

刑法經典 500 題

感謝 96 基特第 23 教授班協助
朱源葆博士彙整

一、保安處分之種類有幾？

答：

保安處分可分為下列七種：

- (一)、『感化教育處分』：針對未滿十四歲或未滿十八歲而減刑者，將其置於中途學校實施改善處分之特殊教育，新法第八十六條規定對教化期間將原僅規定三年以下，再增設下限，凡執行已逾六個月且無續為執行之必要者，法院得免其執行。
- (二)、『監護處分』：新法第八十七條將用語改為『因第十九第一項原因而不罰者』認其情狀有再犯或危害公共安全之虞時，命刑法總則其進入特定處所監護，如為『第十九條第二項及第二十條之原因』於執行完畢後，亦得實施監護。
- (三)、禁戒處分：係針對使用毒品或酗酒，於執行前令其相當處所施以禁戒，最高期限為一年，如無續行必要可以免除執行。
- (四)、強制工作處分：乃對於習慣犯、常業犯、或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於執行前令其相當處所命其強制工作，最高期限為一年六個月，如無續行必要可以免除執行，如屆滿前有延長必要法院可裁定延長一次為限，不得逾一年六個月。
- (五)、強制治療處分：有關強制性交之犯罪於裁判前應經鑑定有無施以治療之必要者，令其相當處所施以接受治療，並於刑之執行前開始為之，直至再犯危險性顯著下降，應於處分期間每年鑑定評估有無停止治療必要，且可
- (六)、驅逐出境處分：驅逐出境為預防外籍人民在境內犯罪之保安處分，依刑法第九十五條規定，外國人受有期徒刑以上刑之宣告，得於刑之執行完畢或赦免後驅逐出境。
- (七)、保護管束處分：保護管束係指對犯人命其遵守一定事項，由觀護人予以適當之指導，如有必要予以更生保護之處分，其本質上非拘束自由之處分，且交由警察官署或自治團體親人執行。其適用要件有三：
 - 1、須法有規定需交付保護管束者。
 - 2、須有社會危險性。
 - 3、須先受刑罰或保安處分之宣告。適用對象包括：
 - 1、對受感化教育、監護、禁戒與強制工作處分。
 - 2、緩刑與假釋：緩刑與假釋期間內，監督其品行及保全其始終不能犯罪。

二、試說明沒收之範圍？其方法有幾？

答：

沒收係謂國家剝奪行為人與犯罪有密切關聯之物之所有權，強制收歸國庫之處分刑法一般沒收係規定於刑法第三十八條故其沒收之範圍有違禁物、供犯罪所用或預備之物或因犯罪所生或所得之物，且違禁物不問是否為犯罪行為人所有均可沒收，就共犯而言，如共犯數人僅部份人獲案，就贓物之沒收其效力是否及於未到案之他共犯？院字第二〇二四號向採肯定說見解，並認共犯縱部份人到案，但對全部贓款負連帶返還責任，新法均將之明文化。

三、試述我國刑法關於量刑標準之主要規定，並闡明「選科」、「酌科」與「酌減」在適用上有何不同？

答：

- (一)、近代量刑標準之立法目的多本於『相對法定刑主義』及『絕對宣告刑主義』為本，犯罪情狀，複雜萬端，應注意防衛社會之主要目的，為其衡量標準所應建立之依據，本法第五十七條各款，計有動機目的所受刺激手段生活狀況品行智識與被害人關係及所生損害與犯後態度共十款，除此之外，於罰金刑尚須注意犯罪所得超過罰金甚多時，宜本於罪罰相當原則，妥適引用第五十八條酌予加重。
- (二)、按我國應係採相對法定刑主義，故在刑科處之一定範圍內，允為酌情裁量，故有「選科」、「酌科」與「酌減」之適用，茲扼要述之如下：
 - 1、「選科」：係指同一罪內之法定主刑有二以上，法官擇一宣告也。
 - 2、「酌科」：係指就法定主刑（有期徒刑、拘役、罰金）其期間之長短，金額之多寡均由法官決之。
 - 3、「酌減」：係指為刑之科處時，如客觀上確有可憫恕之情形，儘管業已科處最低刑度仍嫌過重時，得依第五九條及第六十條減至比最低本刑更低之刑。
- (三)「選科」、「酌科」與「酌減」異同之比較：
 - 1、相同之處：三者均為法官之裁量權，均須在法定刑範圍內科處。
 - 2、相異之處：「選科」是刑種之裁量，「酌科」與「酌減」則為刑度之裁量。

四、關於各種主刑，應依如何標準以定其輕重？

答：

按舊法時代，有關定刑之輕重係規定於第三十五條，其標準有三：

- (一)、各不同種類之主刑，其輕重應以第三十三條各款次序定之。
- (二)、如為同種之刑，則先以最高度較長較多者為重，如最高度相同，則以最低度較長較多者為重刑。
- (三)、倘不能依前兩項之標準定其重輕者，舊法時代僅粗略以「得依其犯罪情節定之」之標準，既嫌粗慥又違法理，新法爰將歷來判例實務定為新法第四項各款茲摘要述之如下：
 - 1、無選科之主刑重於無選科者。
 - 2、有併科者重於無併科者。
 - 3、次重主刑如有選科或併科者，則依前兩款之標準定之。

五、試說明自首之要件，並就近來社會兇殺案件每有預謀殺人者自首，冀免一死有無防制之道試紓己見？

答：

自首者，謂犯罪人向該管公務員告知自己尚未被發覺之犯罪行為，而接受裁判之謂，舊法時代為刑罰必減事由，新法時代則改為得減事由，修正理由係自首動機如非出於衷心悔悟而係預期邀獲必減之寬典，違反刑罰公平至為重大，在過失犯罪，行為人往往因急於自首，而任令損失擴大，本末倒置反失自首本義，故本次修法應將不同動機的自首委由裁判者衡酌其得否減刑，恐更能符合正義，茲就其要件與效力分述如下：

甲、在要件部份：

- (一)、須報告自己之犯罪：不得為他人之犯罪。
 - (二)、須告知未被發覺之犯罪：已發覺者則不能生自首之效力僅構成量刑之事由，即刑法第五十七條第十款犯後之態度。
 - (三)、須接受該管公務員之裁判：如逃匿未接受裁判者則仍不生自首之效力。
- 乙、效力部份：
- (一)、可主張減刑寬典
 - (二)、僅及於未被發覺之罪，自首如為單一性案件有不可分之效力。

