

# 《刑法》

- 一、甲因毒品案件遭移送警察局偵辦，恰巧偵訊甲之警員乙與甲是小學同學。甲擔心自己尿液有毒品反應，私下請求乙掉包尿液，乙為幫甲脫罪，遂以自己的尿液放入尿管中，且明知尿液不是甲的，乙仍在所製作之警詢筆錄中記載採集甲之尿液送驗，並將該筆錄送至地方檢察署。試問：乙之行為如何論罪？（25 分）

答題關鍵	本題測驗考生對於湮滅刑事證據罪中，所稱刑事證據成立時點的理解外；還必須知悉行為人虛偽記載筆錄是構成公務員登載不實罪。另外，對於公務員犯瀆職罪章以外之犯罪，還必須額外以刑法第 134 條加重處罰，不能忘記。
考點命中	1.《刑法爭議研究》2018 年 4 月（4 版），高點文化出版，旭律師編著，頁 11-48。 2.《高點刑法講義》第四回，旭台大編撰，頁 186、236。

## 【擬答】

- (一)乙掉包尿液的行為，構成刑法第 165 條及第 134 條公務員假藉職務機會犯湮滅刑事證據。

- 客觀上，甲的尿液是犯毒品犯罪之證據，乙假借職務機會掉包尿液的行為，是否該當湮滅刑事證據？
  - 有認為，所謂「他人刑事被告案件」係指因告訴、告發、自首等情形開始偵查以後之他人刑事被告案件而言（99 台上 6857 決）。
  - 惟管見以為，因湮滅證據罪是為保護國家之刑事司法作用，在解釋上，不必因告訴、告發、自首等情形開始偵查以後之案件；被告於著手犯罪後之證據，如有為湮滅等行為人，即應成立本罪。
  - 基此，甲既然有施用毒品而犯罪，乙將尿液掉包是湮滅被告著手犯罪後之關係他人刑事被告案件證據；主觀上，乙既明知並有意為湮滅證據行為，具有本罪故意。
- 乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，乙成立本罪。

- (二)乙於警詢筆錄虛偽記載的行為，構成刑法第 214 條公務員登載不實罪。

- 客觀上，身分公務員乙明知尿液非甲之尿液，而於其所執掌之警詢筆錄為不實之記載，足以生損害於公眾；主觀上，乙明知並有意為登載不實之行為，具有本罪之故意。
- 乙無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，乙成立本罪。

- (三)競合：乙上開兩行為因犯意互殊，行為個別，論以數罪併罰。

- 二、甲前往豪宅偷竊，進入臥室找尋財物時，豪宅主人 A 遭驚醒而大叫，甲為避免 A 反抗，立即以枕頭悶 A，企圖將 A 悶死，待 A 不再掙扎後，甲隨即在臥室抽屜找到新臺幣 10 萬元現金取走後離去，事後 A 並未死亡。試問：甲之行為應如何論罪？（25 分）

答題關鍵	本題的解題稍微複雜一點，首先要先解決甲搜尋財物的竊盜後轉念強盜問題，還必須討論殺人行為，是否能夠與強盜罪成立強盜殺人罪的結合犯。其實一個層次慢慢思考，答案就呼之欲出。
考點命中	《刑法爭議研究》2018 年 4 月（4 版），高點文化出版，旭律師編著，頁 9-59、2-21。

## 【擬答】

- (一)甲侵入住宅為避免 A 反抗而以枕頭悶 A 之行為，構成刑法第 330 條第 1 項加重強盜既遂罪。

- 客觀上，甲侵入住宅對 A 施強暴至其不能抗拒後取得財物；主觀上，甲原先為竊盜犯意隨後犯意升高，轉念為強盜犯意，實務稱為轉念強盜，應論以升高後之強盜罪犯意。
- 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

- (二)甲犯準強盜罪悶 A 未死的行為，構成刑法 271 條第 2 項殺人未遂罪。

- 主觀上，甲企圖將 A 悶死具有殺人故意；客觀上，雖已著手於殺人罪之構成要件，但因 A 未死亡犯罪結果未既遂，該當本罪構成要件。
- 甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

- (三)競合：甲上開二行為，不構成刑法第 332 條第 1 項強盜殺人罪之結合犯。

- 按刑法第 332 條第 1 項之強盜而故意殺人罪，是將強盜與殺人二個獨立犯罪行為，依法律規定結合成一罪，並加重其處罰，祇須相結合之殺人行為係既遂，即屬相當，其基礎犯之強盜行為，不論是既遂或未遂，均得與之成立結合犯，僅於殺人行為係屬未遂時，縱令強盜行為既遂，因該罪並無處罰未遂犯規定，始不生

結合犯關係，應予分別論罪（105 台上 383 決）。

2. 基此，因強盜殺人之結合犯，未設有處罰未遂之明文，則甲準強盜未遂罪與殺人未遂罪，因犯意個別，行為互殊，不應論以強盜殺人罪之結合犯，僅應論以二罪數罪併罰。

三、甲酒醉駕車，被交警乙攔停下來進行酒測，甲停車後拒不下車，見乙之警用機車停在前面，遂快速開車衝撞機車以求脫逃，乙因為站在甲車旁邊幸而未受傷害，但警用機車則遭撞毀而無法使用。試問：甲之行為如何論罪？（25 分）

答題關鍵	本題有一個小陷阱就是普通傷害罪不處罰未遂外，還必須想到行為人衝撞警車，除了構成妨害公務罪外，還成立毀損公務員執掌物品罪，最後再予以想像競合。多數同學可能會忽略掉的是毀損公務員執掌物品罪的討論，必須特別小心。
考點命中	《高點刑法講義》第四回，旭台大編撰，頁 203。

【擬答】

(一) 甲開車衝撞乙未受傷之行為，不構成刑法第 277 條普通傷害罪。

甲開車衝撞乙未受傷之行為，雖甲主觀上有傷害犯意，但由於普通傷害罪不處罰未遂（刑法第 25 條第 2 項），甲不成立本罪。

(二) 甲開車衝撞警用機車行為，涉及下列犯罪：

1. 甲上開行為，構成刑法第 135 條第 1 項妨礙公務罪。

(1) 客觀上，甲係對依法執行酒駕臨檢勤務之交通警察乙，以開車衝撞方式施強暴行為；主觀上，甲明知並有意為妨礙公務行為，具有本罪之故意。

(2) 甲無阻卻違法、罪責事由，甲成立本罪。

2. 甲上開行為，構成刑法第 138 條毀損公務員執掌物品罪。

(1) 刑法第 138 條毀損公務員職務上掌管之物品罪，所稱之「公務員職務上掌管之物品」，係指該物品為公務員本於職務上之關係所掌管者而言，若與其職務無關，僅供日常使用之物品，縱予損壞，除論以一般毀損罪外，則難繩以該條之罪（最高法院 96 年度台上字第 4654 號判決參照）。

(2) 依警察機關公務車輛使用管理要點規定，警察人員對執勤務時所配備使用之車輛，有保管維護之責，是警察執行巡邏等勤務所駕駛之巡邏車，自屬其職務上掌管之物品。

(3) 甲衝撞公務員執掌之巡邏車，而使其致令不堪用；主觀上亦具有毀損公務員執掌物品之故意，於無阻卻違法、罪責或減免罪責事由下，成立本罪。

3. 競合：

甲上開行為核係一行為觸犯刑法第 138 條、第 135 條第 1 項二罪名，應依想像競合犯從一重以損壞公務員職務上掌管之物品罪處斷（最高法院 92 年度台非字第 56 號判決參照）後，再與醉態駕駛罪數罪併罰。

四、甲於凌晨前往夜店，在夜店門口看見 A 女酒醉而倒在路邊。甲心生歹念，將 A 女帶到附近的汽車旅館房間，趁 A 女酒醉昏迷之際，對 A 女為性交行為。在性交行為進行到一半時，A 女突然醒來，並將甲推開，甲見 A 女反抗，遂將 A 女雙手細綁於床邊，繼續進行性交行為。試問：甲之行為應如何論罪？（25 分）

答題關鍵	本題涉及強制性交罪與趁機性交罪之區辨。甲有先後兩個行為，就前行為而言，因為利用被害人自身所造成無法抗拒的狀態，應構成趁機性交罪。而後行為則是不能抗拒的狀態為行為人本身所致，應成立強制性交罪。
考點命中	1. 《刑法爭議研究》，2018 年 4 月（4 版）高點文化出版，旭律師編著，頁 8-60。 2. 《高上刑法講義》第三回，旭台大編撰，頁 77-78。

【擬答】

(一) 甲趁 A 酒醉對其性交之行為，構成刑法第 225 條第 1 項趁機性交罪。

1. 按強制性交罪與乘機性交罪，二者主要區別在於犯罪行為人是否施用強制力及被害人不能抗拒之原因如何造成，為其判別標準。如犯罪行為人所故意造成被害人不能抗拒者，應成立強制性交罪。如被害人不能抗拒之原因，非出於犯罪行為人所為，且無共犯關係之情形，僅係被害人自身精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形不能抗拒時，犯罪行為人乘此時機以行性交行為者，即應以乘機性交罪論處（100 台上 4413

決)。

2.客觀上，A 酒醉不能抗拒的原因係因其本身酒醉所導致，甲利用 A 酒醉而對其為性交行為；主觀上，甲明知並有意為趁機性交行為，具有本罪之故意。

3.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

(二)甲見 A 反抗而將其綁於床邊繼續性交的行為，構成刑法第 221 條第 1 項強制性交罪。

1.客觀上，甲於 A 驚醒後，反而將 A 綁於床邊而對其施加強暴，而違反 A 之意願與其性交，此不能抗拒之狀態為行為人甲所造成，非被害人本人；主觀上，甲明知並有意為強制性交行為，該當強制性交罪之構成要件。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

(三)競合：甲犯趁機性交罪與強制性交罪之二行為，犯意個別、行為互殊，應論以數罪併罰。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

# 《刑法》

一、甲為計程車司機，某日深夜，載女客人A前往郊區某豪華別墅，快抵達目的地時，見A女頗具姿色，突心生淫念，乃停車於偏僻路旁，強拉A女至樹下草叢邊，褪去其衣物，擬加以「性侵」（性交），A女極力抗拒，甲未能得逞。此時，A聲言要報警，甲羞憤異常，持預藏於車上的開山刀，猛刺A的心臟，A躺於血泊中；甲見狀，起後悔之心，乃急電119前來救人，但在救護車未到達前，A已被路過行人乙先行送醫救治，終倖免於死，而甲因畏罪，打完電話後，就驅車逃離現場。問甲的刑責應如何論處？（25分）

命題意旨	是四題中最單純的一題，只要記得強制性交罪的加重條款，便可以迎刃而解。至於殺人罪部分，重點在第27條第1項後段準中止未遂的審查，尤其「真摯性」要件切莫遺漏。
考點命中	《高點圖說刑法總則講義》，易律師編撰，頁5-36～38、頁6-28～29。

## 【擬答】

- (一)甲擬性交A未得逞，成立刑法（下同）第222條第2項的加重強制性交未遂罪。  
客觀上甲未性交A得逞，故不成立既遂。惟主觀上甲有違反A意願而為性交之故意，客觀上又業已做出「強拉A並褪去其衣物」的典型強暴行為，必然該當著手。另甲為計程車司機，趁載客之際侵害A，該當「利用駕駛供不特定人運輸之交通工具機會犯之」的加重條款，復查無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (二)甲持刀猛刺A心臟，成立第271條第2項的殺人未遂罪。
- (三)客觀上A未死亡，故甲不成立殺人既遂。然甲主觀上具備殺人故意，又依甲之想像，持刀猛刺心臟乃典型殺人行為，必然該當著手，又無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (四)刑罰發動：按中止臨界理論甲已進入既了階段，將A送醫急救乃積極防果行為，主觀上出於「即使能、亦不願」的自願性動機，該當「己意」要件，然A未身亡並非甲呼叫救護車所致，中止行為與犯行未既遂間欠缺因果關係，且甲呼叫救護車後隨即離開現場，難認中止行為已盡真摯努力，無法適用第27條第1項前、後段規定減免其刑。
- (三)結論：甲成立加重強制性交未遂與殺人未遂兩罪，按實務見解，必也相結合之殺人罪達成既遂，方有第226條之1形式結合犯之適用，故甲不同行為所犯兩罪，應按第50、51條規定數罪併罰。

二、甲誘使本無犯意之十六歲少年乙，潛入A宅竊取A新購之名貴音響，甲併邀丙駕駛小貨車在門外把風，等候運走，甲也允諾事成後，給予乙、丙酬金。正搬出門外，A歸來，雙手抓住甲擬加以逮捕，詎甲為脫免逮捕，以左手反抓A之頭髮，右手毆打頭部，並以雙手勒住其頸部，致A鬆開抓住甲的雙手，放棄逮捕行為，當時乙並無對A施加暴力之犯意與任何舉動，終將音響搬走。問甲、乙、丙三人之刑責各應如何論處？（25分）

命題意旨	最為複雜也最難作答的一題，建議由實際在現場動手之人審查起（甲、乙），再說明於現場把風之人（丙）。甲攻擊A部分究竟應成立「準強盜罪」抑或「轉念強盜」，算是一個灰色地帶，由於題目揭示「脫免逮捕」四字，因此選擇解準強盜罪可能較佳。最後，本題是否成立共同正犯的逾越，也是一個灰色地帶，鑑於題目提及「乙並無對A施加暴力之犯意或舉動」，本文採肯定說作答。
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁51、54～56。

## 【擬答】

- (一)甲、乙潛入A宅將音響搬走，成立刑法（下同）第321條的加重竊盜罪。  
客觀上甲、乙未經同意侵入A宅破壞A對音響之持有、並建立自己持有，該當侵入住宅竊取行為，主觀上甲、乙明知前述事實並有意為之，更自知無取得音響之權限，卻想以所有人自居而符合不法所有意圖，復查無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (二)丙在A宅外把風，亦成立加重竊盜罪。  
客觀上丙在旁把風，乃是經由共謀而來的竊取行為角色功能分擔，主觀上丙明知前述事實並有意為之，具備支配意思，更有不法所有意圖，復查無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。又甲、乙、丙三人俱屬在場且有罪責之共同正犯，無論依通說或實務見解，均該當「結夥三人」之加重要件，故甲、乙、丙成立加重竊

盜罪無疑。

(三)甲用雙手勒住A頸部，成立第329條的準強盜罪。

1.客觀上，甲係犯加重竊盜罪在先，且在A宅門外當場施加使人難以抗拒的強暴行為（釋字第630號解釋參照），主觀上甲明知前述事實並有意為之，更具備脫免逮捕意圖，復查無阻卻違法、罪責事由，成立本罪，論以第330條之法律效果。

2.依題意，乙與丙並無對A施加暴力之犯意或舉動，足認本例屬共同正犯逾越，乙、丙對甲攻擊A一事並無預見，故就此逾越部分毋庸負責，併此敘明。

(四)結論：甲所犯加重竊盜與準強盜罪成立不真正競合，僅論準強盜罪即可；乙、丙成立加重竊盜罪，惟乙年僅16，得按第18條第2項，減輕其刑。

三、甲男與某女名模A交往多年，並有超友誼關係；邇來，甲頓覺A有「劈腿他戀」之嫌，乃潛入A所租來的房間內，在天花板上偷裝針孔攝影機，竊錄其與新男友B的親密歡愛鏡頭。一個月後，甲之經營某娛樂雜誌的友人乙得悉此事，未經甲的同意，竟將所取得甲所偷拍的性愛錄影帶，大量製成光碟片，並隨雜誌附贈光碟片予讀者，該期雜誌為之銷售一空。問甲、乙所犯之刑責各應如何論處？如何宣告沒收？（25分）

命題意旨	本題罪名相對簡單，不過請小心散布猥褻物品罪的大法官解釋字第617號限縮，尤其題目沒言明行為人是否有採取適當安全隔離措施，請自行假設。另外，注意別漏掉刑法分則的沒收特別規定。
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁39～41、112。

【擬答】

(一)甲潛入A租屋房間，成立刑法（下同）第306條的侵入住居罪。

客觀上甲未經同意潛入A租屋房間，該當侵入他人住宅行為，主觀上甲明知前述事實並有意為之，復查無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)甲在A屋內裝針孔攝影機竊錄，成立第315條之1的竊錄罪。

客觀上甲在A屋內裝針孔攝影機，係以錄影竊錄他人非公開之活動，主觀上甲明知前述事實並有意為之，又按實務見解，蒐證行為仍屬「無故」而不能阻卻違法，復查無阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)乙將偷拍的性愛錄影帶製成光碟並隨雜誌附贈，成立第315條之2的散布竊錄內容罪。

客觀上乙將竊錄內容製成光碟並隨雜誌附贈，該當製造與販賣行為，主觀上乙明知前述事實並有意為之，復查無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(四)乙前述行為，不成立第235條的散布猥褻物品罪。

客觀上乙雖有將性愛光碟隨雜誌附贈之販賣行為，惟按釋字第617號解釋，該性愛光碟屬軟蕊猥褻資訊，僅在行為人未採取適當之安全隔離措施而傳布，方能以本罪相繩。坊間含有猥褻資訊之雜誌，通常有標註警語並以封套隔離，一般人難以直接見聞，倘若本題情形無異於一般，則自不該當本罪構成要件。

(五)結論：甲同一行為所犯侵入住居與竊錄兩罪，按第55條規定從一重處斷；乙成立散布竊錄內容罪。又按第315條之3「竊錄內容之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之」的特別規定，甲偷拍的性愛錄影帶與乙製成的光碟片，均沒收之。

四、甲將位於市郊自己所有之豪華農舍一棟出租於A，因欠租四個月經催討不付，其後二人屢屢發生口角，且A賴住如故。甲一時瞋念起，且思該農舍保有火險，不慮燒燬發生損失，因生放火殺A之心。某日，甲與友人乙商議，共同前往放火，途中乙突接家中來電，因父親中風需緊急送醫，乃折回。甲私自前往，乘深夜A熟睡之際，潛入該農舍，將廚房內之瓦斯開啟，予以點燃，引起熊熊烈火，A冒火衝出，僅受輕傷。甲見A未死心殊不甘，一面向警方指控A疏於注意致釀火災，一面申請保險公司理賠，嗣被保險公司識破，終未領得任何保險金。問甲之刑責應如何論處？（25分）

命題意旨	罪名雖然不難，卻是最繁瑣的一題，尤其第四題多數人恐怕已無時間作答，建議切莫長篇大論，擇要書寫即可，但侵入住居、放火、殺人、誣告與詐欺這五罪絕對不可省略。另外，本題既然只問甲的刑責，而乙對甲的刑責毫無影響，就別雞婆寫乙。
------	---

考點命中 《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁 22～23、78～79、142～143。

【擬答】

- (一)甲潛入A承租農舍，成立刑法（下同）第306條的侵入建築物罪。  
客觀上甲未經同意潛入A承租農舍，即便甲乃農舍所有人，在**保護居住自由**的解釋下，依舊該當侵入他人支配領域之行為，主觀上甲明知前述事實並有意為之，復查無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (二)甲點燃瓦斯引發火勢，成立第173條的現有人所在建物放火罪。  
客觀上A在農舍內熟睡，該當「現有人所在之建築物」，甲點燃瓦斯引發火勢乃「放火燒燬」行為，主觀上甲明知前述事實並有意為之，復查無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (三)甲點燃瓦斯引發火勢以殺A，成立第271條第2項的殺人未遂罪。  
客觀上A未死亡，故甲不成立殺人既遂。然甲主觀上具備殺人故意，又依甲之想像，點燃瓦斯引發火勢已對A之生命形成直接危險，符合密切關聯性而該當著手，復查無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (四)甲向警方指控A釀致火災，成立第169條的誣告罪。  
客觀上甲以虛構之事實，向有犯罪調查權限之警察申告A違犯刑法失火罪，該當「向該管公務員誣告」要件，主觀上甲明知前述事實並有意為之，更具備使A受刑事處分之意圖，復查無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (五)甲向保險公司申請理賠遭拒，成立第339條第3項的詐欺未遂罪。  
客觀上保險公司未付款，故甲不成立詐欺既遂。然甲主觀上明知自己乃施用詐術，欲使保險公司陷於錯誤而處分財產並受損害，具備詐欺故意與不法所有意圖，客觀上又業已做出「向保險公司申請理賠」的典型施詐行為，必然該當著手，復查無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (六)結論：甲同一行為犯侵入住居、現有人所在建物放火與殺人未遂三罪，按第55條規定從一重處斷；再與不同行為所犯誣告與詐欺未遂兩罪，按第50、51條規定數罪併罰。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

