午起，在該套房內偽造人民幣。惟警方獲線報，依法於同日下午執行搜索，當場查獲已偽造完成面額 100 元之人民幣 3 張、偽造失敗之半成品 2 張。請回答下列問題，並敘明理由。

(一)甲與丙簽約時，製作前揭契約書，如何論罪？（10 分）

(二)偽造人民幣，犯何罪？其中有成品、有半成品，如何處斷？是否依偽造之張數，計算其罪數？（10 分）

(三)甲為達到偽造人民幣之目的，因而製作前揭契約書租用場所，其間有無裁判上一罪關係？（5 分）

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 本題旨在測驗考生對妨害公共信用犯罪與競合問題的熟悉程度。 |
| 答題關鍵 | 本題實例中事實較爲繁瑣，宜就出題者所列之問題擇要作答。（一）所列之問題，係針對偽造私文書 |

| | |
|------|--|
| | 等諸罪之構成要件的程度測驗；(二)之重點則在集合犯之概念；(三)之重點則在競合理論及修法後之適用問題。 |
| 高分閱讀 | 1. 蔡律師、余律師，《刑法分則》，六版；《刑法總則》，七版。 2. 林山田，《刑法各罪論（下）》，五版；《刑法通論（下）》，十版。 3. 甘添貴，《罪數理論之研究》，初版。 4. 高點金律師，《刑法經典試題精解》，P.7-38(偽造有價證券罪)、P.7-45(偽造文書)。 5. 高點金律師，《刑法分則經典題型》，P.3-108 以下(偽造文書)、P.3-117 以下(偽造有價證券)。 |

【擬答】

(一)甲與丙簽訂租賃契約部分

1. 甲未經授權而以乙之代理人自居，可能構成第 210 條之偽造私文書罪。

(1) 本例之行爲客體爲租賃契約，其內容可作爲法律關係證明之用，並可藉此認知其製作人，故而屬私文書，應無疑義。有疑問的是，甲未經授權而以乙之代理人自居，即屬無權代理而與丙簽訂該契約，是否爲本條所稱之偽造行爲。就此說明如下：

① 本條所稱之偽造行爲係指有形偽造，即指行爲人無製作權而製作私文書，至於其內容是否真實，則非所問。

② 無權代理做成文書之行爲，是否爲偽造行爲，容有爭議如下：

甲說：冒用代理資格，仍係以自己名義做成文書，故非屬有形偽造。

乙說：代理名義之文書，其法律效果仍歸屬於本人，且社會上一般人所信賴者，係被代理之本人意思之文書，故無權代理做成文書之行爲，應認爲係有形偽造。

拙見以爲，甲說拘泥於形式，而無視本條所保護之法益乃在文書之公共信用。故宜以乙說爲當。

③ 本條除偽造行爲外，尚須該行爲「足以生損害於公眾或他人者」，方足當之。此一要件，乃在對偽造行爲或其客體加以限制。對此，有認爲我國刑法乃折衷於形式主義與實質主義間，對有形偽造行爲注入實質主義之精神，即以文書內容真實性爲斷。亦有認爲此一要件是將行爲客體限縮於涉及權益關係之文書。惟本例之情形，承租人亦爲契約之一部，故不論採何說皆可認爲具備此一要件。

(2) 綜上所論，客觀上甲之偽造私文書行爲足以生損害於公眾或他人，又依題旨甲於主觀上應對此有所認識並有意使其發生，即行爲具構成要件該當性，又具違法性及罪責，故成立本條之罪。

2. 甲以虛擬之丁爲保證人，偽刻其印章用印於前揭契約書之保證人欄，可能構成第 217 條第 1 項之偽造印文罪。

本條所保護之法益在於印章等之公共信用性。依通說見解，偽造印章印文，係指無製作權人擅自刊刻他人名義或虛無其人之印章印文。按此，甲偽刻不存在的丁之印章且蓋用於契約之行爲，客觀上足生損害於公眾或他人同前所述，且主觀上具有構成要件故意，即其行爲具該條項之構成要件該當性，又具違法性及罪責，故成立本條項之罪。