六、何謂緩刑，應具備那些要件？何謂緩刑負擔指令及內容有那些，緩刑在何種情況得撤銷其事由？

答：

- (一) 舊法時代就緩刑之要件中規定應需『未受有期徒刑之宣告』或『雖受有期徒刑宣告但已執畢或經赦免五年內未曾再受有期徒刑之宣告』，上揭要件，並未明示排除過失犯之情形，查緩刑制度目的，本即重在特別預防，旨在促進過失犯或惡性輕微而誤蹈法網者有自新之機，故實應排除過失犯之適用範圍。本次新法明定緩刑效力不及從刑與保安處分且就賠償或給付國庫義務部份可逕為民事強制執行名義。
- (二) 緩刑負擔指令
新法第七十四條第二項將刑事訴訟法第二百五十三條之二有關緩起訴應遵守之事項，仿照規定於第二項，明定法官於宣告緩刑時得設有緩刑指令，包括道歉、賠償、定時義務勞務、戒癮或精神治療等處遇措施或其它被害人安全保護或預防再犯之命令。
- (三) 緩刑應撤銷之原因
新法第七十五條原規定『緩刑期內更犯他罪，且受有期徒刑宣告』或『緩刑宣告前犯他罪，在緩刑期內受有期徒刑宣告者』為撤銷原因，本於緩刑制度目的，旨在促進過失犯或惡性輕微而誤蹈法網者有自新之機，故實應排除過失犯之適用範圍，並將緩刑期內宣告延長至確定時以資明確。

七、假釋應具備那些要件？在何情況可撤銷其假釋？撤銷後效力為何？

假釋應具備那些要件試說明之？

答：

- (一) 刑法第七十七條受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一，累犯逾三分之二，得由監獄報請法務部假釋，但在有期徒刑假釋上有如下三點限制：
 - 1、有期徒刑執行未逾六個月。
 - 2、犯最輕本刑五年以上有期徒刑罪之累犯，假釋期間、執畢或赦免後五年後再犯最輕本刑五年以上。
 - 3、犯本法九十一條之一所列之罪經評估其再犯之危險率無顯著下降。
- (二) 新法就無期徒刑部份提高假釋之門檻，由舊法之十五年提高至二十五年，其理由係：犯罪學實證研究發現重刑犯易有累犯之傾向，不但矯正不易且再犯率高，從防衛社會之觀點，有必要將假釋條件趨於嚴格之必要，避免無期徒刑弱化為較長之有期徒刑，完全喪失其應有之特別預防功能，而無期徒刑累犯之部份則回歸前述標準，如其無悛悔實據可逕不許其假釋已足。次針對犯最重本刑五年以上之累犯，對刑罰痛苦感受性已經降低，不可再另其適用有期徒刑執行逾六個月之低標準，新法參考美國三振出局法案，排除其假釋之可能。
- (三) 本次修法針對性犯罪而有精神疾病之受刑人明確區分『監獄行刑法第八十

一條第二及第三項』(以下簡稱：刑期內治療)與『刑法第九十一條之一保安處分下強制治療』，明示假釋之准否，應先以刑期內治療之評估結果為斷，如再犯性無顯著下降則再施以保安處分下強制治療，以明兩者之適用關係。

八、刑法規定追訴權時效之期間如何？如何起算？時效完成後發生如何之效果？當事人如未以之抗辯，法院得否援用？

答：

(一)、追訴權時效期間，依新刑法第八十條規定，分為四種情形因未起訴而消滅，分述如下：

1、犯最重本刑為『死刑、無期徒刑、十年以上有期徒刑者』為三十年(原本為二十年)。

2、犯最重本刑為『三年以上十年未滿者之有期徒刑』為二十年(原本為十年)。

3、犯最重本刑為『一年以上三年未滿之有期徒刑』為十年。

4、犯最重本刑為『一年未滿之有期徒刑、拘役、罰金』為五年

(二)、追訴權時效之起算應依第八十條第二項之規定應自犯罪成立之日起算，但犯罪行為有繼續之狀態者，自行為終了時起算。

(三)、時效一旦完成，自訴與公訴皆不得提起，時效完成為法院或檢察官應依職權調查事項，當事人縱未主張，仍應依法下免訴判決或不起訴處分。

九、行刑權時效期間，刑法係如何規定？如何起算？

答：

行刑權時效會因刑之種類重輕而有不同，其輕重之別，蓋以各罪之宣告刑為本，依新刑法之規定其時效期間如下：

1、宣告為『死刑、無期徒刑、十年以上有期徒刑者』為四十年(原本為三十年)。

2、宣告為『三年以上十年未滿者之有期徒刑』為三十年(原本為十五年)。

3、宣告為『一年以上三年未滿之有期徒刑』為十五年(原本為七年)。

4、宣告為『一年未滿之有期徒刑、拘役、罰金』為七年(原本為五年及三年)，起算期間自裁判確定之日起算，保安處分先執行者，自保安處分執行完畢時起算。

十、追訴權時效與行刑權時效停止進行之原因為何？設停止原因長期繼續存在，追訴權時效有無完成之可能？

答：

(一)、追訴權時效新刑法規定因起訴(舊法稱依法律規定偵查起訴審判程序不能開始或續行者，停止進行，語意不明)而停止，起訴係指刑事訴訟法第二百五一條第一項及第四五一條第一項規定，或因依法停止偵查或因犯人逃匿而通緝者均為追訴權時效兩種主要停止原因。

(二)、本法就時效制度，並不採取時效中斷制，僅採取時效停止制，其理由係不願採行如德國或日本較為嚴苛之時效完成限制，有礙時效完成，惟舊法時代條文時效完成時間完成過易，實務見解往往以司法造法方式以判例謂：「案經起訴，即不生時效進行之問題」，或謂：「所謂追訴權，係對行刑權而言，應指形式之刑罰權，包括偵查、起訴及審判權在內，若已實施偵查，此時追訴權既無不行使之情形，自不生時效進行之問題」，上揭實務見解過於偏重偵查之便利，倘偵查程序因人為不當干預時，行為人時效利益完成將遙遙無期，履受學者訾議，爰於本次新法明確仿效日本體例規定停止

原因消滅事由如下：

- 1、『公訴應於程序判決確定時為消滅時』：
- 2、『審判程序有法定原因不能繼續或被告通緝者，其不能續行之時間，已達八十條第一項所定期間四分之一者。』：
- 3、『偵查程序依第一項後段有障礙事由不能續行，已達八十條第一項所定期間四分之一者。』。

(三) 行刑權時效之停止：

仿照追訴權時效規定其停止原因有三；如下：

- 1、依法停止執行。
- 2、因通緝或執行期間脫逃未能續行執行者。
- 3、受刑人依法另受拘束者。例如保安處分之執行。

一. 卡車司機某甲，於夜間駕駛卡車，經過照明不清之道路時，忽思及須打電話回家，乃將車停於慢車道邊，隨即下車前往電話亭，正當打電話之際，適某乙駕駛機車經過該處，因昏暗未能及時發見卡車，竟自後撞上車尾，頭部受傷，不治死亡，問某甲有無刑責？

(一) 甲之過失：

夜間於照明不清之道路，將車輛停放於路旁，應顯示停車燈光或其他標識，為道路交通安全規則第 112 第 1 項第 12 款所明定，此為參與道路交通之駕駛人客觀之注意義務，亦為其作為義務，甲既為卡車司機，對此不能諉為不知，且依題所示之情形，甲又無不能注意之情形，乃因思及打電話，竟怠於注意，遽將卡車停於慢車道上，既未顯示停車燈光，亦未作其他之標識，隨即下車前往電話亭，按其情節，顯已構成刑法第 14 條第 1 項所規定：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意而不注意者，為過失。」之無認識之過失，此為 65 年上字第 3696 號判例明示之見解。