# 《刑法》

一、甲教唆乙傷害 A，乙拒絕，被一旁乙之同居人丙知悉。一星期後丙隱瞞乙打電話給甲，謊稱乙改變心意，但要求甲先將之前約定予乙的新臺幣（下同）10 萬元匯入丙的帳號。甲匯款後，丙捲款潛逃。試問甲的行為依刑法如何論處？而 10 萬元依新修正刑法又應如何處置？（25 分）

答題關鍵	本題算是今年較麻煩的一題。首先教唆犯部分考「限制從屬性」，乃不罰的未遂教唆，相信大家都很容易可以掌握。接著丙的詐欺罪部分，涉及「基於不法原因給付是否仍可成立詐欺罪？」此爭點，這與刑法上的「財產概念」息息相關。由於之後還有沒收的爭點必須處理，於此建議採取「讓丙成立詐欺罪」的策略（因為必須要有「不法」才能發動沒收），方可接續處理新刑法的沒收操作。
考點命中	《圖說刑法總則（第四版）》，易律師編撰，高點文化出版，頁 2-39~48、11-44~46。

## 【擬答】

(一)甲唆使乙傷害 A，不成立刑法（下同）第 277 條傷害罪的教唆犯。

- 1.第 29 條規定之教唆犯，必以存在正犯未遂或既遂不法為前提，若自始不存在任何正犯不法，即使有教唆行為，教唆犯也將因未能滿足限制從屬性而不罰。
- 2.本題客觀上甲雖看似有教唆行為，然卻未能導致乙著手實行傷害行為，欠缺正犯不法供其從屬，**僅僅是不罰的未遂教唆**。

(二)丙向甲謊稱乙改變心意且令甲匯款 10 萬元入丙帳戶，成立第 339 條第 2 項之詐欺得利罪，並按第 38 條之 1 向丙追徵其價額。

- 1.本罪以「施用詐術使相對人陷於錯誤並繼而處分財產令行為人得利」為成立要件。**惟相對人基於不法原因所為之給付，行為人是否仍構成詐欺得利罪？**學說有採「法律與經濟折衷的財產概念」，認為凡是違反民法強行規定之財產給付，均不受本罪保護；另有採「純經濟財產概念」，主張只要是具有經濟價值的財產給付，皆屬本罪保護範疇，本文從之。
- 2.客觀上丙施用詐術使甲陷於錯誤，繼而收受甲具有經濟價值的財產給付共 10 萬元匯款，主觀上丙明知前述事實且有意為之，更知悉並無取得該款項之法律上基礎，卻仍想以所有權人自居，復無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- 3.新刑法沒收以具備「不法行為」為前提，丙有前揭詐欺不法，吻合前提無疑。又該 10 萬元匯款係行為人丙現實上持有支配，**即便其交付係違反公序良俗，仍屬於行為人取得之直接犯罪所得**，該當第 38 條之 1 第 1 項規定應予沒收。惟若該款項已與帳戶內金額混同而無法辨識分離，則按同法第 3 項追徵其價額。

(三)結論：甲不成立犯罪；該 10 萬元依新刑法第 38 條之 1 第 1、3 項沒收或追徵之。

二、甲在古物店竊得明末名家製造之價值不菲的古花瓶，為掩人耳目，暫將其置放於一人跡罕至的廢棄物堆中。當日有一從事資源回收工作之乙，發現該花瓶仍為可用之物，將其取回家中擺放。幾日後經媒體報導，乙發現其拾回之花瓶，極有可能為甲所竊取之物，為免惹麻煩，欲將其放回原處，惟搬運途中為警查獲。試問乙之行為依刑法如何論處？（25 分）

答題關鍵	很意外「一銀盜領案」的贓物罪爭議居然那麼快就成為考題！本題重點全部放在贓物罪部分，尤其贓物罪解釋上必須具備「合意的共同協力」要件，更是答題關鍵，此點我有在班上評析時事時特別強調，也特別在 FB 上撰文提醒。由此可見，時事題確實不可不防。
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁 75~76。

## 【擬答】

(一)乙將花瓶取回家擺放，不成立刑法（下同）第 320 條的竊盜罪。

- 1.本罪以「基於不法所有意圖而竊取他人所有或持有之動產」為成立要件。另本罪與第 337 條規範客體之差異，在於前者被害人對動產「仍保有持有」，後者則是「非出於本人意思而脫離持有」之物，兩者顯然有別，合先敘明。
- 2.客觀上該花瓶係甲有意放置於廢棄場，故甲對花瓶仍具備鬆懈之持有，乙確實未經同意而移轉花瓶之持有，**然其主觀上根本不知前述事實，欠缺竊盜故意，構成要件不該當**。

(二)乙將花瓶取回家擺放，不成立第 349 條的贓物罪。

- 1.本罪以「收受、搬運贓物」為成立要件。另收受行為乃本罪之基本規定，倘不成立收受行為，亦無搬運行為可言；且行為人必須主觀上知悉該物屬贓物，方有成立本罪空間。
- 2.客觀上乙雖看似有收受贓物行為，惟其主觀上根本不知該物屬贓物，自與本罪無涉。

(三)乙試圖將花瓶放回原處，不成立第 349 條的贓物罪。

- 1.條文雖僅以「收受、搬運贓物」為成立要件，惟通說與實務俱認須附加「合意的共同協力」此不成文限縮要件，亦即贓物犯必須與前財產犯罪之人有意思表示的交流並進而達成合意始足，換言之，單純自取贓物無法該當「收受行為」之文義，更遑論以收受為基礎之搬運行為。
- 2.客觀上乙雖看似有搬運贓物行為，然其從未與甲達成合意的共同協力，構成要件自始即不該當。

(四)結論：乙不成立犯罪。

三、甲、乙交往時，乙曾打造其住處備用鑰匙與甲，方便甲出入乙之住處。兩人分手後，乙曾向甲索討鑰匙，當時甲一時找不到，乙便未繼續追討。幾個月後，甲尋得鑰匙，便逕赴乙之住處，想親自交還給乙。豈料乙不在家，甲想反正有鑰匙在身上便開門進入，並在乙的住處等待乙回來。乙返家後見甲在住處內，大怒並報警提告。甲主張鑰匙係乙所交付，且其為返還鑰匙而來，應無不法。試問甲的行為依刑法如何論處？（25 分）

答題關鍵	相對簡單的一題，只要說明侵入住居罪的保護法益即可迎刃而解。建議不用鉅細靡遺地條列分析，只要用實務見解所採的來解就行，畢竟寫到這裡時間所剩不多，能精簡就盡量精簡！
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁 22～23。

【擬答】

(一)甲使用鑰匙進入乙宅，成立刑法（下同）第 306 條的侵入住居罪。

- 1.本罪以「無故侵入他人住宅」為成立要件。關於本罪保護法益學說素有爭議，計有居住權說、平穩說與自由說等不同見解，實務見解則認為是「個人對其住居所有決定何人可進入或停留之自由」，趨近於自由說，本文從之。
- 2.客觀上乙既然曾向甲索討鑰匙，便代表其不欲甲再度進入乙宅，然甲竟使用鑰匙進入，顯係破壞「乙對其住居所有決定何人可進入或停留之自由」，乃是未經乙同意之侵入行為無疑；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。
- 3.甲無阻卻違法而該當「無故」，複查無任何阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)結論：甲成立侵入住居罪。

四、甲為交通警察，某日於執行勤務時發現乙未戴安全帽、超速且騎乘違法改裝機車。甲攔檢後發現乙為 13 歲少年，且根本沒有駕駛執照。甲要開單處罰時，乙苦苦哀求，並直接脫下自己手上之限量造型玩具手錶給甲，希望甲網開一面。甲見該手錶價值不菲且四下無人，默默收下手錶後，告訴乙其違規多項，但願意予其自新機會，希望其以後不要再犯，便予以放行。試問甲的行為依刑法成立何罪？（25 分）

答題關鍵	可說是萬年老梗題，只要看到是「違背職務系列」，馬上反應出第 122 條。由於本題僅問收賄者甲，因此只要涵攝第 1、2 項犯罪即可，重點反而是在這兩罪該如何競合。最後建議一下，既然今年沒收大熱門，那就順道提一下本條第 4 款的沒收特別規定吧！
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁 122～123。

【擬答】

(一)甲收下乙交付之手錶，成立刑法（下同）第 122 條第 1 項的違背職務收賄罪。

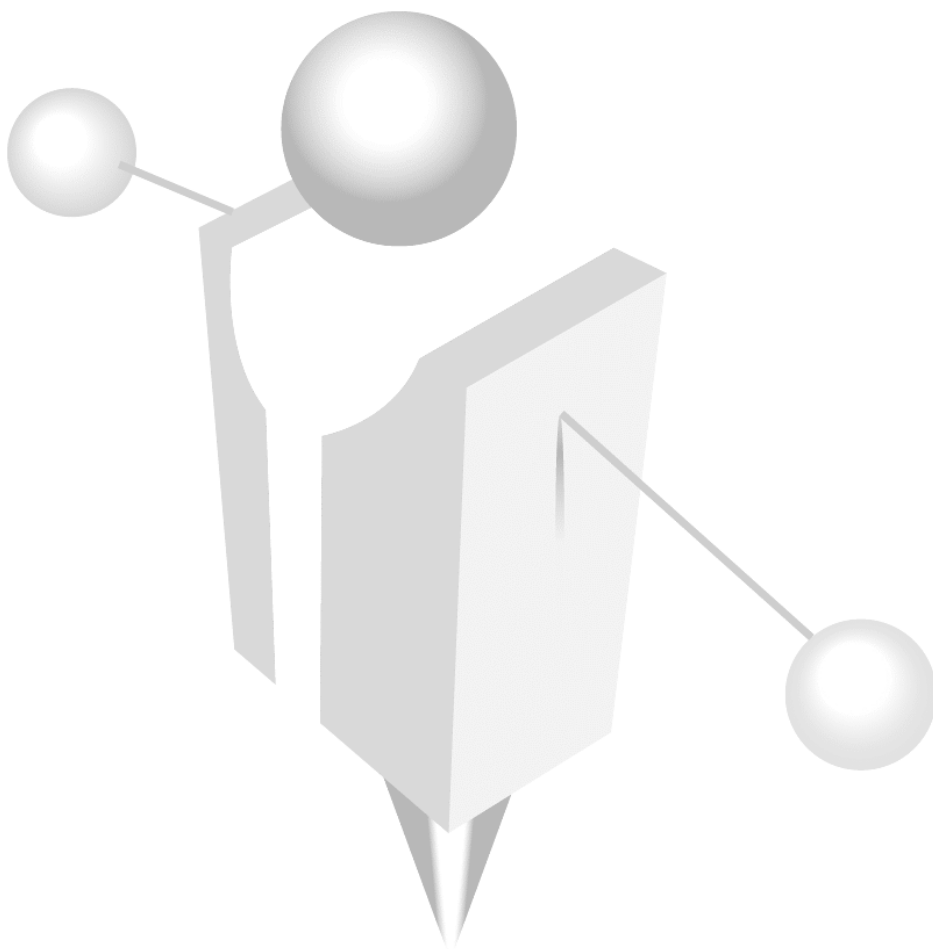
- 1.本罪以「公務員對於違背職務之行為收受賄賂」為成立要件。
- 2.客觀上甲身為交通警察，係第 10 條第 2 項第 1 款前段所稱身分公務員，甲就違背其職務之行為收受乙所交付之手錶，該當收受賄賂行為；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。復無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)甲未開單而將乙放行，成立第 122 條第 2 項的收賄而違背職務罪。

- 1.本罪以「公務員犯違背職務收賄罪後繼而行違背職務之行為」為成立要件。



- 2.客觀上甲犯違背職務收賄在先，又繼而未開單而將乙放行，該當違背職務之行為；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。復無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (三)結論：甲先後不同行為成立違背職務收賄、收賄而違背職務兩罪，**其保護法益同一，按不真正競合僅論收賄而違背職務罪已足**。至於該手錶則按第 122 條第 4 項之規定沒收或追徵之。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

# 《刑法》

一、甲、乙二人為情敵，甲不僅於公眾場所大罵乙為畜牲，並邀請乙至家裡談判時，意圖讓乙拉肚子，遂於飲料中放入瀉藥，端給乙飲用，乙喝了一口後覺得味道有異，先告辭回家，不久乙隨即大瀉三天，乙痊癒後至警局報案，司法警察官以通知書，通知甲到場說明，甲在害怕之下離家至花蓮躲避後，始發現放有瀉藥之飲料仍放在冰箱，故致電給其好友丙，告知前述情事，請丙將該飲料處理掉，丙應允並立即至甲家將該飲料處理掉。試論甲於刑法成立何罪？（25分）

命題意旨	公然侮辱罪與傷害罪都是基本題型，只要注意「公然」以及「健康」之要件即可。至於「妨害司法」的相關犯罪，近年有越來越熱門的趨勢，尤其參與關係更是重點中的重點，即便不成立犯罪，也有特別一說的價值。本題涉及藏匿犯人罪與妨害證據罪，後者更牽連參與關係，必須詳加交代。
考點命中	1.《圖說刑法總則（二版）》，高點出版，易律師編撰，頁11-68～11-69。 2.《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁33～34、131～134。

## 【擬答】

(一)甲在公共場所罵乙是畜生，成立刑法（以下同）第309條的公然侮辱罪。

1.客觀上，甲於不特定人得以共見共聞之公共場所，以「畜生」此等貶低人格之用語指稱乙，該當「公然侮辱人」之行為；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)甲加瀉藥並令乙飲用，成立第277條的傷害罪。

1.客觀上，甲在乙的飲料內加瀉藥，係製造「使人身體健康產生不良影響」風險之傷害行為，又不可想像不存在地導致乙大洩三天，實現規範目的欲避免之結果；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。

2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(三)甲離家至花蓮躲避，不成立第164條的藏匿犯人罪。

本罪以行為人「藏匿犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人」為成立要件，且基於期待可能性之考量，犯人與脫逃人本身因無罪責而不會成立本罪。今甲既為犯人，自無成立本罪可能。

(四)甲請託丙將飲料處理掉，不成立第165條妨害證據罪之教唆犯。

1.該飲料係證明甲犯罪之證據，且本案既已啟動偵查，則丙客觀上湮滅「關係甲的刑事被告案件證據」，主觀上更明知且有意為之，又無任何阻卻事由，成立妨害證據罪無疑。

2.至於甲是否成立本罪教唆犯？雖有部分學說主張法規範僅對「甲自行湮滅」欠缺期待可能性，若是「甲教唆他人湮滅」仍有低度期待可能性而成立教唆犯，惟通說與實務俱認只要該證據是「關係甲自己」，那甲便是欠缺期待可能性而不成立教唆犯，本文從之。

3.是故，甲不成立妨害證據罪之教唆犯。

(五)結論：甲不同行為犯公然侮辱、傷害兩罪，成立實質競合並按第50條數罪併罰。

二、甲輾轉得知友人丙之友人乙欲購買照相機，遂利用經營照相機之鄰居出外旅遊之際，邀請乙一同進入鄰居家中（以萬能鑰匙打開門），並對乙宣稱相機為其經營販賣所有，因缺錢用，如欲購買相機將以市價7折出售，乙即向甲購買高級相機一台，並交付價金及取得該相機後回家。請詳附理由說明甲成立刑法何罪？（25分）

命題意旨	十分單純的財產犯罪，不過請注意必須區分「對鄰居的個別財產犯罪」與「對乙的整體財產犯罪」來討論，畢竟兩者是不同的被害客體，審查的犯罪也不相同。另外，侵占罪部分可採多數意見以「更成要件不該當」簡要交代，若採少數意見而成立犯罪，切莫忘記還要與竊盜罪競合。
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁47～48、53～55、56～58。

## 【擬答】

(一)甲進入鄰居家中取得相機，成立刑法（以下同）第321條的加重竊盜罪。

1.客觀上甲未經同意破壞乙對相機之持有，並繼而建立自己之持有，該當竊取行為；主觀上甲明知前述事實並有意為之，更知悉並無取得該相機之民法地位，卻想以所有權人居。另甲使用萬能鑰匙進入鄰宅，符

合「**侵入住宅**」之加重要件，本罪構成要件該當。

2.甲無任何阻卻事由，成立本罪。

(二)甲將相機賣給乙，不成立第335條的侵占罪。

本罪行為人「基於不法所有意圖而侵占自己持有他人之物」為成立要件。學說與實務見解強調，本罪行為人持有他人之物，**必須以具有合法原因為前提**。由於甲因竊取而持有相機，欠缺合法原因而不成立本罪。

(三)甲將相機賣給乙並取得價金，成立第339條的詐欺罪。

1.客觀上甲宣稱相機為其所有致乙誤信為真，係施用詐術使人陷於錯誤，乙更基於該錯誤而交付價金，該當財產處分，**並因買到含有權利瑕疵之物而受有財產損害**；主觀上甲明知前述事實並有意為之，更知悉並無受領該價金之民法地位，卻想以所有權人自居，構成要件該當。

2.甲無任何阻卻事由，成立本罪。

(四)結論：甲不同行為犯加重竊盜、詐欺兩罪，**成立實質競合並按第50條數罪併罰**。

三、甲得知友人乙收受賄賂，意圖分一杯羹，遂向乙云：「如不給我新臺幣 100 萬元，將至司法機關告發。」乙害怕之下答應，惟因無現金，願暫時提供房屋設定抵押，以為擔保；甲乃仿照乙製作同意抵押文書之筆跡，自行製作該房屋買賣契約書，並至地政機關將所有權移轉登記。試論甲成立刑法何罪？（25 分）

命題意旨	財產犯罪與文書犯罪的結合題型。勒索罪雖然單純，不過請小心取得抵押權並非第一項的「取財」，而是第二項的「得利」，且題目未清楚描述是否已辦理抵押權登記，究竟該論既遂或未遂，必須自行假設。文書犯罪部分算是老梗，偽造、行使與登載不實的組合，相信大家都十分熟悉，只要小心競合就行。
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁 61~62、92~97。

#### 【擬答】

(一)甲以向司法機關告發威脅乙並取得抵押權，成立刑法（以下同）第346條的勒索罪（恐嚇得利罪）。

1.客觀上甲使用「向司法機關告發」之惡害通知讓乙心生畏怖，**並繼而同意且設定抵押權予甲**，該當「恐嚇得財產上不法利益」；主觀上甲明知前述事實並有意為之，更知悉並無取得抵押權之民法地位，卻企圖受領該利益，構成要件該當。

2.甲無任何阻卻事由，成立本罪。

(二)甲仿乙字跡製作房屋買賣契約書，成立第210條的偽造文書罪。

1.客觀上甲無製作與乙間的房屋契約書權限，卻由仍為之而該當「偽造私文書」行為，且足以生損害於不知情的乙；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。

2.甲無任何阻卻事由，成立本罪。

(三)甲持前揭文書至地政機關辦理所有權移轉登記，成立第216條的行使偽造文書罪。

1.客觀上甲將該房屋買賣契約書充作真正文書提出並主張，該當「行使」殆無疑義；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。

2.甲無任何阻卻事由，成立本罪。

(四)甲前述行為，亦成立第214條的使公務員登載不實罪。

1.客觀上甲使不知情之地政機關公務員，依形式審查在土地登記簿冊之公文書登載「乙讓受房屋予甲」之**不實事項**，該當「使公務員登載不實」行為；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。

2.甲無任何阻卻事由，成立本罪。

(五)結論：甲犯偽造文書、使公務員登載不實與行使偽造文書三罪，係侵害同一公共信用法益之前後行為，**按不真正競合僅論行使偽造文書罪已足**，再與勒索罪**成立實質競合並按第50條數罪併罰**。