3. 甲持交丙該契約而租得套房一間之行爲，可能構成第 216 條之行使偽造文書罪。

甲是項行爲，係行使前揭之偽造文書。對於此處所謂之行使，是否以行爲人就文書之內容有所主張爲必要，學說上有肯否兩說。惟依題旨，本例中甲持交該約而向丙租得套房，應可認爲係就該契約之內容有所主張，故不論依肯定或否定之見解，皆可認定成立本條之罪。

4. 依前所述，甲此部分之行爲成立第 210 條之偽造私文書罪、第 217 條第 1 項之偽造印文罪及第 216 條之行使偽造文書罪。前兩條偽造之罪名（係一行爲侵害一法益，兩者間具補充關係而依法條競合僅論以第 210 條之罪）乃是其後的行使之罪處點的前置，兩者間係屬二個獨立之行爲，惟僅侵害一法益（公共信用），故而通說認爲此處應屬行爲複數之與罰前行爲，僅論以第 216 條之行使偽造文書罪即爲已足。

(二)甲偽造人民幣之部分

甲偽造人民幣之行爲應如何論處，詳述如下：

依通說之見解，第 195 條所謂「通用」，係指流通使用，並具有強制通用力，人民幣於我國境內不具此一特性，故而非本條所列之行爲客體，而係第 201 條之有價證券，合先述明。

1. 甲購買偽造之器械及紙張，係意圖供偽造人民幣（有價證券）之用而收受器械及原料，應構成第 204 條第 1 項之預備偽造有價證券罪。

又，依題旨，甲基於意圖供行使之用而偽造並成功完成 3 張百元面額之人民幣，應構成第 201 條第 1 項之偽造有價證券罪。

2.就完成之三張人民幣部分，應構成第 201 條第 1 項已如上述；失敗之半成品兩張部分，則達到未遂之行爲階段，惟本條未設有未遂處罰之規定，故不須對此加以論斷。

3.偽造有價證券之構成要件行爲，按多數學者及實務之見解，本身即具有反覆實施之性質（實務見解參見 96 年台非 133 號判決），故此處罪數之計算與偽造之張數無涉，應論以一個偽造有價證券罪即爲已足。有學說稱此爲包括一罪，即指縱行爲人實施多次，因仍包含在該行爲的原有概念內，故僅包括地成立一罪。

小結（競合）：此處甲所構成之兩罪名（第 204 條第 1 項之預備偽造有價證券罪與第 201 條第 1 項之偽造有價證券罪），係二獨立行爲侵害同一法益，故依與罰前行爲之法理，僅論以偽造有價證券罪。

(三)偽造人民幣與製作前揭契約租用場所間，有無裁判上一罪之關係？

所謂裁判上一罪，又稱爲科刑一罪，係指刑法第 55 條前段之想像競合及業經第 16 次刑法修正時刪除之牽連犯及連續犯。按此，於我國現行法之規定，所謂裁判上一罪僅指想像競合而已。

前述（一）與（二）中甲所成立之罪名，並非出於一行爲，因而無由適用第 55 條前段之想像競合處斷。又本例中甲之行爲係發生於 2006 年 7 月 1 日以後，前揭刑法修正案業已生效，故而無由依舊法第 55 條後段牽連犯或舊法第 56 條之連續犯（按：此二行爲非同類之違犯方式、又非對同種法益之侵害，概念上並非所謂連續數行爲而犯同一罪名，故而性質上亦非舊法中之連續犯）之規定論處，自不待言。因此本例中甲成立之第 216 條之行使偽造文書罪與第 201 條第 1 項之偽造有價證券罪，應依第 50 條之規定併合處罰之。

四、甲於民國 97 年某日中午，意圖行竊，身藏螺絲起子一支，行經乙家，見大門虛掩，即意圖為自己不法之所有，推開門進入屋內（侵入住宅部分未據告訴），先在客廳拿了女用背包一只，繼到臥室搜尋財物，適乙在臥室內化粧，見甲進入，即大聲質問，並上前欲取回背包。