(二) 與乙死亡之因果關係：

被害人乙駕駛機車適經過該照明不清之道路，因昏暗不能及時發現卡車之存在，而自後撞上，不治死亡。其死亡之結果與甲之選失行為(未顯示停車燈光之不作為)之間，顯有相當之因果關係，應無疑義，前述為例亦同此見解。

(三) 結論：

且甲以擔任卡車司機駕駛為其基於社會地位反覆實施之事務，且該事務具危險性，故可認駕駛為其業務，其在道路交通上之注意義務應較常人為高，故甲不遵守道路交通安全規則之規定，未顯示燈光亦未作標識。論結，甲應負不作為之業務過失致死罪責。

二、何謂共同正犯？甲、乙、丙、丁四人在公共場所打麻將賭博財務，是否構成共同正犯？

答：共同正犯係與單獨正犯相對的一種正犯。係指兩個以上行為人，基於共同之行為決意，各自分擔犯罪行為之一部，而共同實現構成要件之參與犯。易言之，即兩個行為人，形成一個犯罪共同體，各自行為人彼此以其行為互為補充，而在犯罪行為之分工與角色分配之協力合作下，共同完成犯罪，達成共同之犯罪目的。因此，每一行為人均係共同決議之實踐者，故在刑法評價上，應相互承擔彼此之刑事責任。

刑法規定處罰之故意犯罪，原則上係就單獨一個行為人之違法所架構而成之構成要件。因此，僅需一人違犯即可實現構成要件，而成立單獨犯。然而，

少數故意犯罪之構成要件實現，係以兩個以上行為人參與為必要，關於此種構成要件之犯罪類型，學說上稱為必要之參與犯(必要共犯)。

必要共犯一犯罪之性質，尚可分為「聚合犯」與「對象犯」。

聚合犯，又稱聚眾犯，係指兩人以上朝同一之目標共同參與實施所實現之犯罪，亦即在構成要件上對於同一目標之多眾共同行為為必要之犯罪。例如：內亂罪、公然聚眾妨害公務罪，其本質上係屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度不同，而異其刑罰規定時，各參與不同程度犯罪行為者之間，不能適用於刑法第 28 條之規定外，其餘均應引用刑法第 28 條共同正犯之規定。而對向犯係指在構成要件設計上，雖僅預定一人之行為，但為了實現構成要件內容，必須有對向關係之他方一定之行為協力之必要，如賄賂、賭博、重婚罪等均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，故無適用刑法第 28 條共同正犯之餘地。

三、甲、乙二人爭風吃醋，甲以本棍將乙毆成輕傷。丙見狀過來勸架，甲怒氣未消，把丙也毆成輕傷。試問：甲有幾個行為？是否成立連續犯？應如何處斷？

(一) 甲有幾個行為：

1. 行為的概念，依通說見解，係採社會行為說，認為行為，是指人在有意識之下所為之具有社會意義之舉動。
2. 依此說，甲毆傷乙，為一個行為，符合刑法第二百七十七條傷害罪之客觀構成要件，主觀上甲亦有故意，違法且有責；另外甲亦毆傷丙，同時也符合刑法第二百七十七條傷害罪之客觀構成要件，主觀上甲亦有故意，違法且有責。
3. 故甲有二個行為，該當二個傷害罪。

(二) 甲是否構成連續犯？

1. 數行為在學說上，認為有幾個要件，一是必須基於一個概括犯意，二是必須觸犯同一罪名，三是必須侵害同種法益。
2. 甲先後觸犯刑法第二百七十七條傷害罪，係符合觸犯同一罪名；亦符合侵害同種法益，但問題是，甲之主觀意思，是否屬於概括故意？
3. 甲於概括故意，其意涵依國內通說，是採整體故意說，亦即需在初行為時即對次行為以下之各行為存有計畫或認識；依此說，甲對丙之毆傷行為，係乎不在其意料範圍之內，而係因怒氣未消，失去控制所為，既非有計畫的整體故意，亦不是在初行為時間對次行為以下之各行為存有認識。

(三) 應如何處斷甲之罪行？

甲之二罪，其犯意各，別行為亦非單一，既無連續犯之關係，自應依第五十條，數罪併罰之。

四、張三騎機車被貨車追撞，司機逃逸，張三受傷自行到派出所報案，警員甲在報案記錄表上記載「不小心摔傷」，試問甲成立何罪？

答：依題旨所示，應成立刑法第 213 條之偽造文書罪，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者構成本罪，處一年以上、七年以下有期徒刑

刑。其文書之形式為真，而內容虛偽，學者稱之為「無形偽造文書」。其要件有四：

- (一)、本罪主體須為公務員。
- (二)、須明知所登載者為不實之事項。
- (三)、須登載於職務上所掌之公文書。
- (四)、須足以生損害於公眾或他人，否則不為罪。

合於上四要件，即構成本罪，如某書記官私將訊問筆錄更正，故為有利於被告之記載，即應成立本罪。

五、甲去珠寶店佯裝顧客，選中兩條金項鍊，店家將項鍊擺在櫃檯上供品鑑。甲趁店家轉身之際，取兩條項鍊，奪門而出。試問甲成立竊盜、搶奪或詐欺罪？

- 答：(一) 刑法第三百二十條竊盜罪：意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪。故甲之行為，非屬於竊取，客觀要件不符合，不構成本罪。
- (二) 刑法第三百三十九條詐欺罪：意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者。於本案例中，甲亦無行使詐術之行為，故不構成本罪。
- (三) 刑法第三百二十五條搶奪罪：意圖為自己或第三人不法之所有，而搶奪他人之動產者。甲之此種趁人不注意取走財物之行為，可構成本罪。

六、甲某日至A宅行竊，得手後正擬潛逃時，是A返家撞見，乃將其扭送警局法辦，惟途中甲趁A疏忽之際，掙脫逃逸。試問甲應負何刑責？

本題中甲犯竊盜罪應無疑義，有爭論者為甲是否成立刑法§161之逃脫罪？其焦點在於脫逃罪之客觀構成要件中有一「在公力拘束下」之不成文構成要件要素，即脫逃罪行為人之身體須已進入公力拘束或監督的範圍，有侵害國家司法權之可能，始構成本罪。依提意，甲在被A扭送警局途中掙脫逃逸，依實務見解，無偵查犯罪權限之人縱可依刑事訴訟法之規定逮捕現行犯，但在未送交有權逮捕拘禁之機關以前，即尚未致諸於公力拘束下，縱有逃脫行為，尚難構成逃脫罪，故甲不成立刑法§161之脫逃罪。

七、關於各種主刑，應依如何標準以定其輕重？

答：

按舊法時代，有關定刑之輕重係規定於第三十五條，其標準有三：

- (一)、各不同種類之主刑，其輕重應以第三十三條各款次序定之。
- (二)、如為同種之刑，則先以最高度較長較多者為重，如最高度相同，則以最低度較長較多者為重刑。
- (三)、倘不能依前兩項之標準定其重輕者，舊法時代僅粗略以「得依其犯罪情節定之」之標準，既嫌粗糙又違法理，新法爰將歷來判例實務定為新法第四