四、甲對公務員乙素有怨隙，某日甲從友人丙處獲悉曾目擊乙收受廠商金錢賄賂，甲知丙常說謊言，上開目擊事實可信度不高，卻欲藉此機會加以構陷作為報復，乃向檢察官告發，檢察官偵查時，以證人身分傳喚甲至偵查庭訊問，甲經具結後向檢察官陳述，其親眼目睹乙收受廠商金錢賄賂，不久偵查終結，乙雖無前述收受賄賂，惟被查出有侵占公款之事實。試論甲成立何罪？（25 分）

命題意旨	本卷第二次出現的「妨害司法」考題，且不意外地落在偽證與誣告上。兩罪的涵攝並不困難，但要注意「維持誣告效果的偽證該如何競合？」這個問題，尤其實務見解近期曾表達過意見，不可不慎。
考點命中	《高點刑法分則講義》，易律師編撰，頁 134～137。

## 【擬答】

(一)甲基於報復而告發乙收賄，成立刑法（以下同）第169條的誣告罪。

- 1.本罪以行為人基於使他人受刑事處分意圖而向該管公務員誣告為成立要件。
- 2.客觀上檢察官是受理刑事案件之該管公務員，甲向檢察官虛偽申告乙犯收賄罪係誣告行為，即便乙最終仍犯公務侵占罪，對此亦無影響；主觀上甲明知前述事實並有意為之，又意圖使乙受刑事處分，構成要件該當。
- 3.甲無任何阻卻事由，成立本罪。

(二)甲具結後向檢察官謊稱目擊乙收賄，成立第168條的偽證罪。

- 1.本罪以證人於檢察官偵查時，就案情有重要關係之事項具結而虛偽陳述為成立要件。
- 2.客觀上乙是否真有向廠商收賄，係偵查時必須釐清的案件重要事項，甲在偵查庭具結後謊稱乙有向廠商收取賄賂，該當虛偽陳述的偽證行為；主觀上甲明知前述事實並有意為之，構成要件該當。
- 3.甲無任何阻卻事由，成立本罪。

(三)結論：甲犯誣告、偽證兩罪，按新近實務見解，若行為人為維持、實現誣告犯行所必須之偽證行為，係成立想像競合而按第55條從一重處斷。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

# 《刑法》

一、住在某地的甲、乙夫婦，於三年前結婚後與甲七十歲的母親 A 同住，但甲遊手好閒，乙也好奢華，夫妻倆經常伸手向 A 要錢而引發齟齬。年老體衰的 A 不敵年輕力壯的甲、乙，三年內分別有五次被二人合打得鼻青臉腫的就醫紀錄。某日，甲為了買新車又向母親 A 討錢遭拒並受責罵，惱羞成怒，甲、乙夫婦倆基於殺人犯意的聯絡，由乙先毆打 A，再由甲用從冰箱剪下的電線將 A 扼頸致昏迷，當時一息尚存，甲、乙誤以為 A 已死，為了掩飾犯行，又共同將 A 裝在黑色垃圾袋，載至某山區的山溝棄置，終致溺水窒息死亡。問甲、乙的刑責各應如何論處？（25 分）

命題意旨	共同正犯的不純正身分參與關係，以及因果歷程錯誤之結果延後發生。
答題關鍵	以共同正犯為基本結構包裝的考題，實際上跟共同正犯有關係的考點僅在「不純正身分犯的參與關係」，只要熟習第 31 條第 2 項的操作與相關分則條文，可以迎刃而解。比較複雜的是「因果歷程錯誤之結果延後發生」，不過這也算是萬年考古題，簡要介紹必備的三個學說並加以涵攝，相信能夠拿到不錯的分數。
考點命中	《圖說刑法總則（二版）》，易律師編著，第 10-26~27、11-19~11-22、11-64~11-65、12-35~12-36 頁。

## 【擬答】

(一)甲、乙兩人三年內五次合力打傷 A 之行為，成立五個刑法（以下同）第 277 條傷害罪的共同正犯。

- 1.本罪以傷害他人並致受傷結果為成立要件。
- 2.客觀上甲、乙共同毆打 A 之行為，乃是經由事前共謀而來的傷害行為角色功能分擔，且甲、乙均屬實行犯罪行為所不可或缺的角色，又不可想像其不存在地實現法規範欲避免的 A 身體受傷結果。主觀上甲、乙明知前述事實並有意為之，具備支配意思，依據第 28 條構成要件該當。
- 3.甲、乙均無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二)由於 A 乃是甲的直系血親尊親屬，甲按第 280 條規定成立傷親罪，加重其刑至二分之一。至於乙與 A 欠缺直系血親關係，故按第 31 條第 2 項規定，僅論科傷害罪之普通罪刑。又甲所犯五個傷親罪與乙所犯五個傷害罪，行為互殊、犯意個別，成立實質競合並按第 50 條數罪併罰。

(三)甲、乙兩人毆打且勒昏 A 並丟入山溝導致溺死之行為，成立第 271 條的殺人罪的共同正犯。

- 1.本罪以殺害他人並致死亡結果為成立要件。
- 2.案例中甲、乙心想 A 將死於勒殺行為，實際上卻是遭甲、乙丟落河中而溺斃，係因果歷程錯誤，且為結果延後發生類型，對此錯誤處理上素有爭議，說明如下：
  - (1)部分學說採取自主雙行為說，主張將前後兩行為完全切割、分別論罪。第一行為時行為人主觀上有殺人故意，客觀也著手而成立未遂犯；第二行為時客觀上雖發生死亡結果，主觀上卻僅有預見可能性而成立過失犯。兩罪按第 50 條數罪併罰。
  - (2)實務界向來採取概括故意說，認為前行為與最終結果之間具備條件理論下的因果關係，主觀想法與客觀事實雖有出入，惟該出入應屬無關緊要的不一致而不影響故意，畢竟行為人的最終目的仍然達成。故成立一個殺人罪。
  - (3)鑑於概括故意說不當擬制行為人在第二行為之故意，自主雙行為說在評價上又過於切割前後行為，通說主張以第一行為關鍵說來詮釋，只要製造不容許風險的第一行為不可想像不存在地招致法規範所欲避免的結果，則客觀構成要件該當。本文從之。

3.依據第一行為關鍵說，客觀上甲、乙基於共謀而分工毆打且勒昏 A 的第一行為，不可想像其不存在地招致後續將 A 丟入河中溺斃之第二行為，且前後行為之因果流程未有重大偏離而實現法規範所欲避免的結果。主觀上甲、乙在第一行為當下明知前述事實並有意為之，具備支配意思，依據第 28 條構成要件該當。

(四)由於 A 乃是甲的直系血親尊親屬，甲按第 272 條規定成立殺親罪。至於乙與 A 欠缺直系血親關係，故按第 31 條第 2 項規定，僅論科殺人罪之普通罪刑。

(五)結論：甲成立五個傷親罪與一個殺親罪，乙成立五個傷害罪與一個殺人罪，成立實質競合並按第 50 條數罪併罰。

二、中年男子甲於某日傍晚，駕駛一小卡車，攜帶鐮刀及布袋闖入某郊區四周附有竹籬笆圍繞的香蕉

園內，企圖用鐮刀割取香蕉。當甲得手十串香蕉後，正準備離開之際，果園主人 A 適巧來巡視，當場將甲抓住，擬扭送當地派出所法辦。甲為脫免逮捕，以左手反抓 A 的頭髮，右手毆打頭部，並以雙手勒住其頸部，致 A 鬆開抓住甲之雙手，放棄逮捕行為。之後，甲迅速開車離去，途中，因車速過快，撞到一孕婦 B 及手上牽著的三歲小孩 C，C 當場死亡，B 倒地不起，被路人送醫後，雖倖免於死，但胎兒 D 流產，並且 B 因子宮大量出血致終生不孕。甲的刑責應如何論處？（25 分）

命題意旨	財產犯罪中竊盜罪之加重條款、準強盜罪之要件涵攝，以及過失犯的基本解題架構。
答題關鍵	題目雖然複雜，卻可以清楚切分成兩大塊應答。先就前部分的「偷香蕉」而言，除要注意不成立侵入住居罪的理由外，還有竊盜罪的加重條款與準強盜罪切莫遺漏；再就後半段的「開車超速撞擊」而論，都是過失犯的基本練習，不過第 291 條的墮胎罪卻沒有過失犯的處罰規定，請務必小心。最後將兩部份的競合簡要說明，便大功告成。
考點命中	1.《圖說刑法總則（二版）》，易律師編著，第 6-35~6-37、7-33~3 頁。 2.《刑法分則講義》，易律師編著，第 13、21~22、45~48、51~53 頁。

### 【擬答】

- (一)甲闖入郊區香蕉園之行為，不成立刑法（以下同）第306條第1項的侵入住居罪。
- 1.本罪以無故侵入他人住宅、建築物或附連圍繞土地為成立要件。
  - 2.客觀上香蕉園雖然有竹籬笆與四周隔離，依題意卻**非與住宅、建築物附連圍繞之土地**，構成要件自始不該當，不成立本罪。
- (二)甲攜帶鐮刀及布袋得手十串香蕉之行為，成立第 321 條的加重竊盜罪。
- 1.本罪以犯竊盜罪而同時該當加重條款為成立要件。就第 3 款「攜帶兇器」而言，**實務見解主張客觀說**，只要客觀上具有危險性，能夠傷害人的生命身體者均屬之；通說則認為兇器應該依照器械的一般用途作判斷。本文採取實務見解。
  - 2.客觀上甲未得乙同意而破壞持有，並放入布袋中建立自己對十串香蕉的持有關係，該當**竊取行為**，此外甲攜帶鐮刀符合前述「攜帶兇器」之**加重條款**。主觀上甲明知前述事實並有意使其發生，又知悉自己無取得十串香蕉的民法基礎，卻意圖剝奪乙所有而建立自己的所有地位，構成要件該當。
  - 3.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (三)甲打傷 A 之行為，成立第 277 條的傷害罪。
- 1.本罪以傷害他人並致受傷結果為成立要件。
  - 2.客觀上甲毆打 A 頭部並勒住頸部，乃是製造他人受傷風險的傷害行為，又不可想像其不存在地導致 A 被打傷，實現法規範欲避免之結果；主觀上甲明知前述事實並有意使其發生，構成要件該當。
  - 3.由於 A 抓住甲之行為係逮捕現行犯（刑事訴訟法第 88 條），可按第 21 條第 1 項依法令之行為阻卻違法，故甲復無對其主張第 23 條正當防衛之餘地。甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (四)甲打傷 A 使其放棄追捕之行為，成立第 329 條的準強盜罪。
- 1.本罪以犯加重竊盜罪之行為人，基於脫免逮捕意圖而施加強暴為成立要件，且釋字第 630 號解釋揭示本罪之強暴必須達到「使人難以抗拒」程度，合先敘明。
  - 2.客觀上甲竊取十串香蕉而成立加重竊盜罪後將乙打傷而放棄追捕，該當使人難以抗拒的強暴行為；主觀上甲明知前述事實並有意使其發生，又基於脫免逮捕的意圖為之，構成要件該當。
  - 3.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (五)甲開車超速撞死 C 之行為，成立第 276 條的過失致死罪。
- 1.客觀上甲開車超速乃製造死亡風險之行為，又不可想像不存在地導致 C 遭撞擊死亡，實現法規範欲避免的結果。主觀上甲雖無意致 C 死亡，卻對「開車超速將出車禍而導致他人死亡」乙事具預見可能性，至少有第 14 條第 1 項之無認識過失。
  - 2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (六)甲開車超速撞擊 B 導致終生不孕之行為，成立第 284 條的過失重傷罪。
- 1.客觀上甲開車超速乃製造重傷風險之行為，又不可想像不存在地導致 C 遭撞擊而終生不孕，實現法規範欲避免的第 10 條第 4 項第 5 款「**毀敗生殖機能**」結果。主觀上甲雖無意致 B 重傷，卻對「開車超速將出車禍而導致他人重傷」乙事具預見可能性，至少有第 14 條第 1 項之無認識過失。
  - 2.甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
- (七)甲開車超速撞擊 B 導致胎兒 D 流產之行為，不成立第 291 條的墮胎罪。

1. 本罪以未受孕婦囑託或未得其承諾而使之墮胎為成立要件。

2. 客觀上甲雖然確係未受 B 囑託或未得其承諾而使之墮胎，惟主觀上甲既無意使 D 死亡，本罪又無過失犯之處罰規定，按第 12 條第 2 項不罰。

(八) 結論：甲所犯加重竊盜與準強盜兩罪，依不真正競合僅論後者已足，同一行為又犯傷害罪，鑑於保護法益有別，成立想像競合並按第 55 條從一重處斷。甲同一行為另犯過失致死、過失重傷兩罪，成立想像競合並按第 55 條從一重處斷後，再與前部分成立實質競合並按第 50 條數罪併罰。

三、尚未考取駕駛執照之甲，於某日晨間，請已有駕照之哥哥乙坐在駕駛座旁，友人丙坐在後座；在山區產業道路上練習駕駛汽車，因誤踩油門，不慎撞及一騎機車之老農 A，A 倒臥血泊中。三人見狀，一時不知所措，不久，見警方巡邏車從遠處開來，甲因無駕照恐受重罰，乃央請乙出面頂罪，乙因護弟心切而應允。當警員到達現場處理之際，乙即自承是撞傷 A 之嫌犯，並說明車禍情況。隨後，在警局接受調查並製作筆錄時，乙仍供述自己確係肇事人；而被移送法辦後，在檢察官開偵查庭時，傳喚丙作證，甲亦唆使丙作出對自己有利之供述，丙具結後作不實的陳述。A 送醫後成植物人。問甲、乙、丙三人之刑責各應如何論處？（25 分）

命題意旨	本題涉及重傷、保證人地位、頂替罪、偽證罪及上述罪名教唆犯之法律適用等法律爭點。
答題關鍵	本題爭點明確，言簡意賅作答即可，俾利分配答題時間。關於偽證罪之教唆犯部分，實務見解迭有爭執，宜倆說併陳，附具具體理由擇一採之。
考點命中	1. 《高點刑法講義》第三回，任政大編撰，42 頁以下。 2. 《高點刑法講義》第九回，任政大編撰，79 頁以下。

#### 【擬答】

#### (一) 甲誤踩油門導致 A 成為植物人之行為，成立刑法第 284 條第 1 項後段過失致重傷罪

1. 不法構成要件該當性部分，客觀上甲有誤踩油門之行為，且 A 成為植物人對其身體機能產生重大不治，當已構成刑法第 10 條第 4 項第 6 款之重傷，甲之行為與 A 之重傷結果間有因果關係及客觀歸責；甲雖非出於故意，惟甲誤踩油門，導致汽車暴衝，當有客觀注意義務之違反；且甲對此因而造成他人之危害，當亦具有客觀預見可能性，具有過失無疑，不法構成要件該當。

2. 甲無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

#### (二) 乙、丙未防止甲開車肇事之不作為，「分別」成立刑法第 284 條第 1 項後段過失致重傷罪之不作為犯

1. 不法構成要件該當性部分，乙、丙兩人均知悉甲無駕駛執照，不具備一般之駕駛能力，其於產業道路上直接練習駕駛屬於危險行為。乙、丙兩人於法律或契約上本無陪同或協助義務，仍自願加以陪同協助，當自願負擔排除此項駕駛行為直接造成危害之風險，應符合「自願承擔義務」之保證人地位。據此法律當期待乙、丙兩人對於甲之駕駛行為可能造成之直接危害予以防免，且乙、丙兩人位於車上得以提醒叮嚀甲之駕駛行為，亦具有作為可能性，此與 A 之重傷結果間具有假設之因果關係與客觀歸責、不作為當與作為等價。至於主觀要件部分，乙、丙兩人未為有效之防止行為，當具有過失無疑。

2. 乙、丙無阻卻違法事由，且具罪責，分別成立本罪。

#### (三) 乙自承是撞傷 A 之嫌犯的行為，成立刑法第 164 條第 2 項頂替罪

1. 不法構成要件該當性部分，乙向承辦員警自承是撞傷 A 之嫌犯，係代替真正之犯人甲接受刑事追訴之頂替行為，且主觀上乙對於上述事實明知並有意使其發生，具有頂替故意，且具藏匿犯人甲之意圖，不法構成要件該當。

2. 乙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

#### (四) 甲唆使乙為其頂替之行為，不構成刑法第 164 條第 2 項頂替罪之教唆犯(刑法第 29 條參照)

1. 乙構成頂替罪已如上述，甲客觀上有教唆頂替行為、主觀上有教唆頂替之雙重故意，是否構成本罪之教唆犯，必須討論。據此我國學理見解認為行為人基於「期待可能性」之考量，法律殊難期待行為人不為隱蔽或教唆頂替行為，不具罪責不成立犯罪；我國實務見解亦同，判例見解認為犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己以便隱避，當然亦在不罰之列(最高法院 24 年上字第 4974 號刑事判例)，本文從之。

2. 甲不構成本罪。

#### (五) 丙於檢察官偵查時，具結後為不實證述之行為，構成刑法第 168 條偽證罪

1. 不法構成要件部分，客觀上丙於檢察官偵查時，就案件重要關係之事項，於具結後為有利於甲之不實證述，

不法構成要件該當。

2. 丙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

**(六) 甲唆使丙偽證之行為，不構成刑法第 168 條偽證罪之教唆犯(刑法第 29 條)**

1. 丙構成偽證罪已如上述，甲客觀上有教唆偽證行為、主觀上有教唆偽證之雙重故意，是否構成本罪之教唆犯，必須討論。據此有肯、否兩說不同見解：

(1) 肯定說：被告在訴訟上固有緘默權，且受無罪推定之保障，不須舉證證明自己無罪，惟此均屬消極之不作为，如被告積極教唆他人偽證，為自己有利之供述，已逾越上揭法律對被告保障範圍。最高法院 24 年上字第 4974 號判例謂「犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己，以便隱避，當然亦在不罰之列」，乃針對刑法第 164 條第 2 項頂替罪所作之解釋，尚不得比附援引，藉為教唆偽證罪之免責事由(參最高法院 97 年台上字第 2162 號刑事判決)。

(2) 否定說：教唆犯之成立應就教唆行為自身之性質決定之，而不能以被教唆者之行為為準。某甲為避免自己犯罪，教唆某乙偽證，為自己脫罪乃人性防禦之本能，其行為欠缺期待可能性，應不構成犯罪(參司法院(81)廳刑一字第 13529 號)。本文認為肯定說提及之緘默權、受無罪推定保障等，係屬於被告程序法上之權能，與教唆偽證是否可罰當屬二事。教唆偽證與教唆頂替之行為，自期待可能性之考量觀之本質並無不同，本文採取否定說之見解。

2. 甲不構成本罪。

**(七) 競合**

甲成立過失致重傷罪、乙成立過失致重傷罪與頂替罪、丙成立過失致重傷罪與偽證罪，上述乙、丙成立之數罪，犯意各異、行為互殊，併罰之(刑法第 50 條參照)。

四、甲於某日，赴某大賣場購物時，因細故與該樓層管理人員 A 發生嚴重口角，心生瞋恨。越數日，乃暗中將含有不足以致人於死的微量毒性物質，注入該大賣場貨架上的數個紙盒裝飲料內。之後，又接連三天打電話告知該賣場經理 B 此事，並聲稱若不聽指示付給新臺幣六十萬元，將蒙受重大損失，討價還價不成，終未獲給付。不久，顧客 C 購買到該飲料，喝完後，上吐下瀉多日，終致脫水而送醫不治。問甲的刑責應如何論處？(25 分)

命題意旨	本題在測驗危險犯之性質、毒化飲食罪、加重結果犯與反常因果歷程、恐嚇取財罪等爭點。
答題關鍵	本題考點明確，惟涉及個人及社會法益之犯罪須分別予以討論。
考點命中	1.《高點刑法講義》第七回，任政大編撰，52 頁以下。 2.《高點刑法講義》第八回，任政大編撰，69 頁以下。

**【擬答】**

**(一) 甲注入不足以致人於死之微量毒物，構成刑法第 191 條之 1 第 1 項毒化食品罪**

1. 不法構成要件該當性部分，客觀上甲有將毒物注入大賣場公開陳列之飲料內，主觀上甲對於上述事實明知並有意使其發生，具有毒化故意，不法構成要件該當。

2. 甲無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

3. 附帶一提的是，本罪性質上為抽象危險犯，基於行為典型伴隨危險之犯罪性質，縱使甲注入者為不足以致人於死之微量毒物，仍不礙本罪之成立，併予敘明。

**(二) 甲打電話告知賣場經理，要求給付新台幣 60 萬元之行為，構成第 346 條第 2 項恐嚇取財未遂罪**

1. 不法構成要件該當性部分，主觀上甲具有恐嚇故意，客觀上甲以毒化食品將造成大賣場巨大損失之不法惡害通知賣場經理，甲之恐嚇行為已然著手，賣場經理未予支付金額，構成要件未完全實現，本罪不法構成要件該當。