（一）設甲見乙身戴鑽戒及黃金項鍊，竟進而以手掩住乙之口鼻，喝令乙交出鑽戒及項鍊，乙因口鼻被掩，呼吸困難不能呼救，只好照辦，甲拿到鑽戒、項鍊及背包後，迅速逃逸。甲之行爲應如何論罪？（9 分）

（二）設乙上前欲取回背包時，甲不讓乙取回，僅用力將乙推開，並立即帶背包逃離，乙隨後追出，已不見甲蹤影，則甲應負何罪責？理由為何？（16 分）

| | |
|------|--|
| 命題意旨 | 測驗同學是否熟悉財產犯罪中之竊盜、準強盜及強盜罪間之關係。 |
| 答題關鍵 | 強盜罪與準強盜罪之不同，在於前者施特定行爲（如強暴、脅迫）必在取財行爲之後，而後者則恰好相反。另外在先有竊盜行爲後復爲此兩行爲時，在競合時也會有不同的法效。 |
| 高分閱讀 | 1.釋字 630 號解釋。 2.蔡律師、余律師《刑法分則》，（六版，高點文化出版）。 3.林山田，《刑法各罪論（上）》，（五版，元照出版）。 4.黃惠婷「強盜罪：第二講—準強盜罪」《月旦法學教室 34 期》，P.98-106。 5.甘添貴「準強盜罪「當場」的意涵」《月旦法學教室 42 期》，P.18-19。 6.高點金律師，《刑法經典試題精解》，P.6-3(加重竊盜)、P.6-29(強盜)、P.6-34(準強盜)。 |

【擬答】

應先說明者係，甲身藏螺絲起子，並進入乙宅拿走女用背包一只之行爲，可能構成刑法（以下未特別說明者皆爲我國刑法）第 320 條第 1 項之竊盜既遂罪。

按題旨，本例中甲係出於自己不法所有之意圖，進入乙宅並於客廳取走該背包，即行爲人客觀上有改變物之持有狀態的行爲，主觀上對此有所認識並有意爲之（參見第 13 條第 1 項）。因此甲之行爲實現了第 320 條第 1 項之構成要件，且無阻卻違法、罪責事由。故甲取走背包行爲，構成第 320 條第 1 項之竊盜既遂罪。（是否構成刑法第 321 條第 1 項第 3 款之加重竊盜罪，見下述（一）1.。）

(一)甲掩乙之口鼻，使其呼吸困難交出鑽戒等物之行爲

1.可能構成第 328 條第 1 項之強盜罪。

依題旨，客觀上甲以掩乙口鼻作爲強制之手段，並使乙無法呼吸只好交出財物，即甲之強制行爲足以使乙使其意思自由而達不能抗拒之程度，乙並因而爲物之交付；在主觀面甲係意圖爲自己不法所有，且對前揭客觀事實均有所認識。

甲之行爲具第 328 條第 1 項強盜罪之構成要件該當性，且具無阻卻違法、罪責事由。故成立該條項之罪。

2.甲前揭行爲，因身藏有螺絲起子，故而可能構成第 330 條第 1 項之加重竊盜罪。

擬先就第 321 條第 1 項各款之規定屬性，就我國學說上爭議說明如下：

甲說：本條項所列六款事由，係屬量刑之例示規定，而非構成要件。

乙說：該六款事由乃加重構成要件。

甲說係參考德國立法例上之解釋，惟就我國刑法第 321 條第 1 項之立法方式，因其具有拘束法官之絕對效力，且復於該條第 2 項設有未遂犯之規定。綜上所述，吾以為該條項各款應認為係屬加重構成要件。

準此以言，本例中甲攜帶螺絲起子行竊，是否符合第 321 條第 1 項第 3 款之加重竊盜罪，首先應就螺絲起子是否為兇器審查之。按實務見解（74 年台上第 3 次刑庭決議），螺絲起子客觀上足對人之身體、生命構成威脅，應成立攜帶兇器竊盜罪。對此學說上有從主客觀兩方面加以限制者：