項各款茲摘要述之如下：

- 1、無選科之主刑重於無選科者。
- 2、有併科者重於無併科者。
- 3、次重主刑如有選科或併科者，則依前兩款之標準定之。

八、何謂累犯？其要件為何？

答：

(一) 稱累犯者係指犯人於犯罪裁判確定後，受一定刑罰執行完畢，於一定期內更犯一定之罪者，刑法第四十七條定有明文。其成立要件如下：

- 1 前罪須為受有期徒刑以上刑之執行：宣告刑如何不問，執行刑必須為自由刑。
- 2 前罪須受有期徒刑執行完畢或受無期徒刑或有期徒刑一部執行而赦免後再犯罪。
- 3 前罪執行完畢或赦免後五年再犯罪。
- 4 再犯之罪為有期徒刑之罪。此係指法定最重本刑為有期徒刑惟過失犯不在此限。

九、何謂「間接正犯」？何謂「教唆犯」？並請各舉一例說明之。

【擬答】：

(一) 間接正犯

1. 間接正犯一詞的使用，是為了彌補共犯從屬性說在處罰上的漏洞，由學說判例逐漸演變而成。因此，間接正犯並非實定法的概念，而是法理上為了補充教唆犯而衍生出來的犯罪類型思考。
2. 實務上認為所謂間接正犯，係指利用無刑事責任能力或無犯罪故意人或阻卻違法行為者之行為，以達其犯罪目的之情形，即間接正犯之成立，以有「利用」他人之故意與行為為前提。
3. 優越理論則認為，被利用的工具與幕後者相比，必須是處於一個較低的地位，犯罪支配才能確立，所有可罰性的先決條件因此才能合理的加諸於幕後者。
4. 舉例：甲請服務生乙為他取走掛在衣帽間的風衣，實則該風衣為另一位客人所有。此時乙主觀上認為是出於所有權人的同意取走風衣，欠缺竊盜故意，不構成竊盜罪，甲成立竊盜罪的間接正犯。

(二) 教唆犯

1. 客觀上，教唆係指引起特定人為特定犯罪決意的行為，又基於限制從屬原則，教唆行為應從屬於故意不法的正犯行為，2005年修正之刑法第29條第一項規定，教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯，並刪除舊法同條第3項未遂教唆之規定，即採取「限制從屬形式」。
2. 主觀上，教唆者需有雙重教唆故意，即教唆故意與教唆既遂故意，前者係指行為人對於其行為會引起他人犯罪決意至少有或然認識；後者係指促使被教唆人實現構成要件之意思。
3. 又教唆犯的責任，依同條第2項，教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之，故教唆犯之處罰，係依據正犯所成立之罪的法定刑決定之。
4. 舉例：甲收買乙殺丙，乙果真殺死丙，此時正犯乙成立殺人既遂罪，教唆犯甲成立教唆殺人既遂罪。

十、甲與其妻A因故爭執甚烈，一時氣憤，遂打開廚房用之瓦斯鋼瓶，並點火燃燒，企圖同歸於盡。因火勢猛烈，除甲屋外，鄰屋亦受波及，約有十餘家均被燒燬。同時，甲與A因均陷身火海，致A當場被燒死，甲則身受重傷，經延醫急救，倖而未死。試問甲應負何刑責？

答：(一)按甲因與妻A爭吵而引燃瓦斯鋼瓶，圖與妻A同歸於盡，顯具殺人之犯意，雖其係基於一時氣憤，惟與刑法第二百七十三條義憤殺人罪限行為人本於義憤為之顯不該當。又依題旨，甲之妻A既無自殺之意念，縱甲存自殺之意圖，其對妻A所為仍不成立同法第二百七十五條第三項之謀為同死加工自殺罪，則其所為致A當場遭火燒死，即應成立刑法第二百七十一條第一項之殺人既遂罪。

(二)次按放或燒燬現供人使用之住宅者，為刑法第一百七十三條第一項之放火罪，其所保護者乃公共安全法益。故本件雖甲引火燒燬供己所用之住宅並波及隔鄰現供人使用之十餘住宅，惟仍屬侵害一公共安全法益，而僅論以一放火罪。至甲逸漏煤氣之前階犯行乃為放火之後階行為所吸收，故不另論同法第一百七十七條第一項之罪。

(三)結論：甲所為係犯刑法第一百七十三條第一項之放火燒燬現供人使用住宅罪與同法第二百七十一條之殺人既遂罪，兩者間有方法目的之牽連關係，依同法第五十五條牽連犯之規定，應從較重之殺人既遂罪處斷。(95.7.1施行之刑法已刪除牽連犯規定)

十一、甲某日駕車與A發生追撞紛爭，一言不合，乃持刀刺殺A，路人B見狀，自後將甲抱住，勸其罷手。甲見A逃離，遂遷怒B多管閒事，憤而將B刺殺斃命。試問對甲應如何論罪科刑？

答：

(一)甲持刀刺殺A，可能成立刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪。

1. 甲因駕車與A追撞紛爭，遂持刀刺殺A，顯係基於殺A之故意而著手實施殺人罪之構成要件，惟因路人B之出面阻止使A逃離現場而未生死亡結果，依刑法第二十五條第一項規定「已著手於犯罪行為之實行而不遂，為未遂犯」，此即通說普通未遂或障礙未遂之規定，故甲成立刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪。

2. 題意未明甲駕車追撞有無刑法第一百八十五條之三重大違背義務致交通危險罪之情形，故不另論述。(94.2.2修正公布，95.7.1施行之刑法，已刪除連續之規定。)

(二)甲持刀刺死B，可能成立刑法第二百七十一條第一項之殺人罪。

1. 甲因遷怒B介入阻其殺A，乃基於殺人故意，著手實施殺人罪構成要件行為，且生B死亡之結果，則甲自負殺人既遂刑責。

2. 刑法第二七三條義憤殺人罪所稱「義憤」，乃謂被害人先有不正或不義而違反倫理道義之行為，在客觀上足以引起公憤而言，本題被害人B係見義勇為助A脫身，與上揭說明未合，甲自不該當義憤殺人罪。

(三)連續犯乃連續數行為而犯同一罪名者(刑法第五十六條參照)，依通說見解即行為人本於概括犯意(故意)連續數行為而觸犯基本構成要件相同之罪名，本題甲所犯之殺人既遂罪與殺人未遂罪之基本構成要件均同，但非係基於概

括犯意為之，故應數罪併罰予以論處。

十二、18歲甲女與15歲之乙男，為求刺激，於學校廁所做愛，甲女並於洗手台前以數位相機自拍留念。翌日，乙將拍下來之相片上傳至網路相簿中，並設有密碼。未料卻因網路相簿之網站維修而密碼失效，致其性愛照片遭大量鄉民下載並網路上傳。試問甲、乙於普通刑法之刑事責任如何？