2. 甲無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

**(三) 甲打電話告知賣場經理，將使其蒙受巨大損失之行為，不構成刑法第 305 條恐嚇危害罪**

不法構成要件該當性部分，客觀上甲以毒化食品之行為，將造成大賣場鉅大損失之不法惡害通知賣場經理，係以加害他人財產之惡害通知，惟題意未示賣場經理是否因而受有恐懼，難認已致生危害於安全者，不構成本罪。

**(四) 甲注入不足以致人於死的微量毒物，C 因而死亡之行為，不構成刑法第 191 條之 1 第 3 項毒化食品罪之加重結果犯(刑法第 17 條)**

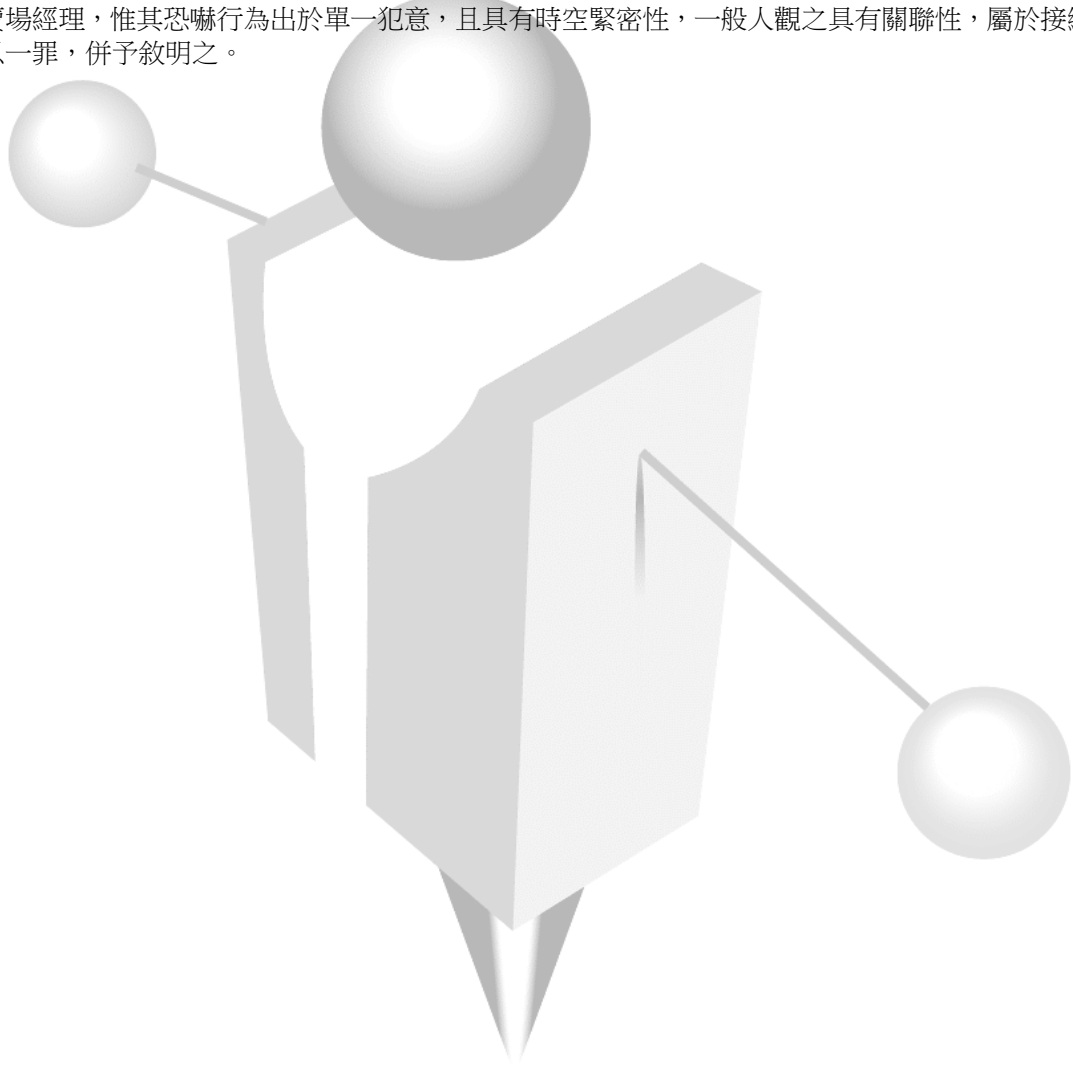
1. 甲構成毒化食品罪已如前述，且顧客 C 飲用後而死亡，是否構成本罪之加重結果犯必須討論。



2.刑法加重結果犯之規定，除基本構成要件外，尚須生加重結果，且行為人對加重結果具有客觀上預見可能性，始足當之。本案中，顧客 C 係因飲用後因而死亡，似與甲注入之微量毒物有關連性，惟甲所添加之微量毒物並不足以致人於死，且顧客 C 飲用後似非身體機能直接受破壞，而係上吐下瀉脫水而死，對於一般人而言殊難預見此項因果歷程，甲不具客觀預見可能性，當不成立本罪。

#### (五)競合

甲成立毒化食品罪、恐嚇取財未遂罪，兩罪犯意個別、行為互殊，併罰之(刑法第 50 條參照)至於甲雖分三日致電賣場經理，惟其恐嚇行為出於單一犯意，且具有時空緊密性，一般人觀之具有關聯性，屬於接續行為，僅論以一罪，併予敘明之。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

# 《刑法》

一、甲、乙、丙、丁四人在某餐廳聚餐，席中甲、乙、丙三人僅吃飯未喝酒，而丁因高興而喝了些酒，回家之際，丁堅持並未喝過量，而駕駛自用小客車送甲、乙、丙三人回家，行駛途中因疏於注意而將路上行人 A 撞傷，在警察前來處理之前，丁拜託未喝酒之甲掩護，由甲坐上駕駛座而頂替，但經警察機關深入偵查後，發現事實上係丁酒駕肇事，經酒測後，丁之吐氣所含酒精濃度達每公升 0.21 毫克，全案移送地檢署偵辦。檢察官傳訊甲、乙、丙三人作證時，甲、乙、丙三人事前竟基於共同犯意之聯絡，一致作證係甲酒駕肇事，且三人就肇事時駕駛係何人此一於案情有重要關係之事項，均供前具結而為虛偽證述係甲駕車肇事。試問：甲、乙、丙、丁四人之行為應如何處斷？（25 分）

命題意旨	本題在測驗考生過失犯、不能安全駕駛罪之要件、頂替人犯罪與期待可能性、偽證罪及己手犯等爭點。
答題關鍵	本題並不困難，只是涉及單純的法律適用，屬於簡單爭點的考題。考生只需要分門別類的加以排版作答，即可獲取高分。建議考生在作答上先對全部考題有整體性的觀察，先就前兩題作答應較為佳。
考點命中	《高點刑法講義第九回》，任律師編撰，頁 64、113 以下。

## 【擬答】

(一) 丁疏於注意將 A 撞傷之行為，成立刑法第 284 條第 1 項過失傷害罪：

丁駕駛汽車，疏於注意撞傷 A，生 A 之受傷結果，撞傷行為與結果兼具因果關係；且應認丁有注意義務之違反，且具預見可能性，具有過失，不法構成要件該當，無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

(二) 丁酒駕肇事，酒精濃度達每公升 0.21 毫克之行為，不成立刑法第 185 條之 3 第 1 項的不能安全駕駛罪：

1. 我國刑法於民國 102 年 6 月 11 日修正第 185-3 條，除修正刑度外，第 1 項亦將不法構成要件明訂為：「一、吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 毫克或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上。二、有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛。三、服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛。」是丁酒駕是否符合本罪之要件，必須討論。

2. 本案中，丁雖然飲酒後駕駛交通工具，然而其吐氣所含酒精濃度僅達每公升 0.21 毫克，未達第一款法定構成要件；至於第二款、第三款之法定構成要件，依照題意並無法證明有其他以外情事，諸如：平衡測試等，足認其不能安全駕駛，是客觀構成要件即不該當，不成立本罪。

3. 附帶一提的是，丁雖然疏於注意將 A 撞傷，但依照題意，僅能認係出於疏忽，尚難認與飲酒相關，基於規範目的關係之要求，不能認定其已達不能安全駕駛之程度，在此一併說明。

(三) 甲頂替丁肇事之行為，成立刑法第 164 條第 2 項頂替人犯罪：

1. 丁因疏忽肇事造成 A 之傷害已如前述。甲意圖藏匿丁之刑責，出於頂替故意，聲稱由其駕駛汽車，應屬頂替行為，不法構成要件該當。

2. 丁無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

(四) 丁唆使甲頂替其肇事之行為，不成立刑法第 164 條第 2 項之頂替人犯罪之教唆犯：

1. 丁雖然有唆使甲頂替之行為，然而犯人唆使他人頂替自己，是否成立犯罪，必須討論。學理上一般認為唆使他人頂替之行為，仍會對於司法公正性法益造成侵害，而具不法；然而若要求行為人自行承擔刑責，係法律不能強人所難，欠缺期待可能性，不具有罪責，不能論以犯罪。我國最高法院 24 年上字第 4974 號刑事判例：「犯人自行隱避，在刑法上既非處罰之行為，則教唆他人頂替自己以便隱避，當然亦在不罰之列。」即係謂此。

2. 本案中，丁唆使行為、唆使故意，不法構成要件已然該當，然而其唆使他人頂替，不具有罪責，不成立本罪。

(五) 甲、乙、丙虛偽作證之行為，「分別」成立刑法第 168 條偽證罪：

1. 不法構成要件該當性部分，甲、乙、丙虛偽陳述，是客觀上甲、乙、丙有具結及偽證之行為，主觀上有偽證之故意，不法構成要件該當。

2. 甲、乙、丙俱無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

3.附帶一提的是，甲、乙、丙雖然事前有犯意聯絡、有行為分擔，然而偽証罪性質上為己手犯，須本人親自具結，並為證述，自無從成立共同正犯，僅得分別成立本罪。

(六)競合：

丁成立過失致傷罪、乙、丙分別成立偽証罪，甲則係分別成立偽證罪及頂替人犯罪，兩罪併罰之(刑法第 50 條參照)。

二、甲因投資股票失利，導致負債累累，心中萬分鬱悶；甲之妻乙見此情景，乃向甲提出在高鐵上放置爆裂物，使高鐵爆炸，而對政府報復之計畫。甲同意乙之計畫而生犯罪之意，準備俟時機而行動。乙為了順利進行計畫，乃拜託有製造爆裂物經驗而有深厚交情之丙，幫忙製造爆裂物，丙答應後，製造一顆炸彈交給乙。某日，甲將炸彈放置於某班高鐵列車上，經乘客發現報警處理，高鐵警察隊立即通知高鐵公司停駛該列車並封鎖現場，經防爆人員及時處理該炸彈後，並未發生重大傷亡事故。試問：甲、乙、丙三人之行為應如何處斷？(25 分)

命題意旨	本題在測驗考生公共危險罪各式犯罪、幫助犯與教唆犯之關係、法條競合等適用。
答題關鍵	本題是時事題，即所謂的胡宗賢律師炸彈客案。本題涉及的罪名均較為冷門，考生若無法掌握精確的罪名或條號亦屬無妨，只須大概寫到罪名(可能對於高鐵的危險、炸彈製造的危險、使用炸彈的危險等)，即能夠猜出大概的構成要件，即可獲得一定的分數。切記，縱使無法精確的掌握罪名或要件，憑著法感推敲，仍可嘗試作答，切勿直接放棄。
考點命中	《高點刑法講義第八回》，任律師編撰，頁 56 以下。

【擬答】

(一)甲與乙使用爆裂物，置放於高鐵列車上，欲使高鐵爆炸之行為，成立刑法第 183 條第 4 項之傾覆公眾運輸車輛罪未遂罪之共同正犯(刑法第 25 條、第 28 條參照)：

1.不法構成要件該當性部分，客觀上甲、乙出於共同犯罪之意思，由乙取得爆裂物、由甲置放爆裂物，使爆裂物爆炸即會使高鐵傾覆及破壞，對於整體犯罪實現俱有功能支配之行為分擔；主觀上甲、乙兩人具有犯罪之意思，乙先出於教唆之犯意，後甚而參與犯罪之具體實施，應認已達至具有正犯之意思，不法構成要件該當。

2.甲、乙兩人間具無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

(二)甲、乙使用炸彈置於高鐵之行為，成立刑法第 186 條之 1 第 4 項使用爆裂物未遂罪之共同正犯(刑法第 25 條、第 28 條參照)：

1.不法構成要件該當性部分，客觀上甲、乙出於共同犯罪之意思，由乙取得爆裂物、由甲置放爆裂物，對於整體犯罪實現俱有功能支配之行為分擔，即使爆裂物加以爆炸，主觀上甲、乙兩人具有犯罪之意思，乙先出於教唆之犯意，後甚而參與犯罪之具體實施，應認已達具有正犯之意思，不法構成要件該當。

2.甲、乙兩人間具無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

(三)丙製造炸藥之行為，成立刑法第 186 條製造爆裂物罪：

不法構成要件該當性部分，客觀上丙有製造炸彈之行為，主觀上有前開行為之製造故意，不法構成要件該當。丙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

(四)丙製造炸藥供甲、乙犯罪之用之行為，成立刑法第 187 條供他人犯罪之用製造爆裂物罪：

不法構成要件該當性部分，客觀上丙有製造炸彈之行為，主觀上有前開行為之製造故意，且具有供他人犯罪之意圖，不法構成要件該當。丙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

(五)丙製造爆裂物之行為，亦分別成立刑法第 183 條第 4 項之傾覆公眾運輸車輛罪未遂罪之幫助犯、刑法第 186 條之 1 第 4 項使用爆裂物未遂罪之幫助犯(刑法第 25 條、第 30 條參照)：

1.丙上開製造爆裂物之行為，亦得評價為前開犯罪之參與，然而究竟係共同正犯或幫助犯，必須討論。本案中，丙提供製造之爆裂物，係其犯罪參與行為之型態，僅係提供爆裂物，並無以正犯之意思直接參與實際傾覆高鐵等犯行，職是之故，應論以本罪幫助犯較為妥適。

2.丙無阻卻違法事由，且具罪責。

(六)競合

甲、乙分別成立傾覆公眾運輸車輛罪未遂罪、使用爆裂物未遂罪，兩罪具侵害法益同一性，應適用傾覆公眾運輸車輛罪未遂罪；丙成立刑法第 186 條製造爆裂物罪、供他人犯罪之用製造爆裂物罪，兩罪間具有特別關

係，並為傾覆公眾運輸車輛罪未遂罪所吸收，論以後罪。

三、甲明知經常有生意來往之 A 公司倉庫中並無任何貨物，基於測試乙是否有膽量之意思，對不知情之乙說：「A 公司倉庫裡有大量黃金飾物，你可利用夜晚進去盜取！」乙聽信甲之言語，於某日夜晚侵入該公司倉庫偷取黃金，適巧當日白天 A 公司買入一批金飾，乙順利竊得該批金飾欲離去之際，被巡邏之保全員 B 發現，B 拼命抓住乙，乙為了逃離現場，而出重拳將 B 打倒在地，乙逃出室外，B 起身後緊追不捨，此時，剛好乙之好友丙經過該地，在迅速溝通後，丙認識當時事實情狀，乃協助乙阻止 B 追趕，拾起地上木棒重打 B 之腹部，見 B 倒地不起後，乙丙二人迅速逃離現場，B 腹腔嚴重出血死亡。試問：甲、乙、丙三人之行為應如何處斷？（25 分）

命題意旨	本題在測驗考生刑法分則各犯罪間的適用、準強盜罪關於難以抗拒的解釋、加重結果犯之要件、犯罪故意的認定、教唆犯關於教唆既遂故意的適用等等諸多爭點。
答題關鍵	本題十分複雜，作答要領上應簡明扼要為佳。本題雖不似第四題有許多學理上的爭議，然而在犯罪事實與罪名間的認定確實困難許多，尤其是本題均未明確說明行為人的主觀犯意究係出於殺人、重傷或傷害故意，因此在作答上必須以客觀事實佐證，方能正確地適用罪名。當然，事實的認定容有差異，同學不用擔心罪名錯誤而全盤皆墨，只要論述有理有據、不武斷粗糙，即可獲得分數。
考點命中	1.《高點刑法講義第三回》，任律師編撰，頁 77 以下。 2.《高點刑法講義第四回》，任律師編撰，頁 133 以下。

### 【擬答】

#### (一)丙之刑責

1.丙使用棍棒重擊 B 之行爲，應成立刑法第 277 條第 1 項重傷害罪：

(1)不法構成要件該當性部分，客觀上丙使用棍棒重擊 B 之行爲，且生 B 之重傷結果，重傷行為與結果間具有因果關係；主觀上丙出於何種故意，必須討論。腹部不若頭部、胸口心臟等部位脆弱，自難速斷丙有殺人之故意，然而腹部內含有多種臟器，對於腹部以木棒重擊，即易造成無法回復的重傷結果，丙明知並有意犯之，至少具有重傷故意(此重傷部分即已逾越與乙傷害故意之犯意聯絡範圍，詳後述)，不法構成要件該當。

(2)丙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

2.丙使用棍棒重擊 B 之行爲，並造成 B 之死亡結果，應成立刑法第 277 條第 2 項重傷致死罪：

(1)丙成立重傷罪業已如前所述，然而其對於死亡結果是否須負責，必須討論。

(2)丙使用木棒攻擊 B 之腹部，考量臟器遭到重擊有可能造成大量失血，應能合理預見死亡結果，職是之故，丙不法構成要件該當。丙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

#### (二)乙之刑責

1.乙竊盜 A 公司金飾之行爲，成立刑法第 320 條第 1 項之普通竊盜罪：

不法構成要件該當性部分，客觀上乙有竊取金飾之行爲，且因財物已置入乙之實力支配之下，已然既遂(按此部分既已既遂，丙自無從與乙成立共同正犯)；主觀上乙具有不法為自己所有之意圖，且具竊盜故意，不法構成要件該當。乙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

2.乙出重拳打倒 B 之行爲，成立刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪：

不法構成要件該當性部分，客觀上乙使用重拳將 B 擊倒，有傷害 B 之行爲，且 B 受傷倒地有傷害結果，傷害行為與傷害結果間具有因果關係；主觀上乙亦有傷害之意思，不法構成要件該當。乙無阻卻違法事由且具罪責，成立本罪。

3.乙出重拳打倒 B 之行爲，不成立刑法第 329 條準強盜罪：

(1)乙為脫免逮捕，出重拳打倒 B 之行爲，是否成立準強盜罪必須討論。依照司法院大法官第 630 號解釋，認為準強盜罪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，始得予強盜罪同其法定刑，因此要成立準強盜罪，該強暴、脅迫行為至少須達到「難以抗拒」之程度，始足當之。

(2)本件乙出重拳打倒 B 在地，依照我國實務見解，多認該強暴、脅迫行為若已足達到脫免逮捕之強度，即可認已達「難以抗拒」之要件；惟本文認為準強盜適用強盜罪之法律效果，強盜罪是最輕本刑五年以上有期徒刑，屬於重罪，在解釋「難以抗拒」要件時，應從嚴解釋。雖然「難以抗拒」之要件與強

盜罪「不能抗拒」之要件形式上有間，但在解釋上均應達到實質剝奪被害人行動自由或意思決定自由之程度，始符罪刑相當原則。本案中，乙雖將 B 打倒在地，但 B 旋即起身追捕，該客觀情狀尚難認已達難以抗拒之程度，是不成立本罪。

4. 乙對於 B 之死亡結果，至多僅能論以刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪之教唆犯(刑法第 29 條參照)：