(1)（由客觀面加以限制）宜就器械的一般用途判斷，而非客觀上可供行兇即認定為兇器。

(2)（由主觀面加以限制）行為人必須是基於行竊目的而攜帶兇器。

拙見以為，學說上此兩限制，應值參照。蓋本款之所以加重，係因此等行為對他人生命、身體法益潛藏危險性較高，然倘將一般行竊常用工具認為係本款所指之兇器，恐失之過苛且有架空第 320 條之虞；又，本款為構成要件之規定已如上述，故而認為行為人必須是基於行竊目的而攜帶兇器，亦屬合理之限制。

本題中，客觀上起子係一般行竊常用之器械，又，主觀上甲是否出於行竊目的而攜帶起子，題意未明，應可認為甲攜帶起子行竊之行為，不構成本款之加重竊盜罪。就前揭強盜罪之部分，則不成立第 330 條第 1 項之加重強盜罪。

3. 競合

客觀上甲先有竊盜行為（取走背包），後見乙身有鑽戒等財物而為強盜之行為，主觀上後者係為另行起意，故前後兩構成要件之實現並非基於自然意義的一個行為，依刑法第 50 條數罪併罰之。

(二) 1. 甲將乙推開後帶著背包逃離之行為，可能構成第 329 條之準強盜罪。

就第 329 條的構成要件規定觀之，本質上與強盜罪並不一致，而以強盜論僅是指法定刑以第 328 條之規定論；本條雖以竊盜、搶奪為前提，但又並非以竊盜、搶奪為其基本構成要件，而有其獨立之不法內涵。對此，有學者質疑本條構成要件之設立並無正面意義，反有製造問題之虞；再者，以不同於強盜罪不法內涵之行為論以強盜罪之法定刑，恐有違罪刑相當原則。就此，大法官會議於釋字 630 號解釋中曾表示，僅將第 329 條規定之擬制為強盜罪，乃因其他財產犯罪，其取財行為與強暴、脅迫行為間鮮有時空之緊密連接關係，故上開規定尚未逾越立法者合理之自由形成範圍，難謂係就相同事物為不合理之差別對待。經該規定擬制為強盜罪之強暴、脅迫構成要件行為，乃指達於使人難以抗拒之程度者而言，是與強盜罪同其法定刑，尚未違背罪刑相當原則，與憲法第二十三條比例原則之意旨並無不符。

以下就甲之行為檢討如下：

(1) 準強盜罪之成立，係以竊盜或搶奪罪之成立為基本前提條件。甲取走背包之行為構成第 320 條第 1 項竊盜既遂罪，已如前所述。

(2) 依題旨，甲推乙之行為係緊接於取走背包行為之後（或可認為甲此際對背包未建立穩立的持有關係）且仍身處乙宅，就時、空密接性觀之，應屬「當場」。

(3) 強暴脅迫之行為是否必須達使他人不能抗拒之程度，學說對此容有爭議：有認為該條文雖未如強盜罪設有明文，但強暴脅迫之行為仍必須達使他人不能抗拒之程度；亦有認為法條既無程度之要求，則是否達使他人不能抗拒之程度，自非所問。

惟本例中推開乙之行為導致乙不能取回其遭竊之背包，係施以強暴之行為，致使乙就奪回背包一事達不能抗拒之程度，故不論採何見解，均符合本條之要求。

(4) 依題旨，甲基於特定目的且對上述事實均有認識並有意使其發生（第 13 條第 1 項）而具有構成要件故意。

甲之行為構成該條之準強盜罪。

2. 競合

綜上所述，甲之行為構成第 320 條第 1 項、第 304 條第 1 項及第 329 條之罪。其中 304 條第 1 項之強制罪與第 329 條之準強盜罪間具有補充關係，論以後者即足以評價所有犯罪事實，依法條競合之法理僅論以第 329 條之罪。又刑法第 329 條之性質為單一犯而非結合犯，如具備本條特別構成要件者，即應以強盜論罪，不能更論以竊盜或搶奪之罪（參照最高法院 63 年第 2 次刑庭決議）。此一實務見解，亦可解讀為論以第 329 條之罪即足以評價所有犯罪事實（法條競合）。按此，本例中甲就其行為僅負第 329 條之責。