答：

(一) 甲之刑事責任

1. 甲於學校廁所與乙女做愛之行為，可能成立公然猥褻罪（刑法第234條）
 - (1) 意圖供人觀覽，公然為猥褻行為者，成立公然猥褻罪。而所謂公然，係指多數人不特定人得共見共聞之情形。本題中甲於學校廁所與乙做愛，應係於不特定人共見共聞之場所為猥褻之行為，客觀構成要件該當。惟本罪之成立必須有供人觀覽之意圖，甲應無此意圖，故主觀構成要件不該當。
 - (2) 本罪並無處罰過失犯之規定，故甲不成立公然猥褻罪。
2. 甲與15歲之乙做愛之行為，可能成立準強制性罪（第227條第3項）
 - (1) 到法第227條第3項規定，對於十四歲以上未十六之男女為性交者，成立準強制性罪。本題中乙僅15歲，甲與其做愛，客觀構成要件該當。而甲對於上述要件應有認識，主觀構成亦該當。
 - (2) 甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。
 - (3) 惟刑法第227條之一規定：「十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑。」本題中甲18歲符合條之規定，應減輕或免除其刑。
3. 甲將其與乙做愛自拍之行為，可能成立窺視、竊聽、竊錄罪（第315條之一）刑法第315條之一第二款規定，無故以錄音、照相、錄影或電磁記錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者，成立竊錄罪。本題中甲與乙做愛之行為，雖係一般人知不卻使外人悉之隱密行為，為此應係經乙同意之拍攝行為。故基於「同意得阻卻構成要件該當」之法理，甲應不構成本罪。
4. 綜合以上，甲應成立準強制性罪，但應減輕或免除其刑

(三) 乙之刑事責任

1. 乙於學校廁所與乙做愛之行為，可能成立公然猥褻罪（第234條）此部分乙應與甲相同，乙不成立公然猥褻罪。
2. 乙將拍下來之相片上傳至網路相簿之行為，可能成立散佈猥褻物品罪（第235條）散佈、播送或販賣文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，成立散佈猥褻物品罪。而本罪之要件，並經大法官會議做成釋字第617號解釋，該號解指出：「刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性或醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳存，使一般人得以見聞之行為」。因此，本題中乙雖將自拍相片上傳至網路相簿，然自拍之性愛照片並非含暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育

性價值之猥褻資訊，或其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而一般人怠覺不堪呈於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊；且乙設有密碼，亦已採取適當之安全隔絕措施，故乙不成立本罪。

(三) 結論：甲應成立準強制性交罪，但應減輕或免除其刑。乙有罪。

一、警官甲為求績效，於警察派出所內因受詢問之犯罪嫌疑人乙拒不供出煙毒來源，對乙別求，造成乙多處瘀傷，嗣經友人從中斡旋，與乙成立賠償和解，乙未對甲提出告訴，問甲是否仍應負擔何別責？

答：(一) 依據刑法第 125 條第 1 項第 2 款，有訴追或處罰犯罪職務的公務員，意圖取供而施強盜脅迫者，成立濫權訴追處罰罪。關於此條文的處罰，是否僅限於檢察官與法官，實務認為因司法警察不具有訴追或處罰犯罪之權，因此，甲的行為無法合致於此條文。

(二) 因此，甲僅能依據刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪，並依據刑法第 134 條加重其刑二分之一，而依據第 287 條但書，此種情形非告訴乃論。

二、甲女與丈夫乙情感不睦。乙每遇心情不佳時，即對甲辱罵與拳打腳踢。長期以來，由於畏懼身材魁梧的乙會對自己施以更嚴重的暴力行為，甲對乙的拳打腳踢行為總是逆來順受，不加反抗。但長久累月折磨下，甲的身體與精神都已瀕臨崩潰。甲雖有帶小孩離家的念頭，但因本身無謀生能力，也無可依靠的親友而做罷。某日，乙於酒後對甲丟擲碗筷，不過，乙的控制能力因酒精作用受到影響，甲順利躲過此攻擊，但卻惹怒了乙。為了阻止乙繼續施暴，甲在乙起身時順手拿起桌上水果刀在乙面前喝阻乙，乙不怕仍要衝過來打甲。甲在驚慌之餘，朝乙胸前連續刺了數刀，致乙流血不止昏迷倒地。雖經甲緊急送醫急救，乙仍因左胸腔刺創大出血，不治死亡。試問，(一) 針對以水果刀刺入乙胸前，造成乙死亡結果，甲是否具備故意？

(二) 甲的行為是否為刑法第 23 條正當防衛行為？

(三) 甲的行為是否屬刑法第 23 條但書之防衛過當？

答：(一) 甲刺乙的行為是否具有故意

1. 依據刑法第 13 條第 1 項，行為人對於構成要件事實明知並有意使其發生者，為故意。

2. 甲雖為防衛乙的攻擊而為刺傷行為，但其對於刺甲而造成甲死亡的結果，乃明知並有意使其發生，因此具有殺甲的故意。

(二) 是否為正當防衛

1. 依據刑法第 23 條前段，對於現在不法侵害，而出於防衛自己權利的行為，可以主張正當防衛。因此，得因正當防衛阻卻者，必須主觀上有防衛意思，並對於現在不法侵害為防衛行為。2. 乙欲傷甲，正屬於現在不法侵害，甲為防衛自己的生命身體權，而所為的刺傷行為，亦屬於對於不法侵害的防衛行為，惟其手段是否符合比例性，乃是衡量是否過當的重要基準，因此乙的行為顯然不符合比例性，而成立正當防衛。

(三) 是否防衛過當

依據上述，由於乙的防衛行為逾越比例性，因此屬於防衛過當，因此，依據刑法第 24 條但書，防衛過當者，得減輕或免除其刑。

三、甲任職於某市政府消防局，不慎遺失自己所保管的一張消防安全檢查紀錄表。他擔心會受到處分，而自行製作另一張紀錄表，並填載與原紀錄表相同內容

的資料。之後他又委託不知情的刻印業者盜刻乙、丙兩名長官的職銜章，並加蓋在他新製作的紀錄表上。未料，該市政府實施政風業務督考時，政風人員知悉前述行為。此時，甲立即向地方法院檢察署檢察官申告自己的行為。試問：

(一) 甲製作紀錄表行為是否符合別法第 211 條偽造、變造公文書之足以生損害於公眾或他人的要件？

(二) 甲盜刻與盜蓋長官職銜章行為是否成立別法第 218 條第一項偽造公印、公印文罪？

曰假設甲的行為成立犯罪，甲向檢察官申告自己行為是否符合別法第 62 條所規定的自首要件？

答：(一) 甲的製表行為

1．關於偽造文書的處罰方式，有採形式主義與實質主義，前者指無製作權者擅自製作文書，縱其內容屬實，亦成立偽造罪。而若為後者，則認為若內容屬實，即便製作者的名義不實，仍不得稱謂偽造。我國刑法兼採兩者，即無製作權者所製作的文書，原則上成立偽造文書罪，惟在法條中加上足以是否損害他人或公眾的要件，因此又有實質主義的色彩。