(1) 不法構成要件該當性部分，乙為脫免逮捕與好友丙迅速溝通，可以解釋有共同犯意聯絡。惟乙之犯意究竟係出殺人、重傷或傷害之犯意聯絡，題意上無法得知，基於罪疑惟輕原則，僅能論以較輕之傷害故意(按此部分丙與乙間雖已有犯意逾越，但仍得在犯意重合範圍內認有犯意聯絡)。乙主觀上有犯意聯絡已如前述，然而其是否具有客觀上的行為分擔，必須討論。

(2) 我國實務見解對於共同正犯與從犯之界定，係以行為人是否出於正犯之意思定之，是依照我國實務見解乙、丙間應得在犯意重合範圍內，即普通傷害罪間論以共同正犯。惟依照學理上所謂犯罪支配理論，必以行為人主觀上及客觀上對於犯罪實現俱達犯罪支配之程度，始得論以正犯。本件乙雖然與好友迅速溝通，主觀上得認有共同犯意聯絡，然而其客觀上僅係單純逃逸，獨留丙進行阻攔，客觀上乙不足認有客觀的行為分擔，不能論以共同正犯，「至多」僅能視個案情節論以共犯，即犯罪參與不法程度較輕的教唆犯。

(3) 乙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

5. 乙對於 B 之死亡結果，應成立刑法 277 條第 2 項傷害致死罪：

乙成立普通傷害罪已如前述，至於是否得成立本罪之加重結果犯，學說上認應以乙是否得預見 B 之死亡結果定之。乙知悉丙係使用暴力行為攔阻 B，極可能因 B 的失控行為進而造成重傷或死亡結果，應具有客觀預見可能性，自得論以本罪。乙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

### (三) 甲之刑責

1. 甲之唆使行為，不成立普通竊盜罪之教唆犯：

不法構成要件該當性部分，客觀上甲雖然有唆使行為，且唆使行為與正犯行為間具有因果關係，然而主觀上甲明確知悉 A 公司倉庫內無財產，縱使乙為竊取行為，不會對 A 公司之財產法益造成任何侵害，欠缺教唆既遂之故意，無主觀不法，應屬虛偽教唆，自不成立本罪。

2. 甲之唆使行為，亦不成立其它侵害生命身體之犯罪，但仍可能成立刑法第 306 條第 1 項侵入他人建築物罪之教唆犯或刑法第 153 條煽惑他人犯罪罪：

甲對於其他生命、身體法益侵害的犯罪，亦難認具有故意，不成立前述犯罪。然而其縱使只想測試乙之膽量，唆使乙侵入 A 公司，仍可能因出於不確定故意(刑法第 13 條第 2 項參照)，成立刑法第 306 條第 1 項侵入他人建築物罪之教唆犯或刑法第 153 條煽惑他人犯罪罪，在此一併說明。

四、甲因爭風吃醋而與 A 結怨，乃興狠狠教訓 A 之心。甲得知 A 經常進出某鋼琴酒吧飲酒作樂，於是唆使不知情之 13 歲不良少年乙前往該酒吧教訓 A；某日夜晚，乙持木棒進入該酒吧，由於燈光昏暗，將 B 誤認為 A，而以木棒一陣棒打 B，乙因經常參與幫派鬥毆，棒棒均是用力打，B 受傷而倒地，但在混亂中亦打中在 B 身旁之客人 C。經報警到場處理後，發現 A 在現場，但未受傷，B 傷重不治死亡，C 嚴重骨折。試問：甲、乙二人之行為應如何處斷？(25 分)

命題意旨	本題在測驗考生加重結果犯之要件、錯誤理論、共犯從屬性說、教唆犯之要件、教唆犯錯誤等諸多考點。
答題關鍵	本題考點雖然俱屬傳統考點，不過要作答的內容實在太多、太雜，考生在作答上應將本題作答順序列入後答，以免耽誤前面考題的作答時間。本題務求大題小作，用精簡、條理分明的作答，並將關鍵字標記，即可獲取穩健的分數。切勿雜亂的引述或論證，以免處處開花、得不償失。
考點命中	《高點刑法講義第四回》，任律師編撰，頁 37 以下、頁 121 以下。

### 【擬答】

(一) 乙使用木棒打 B 之行為，不成立刑法 277 條第 1 項普通傷害罪：

1. 不法構成要件該當性部分，客觀上乙使用木棒攻擊 B，且生 B 之傷害結果，傷害行為與傷害結果間具有因果關係及客觀歸責；主觀上乙雖然誤認 B 為 A，然而其明知該攻擊行為會對 B 之身體之傷害結果，明知並有意使其發生，縱使存在動機錯誤，但是該種錯誤非屬重大，屬「等價客體錯誤」，仍具傷害故意，不法構成要件該當。

2.乙無阻卻違法事由，然而其未滿 14 歲，欠缺罪責，不成立本罪(刑法第 18 條第 1 項參照)。

3.附帶一提的是，乙不成立普通傷害罪已如前述，自亦無從成立刑法 277 條第 2 項傷害致死罪，在此一併說明。

(二)乙使用棍棒不慎打傷 C 之行爲，不成立刑法 284 條第 1 項過失傷害罪：

1.不法構成要件該當性部分，客觀上乙使用木棒攻擊 C，且生 C 之傷害結果。C 雖嚴重骨折，但從題意難認 C 之嚴重骨折係無法修復痊癒，自難論以重傷。傷害行爲與傷害結果間具有因果關係及客觀歸責；主觀上乙係出於傷害 B 之意思，因而誤擊到 C，對 C 之傷害結果難認具有故意，學理上稱爲「打擊錯誤」，應得阻卻故意。然而乙使用棍棒攻擊他人，應得合理預見可能波及他人，具有過失，不法構成要件該當。

2.乙無阻卻違法事由，然而其未滿 14 歲，欠缺罪責，亦不成立本罪(刑法第 18 條第 1 項參照)。

(三)甲唆使乙傷害 A，卻造成 B 傷害結果，成立刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪的教唆犯：

1.乙未滿 14 歲，欠缺罪責不成立犯罪已如前述，然而我國刑法對於共犯理論採取限制從屬性說，乙之行爲仍具有不法已如前述，甲自仍得成立共犯。

2.本案中甲係唆使乙傷害 A，卻因正犯乙之錯誤造成 B 之傷害結果，甲是否仍具教唆故意必須討論。學理上雖有認爲應視爲教唆人的打擊錯誤，教唆者僅能論以故意未遂之打擊錯誤。然而本文認爲教唆犯與間接正犯不同，被教唆人與間接正犯之被利用人亦不得相提並論。教唆犯並非具有優勢的意思支配關係，也不具有操控整個犯罪流程的決定性，教唆犯的特性在於將犯罪實行部分交由被教唆人全權處理，對於誤認被害客體的錯誤，屬於教唆人得預見的範圍，教唆者仍須對此部分負責，我國實務同此見解(最高法院 16 年上第 1949 號刑事判例、最高法院 24 年上字第 1262 號刑事判例參照)。

3.甲無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪教唆犯。

(四)甲唆使乙傷害 A，卻造成 B 之死亡結果、C 之傷害結果，應分別成立刑法 277 條第 2 項傷害致死罪、刑法 284 條第 1 項過失傷害罪：

1.甲成立前述之罪業已如前所述，仍而對於 B 之死亡結果、C 之傷害結果，甲是否必須負責，必須討論。

2.學理上認爲教唆犯對於加重結果是否必須負責，必須端視甲「獨立地」對於加重結果是否具有過失加以論斷。本案中，甲唆使乙傷害他人，顯係出不法之意思，唆使他人爲不法行爲，應認有注意義務之違反；且唆使他人傷害別人，對於將被害人特定之任務交給被唆使人、被唆使人在傷害他人時，可能會造成池魚之殃，應認均具有預見可能性，而認有過失。

3.甲無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。

(五)結論

甲成立之傷害罪與傷害致死罪屬不真正競合，依法條競合關係僅論以傷害致死罪；傷害致死罪、過失傷害罪，因正犯行爲間具有時空的緊密關聯性，屬一行爲，應依想像競合論處從一重處斷(刑法第 55 條參照)。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

# 《刑法》

一、甲並無駕駛執照，平日以養豬為業。某天，欲往郊外豬舍養豬，乃駕駛其小貨車前去，途中因開車不慎，將行人 A 撞傷倒地，因一時驚慌，遂將其載往友人乙之住處，告以肇禍事。而乙意圖脫卸甲之肇禍責任，商量之下，甲乙將 A 扶持上車，由乙開往人煙罕至之市郊某荒野，共同將 A 抱下，棄置於草叢中，並用雨衣、麻袋等掩蓋 A 的身體，之後，一同開車離去。寒冬夜晚，氣溫在攝氏十度以下，A 因而死亡。問甲、乙之刑責各應如何論處？（25 分）

命題意旨	本題屬於基本考題，命題意旨除測試考生對犯罪成立要件外，亦涉及我國學說爭議問題以及實務見解，考生僅須基本觀念清晰扎實，即能清楚掌握考題。
答題關鍵	本題之考點較多，包括：過失犯之要件、業務過失犯、肇事逃逸罪、有義務遺棄罪、加重結果犯、純正身分犯之共犯關係、共同正犯等重要考點。考點雖然明確且難度適中，然而稍嫌繁多，因作答時間有限，審慎分配篇幅、條理分明的論述，方為高分之道。
考點命中	《高點刑法講義第三回》，任律師編撰，頁 67；《高點刑法講義第四回》，任律師編撰，頁 63。

## 【擬答】

(一)甲撞傷行人 A 之行爲，成立刑法第 284 條第 1 項過失致傷罪：

1. 本罪構成要件部分，客觀上甲有傷害 A 之行爲，且生傷害結果，傷害行爲與結果間具有因果關係暨客觀歸責；主觀上甲非出於傷害故意，然其並無駕照、開車不慎，違反駕駛規範及謹慎行車之注意義務，且對造成他人受傷具有預見可能性，具有過失無疑，構成要件該當。
2. 無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)甲撞傷行人 A 之行爲，不成立刑法 284 條第 2 項業務過失致傷罪：

1. 業務過失犯之成立，業務範圍尚包括主業務相關準備工作及輔助工作，然而其須與主業務間具有直接、密切關係始足當之。
2. 本案中，甲僅因欲往豬舍養豬，單純以小貨車做為其來往豬舍之交通工具，顯非執行與其養豬業務有直接、密切關係之準備工作或輔助行爲，自不能謂駕駛小貨車為甲之業務行爲，我國實務見解亦同(最高法院 89 年臺上字第 8075 號刑事判例參照)。綜上所述，甲不成立本罪。

(三)甲將 A 載往他處，未予救治之行爲，成立刑法 185 條之 4 肇事逃逸罪：

1. 本罪構成要件部分，客觀上甲有撞傷 A 之肇事事實，然而其是否有逃逸行爲，必須討論。本罪逃逸行爲之解釋，學說素有不同見解，惟參酌立法理由，本罪之規範目的係在確保他人之生命、身體安全，本文基於歷史解釋從之。甲於肇事後並未加以救治 A，甚或電洽救護人員加以救援，應屬逃逸行爲無疑；主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有逃逸故意，構成要件該當。
2. 甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(四)甲、乙兩人將 A 棄置草叢及以他物掩埋之行爲，成立刑法第 294 條第 1 項之有義務遺棄罪之共同正犯：

1. 本罪構成要件部分，客觀上甲因肇事行爲，依照交通法規具有保護義務無疑，而 A 因車禍無法動彈，亦屬本罪無自救力之人無疑，且甲將 A 棄置草叢、以雨衣等他物遮蓋，亦屬積極之遺棄行爲；主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有遺棄故意，構成要件該當。
2. 本罪屬純正身分犯，乙非肇事之人，依法本無保護義務，然而其與甲共同為遺棄行爲，依照刑法第 31 條第 1 項之規定，依法具擬制身分，仍得論以本罪之共同正犯。
3. 甲、乙均無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(五)甲、乙將 A 棄置草叢及以他物掩埋，致其失溫死亡之行爲，成立刑法第 294 條第 2 項之有義務遺棄致死罪：

1. 加重結果犯之成立，除基本行爲與加重結果間須具因果關係，且須行爲人對加重結果具有預見可能性，始足當之，刑法第 17 條定有明文。
2. 本案中，甲、乙所為之共同遺棄 A 之行爲，生 A 死亡加重結果，遺棄行爲與死亡結果間均具有因果關係及客觀歸責，且甲、乙對遺棄無自救力之 A 可能生死亡之結果，依照一般常情顯然具有客觀預見可能性，亦成立本罪無疑。

(六)競合

甲成立之肇事逃逸罪、有義務遺棄罪、與有義務遺棄致死罪，三罪之保護法益同一，依照法條競合關係僅成



立有義務遺棄致死罪，與前開之業務過失傷害罪，行為互殊、犯意個別，兩罪併罰之；乙成立之有義務遺棄罪與有義務遺棄致死罪間屬於不真正競合，依照法條競合關係，僅論以有義務遺棄致死罪即足。

二、某日，男子甲前往制服店購買整套警察制服，以印表機自製警察服務證，並偽刻某市警局的公印蓋在其上，把自己裝扮成警察。於夜間，站在路口實施臨檢勤務。起初，甲隨機攔下一名騎機車的老翁 A，以懷疑其身上藏有槍械為由要求搜身，趁機摸走 A 的皮夾。接著以同樣手法，擬竊取 B 現金財物。不料，B 馬上發現其口袋皮夾不翼而飛，疑其有詐，旋即揪住準備逃逸的甲嫌，並報警處理。問甲的刑責應如何論處？（25 分）

命題意旨	本題命題分則考點極廣，且遍及各種犯罪，主要測驗考生對於分則各種犯罪的掌握程度，其屬於本質不難，但是臨場作答上稍嫌棘手的考題。
答題關鍵	考點包括：妨害公務罪章之犯罪、侵害公共信用之犯罪、侵害自由法益之犯罪、侵害財產法益之犯罪等，亦包括：既遂與未遂之認定、競合理論、重要實務見解等，考生在作答上，除了對於分則的罪名必須掌握明確清晰，論述也必須言簡意賅，才不會面臨作答不完的窘境。
考點命中	《高點刑法講義第八回》，任律師編撰，頁 43；《高點刑法講義第七回》，任律師編撰，頁 96。

【擬答】

- (一)甲購買警察制服及自製證件裝扮成警察之行爲，成立刑法第 159 條冒用公務員服飾徽章官銜罪：  
本罪構成要件部分，客觀上甲購買警察制服、自製證件裝扮成警察並出入於公共場所之行爲，屬公然冒用公務員服飾之行爲；主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有冒用故意，構成要件該當。甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。
- (二)甲實施臨檢業務之行爲，成立刑法第 158 條第 1 項僭行公務員職權罪：  
本罪構成要件部分，甲冒充公務員已如上述，且客觀上臨檢業務屬警察人員公權力行使之職務，甲已僭行相關職權；主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有僭行職權之故意，構成要件該當。甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。
- (三)甲自製警察服務證之行爲，成立刑法第 211 條偽造公文書罪：  
本罪構成要件部分，客觀上警察服務證屬於刑法第 10 條第 3 項之公文書，屬公務員依法所製作之文書，甲係無制作權限而爲之；主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有偽造之故意，構成要件該當。甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。
- (四)甲偽刻公印之行爲，成立刑法第 218 條偽造公印文罪：  
本罪構成要件部分，客觀上市警局之公印，依法僅屬市警局之公務機關可得刻印，甲係無制作權限而爲之；主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有偽造之故意，構成要件該當。甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。
- (五)甲搜索 A 身體之行爲，成立刑法第 307 條違法搜索罪：  
1. 搜索罪之行爲主體，我國實務見解認爲僅具有搜索權限之公務員始足當之，不包括無搜索職權之普通人民（最高法院 32 年非字第 265 號刑事判例參照）。惟我國學說見解多認本罪置於刑法妨害自由罪章，應屬侵害個人法益之犯罪，基於體系解釋對於行爲主體應無限制，本文從之。  
2. 本案中，客觀上甲無搜索他人身體之權限卻仍爲之，主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有搜索故意，構成要件該當。甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。
- (六)甲摸走 A 皮夾之行爲，成立刑法第 320 條第 1 項竊盜既遂罪：  
1. 甲偽裝爲員警，未得 A 之同意而取走 A 之皮夾，究竟應檢驗詐欺罪抑或竊盜罪必須討論。刑法上詐欺罪與竊盜罪，雖同係意圖爲自己或第三人不法之所有而取得他人之財物，惟竊盜罪則無使人交付、處分財物之必要（最高法院 33 年上字第 1134 號刑事判例參照）。本案中，甲摸走 A 之皮夾，非 A 之處分之行爲，甲僅係對於該財物之支配力一時弛緩而破壞持有，與詐欺罪應具之條件不符，自應論以竊盜罪，合先敘明。  
2. 本罪構成要件部分，客觀上甲有破壞 A 對皮夾之持有、並建立自己持有皮夾之竊取行爲，主觀上甲有竊取故意以及不法爲自己所有之意圖，構成要件該當，且無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。
- (七)甲欲摸走 B 皮夾之行爲，成立刑法第 320 條第 3 項竊盜未遂罪：  
本罪構成要件部分，主觀上甲已有竊取故意及不法爲自己所有之意圖，客觀上雖未掌握財物而未予既遂，然而甲既已實行竊取行爲，其自己達著手實行階段，本罪構成要件該當。甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。



## (八)競合

甲成立之冒用公務員服飾徽章官銜罪與僭行公務員職權罪，屬法益同一，僅論以僭行公務員職權罪已足；偽造公文書罪、偽造公印文罪亦屬侵害法益同一，屬不真正競合，僅論以偽造公文書罪。僭行公務員職權與偽造公文書之行爲間具有部分合致，屬一行爲侵害不同法益，論以想像競合關係。違法搜索與竊盜既遂間行爲完全合致，屬一行爲侵害不同法益，亦論以想像競合關係。綜前所述成立之罪，復與違法搜索罪、竊盜未遂罪數罪併罰之。

三、甲住在某連棟式的木造宿舍內，該棟宿舍共有五戶並排，某日深夜，因心情煩悶而連續抽了好幾根菸，菸蒂並未完全熄滅，甲認為已熄，隨即打盹入睡。約二十分鐘後，地板冒出白煙，甲見木地板與沙發已在燃燒；明知如通知消防隊尚可及時撲救，但因其房子投有火災保險，雖被焚，亦可獲火險理賠，因而不顧其延燒，即匆匆外出。火勢逐漸擴大，約半小時後，整排房子均被焚毀，住在隔壁因中風而無法逃避的老鄰居 A 也葬身火海。其後，甲向保險公司申請理賠，被保險公司識破而移送法辦，問甲之刑責應如何論處？（25 分）

命題意旨	本題屬於進階考題，考點較難掌握，為較有鑑別度的考題。考生除了對放火罪的罪名必須有通盤的理解之外，對於相關實務見解之爭議亦必須具有一定程度的認識，方能清楚應對考題。
答題關鍵	考點包括：放火罪相關要件與實務見解、過失犯與不作為犯之檢驗、詐欺罪之要件、競合理論等，考點雖然稱不上琳瑯滿目，但是個別作答完整均非易事。考生應秉持言簡意賅的作答技巧，以固守基本分為主，切勿鑽牛角尖，導致答題內容混亂，方為上策。
考點命中	《高點刑法講義第七回》，任律師編撰，頁 58；《高點刑法講義第八回》，任律師編撰，頁 39。

## 【擬答】

(一)甲抽菸造成火災之行爲，成立刑法第 173 條第 2 項失火罪：

- 1.構成要件部分，甲非出於故意，然而其因吸菸引發火災，屬於失火行爲無疑，且該住宅因而遭到焚毀，已達燒毀程度亦屬無疑。惟本案之住宅，究竟是否屬於「現供人使用之住宅」有爭議，必須予以討論。
- 2.本罪之客體，其中對於現供人使用或現有人所在之「人」，依照我國實務見解，係指放火人犯(按即係本案之甲)以外之人而言(最高法院 28 年上字第 3218 號判例參照)，是故若不包括甲，該住宅似應屬現非供人使用之住宅。然而依照題意，本件住宅既屬於「連棟式」宿舍，俱屬整體建築，自己與他人擁有之住宅，就公共安全而言具有不可分性，與昔日房屋之獨棟式建築，不能相提並論，因而應認本案中住宅屬現供人使用之住宅較為合理，我國實務見解採之(最高法院 81 年台上字第 2734 號刑事判決參照)，本文從之。綜上所述，本罪構成要件該當。
- 3.甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(二)甲抽菸失火造成 A 死亡之行爲，成立刑法第 276 條第 1 項過失致死罪：