2．甲無製作權為製作文書，屬於偽造，但因其所載內容屬實，並無損害於他人或公眾之虞。

(二) 甲的盜刻行為

雖然甲所製作的公文書內容屬真實，但其偽造公印與公印文部分，因刑法第 218 條第 1 項關於偽造公印與公印文罪並無須有足以損害他人的要件，因此，甲即便其內容屬實，仍無礙於成立偽造公印文罪。

(三) 甲的自首

所謂自首，乃是在偵查機關尚未發覺犯罪前，行為人向該管機關為申告自己的犯罪事實，而自願接受法院的裁判之謂。在本題中，雖然政風人員已介入督查，且甲已向其申告犯罪事實，但因政風人員並不具有司法警察的身份，因此非偵查機關，所以仍屬於未發掘的犯罪，因此，甲向檢察官為犯罪申告，仍符合自首要件。

四、甲四層樓別墅位於荒郊野外之山區，某日深夜該別墅樓下發生火災，甲為避免財物之損失，竟將內裝珠寶之保險箱從四樓窗口往地面雅落，適乙·畸車從樓下經過，竟被該保險箱擊中不治死亡，檢察官追究別責時，甲主張緊急避難有無理由？

答：(一) 依據刑法第 24 條第 1 項前段，因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。因此欲主張緊急避難，必須符合：

1．法益權衡原則：即欲保全的法益必須高於被犧牲的法益。

2．補充原則：必須是基於不得已，即最後手段性。

(二) 甲將保險箱推落於外，而擊中乙，造成死亡結果，此結果的發生若屬甲可以預見且其發生不違背本意，則屬於不確定故意，成立殺人既遂罪。而甲乃為防衛其財產所為的避難行為，原本可主張正當防衛，但基於前述要件，甲所犧牲的法益為生命法益，因此高於財產法益，因此僅能依據刑法第 24 條第 1 項但書，為減刑。

(三) 而若甲對於推落保險箱而擊中乙的行為，乃違背其本意，因此屬於有認識過失，則因其無緊急避難的意思，因此也無主張緊急避難的可能。

五、何謂間接正犯，其類型為何？甲無任何疾病，為圖向服務之公司請假遂至長庚醫院看診，向醫師乙謊稱嚴重暈眩、耳鳴，請求診治並出具證明，乙誤信為真，遂出具記載上聞病情之診斷書予甲，甲是否屬於刑法第 215 條的間接正犯？

答：(一) 間接正犯

1. 意義

間接正犯是與直接正犯相對的一種正犯，係指行為人利用他人為行為工具，實現構成要件，以遂其犯意的正犯。間接正犯雖未親自實行犯罪，而使行為直接發生結果，但就整個犯罪過程，以及行為與結果的因果歷程以觀，行為人自始至終具有「犯罪支配」的地位，整個犯罪行為均在行為人掌握中，而與親自實行犯罪以實現構成要件之直接正犯無異，故在刑法評價上仍屬正犯。

2. 類型

(1) 利用他人的非構成要件行為：

行為人利用對其他人的強烈影響力，或利用他人的不知與無知，使他人受迫或在不知不覺中為不具構成要件該當性的自殺或自傷行為，而遂其殺害他人或傷害他人的犯意。

(2) 利用他人無故

意的行為：

行為人利用他人無故意的行為，以遂行其故意犯罪。

(3) 利用他人的合法行為：

他人的行為雖在主觀上與客觀上均屬合法行為，但經行為人的違法利用，而得遂行其故意犯罪。

(4) 利用無責任能力人的行為：

行為人利用無責任能力人，如未滿十四歲的人、心神喪失人等的行為，而實現其犯意。

(5) 強制他人為構成要件該當行為：

行為人強制他人為構成要件該當行為，他人因受行為人的強制，而不得受迫為其實現構成要件。

上述的類型，第三人皆為單純的工具身份，即其行為不具可責性，所以為單純的工具，因此假若被利用者具有可責性，則是否仍有成立間接正犯的可能，一般認為此時應依據教唆犯處理，但也有認為正犯之後仍有成立間接正犯的可能，如情報局局長下令情報員殺人，情報局長仍可成為間接正犯。

(二) 甲的行為

1. 所謂間接正犯，以第三人處於單純工具地位為原則，若第三人非屬於單純工具，則無成立間接正犯的可能。

2. 醫師乙對於病情記載，乃必須以自己專業來判斷，而不能專以病人陳述為依據，否則醫師的專業將無意義，因此在本題中，關於病情真假，醫師有實質判斷的權限，因此非可視為單純工具，因此甲尚非可認為屬於間接正犯。

六、某日賽鴿協會舉辦飛鴿競賽，甲於鴿子飛行路徑之某處山區高地，架設網子計畫捕捉賽鴿，試問，

(一) 架設網子完成比賽並已開始，但尚未捕到賽鴿即經查獲，係預備竊盜或竊盜未遂？

口如同時捕捉到 A、B、C 三人的賽鴿，是否成立想像競合？曰賽鴿入網是否即屬竊盜既遂？

答：(一) 架網行為

關於著手者，實行之開始也。行為已達著手與否，乃預備與實行之分界，學者間對其區別之主張，頗不一致，約可分兩種：

1．客觀說：

此說注重外部動作方面，就客觀之事實以決定著手之標準，惟其標準，又可分下列四者：

(1) 有以著手於犯罪構成要件密切接近於實行行為之各舉動，為犯罪之著手者。例如以放火之意思而購預備物，乃為預備。以火種接近燃料，則為著手矣。

(2) 有以著手於犯罪構成要件一部分之行為，乃犯罪之著手者。

(3) 有認為始實施與犯罪之完成有必要關係或不可缺少之行為，即為著手者。

(4) 有認為著手於足以表示完成犯罪之危險行為，即為犯罪之著手。

2．主觀說：

此說以為犯罪為犯意之表現，以其行為可以識別是否為犯罪之顯著狀態為準，如足以識別犯意之成立時，即為犯罪行為之著手。例如因欲放火而購汽油，然汽油非專為放火之物，不能謂購油即認為放火，必以火種接觸汽油時，其犯罪之意思，方足以識別，是以識別犯意，為犯罪之著手，否則為預備。

3．主觀說對於預備與著手之區別，以犯意之能否識別為準，有時頗難以界定。例如未著手前，因有犯意之表示，人人皆知其欲犯罪，則其預備行為亦應認為著手矣，如此，殊難予兩者以實質上之區別。至客觀說之說明方法，種類不一，實用上不免有紛歧，但一般言之，其方法仍甚確當。通說認為：咸以密切接近於犯罪構成要件之行為，認為犯罪之著手。惟犯罪行為至若何程度，始為著手，須就各個犯罪構成事實，運用一般經驗，並從主、客觀層面加以觀察。