- 1.構成要件部分，客觀上甲有抽菸導致失火之行爲，且有 A 死亡結果，行爲與結果間具有因果關係與客觀歸責；過失部分，依照一般生活習慣，吸菸應要確保菸蒂熄滅，否則即易生火災。甲違反相關菸品使用之注意義務，亦具有預見可能性，自具有過失，構成要件該當。
- 2.甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(三)甲見失火事實，卻未通知消防隊防止火災之不作為，成立刑法第 173 條第 1 項放火罪之不作為犯：

- 1.依照題意，甲之清醒後見地板冒出白煙、失火之事實，匆匆離去，其未救火抑未通知救火，依照社會事實重要性之角度觀之，應評價為「不作為」，合先敘明。
- 2.本案中，客觀上甲因抽菸導致失火釀災，其基於危險前行爲，應具有防止結果發生之保證人地位(刑法 15 條第 2 項參照)，然而其對於法所期待之防止義務卻消極未予履行，復依照題意倘若通知消防隊可即時撲滅火災，甲亦具有作為可能性；主觀上甲認知上述事實，卻因具有保險而加以容任，具有本罪之間接故意，構成要件該當。甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(四)甲未通知消防隊防止火災之不作為，成立刑法第 353 條第 1 項、同條第 2 項毀損建築物之不作為犯：

甲未通知消防隊防止火災之消極不作為，導致連棟宿舍焚毀，亦成立毀損建築物之罪。

(五)甲向保險公司聲請保險理賠之行爲，成立刑法第 339 條第 2 項詐欺未遂罪：

- 1.甲成立放火罪之故意不作為犯已如前述，故意導致保險事故發生不得聲請保險理賠，然而甲仍為之，主觀上應具有詐欺故意與不法所有之意圖；客觀上甲聲請理賠之行爲，應得評價為詐欺行爲之行使，雖然保險公司識破並未既遂，然而詐欺行爲已然著手實行無疑，本罪構成要件該當。

2.甲無阻卻違法及阻卻罪責事由，成立本罪。

(六)競合

甲成立之刑法第 173 條第 2 項失火罪與過失致死罪，係一行為造成公共安全與生命法益之侵害，依照想像競合關係(刑法第 55 條參照)，從一重處斷；甲後續成立之刑法第 173 條第 1 項之放火罪與毀損建築物間，具有法益保護之同一性，屬不真正競合，僅論以放火罪已足，與前述之刑法第 173 條第 2 項之失火罪、詐欺未遂罪間，行為互殊、犯意個別，應分別併罰之(刑法第 50 條參照)。

四、十九歲大學生甲與十五歲國中生乙，對面貌清秀的弱智女子 A 早有非分之想。某日，基於性侵害的犯意聯絡，共同將 A 約出，載往郊外山區，以 FM2（俗稱快樂丸）摻入飲料中，A 不覺有異，飲下，致不醒人事。甲對其性侵得逞，輪至乙時，忽聞有腳步聲走近，乃作罷，兩人倉促逃逸，後經移送法辦。問甲、乙之刑責各應如何論處？（25 分）

命題意旨	本題涉及之罪名相對單純(命題老師已經限縮考點了，題意皆強調「性侵害」，在罪名作答上無須畫蛇添足討論其他罪名)，不過相關法條的掌握度及關聯性應為命題意旨所強調者。考生若對相關法律規定具有相當程度的掌握，即能獲取高分。
答題關鍵	本題涉及強制性交罪、強制性交罪之加重要件、共同正犯之要件與效果、限制罪責能力等考點。本題爭點較少，在作答上應力求將具有關聯性的考點依照層次逐一展開論述，讓閱卷者能夠對答題內容之邏輯關係能夠一目瞭然。
考點命中	《高點刑法講義第六回》，任律師編撰，頁 67。

【擬答】

(一)甲、乙違反 A 女之意願，對其性交之行為，成立刑法第 221 條第 1 項強制性交既遂罪之共同正犯：

- 1.本罪構成要件部分，客觀上甲未得 A 女之同意，於違反 A 女意願之情形下，與 A 女發生性交，且性侵得逞已然既遂；主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有強制性交之故意，本罪構成要件該當。且甲無阻卻違法暨阻卻罪責事由，成立本罪。
- 2.乙因腳步聲作罷逃逸，並未遂行形式意義之性交行為，是否亦須負本罪既遂之責必須討論。乙與甲共同謀劃、實行相關強制性交計畫，不僅具有共同謀議之犯意聯絡，且該共同約出及下藥行為，亦屬共同行為分擔，基於共同正犯「一部行為、全部責任」、「一部既遂、全部既遂」之法理，乙仍屬本罪共同正犯，依法亦須負既遂之責無疑。乙雖無阻卻違法事由，然其年僅十五歲，並無完全罪責能力，依照刑法第 18 條第 2 項之規定，屬限制罪責能力人，依法得減輕其刑。

(二)甲、乙違反 A 女之意願，對其性交之行為，成立刑法第 222 條第 1 項加重強制性交既遂罪之共同正犯：

- 1.甲、乙構成同條第 1 款之加重事由：依照題示，甲、乙成立強制性交罪已如上述，就加重事由部分，甲、乙係兩人共同犯之，我國實務見解對於結夥犯以在場共同正犯為要件(最高法院 76 年台上字第 7210 號判例參照)，甲、乙兩人屬之，構成本罪第 1 款之加重事由。
- 2.甲、乙構成同條第 3 款之加重事由：依照題示，A 女為弱智之人，屬心智缺陷，甲、乙兩人對其犯之，亦構成本罪第 3 款之加重事由。
- 3.甲、乙構成同條第 4 款之加重事由：依照題示，甲、乙係以 FM2 作為其犯罪工具，屬於以藥劑犯之者，亦構成本罪第 4 款之加重事由。

(三)競合

甲、乙成立之加重強制性交既遂罪之數種加重事由，我國實務見解認為其屬於該罪加重條件，仍僅成立一罪，與強制性交既遂罪間屬不真正競合關係，依照法條競合關係，僅成立加重強制性交罪。

# 《刑法》

一、甲男乙女為夫妻，甲某日提早下班回家，卻意外看見乙女與同事丙男在床上親熱，甲心中難忍氣憤，越想越氣，竟持桌上的美工刀刺向丙男的胸部，丙男送醫不治。請依下列問題討論甲男刑責：(25 分)

(一)刑法第 273 條之義憤殺人罪，請問何謂「義憤」？

(二)甲男的行為是否可成立刑法第 273 條之義憤殺人罪？

命題意旨	本題是單純的刑法分則犯罪構成要件解析題，只要平常有練習分則要件的拆解分析工作，自然迎刃而解。
答題關鍵	重點僅在於「當場基於義憤」要件的解釋與涵攝，此外，因為題目只有寫「乙、丙兩人在床上『親熱』」，所以有無該當通姦之概念就只能自行假設了。
高分閱讀	易台大，《刑法講義》第六回，P.18 以下。 黃仲夫，《簡明刑法分則》，元照 2010 年，P.299 以下。

## 【擬答】

(一)關於刑法(以下同)第 273 條義憤殺人罪之「義憤」，係本於道義上之理由，一時受刺激而生憤慨；換言之，**不僅以被害人先有不義行為，還必須該行為在客觀上令人無可容忍，而足以引起公憤者而言**，例如自己或親屬受到莫大之侮辱，或配偶與他人通姦等情是也(最高法院 28 上 2564、本罪立法理由參照)。

(二)甲男之行為是否可成立第 273 條之義憤殺人罪，分述如下：

- 客觀上，甲以美工刀刺向丙男的胸部，該當「殺」之定義，最終丙男送醫不治，亦發生「死亡」結果，刺殺行為與死亡結果間具備條件理論下的因果關係，且行為係製造法所不容許的風險，風險也正常地實現結果而有可歸責性，故客觀構成要件該當。主觀上，甲明知刺殺行為將導致死亡之結果，卻仍有意為之，具有殺人故意。
- 甲之行為無阻卻違法事由；至於罪責部分除無阻卻罪責事由外，尚須審查是否該當「**當場基於義憤**」之要件。依題意，甲下班撞見其妻乙與丙男在床上親熱，假設達到第 10 條第 5 項性交之程度，則參考前揭立法理由，自屬「**激於義憤**」。此外，本罪之實現還必須有**時間與場所的密接關連性**，由於甲係撞見後隨即著手行凶，時空上均緊密相接，符合「當場」要件。
- 綜上所述，甲之行為成立第 273 條之義憤殺人罪。

二、甲男有高血壓宿疾，長期服用抗高血壓藥物。某日與網友乙女相約見面，隨後因乙女突然肚痛難耐，甲即載乙至附近的汽車旅館休息。在汽車旅館房間中，甲男因情緒高亢而血壓升高，故等待乙女如廁沐浴中甲服用抗高血壓藥物。隨後乙女沐浴完畢，甲男突然獸性大發將乙女壓倒在床上，但甲卻因服用抗高血壓藥物導致性功能不佳而無法勃起，以致於未能對乙女為性交行為。請依下列問題討論甲男刑責：(25 分)

(一)何謂不能未遂？

(二)甲男應成立刑法第 221 條強制性交罪之不能未遂或普通未遂？



命題意旨	本題係在測驗考生是否能清楚區分普通未遂及不能未遂，是很基本的題型，而本題另外一個重點就是不能未遂的認定，考生也應分別從實務以及學說的見解進行分析。
答題關鍵	考生首先須就第一小題論述不能犯的性質，說明不能犯認定的實務以及學說標準，並接著將此標準適用於第二小題之上，而在解題順序上，須先論述甲成立普通未遂，才能再接著探討有無不能犯成立的空間，蓋不能未遂係以普通未遂為前提。
高分閱讀	方律師，《刑法總則》，2009 年 9 月，P.2-66~2-73。 默成，《刑法總則》，2010 年 3 月，P.8-23~8-33。

### 【擬答】

#### (一)不能未遂的意義：

- 1.不能犯指行為在本質上即不能達到既遂狀態的未遂犯，即行為人雖然著手實行以實現構成要件為目的的行為，但是由於事實上或法律上的原因，使行為決意的實現與行為人原所認識者不相一致，而不能完全實現客觀不法構成要件所成立的未遂犯。
- 2.不能未遂的判斷在學說及實務上有以下數說：
  - (1)構成事實欠缺說：若欠缺「結果」以及「因果關係」以外的其他構成要件類型化的本質要素，而自始不能達成既遂者，則屬構成事實欠缺，而為不能未遂。
  - (2)主觀危險說：以行為人主觀之犯罪計劃或對於犯罪事實之想像為基礎，依行為人個人主觀之認知是否足以導致法益侵害之可能，若肯定者即為普通未遂。
  - (3)具體危險說：此為現行實務的見解，以一般人所能認識及行為人特別認識的事實為判斷基礎，從一般人的觀點來看，如果有發生結果的可能性時，屬於普通未遂犯；若沒有發生結果的可能性時，即屬不能犯。
  - (4)抽象危險說：此為學界通說，係以行為人於行為時所認識的事情為判斷基礎，在該認識事實係屬現實情況時，從一般人觀點認為具備發生結果之危險時，即成立普通未遂犯；若不具備危險性而屬行為人本身「重大無知時」，即成立不能犯。

#### (二)本題甲男應成立刑法第 221 第 2 項強制性交未遂罪，不屬第 26 條不能未遂：

- 1.甲男成立刑法第 221 第 2 項強制性交未遂罪：
  - (1)前審查階段：
    - A.甲男非強制性交既遂。
    - B.刑法第 221 第 2 項有處罰強制性交未遂之規定。
  - (2)構成要件該當性：
    - A.主觀構成要件：甲主觀上基於強制性交既遂之故意。
    - B.客觀構成要件：依甲主觀上的犯罪計劃觀察，其行為係與強制性交既遂罪的構成要件之實現有密切的關聯，故依主客觀混合理論，甲已達著手實行之階段。
  - (3)違法性：甲無任何阻卻違法事由。
  - (4)有責性：甲無任何阻卻罪責事由。
  - (5)小結：故甲成立本罪。
- 2.甲男不成立第 26 條不能未遂：
  - (1)構成事實欠缺說：本題乃欠缺結果而非其他構成要件類型化的本質要素，故非不能未遂。
  - (2)主觀危險說：以甲男主觀的犯罪計劃或對於犯罪事實的想像來看，已足以導致強制性交既遂的結果出現，故非不能未遂。
  - (3)具體危險說：綜合甲男當時的認識以及一般人的認識，從一般人的觀點來看，長期服用抗高血壓藥物非必導致性能力功能不佳而無法實現強制性交的構成要件結果，故仍具備發生結果之危險，故非不能未遂。





(4)抽象危險說：以甲男當時的認識，從一般人的觀點來看，長期服用抗高血壓藥物非必導致性能力功能不佳而無法實現強制性交罪的構成要件結果，甲男並無重大無知的情況，故非不能未遂。

(5)綜合以上討論，甲男不成立第 26 條不能未遂。

3.結論：甲男應成立刑法第 221 第 2 項強制性交未遂罪，不屬第 26 條不能未遂。

三、甲、乙皆為某海水浴場的救生員。某日甲、乙的輪班表為：甲是上午十點至下午四點，乙是下午四點至晚上八點。甲該日值班至下午四點，乙卻因塞車遲遲未能夠趕到海水浴場，甲因有私事，沒有等到乙趕到海水浴場交接值班即自行離去。乙後來於下午六點始趕到海水浴場，但已有泳客丙因腳抽筋且無人救援而溺斃。丙的家屬因而對甲、乙提告。請依下列問題討論甲、乙刑責：(25 分)

(一)甲、乙兩人誰對泳客丙居於保證人地位？

(二)甲、乙兩人是否成立不純正不作為之過失致死罪？

命題意旨	本題係在測驗考生是否清楚理解不作為犯成立的要件，而其中的關鍵就在於保證人地位的有無，唯有具備保證人地位才有可能成立不作為犯，本題就是將焦點置於保證人地位的成因之一「自願承擔」義務，甲和乙在本題中是否因自願承擔義務而對泳客丙居於保證人的地位，即成為答題的重點。
答題關鍵	考生須在第一小題論述甲和乙是否因為自願承擔義務而對泳客丙居於保證人之地位；在第二小題中則須具體判斷甲和乙是否分別會成立不純正不作為之過失致死罪。
高分閱讀	方律師，《刑法總則》，2009 年 9 月，P.2-120~2-145。 默成，《刑法總則》，2010 年 3 月，P.10-1~10-42。

#### 【擬答】

(一)甲和乙對泳客丙皆不具有保證人地位：

- 1.保證人地位之意義：不作為犯的成立係以行為人在法律上有防止結果發生之義務為要件，刑法第 15 第 1 項已有明文，而所謂「防止結果發生之義務」即為保證人地位。
- 2.本題關鍵在於甲和乙是否因自願承擔救助義務而具保證人地位？
  - (1)若行為人自願承擔保護法益的義務，則行為人對於被保護的法益即居於保證人地位。
  - (2)在認定上係以「事實上」處於承擔保護義務的地位為準，與契約的存否無關，亦不論履行契約的時間是否屆至。
  - (3)甲雖依法律上的契約關係而承擔保護海水浴場遊客生命身體安全的義務，然在泳客丙溺水之時，甲並未在現場，其在事實上並未處於承擔保護義務的地位，是以甲對泳客丙不具有保證人地位。
  - (3)乙雖然依法律上的契約關係亦承擔保護海水浴場遊客生命身體安全的義務，且在泳客丙溺水之時亦為其本應執行勤務之期間，然乙在事故發生時並未在現場，在事實上並未處於承擔保護義務的地位，是以乙對泳客丙亦不具有保證人地位。

3.綜合以上論述，甲和乙對泳客丙皆不具有保證人地位。

(二)甲和乙皆不成立不純正不作為之過失致死罪：

- 1.本題甲和乙若要成立不純正不作為之過失致死罪，在構成要件該當性層次上須具備以下要件：
  - (1)保證人地位。
  - (2)不作為。
  - (3)作為可能性。
  - (4)假設因果關係與客觀歸責。
  - (5)具預見可能性和注意義務之違反。
- 2.本提甲和乙並未積極消滅泳客丙死亡之風險，其行為型態係屬不作為。
- 3.然如上(一)所述，甲和乙對泳客丙並未具有保證人地位；退一步言，就算肯認甲和乙對泳客丙具有保證人地位，甲和乙在事故當時並未在現場，根本不具有作為可能性。
- 4.故甲和乙本罪構成要件不該當，不成立不純正不作為之過失致死罪。



四、甲為管委會主委，某日因停車問題，甲與住戶乙爭論，雙方一言不合，乙即以手持之鑰匙向甲頭部劃過去。甲經送醫治療後確定僅頭部表皮輕微刮傷，敷藥數日即可。孰料甲腦部潛藏腫瘤，因受傷刺激腫瘤壓迫視神經，甲之後因而雙目失明。試問乙應負何等刑責？（25 分）

命題意旨	本題主要在測驗「反常因果歷程」的判斷。
答題關鍵	反常因果歷程，依據通說見解是定位在客觀歸責理論的第二個階層（風險實現）中檢驗，故建議將客觀歸責理論獨立出來操作，較能突顯出答題重點。
高分閱讀	易台大，《刑法講義》第一回，P.72 以下。 林鈺雄，《新刑法總則》，元照 2006 年，P.154 以下。

### 【擬答】

(一)乙用手持鑰匙劃傷甲頭部之行爲，成立刑法（以下同）第 277 條第 1 項的普通傷害罪。

1.客觀上，無論採取生理機能障礙說或身體完整性保護說，本題中乙使用鑰匙劃傷甲頭部，均該當本罪之行爲與結果要件；劃傷行爲與傷害結果間具備條件理論下的因果關係，且行爲係製造法所不容許的風險，風險也正常地實現結果而有可歸責性，故客觀構成要件該當。主觀上，乙對於劃傷行爲將導致傷害結果有所認知卻仍有意爲之，具有傷害故意。

2.乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立普通傷害罪。

(二)乙劃傷甲頭部致腦部腫瘤壓迫視神經而失明之行爲，不成立第 278 條的故意重傷罪。

1.重傷如第 10 條第 4 項所示，甲最終雙眼失明，該當毀敗雙目視能的重傷定義，雖攻擊行爲與重傷結果間具備條件理論下的因果關係，惟客觀上該重傷結果是否可歸責於劃傷行爲，容有疑義。

2.乙使用手持鑰匙劃傷甲頭部，乃製造法所不容許之風險。然而在風險實現關係的檢驗上，由於雙目失明係甲腦部潛藏之腫瘤所致，劃傷行爲所製造之風險並未實現重傷結果，亦即重傷結果之發生係「反常的因果歷程」，不符合風險實現的常態關連性，故重傷結果不可歸責於劃傷行爲，客觀構成要件並不該當。

(三)乙劃傷甲頭部致腦部腫瘤壓迫視神經而失明之行爲，不成立第 284 條的過失致重傷罪。

1.本罪之客觀構成要件要素與故意重傷罪相同，差異僅在於本罪係過失犯之，而第 278 條則是故意爲之。既然故意重傷罪之客觀構成要件並不該當，已如前所述，則本罪之客觀構成要件自然也不該當，故不成立本罪。

2.附帶而論，第 277 條第 2 項的普通傷害致重傷罪，乃結果加重犯的立法模式，是「故意傷害罪」與「過失致重傷罪」的特殊結合形式，由於乙不成立過失致重傷罪，故亦無成立普通傷害致重傷罪的空間。