4．因此，雖然架網行為尚未有任何賽鴿接近，但行為主觀上已經有為犯行的意思，且在客觀上，比賽已經開始，因此應屬於著手，而非僅是預備。

(二) 是否為想像競合

同時捕捉到三人的賽鴿，就行為數而言，乃屬於行為單數，而因賽鴿分屬於三人所有，因此侵害三個財產法益，成立想像競合。

(三) 既遂與否

竊盜既遂與否，有以下說法：

1．接觸說：即只要接觸即既遂。

2．支配說：只要置於自己的實力支配之下，才屬於既遂。

3．移轉現場說：必須將財物轉移至他現場才算既遂。4．隱匿說：必須加以隱匿，才屬於既遂。

上述各說，接觸說最寬，隱匿說則過嚴，我國通說採取支配說，因此賽鴿已入網，雖尚未轉移至他現場，仍屬於既遂，而非未遂。

七、關於竊盜罪，請回答以下問題：

(一) 甲介紹明知其情的乙向丙購買贓車一部，乙、丙洽談買賣中經警查獲，甲之罪責為何？

(二)甲竊得勞力士手錶乙只售得 10 萬元，而後以該金錢購得鑽戒一枚送給知悉上情的女友 A，A 收受後，A 是否構成收受贓物罪？

答：(一) 甲的罪責

1. 關於牙保贓物罪，是否以介紹的買賣雙方交付贓物既遂為前提，學理上有爭議，有認為只要有牙保行為，不問雙方是否成立契約或者交付其物為必要，有認為必須交付贓物，才能成立本罪，應採取折衷為合理，即居中介紹，只要雙方契約成立即可成立本罪。

2. 本例中，雙方尚在洽談，契約尚未成立，因此甲尚未能成立牙保罪。

(二)A 的罪責

1. 贓物罪的客體，依據刑法第 349 條第 3 項，因贓物變得的財物，以贓物論，因此贓物客體不限於犯罪直接取得，亦包括間接取得者。

2. A 所收受的鑽戒雖非犯罪直接取得，但為變賣金錢後再購買之物，亦以贓物論，因此 A 知情下，仍成立贓物罪。

八、甲與乙商議買通黑道分子A將B殺害，經策劃後，由甲出資，乙則負責買通工作。某日，A持槍埋伏於路旁，擬俟B經過時，將其槍殺。惟因形跡可疑，尚未動手前，即為巡邏警察所逮獲。試問甲、乙各應負何刑責？

答：

(一)乙買通A之行為，可能成立刑法第二百七十一條第二項與第二十九條第三項之教唆殺人未遂罪：

1. A為殺人罪之正犯，主觀上有殺害B之故意，惟並未殺害B，客觀構成要件未該當。由於尚未動手即被逮獲，未至著手

之時點，不成立殺人未遂罪。然A已持槍埋伏於路旁，應可認為其已為相當危險之準備行為，成立預備殺人罪。

2. 刑法上之教唆，指喚起正犯決意之行為，本題中乙買通A殺B，乃是喚起A殺B之犯罪決意，故乙之行為為教唆行為。

甲主觀上之認知亦有教唆故意與教唆既遂故意。然而正犯A之行為已進入預備階段已如前述，且殺人罪有處罰形式預

備犯之規定，因此乙應成立教唆殺人預備罪（刑法第二十九條第二項）或是殺人罪之未遂教唆（刑法第二十九條第三

項）則有疑問。通說與實務見解認為，為避免輕重失衡，正犯越接近犯罪既遂之時點，教唆犯之處罰反而越輕，故乙

應論以教唆殺人未遂罪始為妥當。

3. 乙無阻卻違法、罪責事由，成立教唆殺人未遂罪。

(二)甲出資之行為，可能成立刑法第二百七十一條第二項與第二十九條第三項之教唆殺人未遂罪：

1. 教唆指喚起正犯之犯罪決意之行為，而幫助為便利正犯犯罪、使正犯更容易實現犯罪之行為。本題中甲與乙決意共同

買通殺手殺害B並實施之，乃共同教唆行為，實務見解認為，此時不適用刑法第二十八條之規定，但仍應為他參與犯

之行為負責。因此，甲雖僅出資，未實際接觸殺手A，然其行為對正犯A而言，亦為喚起正犯犯罪決意之行為，故甲

應論以教唆犯，並非幫助犯。

2. 由於正犯A成立預備殺人罪，故與乙相同，會有教唆殺人預備罪或教唆殺人未遂

罪之爭議。通說與實務見解認為應成

立教唆殺人未遂罪（刑法第二十九條第三項）。

3. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立教唆殺人未遂罪。

九、甲因事與A結怨，乃唆使乙將A殺害，經乙首肯後，復遞給乙手槍一把。乙某日埋伏於A平日返家之途中，嗣見A走進手槍射程範圍內，即開槍射擊，惟子彈打偏，未射中A，反將路過行人B射殺斃命。試問甲、乙各應負何刑責？

答：（一）乙之刑事責任

1. 乙開槍射擊之行為，可能成立刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪：

（1）殺人罪以殺人行為、死亡結果與因果關係為要件。乙開槍射擊，該當殺人行為。惟子彈打偏，未射中A，未生死亡

結果，故客觀構成要件不該當。然乙主觀上應有將A殺害之認知，故主觀構成要件該當。並且乙已開槍，依主客觀

混合理論認定，已為著手行為，乙成立殺人未遂罪。

（2）乙無阻卻違法、罪責事由，成立殺人未遂罪。

2. 乙開槍射擊之行為，可能成立刑法第二百七十六條之過失致死罪：

（1）乙開槍射擊，子彈打偏打中路過行人B致B死亡，客觀上有死亡結果，該結果亦與乙之開槍行為有因果關係與客觀

歸責。而乙如果細心一點，應該可以留意到在路上開槍，流彈很有可能擊中其他用路人，有預見可能性，乙成立過

失致死罪。

（2）乙無阻卻違法、罪責事由，成立過失致死罪。

3. 競合：乙一個開槍行為，成立殺人未遂罪及過失致死罪，侵害不同法益，故成立想像競合犯，從一重之殺人未遂罪處

斷。

（二）甲之刑事責任

1. 甲唆使乙將A殺害之行為，可能成立第二百七十一條與第二十九條第二項之教唆殺人未遂罪：

（1）乙成立殺人未遂罪已如前述。而乙殺害A之犯意乃甲所喚起，故甲成立教唆犯。而因乙僅成立未遂犯，故依刑法第

二十九條第二項規定「教唆犯，依其所教唆之罪處罰之」，甲成立教唆殺人未遂罪。

（2）甲無阻卻違法、罪責事由，成立教唆殺人未遂罪。

2. 甲提供乙手槍之行為，可能成立第二百七十一條與第三十條第二項之幫助殺人未遂罪：

（1）幫助行為指便利正犯犯罪或使正犯更容易實現犯罪之行為。本題中甲提供手槍一把給乙，即為便利乙犯罪之行為，

故成立幫助犯。而因乙僅成立殺人未遂罪，依刑法第三十條第二項規定「幫助犯得依正犯之刑減輕之」，故甲成立

幫助殺人未遂罪。

（2）甲無阻卻違法、罪責事由，成立幫助殺人未遂罪。

3. 競合：甲之唆使行為與提供手槍之行為，乃出於一個意思決定，為一行為。而成立教唆殺人未遂罪與幫助殺人未遂

罪，侵害法益同一，成立法條競合之補充關係，優先適用參與程度較重之教唆殺人未遂罪論罪即可。

十、甲因A欠其一筆鉅款，屢催不還，乃打電話威脅A，倘未即日還款，將予以殺害。嗣見A迄無反應，遂趁其返家途中，將其綁架至山上某棟空屋，以鐵棍將其毆得遍體鱗傷。甲見A已奄奄一息，仍將其棄置於空屋內，不顧而去，A終因傷重而告斃命。試問甲應負何刑責？