(四)結論：乙僅成立普通傷害罪單純一罪。



# 《刑法》

一、甲見朋友乙因為欠錢而煩惱，便提議製造假車禍，以賺取保險金。乙心動，兩人並進一步詳細謀議，由甲開車撞傷乙，乙會受輕傷，但假裝有嚴重症狀而住院觀察、治療，藉此領取額外的保險金，再一同瓜分，乙同意之。後計畫果然順利完成。問甲有何刑責？（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於共同正犯與參與犯之區辨能力；學說與實務對此爭點所存在的不同標準，為考生必提出之部分。
答題關鍵	本題之案例事實簡單，但由於主要考點鮮明，容易導致考生忽略本題次要考點；建議考生可於審題時將題目中人物之所有行為圈起來，以免遺漏。須特別注意者，係由於本題為構成要件行為之人並非甲，故考生必須先從乙之刑責談起，接著才進入本題主要考點為詳盡論述；最後，千萬別忘了甲另外可能構成的普通傷害罪，蓋當中的被害人承諾亦為考點之一。
高分閱讀	1.林山田，刑法各罪論（上），2005 年，P.452～P.464。 2.方律師，刑法總則，2007 年 6 月，P.2-291～P.2-307、P.2-190～P.2-197。

## 【擬答】

### （一）甲構成刑法（下同）第 339 條詐欺取財罪之共同正犯

- 1.甲與乙一同製造假車禍，並佯裝乙受重傷。客觀上，乙更傳遞此受重傷之與事實不符的資訊，使保險公司陷於錯誤，進而處分其財產，致產生財產上損失；主觀上，乙對於前開行為事實亦存在認識與意欲，且亦存在為自己不法所有之意圖。是以，乙之行為為該當詐欺取財罪之構成要件，且無阻卻違法及罪責事由，構成詐欺取財罪。
- 2.甲未親自為詐欺行為，但因其與乙共同謀議此次詐領保險金之計畫，故關於其是否構成詐欺取財罪，容有討論空間；此攸關共同正犯之成立標準，分述如下：
  - (1)有學者自第 28 條之文意出發，認為僅須基於共同行為決意而共同實行犯罪行為，即得成立共同正犯。本案甲出於與乙違犯特定犯罪之故意，彼此聯絡、謀議，應認符合共同行為決意的要件；又，甲與乙依照各自行為決意中的角色分配而分擔犯罪行為之實施，亦符合共同實行犯罪行為之要求。依照此見解，甲應成立詐欺取財罪之共同正犯。
  - (2)多數學說則採「犯罪支配理論」之標準，則由於甲開車撞傷乙之行為在客觀上是詐領保險金犯罪實現所不可缺少的工作分配，而甲主觀上之協力意思更影響整個犯罪行為之成敗，故甲亦將因符合此標準而成立詐欺取財罪之共同正犯。
  - (3)實務上最高法院 25 年上字第 2253 號判例則表示，僅須主觀犯意與客觀犯行有其一符合為自己犯罪或為構成要件之行為，即應成立共同正犯；倘採實務見解，則因本案甲係為了乙之財產不法利益而挑起乙之詐欺取財犯意，且其所為之行為僅為有助於詐欺取財罪之構成要件實現的行為，故其將僅能構成詐欺取財罪之教唆犯與幫助犯，而不成立共同正犯。
  - (4)針對以上不同標準，吾自造成法益侵害之實質作用力觀之，認為應以前二說較為可採，則應認甲符合共同正犯之要件，而為共同正犯；依照最高法院 47 年台上字第 1249 號判例，甲應就全部犯罪結果負責，成立詐欺取財罪。

### （二）甲不構成第 277 條普通傷害罪

客觀上，甲之開車行為為乙之輕傷結果不可想像其不存在之必要條件；主觀上，甲亦存在對前開符合普通傷害罪構成要件之事實的認識，並意欲其實現。惟，被害人乙對於其得處分之個人法益有承諾甲侵害之意思，而甲亦係基於對乙之承諾事實的認識而為傷害行為；應認符合「被害人承諾」之超法規阻卻違法事由，而不具違法性，故甲不構成普通傷害罪。

二、甲對其父 A 欲將家族公司交由外人經營一事素有不滿。某日，甲邀集網友乙，並向乙稱：「只是要教訓一下 A」。乙同意幫甲出口氣，甲、乙遂於翌日晚間 A 返家途中，蒙面持棍棒加以毆打。A 僅手脚受傷，傷勢並不嚴重，但因 A 素有嚴重心臟疾病、無法承受此般驚嚇而猝死。又甲明知 A 之心臟宿疾嚴重，對其遭受過度刺激就可能有生命危險一事知之甚詳，卻因怨憤而認為即使如此





也不違背本意，而乙對此則毫無所知，請問甲、乙之刑責為何？（25 分）

命題意旨	測驗關於共同正犯的論罪模式，刑法第 31 條有關身分犯的理解與操作，以及客觀歸責理論中的反常因果歷程的理解。
答題關鍵	共同正犯必須論述到「功能性犯罪支配」的意義；至於不純正身分犯，請記得操作與涵攝第 31 條第 1 項之規定；還有客觀歸責理論中，要額外考量行為人的特殊認知，不可不慎！
高分閱讀	1.易台大，刑法講義，第一回，第 72 頁以下。 2.易台大，刑法講義，第七回，第 90 頁以下。 3.易台大，總複習刑法講義，第 3、81 頁。

### 【擬答】

- (一)甲乙兩人共同持棍棒毆打 A 之行爲，成立刑法（以下同）第 277 條第 1 項的普通傷害罪之共同正犯。
- 客觀上，甲乙兩人係合作分擔傷害行為之實行，並將行為之成敗繫諸於彼此；主觀上，甲乙兩人具有共同行為之決意（犯意聯絡），相互溝通、謀議傷害罪之犯罪計畫。是以甲乙兩人對於普通傷害罪之構成要件該當性而言，具有功能性的犯罪支配。
  - 甲乙兩人均無阻卻違法或阻卻罪責事由，依據第 28 條之規定，成立普通傷害罪之共同正犯。
- (二)甲持棍棒毆打 A 之行爲，成立第 280 條的傷害直系血親尊親屬罪。
- 甲可以成立普通傷害罪，已如上所述；按題意，甲乃 A 的兒子，兩者間具有直系血親尊、卑親屬關係，該當本罪之加重要件，且甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立傷害直系血親尊親屬罪。
- (三)乙持棍棒毆打 A 之行爲，不成立第 280 條的傷害直系血親尊親屬罪。
- 乙與 A 之間不具有直系血親尊、卑親屬關係，不該當本罪之加重要件；且另按第 31 條第 2 項之規定，有關身分或特定關係致刑有重輕或免除之不純正身分犯，無特定關係之人僅能科以通常之刑，故無直系血親尊、卑親屬特定關係之乙，至多僅能成立普通傷害罪。
- (四)甲持棍棒毆打 A 之行爲，成立第 271 條第 1 項的普通殺人罪。
- 客觀上，甲毆打之行爲可以該當「殺」之定義，最終亦發生 A 死亡之結果，行為與結果之間具備條件關係下的因果關係，雖說 A 係因為驚嚇過度而猝死，似乎發生反常的因果歷程，惟甲對於 A 的心臟疾病知之甚詳，而具有特殊認知，其行為仍可受到歸責；主觀上，甲明知其行為將造成 A 之死亡，卻認為 A 發生死亡結果亦不違背其本意，按第 13 條第 2 項之規定，至少有未必（間接）故意。縱上所述，本罪構成要件該當。
  - 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立普通殺人罪。
- (五)乙持棍棒毆打 A 之行爲，不成立第 271 條第 1 項的普通殺人罪。
- 客觀上，乙毆打之行爲可以該當「殺」之定義，最終亦發生 A 死亡之結果，行為與結果之間具備條件關係下的因果關係，惟乙並無 A 患有嚴重心臟疾病的特殊認知，A 因為驚嚇過度而猝死，嚴重偏離一般人可得預見的合理範圍，實屬反常的因果歷程，乙之行為不可歸責。故本罪構成要件並不該當。
- (六)乙持棍棒毆打 A 之行爲，不成立第 276 條第 2 項的過失致死罪。
- 如前所述，A 因為驚嚇過度而猝死，嚴重偏離一般人可得預見的合理範圍，乙既無預見可能性，便不成立過失犯。
- (七)甲持棍棒毆打 A 之行爲，成立第 272 條的殺害直系血親尊親屬罪。
- 甲可以成立普通殺人罪，已如上所述；按題意，甲乃 A 的兒子，兩者間具有直系血親尊、卑親屬關係，該當本罪之加重要件，且甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立殺害直系血親尊親屬罪。
- (八)競合：
- 甲成立普通傷害罪、傷害直系血親尊親屬罪、普通殺人罪與殺害直系血親尊親屬罪，係行為單數而侵害同一法益，成立法條競合，僅論以殺害直系血親尊親屬罪已足。
  - 乙僅成立一個普通傷害罪。

三、某醫院院長甲與 A 本為長年好友，後因細故衝突而積怨。某日，甲得知 A 因病住進該醫院，並由院內主治醫師乙負責治療。甲深知乙平日對自己（院長）所言皆深信不疑，且乙因工作忙碌，對於可以不作的測試就省略不作，進而決定利用乙，達成殺害 A 的目的。甲明知 A 有特殊體質，若施以 B 藥物加以治療，將導致 A 死亡，竟向乙偽稱說因與 A 係多年好友，深知 A 絕無特殊體質，為避免測試費時而耽誤病情，應立刻投藥治療，不需測試。乙身為主治醫師，本該進行特殊體質測試始能投與 B 藥，卻因此貿然投藥，後 A 果然因 B 藥物而死亡。請問甲、乙的刑責為何？（25





分)

命題意旨	本題的考點明確，主要是客觀歸責理論的操作以及間接正犯的論述，算是個平易近人的考題。
答題關鍵	乙的部份要注意客觀歸責理論的操作層次，還有「業務」要件的定義也請加以說明，時間足夠的話，還可以帶到新進學說有關「醫療行為限於重大過失」的看法。至於在間接正犯甲，只要清楚說明甲具備意思支配（優越的行為支配）即可。
高分閱讀	1.易台大，上課用刑法講義，第二回，第 64 頁以下。 2.易台大，上課用刑法講義，第四回，第 30 頁以下。

## 【擬答】

(一)乙貿然投藥，致使 A 因使用藥物 B 而死亡之行為，成立刑法（以下同）第 276 條第 2 項的業務過失致死罪。

- 客觀上，A 係因乙施以藥物而發生死亡結果，行為與結果之間具有條件關係下的因果關係，且乙未加以檢測甲是否具有特殊體質即施加藥物，有違一般醫事藥物的使用規則，係製造法所不容許的風險，該風險亦正常地實現結果，並在構成要件的效力範圍內，故客觀構成要件該當。
- 主觀上，乙身為醫師，對於未進行藥物檢測即行投藥恐生他人生命喪失之風險，應有預見可能性而必須盡到一定程度的注意義務，卻不加以注意而導致風險實現，按第 14 條之規定，至少具有過失。
- 附帶一提，近來學說上有認為，鑒於醫療行為在治療上所帶來的重大社會利益，醫療過失責任應加以限縮，表現出一定程度的容忍與接納，故過失醫療行為應嚴格限縮在「重大過失」之情形。關於重大過失的標準應以「醫療常規」為斷，亦即醫療常規有規定某些醫療處置必須踐行嚴格的程序要件時，則此時所醫護人員所附加的注意義務即屬「特別重要的注意義務」，有所違反則成立重大過失。循此見解，則須視投藥之醫療常規有無嚴格規定需履行檢測程序，若然，則乙依然有重大過失而構成要件該當。
- 乙身為醫師，其投藥行為乃本於其社會生活之地位，以反覆同種類之為目的的社會活動（89 台上 8075 號例參照），該當「業務」之加重要件。
- 乙無阻卻違法或阻卻罪責事由，故成立業務過失致死罪。

(二)甲向乙偽稱 A 絕無特殊體質而可用 B 藥之行為，成立第 271 條第 1 條的故意殺人既遂罪。

- 客觀上，甲給予乙錯誤的資訊，致使乙做出錯誤的判斷而對 A 施以 B 藥，甲對 A 的死亡而言，係直接支配殺人罪構成要件之實現，具有支配行為；主觀上，甲明知 B 藥將會引發 A 的特殊體質而導致死亡，卻仍有意使放諸此事成真，具有支配意思。縱使甲並無親自實現殺人罪之構成要件，惟甲卻於幕後居於優越性的支配地位（意思支配），故本罪之構成要件依然該當。
- 甲無阻卻違法或阻卻罪責事由，成立故意殺人罪的間接正犯。

(三)結論：乙成立業務過失致死罪，甲成立故意殺人罪的間接正犯。

四、A 食品公司開發部門的經理甲為了謀求自己之利益，明知契約明訂不得洩密，仍決定將新產品的配方賣給競爭對手 B 公司的經理乙。甲於某日加班時，趁公司無人，從自己負責管理的保險櫃中，將存有該新產品配方之情報的光碟片取出，用公司的電腦複製到自己的光碟片中，並將原光碟片放回，將複製後的光碟片帶走。隨後，甲與乙見面，乙雖根本沒有給付對價的意思，卻假意表示要當場用電腦看一下內容，再來決定要不要買。待甲從公事包中拿出光碟放在桌上，乙拿起光碟片轉身就跑，甲無法追上。問甲、乙的刑責如何？(25 分)

命題意旨	本題涉及之犯罪不少，當中更牽扯財產犯罪之間的區辨，可謂對同學基本觀念與刑法分則熟悉度的一大挑戰。
答題關鍵	本題之行為人既為甲、乙二人，則考生自應分開論述。甲之部分可能涉及同學較不熟悉之洩漏業務上知悉工商秘密罪與取得電磁紀錄罪，可見國考的廣度要求；乙之部分則係詐欺取財與竊盜、搶奪與竊盜之區別，後者已為傳統爭點，前者則係由學者於去年為文所特別強調，旨在測驗考生對各該犯罪了解之程度，對觀念清楚的考生應不致構成威脅。
高分閱讀	1.林山田，刑法各罪論（上），2005 年，P.293～P.296、P.306～P.337、P.452～P.464、P.554～P.557。 2.方律師，刑法分則，2007 年 6 月，P.1-174～P.1-175、P.2-18～P.2-28、P.2-44～P.2-48、P.2-187～P.2-197。

## 【擬答】

(一)甲的刑責

- 甲構成刑法（下同）第 317 條洩漏業務上知悉工商秘密罪

甲依契約乃應負守密義務之人，無正當理由地將其因業務而持有的商業上應行秘密之事物，宣洩於無權知



悉這項祕密的 B 公司經理人乙，客觀構成要件該當；主觀上，甲對於前開符合構成要件之事實有所認識並意欲其實現。又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

## 2. 甲構成第 342 條背信罪

甲乃 A 公司之經理，係為 A 公司處理事務之人，卻違背其依照契約應盡的保密義務，致 A 之競爭對手 B 公司獲得該光碟所載資訊後，產生整體財產的消極損害，客觀構成要件該當；主觀上，甲對前開事實有認識並意欲其實現，且依題意義係為自己之不法利益而為之。又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

## 3. 甲不構成第 359 條取得電磁紀錄罪

甲雖無正當理由地違背契約保密義務拷貝光碟，而取得符合第 10 條六項電磁紀錄定義之公司新產品的資訊；惟，通說認為本條之取得係指無權取得電磁紀錄之人，以非法刺探的方式複製他人電腦硬碟中的資料。本案甲既係保管裝有光碟片之保險櫃的經理，且其所使用之電腦乃其有使用權限的公司電腦；依照通說對於本罪行為態樣之定義，將因不該當構成要件行為而不成立本罪。

## 4. 競合

甲所犯之洩漏業務上知悉工商祕密罪與背信罪係基於一個行為決意而各別侵害 A 公司之財產法益與祕密法益；係一行為侵害數法益，為想像競合，依第 55 條從一重以背信罪處斷。

## (二) 乙的刑責

### 1. 乙不構成第 339 條詐欺取財罪

乙以要求觀看光碟內容之方式，傳達其有意願給付對價之不實資訊，係有詐術之行使，而甲也因此誤認乙有給付對價之意思；惟，甲僅將光碟置於桌上，而尚未將光碟交付予乙之處分行為，故尚不該當詐欺取財罪的客觀構成要件，是以不成立本罪。

至於乙雖已有詐術之行使，但吾認為乙仍不構成本罪之未遂犯。蓋，除考量少數學者認為財產犯罪之著手時點應待法益侵害完全失控，即被害人交付財產時方成立之見解外，**主要係因為本題乙主觀認識的事實，本即不包括甲為有效處分財產之意思表示；換言之，乙應係原本即打算趁甲取出光碟而對光碟處於持有鬆弛的狀態時，即奪取其光碟，故其主觀之認知並不符合詐欺取財罪的構成要件。則乙主觀上既不該當詐欺取財罪的故意要件，自無成立本罪未遂犯之可能。**

### 2. 乙不構成第 325 條搶奪罪

乙趁甲將光碟置於桌上時，將光碟取走，其行為究應構成搶奪或竊盜，容有爭議。傳統見解將竊盜定義為「趁人不知」的取物行為，則依照此傳統見解，由於乙乃當甲之面而取走光碟，故恐難符合竊盜罪之構成要件行為，而應論以搶奪罪；惟，**晚近學說見解從竊盜罪與搶奪罪之法定刑出發，認為搶奪罪之所以較竊盜罪為嚴重，係因其存在傷害被害人身體法益之可能，故竊盜與搶奪之差別應取決於其手段之和平性。吾以罪刑相當之理由而採晚近學說見解，則搶奪罪之行為必以不法腕力的使用為前提；本案乙僅係趁甲對光碟之持有處於鬆弛狀態時，以和平方式取走光碟，並無不法腕力的使用，不該當搶奪罪之構成要件行為，而不成立本罪。**

### 3. 乙構成第 320 條普通竊盜罪

乙違背甲之意思以和平非暴力的方式，破壞甲對其所有之可移動的光碟之持有支配關係，客觀構成要件該當；主觀上，乙對於前開符合構成要件之犯罪事實有所認識並意欲其實現，又具備為自己不法所有之意圖。無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。



# 《刑法》

一、A 女與甲係孀姪關係，二人相處不睦，某日，甲因細故與 A 爭吵，一時怒不可遏，在空曠的廣場上隨手拿起小桶裝之瓦斯桶，自 A 背後用瓦斯向其全身上下噴灑，並拿出打火機試圖點火，幸因當時風勢強勁而未點燃，嗣經警察據報趕赴現場阻止，A 就醫後並無大礙。甲：甲的刑責為何？辯護律師主張甲的行為不罰，是否有理？（25 分）

命題意旨	測驗考生對於「公共危險罪」與「具體危險犯」概念的熟稔程度，以及刑法第二十六條「不能未遂」概念應如何解釋、法律修正前後的異同等。
答題關鍵	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 本題事實清楚，爭點單純，惟考生應注意題示「空曠廣場」與「風勢強勁」等關鍵字，始能正確探討是否有「致生公共危險」的具體危險情況存在。</li> <li>2. 解答實例題時，考生務必要「實體說理」，將考題線索涵攝入解答中，才能得到高分。例如本題中瓦斯的「公共危險」究竟何在？應詳細分析後得出結論，切忌無憑無據、驟下結論。</li> <li>3. 「不能未遂」是萬年考古題，又有九十四年大修法的「加持」，蕭台大老師於平日上課與本期考場特刊中曾再三強調，並詳加講解概念與解題方式，相信考生一定能順利過關。</li> </ol>
高分閱讀	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第二回，第 108-109 頁（具體危險犯概念說明）。</li> <li>2. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第四回，第 3-7 頁（燒燬定義與放火、失火罪之整理）。</li> <li>3. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第二回，第 36-38 頁（不能未遂概念說明、94 年修法精析）。</li> <li>4. 本期高點法觀人，律師司特考場特刊，【98 法研考題趨勢】重要爭點 4：未遂犯之三大類型：普通未遂、不能未遂、中止未遂（清楚列出今年法研考題中，與不能未遂有關之考題）。</li> </ol> <p><b>*【命中率 100%】！</b></p>

## 【擬答】

（一）甲噴灑瓦斯之行爲，可能成立漏逸氣體致生公共危險罪（刑法第一七七條第一項）：

客觀上，甲漏逸瓦斯氣體；主觀上甲對此有預見。惟本罪之成立尚需以「致生公共危險」爲要件，題示甲係於「空曠廣場」上噴灑瓦斯，且當時「風勢強烈」，此時是否仍致生公共危險，即有疑問。按，犯罪成立以「致生公共危險」爲構成要件者，學說上稱爲「具體危險犯」。此類犯罪是否成立，應以案件具體情況是否確實足使公眾發生危險爲斷，此爲通說與實務咸認之見解。

本條漏洩瓦斯氣體對於公眾之危害，在於瓦斯無形無貌、易使公眾在無意間吸入，而造成生命或身體之嚴重損害；或因瓦斯易燃易爆，可能因微弱火星而引發爆炸之危險。然本題中，甲既於無人或人數較少之「空曠廣場」噴灑瓦斯，又因「風勢強烈」使瓦斯遭強風吹散、濃度降低，顯見並無使公眾吸入或引致爆炸之具體危險。因甲之行爲未致生公共危險，構成要件不該當，不成立本罪。

（二）甲試圖點火之行爲，可能成立放火燒毀住宅等以外之物罪（刑法第一七五條第一項）：

客觀上，甲於廣場試圖點燃瓦斯，可能因而燒燬「廣場」；主觀上，甲之目的雖在於殺 A，但對於可能造成廣場燒燬的法益侵害雖有預見，卻蠻不在乎，係有間接故意。惟本罪以「燒燬」爲要件，並不處罰未遂。甲試圖點火卻未成，縱以學說見解中對「燒燬」最寬鬆的定義：「獨立燃燒說」判斷，亦未達於使廣場「獨立燃燒」之程度，不成立本罪。

除「燒燬」要件不成立外，由於甲係於空曠廣場點火，亦可能未致生公共危險，因而不成立本罪。又此處討論放火罪的客體，僅爲題示的「廣場」（物），而非 A（人），蓋 A（人）本即非屬本罪所欲保護之客體，在此一併敘明。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)



(三) 甲試圖點火之行爲，可能成立殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項）：

客觀上，甲試圖點燃 A 身上的瓦斯，已對 A 之生命法益造成直接危險，是爲著手，但並未發生死亡結果，僅爲未遂；主觀上，甲對此亦有預見，且又無阻卻違法及罪責事由。惟甲係因風勢強勁而無法點燃瓦斯，是否屬刑法第二十六條所稱「行爲不能發生犯罪之結果，又無危險」之「不能未遂」情況，則有疑問。

按，學說與實務對於刑法第二十六條之「又無危險」應如何解釋，有各種不同見解。惟較多學者認爲，應限於「社會一般大眾是否均認該行爲無危險」時，始得依不能未遂之規定予以減輕，亦即應以行爲人是否出於「重大無知」爲斷。因僅在社會大眾均認該行爲無危險時，始不致因法律減輕刑罰或不罰，動搖一般人對刑法規範意義之確信與遵守。民國九十四年二月二日修正刑法第二十六條時，將「不能未遂」的法律效果由「減輕或免除其刑」改爲「不罰」，更應採取上述學說的限縮解釋方式，以避免過度縱容犯行。

本題中，甲試圖對全身布滿瓦斯的 A 點火，乃一般大眾認爲極危險之行爲，僅因風勢而未成功，若不罰該行爲，將嚴重動搖社會大眾的遵法意識，故並非不能未遂。綜上，甲成立本罪，辯護律師之主張並無理由。

二、甲看見國中生 A 正使用行動電話與人交談，見有機可乘，上前佯稱是某單位的便衣刑警，因為附近有人東西被竊，竊賊特徵與 A 相似，A 必須當面和被害人對質，要求 A 將錢包與手機交給他暫時保管，A 擔心被誤認爲賊，而惹來麻煩，遂交出財物，甲隨後則伺機逃逸。問：甲成立何罪？（25 分）

命題意旨	測驗考生對於今日常見「冒充公務員身分詐騙」犯罪類型的解讀能力，以及「詐欺型竊盜」等常見爭點。
答題關鍵	<ol style="list-style-type: none"> <li>只要對國家法益條文有基本的熟悉程度，考生在看到「甲佯稱刑警時」，即應有「冒充公務員、侵害國家法益」的反射。</li> <li>題目特別提示被害人是「國中生」，即應分析準詐欺罪與詐欺罪的區辨，與此相關的 29 年上字 1156 號判例見解，代表通說與實務一貫的見解，不可不知。</li> <li>「詐欺型竊盜」的考題，只要瞭解 33 年上字 1134 號判例的說理方式，幾乎全部引用判例內容，即可順利得分。以上兩則判例見解，蕭台大老師於上課時均詳細解說，並在講義上以粗黑體字加上畫線標明重點，完全掌握出題趨勢。</li> </ol>
高分閱讀	<ol style="list-style-type: none"> <li>蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第三回，第 88 頁（準詐欺罪與詐欺罪之區辨、29 年上字 1156 號判例重點分析）</li> <li>蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第三回，第 86-87 頁（詐欺罪之處分行爲概念、與竊盜罪之區辨、33 年上字 1134 號判例重點分析）</li> <li>蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第三回，第 56-58 頁（竊盜罪之成立方式、要件與相關判例見解整理）</li> </ol> <p><b>*【命中率 100%】！</b></p>

【擬答】

(一) 甲冒充刑警要求 A 交付財物之行爲，可能成立僭行公務員職權罪（刑法第一五八條第一項）：

客觀上，甲冒充刑警此一公務員身份，並僭行刑警之職權（要求對質、交出財物）使人民誤認，因而破壞本罪所欲保護的國家秩序法益；主觀上甲對此有預見。甲又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
 北市開封街一段 2 號 8 樓・02-23115586 (代表號)

(二) 甲要求國中生 A 交出財物之行爲，可能成立準詐欺罪（刑法第三四一條第一項）：

客觀上，甲冒充刑警，要求未滿二十歲的國中生 A 交出財物，似可成立準詐欺罪。惟甲取得財物並非因 A「智慮淺薄」，而係甲「行使詐術」（冒充刑警）所致。依通說及判例見解，只要行爲人取得財物之「原因」爲「行使詐術」，縱令被害人未滿二十歲，亦不成立本罪（29 年上字 1156 號判例參照）。

(三) 甲要求 A 交出財物之行爲，可能成立詐欺取財罪（刑法第三三九條第一項）：

客觀上，甲以冒充刑警爲詐術，使 A 陷於錯誤而交出錢包與手機等財物，似可成立本罪。惟依學者通說見解，詐欺罪之成立，以被害人有「處分行爲」爲要件。此處所謂「處分行爲」，雖不限於民法上的法律行爲、凡事實上足使被害人財產價值降低的行爲均屬之，但仍須以被害人主觀上有對於財產之處分意識者爲限。

本題中，A 雖因甲行使詐術而交出財物，惟其目的僅在於使甲「暫時保管」財物，A 並未意識到在做財產處分，因此並非處分行爲。綜上，甲取得財物並非因 A 之處分行爲而來，不成立本罪。

(四) 甲要求 A 交出財物之行爲，可能成立普通竊盜罪（刑法第三二〇條第一項）：

客觀上，甲以冒充刑警方式佯稱爲 A「暫時保管」財物，趁 A 對該財物之支配力一時鬆弛，乘機取得；主觀上甲對此有預見，且有不法所有意圖。甲又無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

此種先藉由詐術使被害人對財產之持有支配關係鬆動（但非財產處分），行爲人進而「自行」建立新持有支配關係之犯罪類型，學說上有稱爲「詐欺型竊盜」，通說認爲仍應論以竊盜罪，實務判例見解亦同（33 年上字 1134 號判例參照）。

(五) 競合：

甲以冒充刑警要求 A 交出財物之一行爲，成立僭行公務員職權罪（刑法第一五八條第一項）與普通竊盜罪（刑法第三二〇條第一項），分別侵害國家秩序法益與個人財產法益，應依刑法第五十五條想像競合之規定，從一重處斷。

三、某縣市即將發放消費券，警方爲防止歹徒覬覦，於是結合郵局舉行防槍演練。路人甲見頭戴半罩式安全帽的 A、B，分別持刀控制警衛與上車行搶，甲見義勇爲，拾起路旁的鐵條棒打持刀的 A，造成 A 受傷，事後才得知 A、B 是假扮搶匪的警員。問：甲的刑責為何？（25 分）

命題意旨	本題所測驗者，乃國家考試常客「容許性構成要件錯誤」之問題，本題之類型則爲誤想防衛。
答題關鍵	本例事實部分單純，所需檢討者僅甲（因誤想防衛）造成 A 受傷應否負責而已，因此整個解題的重心皆在容許性構成要件錯誤。而此等錯誤爲刑法上錯誤問題中爭議最大的一種類型，因此答題者必須就學說爭議仔細介紹，並擇一採用於解題中。最後，在是否得出成立過失的結果上，務必就過失之體系檢驗，並附理由說明。
高分閱讀	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 林山田，《刑法通論（下）》，十版。</li> <li>2. 黃常仁，《刑法總論》，二版。</li> <li>3. 陳志龍，《人性尊嚴與刑法體系入門》，五版。</li> <li>4. 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，三版。</li> <li>5. 黃榮堅，〈刑法解題——關於不法意識及犯罪結構〉，《刑法問題與利益思考》，初版。</li> <li>6. 陳子平，《刑法總論》，二版。</li> <li>7. 林東茂，《刑法綜覽》，五版（2007.09）。</li> <li>8. 余政大，《刑法總複習講義第一回》，頁 77；《刑法總複習實例演練》，錯誤篇第二題（相似度 99 %）。</li> </ol>

#### 【擬答】

一、本例中甲將 A 打傷的行爲，客觀上雖然符合傷害罪的不法構成要件的要求，但事實上 A、B 持刀控制警衛與上車行搶之行爲，僅是防搶演練而非**現在不法侵害**，亦即 A、B 之行爲並未構成**正當防衛**（刑法第 23 條）之前提事實。惟在主觀上，甲誤以爲 A、B 兩人所爲係強盜行爲，並因而基於防衛



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

意思而持鐵條棒攻擊 A 並造成其受傷，此等情形，學說上稱**誤想防衛**，屬於**容許性構成要件錯誤**的一種。對此種錯誤究應如何處理，學說上容有不同見解如下：

- (一) **故意理論**：在早期（古典、新古典犯罪階層體系），行為人對於客觀構成犯罪與客觀阻卻事由的認識皆屬**責任故意**之要件，亦即對此兩種事實誤認時即發生阻卻故意視之效果。故於誤想防衛的情形，行為人因為誤以為客觀上存在正當防衛的前提事實，因此發生阻卻責任故意。我國曾有判例（**29 年上字第 509 號判例**）以「出於錯覺防衛，而難認為有犯罪之故意，惟被告目睹某甲伸手撈衣，究竟是否取槍抗拒，自應加以注意，又非不能注意之事，乃竟貿然開槍，致某甲受傷身死，核其所為，仍與**過失致人於死**之情形相當，原審竟認為防衛過當之傷人致死，於法殊有違誤。」應可認為係採此說。
- (二) **罪責理論**：於目的論以降之犯罪階層體系中，行為人對於事實的認識不再是罪責要素，在三階論中分為構成要件故意與主觀的合法化要素，因此於容許性構成要件錯誤的情形，行為人雖對現在不法侵害（如：正當防衛的前提事實）有所認識是出於防衛意思而為侵害法益之行為，惟客觀上由於欠缺該前提事實，因此不能成立阻卻違法事由。於此等體系之中，容許性構成要件錯誤究應如何處理，學說上可分為三種說法：
1. **嚴格的罪責理論**：將容許性構成要件錯誤視為**禁止錯誤**（不法意識欠缺，參見刑法第 16 條之規定），即不得排除行為人之故意，而僅生**免除**（不可避免的錯誤）或**減輕罪責**（可避免的錯誤）之效果。
  2. **一般的限制罪責理論**：由於容許性構成要件錯誤與構成要件錯誤皆為對**事實**發生誤認，在性質上具有類似性，且刑法上並不禁止有利於行為人的類推適用，因此在容許性構成要件錯誤之情形應**類推適用**構成要件錯誤之法理，阻卻故意視情形成立過失。
  3. **限縮（制）法律效果的罪責理論**：此說認為容許性構成要件錯誤為一獨立之錯誤類型，既非禁止錯誤，亦非構成要件錯誤。因此認為容許構成要件錯誤並不影響**行止形態**的故意（即構成要件故意），而只影響**罪責形態**的故意（故意罪責），因此不成立故意之犯罪，惟行為人的錯誤若係出於注意上的瑕疵者，則可能成立**過失犯罪**。
- (三) **負面構成要件要素理論**：由**二階論**的體系觀之，由於構成要件故意認識的對象包括構成犯罪事實的存在與阻卻違法事由的不存在，因此行為人若對於阻卻違法事由的前提事實不存在不具認識時，屬於**構成要件錯誤**的一種，因此主觀不法構成要件不具備，應阻卻故意且視情形成立過失。

二、前述**故意理論**與現今犯罪階層體系不符；而**嚴格罪責理論**將屬事實錯誤之容許性構成要件錯誤，視為規範錯誤的禁止錯誤，並不允當；**一般限制罪責理論**結論上雖合理，但以類推適用之方式處理，說理上較不嚴謹，且此說原意係指類推適用德國刑法第 16 條，我國並無類似之錯誤法效規定條文，更有不妥之虞。至於**負面構成要件要素理論**，其推論過程與結果雖無方法上瑕疵，惟此等體系有破壞





構成要件警示功能之虞，且由於該說認為發生錯誤的行為人其行為並非不法，於現行法明示教唆犯、幫助犯之認定採限制從屬標準下，對於知情之教唆、幫助犯將發生處罰上的漏洞。綜上所述，拙見以為，前揭學說介紹中應以限縮法律效果的罪責理論為當。以下以此為據，就本例中甲之行為檢討如下：

（一）甲將 A 打傷之行為，可能成立第 277 條第 1 項之故意傷害罪：

甲將 A 打傷的行為，由於其主觀上誤以為 A 與 B 正在控制警衛與行搶，基於此一認識與防衛他人自由與財產法益之意思對 A 予以攻擊，係屬誤想防衛，依前述限縮法律效果的罪責理論，因欠缺故意罪責而不成立本條項之罪。

（二）甲將 A 打傷之行為，可能成立第 284 條第 1 項前段之過失傷害罪：

依前所述，若甲的錯誤若係出於注意上的瑕疵者，則可能成立過失犯罪，惟此處仍應依過失之要件予以審查，於本例中，重點在於 A、B 兩人之行為只是演練而非不法侵害（正當防衛的前提事實）一事，是否具客觀與主觀預見可能性。就本例之事實而言，一般人立於甲之立場（客觀預見可能性），是否能夠預見 A、B 之行為事實上並非行搶而是演練，題意未明，可能該演練極為逼真，亦可能一般人皆能理解並非果有行搶之行為。拙見以為，依罪疑唯輕原則宜做有利於甲之認定，即本例中甲之行為因不具客觀預見可能性而不構成過失傷害罪。

三、結論：甲的行為不構成犯罪。

四、已婚的甲男與二十二歲的 A 女相戀，卻遭 A 的父母強力反對，甲慫恿 A 於周日演出「燒炭死諫」的戲碼，以迫使其父母同意讓兩人在一起。A 採納並在家裡燒炭，不巧當天家人臨時外出而無人在家，由於甲擔心 A 真的發生意外，打手機告訴 A 的母親 B，暗示應注意 A 的現況，俟 B 趕回家已經是四小時以後，然 A 已陷入重度昏迷，經醫生搶救後，認知功能如同三歲小孩。問：甲是否有任何刑責？（25 分）

命題意旨	測驗考生精確掌握「行為時點」的能力、是否熟悉不作為犯等刑法總則基本概念，以及判讀題目線索與實體說理的功夫。
答題關鍵	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 本題看似簡單，實則暗藏玄機，共設計了三個關卡，相當有層次。</li> <li>2. 第一關：加工重傷罪是所有考生都會注意到的明確考點，應該都能輕鬆過關。</li> <li>3. 第二關：甲單純的慫恿（或說與 A 議定）採取燒炭戲碼，並非造成 A 受傷的原因。題目所給的「A 女二十二歲」、「A 女採納」、「家人臨時外出」等線索，在在指向一個重要提示：甲與 A 在議定計畫當時，對於之後發生的實害，尚無預見可能性。</li> <li>4. 第三關：若能看穿上述陷阱，應可發現真正造成 A 重傷的行為，是甲的「不作為」。題目用一半以上篇幅來描述「因家人外出，甲擔心 A 出意外」、「甲僅暗示 B」、「B 四小時後始返家」等線索，正是要明確告訴考生：甲應作為而不作為，且此時始對法益侵害有預見可能性。</li> <li>5. 以上「精確掌握犯罪行為時」、「正確判讀題目線索」、「充分實體說理」概念，均為蕭台大老師平日上課反覆闡述，並多次以實例題詳細說明，同學只要冷靜答題，定可獲致高分。</li> </ol>
高分閱讀	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第二回，第 58-59 頁（有認識過失與間接故意之明確區辨標準、專欄 ★重點提示）</li> <li>2. 蕭台大，律師司特三等班，刑法講義第二回，第 67-70 頁（不純正不作為犯與八大保證人地位）。</li> <li>3. 本期高點法觀人，考場特刊，【歷年重要爭點】重要爭點 3：不作為也不行：保證人地位之整理（再次強調並命中八大類保證人地位的重要性）。</li> </ol> <p><b>*【命中率 100%】！</b></p>



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>  
 北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

## 【擬答】

(一) 甲慫恿 A 燒炭之行爲，可能成立加工重傷罪（刑法第二八二條）：

客觀上，甲慫恿 A 燒炭，結果導致 A 認知功能如同三歲小孩，似可能成立本罪。惟本罪之成立，係以教唆或幫助他人使之重傷爲要件，亦即被害人在行爲人的教唆或幫助下，從事自傷行爲並成重傷，始足當之。

依題意，甲確實喚起 A 原本所無的燒炭決意，但依甲與 A 之計畫，燒炭目的並非自傷，而是迫使父母同意的「戲碼」。故依其計畫，A 所爲既非自傷行爲，甲自無教唆（加工）自傷可言。綜上，甲構成要件不該當，不成立本罪。

(二) 甲慫恿 A 燒炭之行爲，可能成立過失重傷罪（刑法第二八四條第一項）：

客觀上，甲慫恿 A 燒炭，導致發生 A 認知功能如同三歲小孩的結果。由於認知功能退化仍爲現代醫學難以治療甚至無法治療的重大病症，該當刑法第十條第四項第六款之「重傷」。

惟主觀上，甲與 A 係事先謀議以燒炭方式達成目的，該計畫雖具備一定危險性，但衡諸 A 爲二十二歲的成年女性，演出燒炭戲碼時應有能力自行注意安全；加上依其預定計畫，「演出」時 A 家中原應有人可阻止與救援，故尚難認甲於「提議（慫恿）燒炭計畫」時，對於 A 之後發生重傷結果即有預見可能性。綜上，甲對於 A 之重傷並無過失，不成立本罪。

(三) 甲在知道無人在家後，仍未適時救援 A 之行爲，可能成立過失重傷罪之不純正不作爲犯（刑法第二八四條第一項、第十五條）：

客觀上，甲與 A 所共同議定的燒炭戲碼具有一定危險性，甲與 A 具備「危險共同體」之保證人地位，甲因而負有不使 A 發生實害之作爲義務。依題意，A 之家人臨時出門一事，雖非甲所能事先預見，但在已明知家中無人、A 可能發生意外的情況下，甲仍未採取足以避免重傷結果的作爲。主觀上，甲在知道無人在家後，對於危險可能轉爲實害已有預見可能性，是有過失。甲又無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

按，或有認爲甲打電話通知 B 的行爲，已盡作爲義務以避免結果發生。惟依題示，甲在認知到乙可能發生意外後，仍只是打電話「暗示」B 應注意 A，以致於 B 仍在四小時後始返家，未及救援 A。甲有採取更積極作爲的可能性（如直接撥打一一九、明示 B 其女 A 在家燒炭等），卻未爲之，放任結果發生，仍屬未盡作爲義務，而應成立不做爲犯。此外，由於題示甲仍擔心 A 真的發生意外，可見其主觀上並非「蠻不在乎」之間接故意，而係因「自信過度」（認爲 B 來得及趕回，或 A 不至出事）之有認識過失，於此一併敘明。