答：

(一)甲威脅A之行為，可能成立刑法第三百零五條之恐嚇危害罪：

1. 以惡害告知他人，致生危害於安全者，為恐嚇危害罪。甲威脅A倘未即日還款將予以殺害，乃惡害之告知，為恐嚇行為。亦使A心生畏懼，該當生危害於安全。甲主觀上之認知亦該當上述要件，故甲成立恐嚇危害罪。

2. 甲無阻卻違法、罪責事由。

(二)甲威脅A之行為，可能成立刑法第三百四十六條之恐嚇取財罪：

1. 甲威脅A之行為為恐嚇行為已如上述。然而未能使A交付財物，故客觀構成要件不該當。且甲主觀上雖有恐嚇A使其畏懼並交付財物之認知，但由於其認知乃行使債權，並非不法意圖，故主觀構成要件亦不該當，不成立恐嚇取財罪。

2. 小結：甲不成立恐嚇取財罪。

(三)甲綁架A之行為，可能成立第三百零二條之私行拘禁罪：

1. 刑法第三百零二條規定，私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由者，為私行拘禁罪。本題中之甲綁架A，由於其目的並非取財，故不成立強盜罪或擄人勒贖罪。甲綁架A至山上空屋，僅剝奪A行動自由之行為，客觀上該當私行拘禁罪之構成要件。甲主觀上之認知亦該當私行拘禁罪之要件，故甲成立私行拘禁罪。

2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立私行拘禁罪。

(四)甲毆打A之行為，可能成立第二百七十一條之殺人罪：

1. 殺人罪以殺人行為、死亡結果與因果關係為要件。甲毆打A致A因傷重而斃命，客觀構成要件該當。然而主觀上是否該當殺人罪之構成要件則有疑問。按題意所指，甲在先前威脅A時，即以殺害A為惡害之告知，故可認為甲毆打A時，應有殺害A之故意，即使未有直接故意，應該也有間接故意，故主觀構成要件亦該當。

2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立殺人罪。

(五)甲棄置A之行為，可能成立第二百九十四條之遺棄罪：

1. 刑法第二百九十四條規定，對於無自救力之人依法令或契約應扶助、養育或保護，而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護，為遺棄罪。本題中甲並未積極移置A，並未有遺棄之行為。而單純消極的不救助，僅可能成立

「不為其生存所必要之保護」。然而對於具有殺人故意之行為人，無法期待其救助，故行為人應無作為義務，故甲縱

未為A生存所必要之保護，但仍不成立遺棄罪。

2. 小結：甲不成立刑法第二百九十四條之遺棄罪。

(六)競合：甲所犯之私行拘禁罪與殺人罪，有行為部分合置而為一行為，侵害不

同法益成立想像競合犯，從一重處斷。然後再與恐嚇危害安罪數罪併罰。

十一、甲與其妻A因故爭執甚烈，一時氣憤，遂打開廚房用之瓦斯鋼瓶，並點火燃燒，企圖同歸於盡。因火勢猛

烈，除甲屋外，鄰屋亦受波及，約有十餘家均被燒燬。同時，甲與A因均陷身火海，致A當場被燒死，甲則身受重傷，經延醫急救，倖而未死。試問甲應負何刑責？

答：

(一)甲點火燃燒之行為，可能成立刑法第一百七十三條第一項之放火罪：

1. 第一百七十三條第一項規定，放火燒燬現供人使用之住宅或現有人所在之建築物等等者，為放火罪。甲點火燃燒之行

為，燒燬數個現供人使用之住宅，而實務見解認為放火罪之罪數以行為數為準，故甲僅成立一個放火罪。

2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立第一百七十三條第一項之放火罪。

(二)甲點火燃燒之行為，可能成立第二百七十一條之殺人罪：

1. 殺人罪以殺人行為、死亡結果與因果關係為要件。甲點火燃燒，致A當場被燒死，殺人罪之客觀構成要件該當。而甲

主觀上之認知是想要與A同歸於盡，故亦有致A死亡之認識，主觀構成要件亦該當。

2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立殺人罪。

(三)甲點火燃燒之行為，可能成立第三百五十三條之毀損建築物罪：

1. 毀棄、損壞或致令建築物不堪用者，成立刑法第三百五十三條之毀損建築物罪。甲點火燃燒之行為，造成十餘家被燒

毀，故客觀構成要件該當。而甲主觀上亦有毀棄建築物之認知，故主觀構成要件亦該當。

2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立毀損建築物罪。

3. 附帶一提的是，由於甲對A成立故意殺人罪，並非僅為過失致死，故不成立第三百五十三條第二項之加重結果犯。

(四)競合：甲一個放火行為，成立放火罪、殺人罪與毀損建築物罪。侵害不同法益，成立想像競合犯，從一重之殺人罪處斷。

一、 甲男、乙女係為情侶，某日深夜二人至某深山約會時，遭歹徒丙男持刀恐嚇，丙男並將甲男、乙女二人以繩索綑綁，搜刮二人身上財物，正欲離開之際，丙男見乙女頗有姿色，遂心生歹念對乙女予以性侵害，當丙男為性侵害時，乙女趁機踢傷丙男之下體，致其血流如注疼痛不已，乙女解開甲男身上綁繩，並越想越氣憤，遂拿起丙男因疼痛掉落於地之刀，將受傷之丙男砍成重傷，經送醫急救不治死亡。試論乙女之罪責。

【擬答】：

乙女踢傷丙男「下體」的行為：依題示，乙女踢傷丙男之「下體」，致其血流如注疼痛不已，可能成立重傷害既遂罪（刑法第二七八條第一項）。惟因題意不明，無從得知丙是否因此重傷害行為的實施，而永久喪失其生殖機能，重傷害的結果（§10IV）難以認定，乙應僅成立重傷害「未遂」罪（§278III）。

乙女趁丙男強制性交行為實施中踢傷其下體，係在具備防衛意思下，針對現在不法侵害，所發動的正當防衛行為（刑法第二十三條）。由於防衛行為不以「出於不得已」為要件，有無其他方法足以規避緊急防衛情狀，在所不問，題示情形，乙女以踢傷其下體的方式，立即終結侵害，其防衛行為的行使，應可認為「適當必要」，其行為阻卻違法。罪責部分，無庸檢驗。小結：乙女踢傷丙男「下體」

的行為，不構成犯罪。

乙女將丙男砍成重傷後死亡之行為：依題示，乙女將受傷之丙男砍成重傷，經送醫急救後不治死亡之行為，應成立重傷害罪的加重結果犯（刑法第二七八條第二項）。

乙女所為能否主張正當防衛，關鍵在於不法侵害是否繼續存在？按，侵害是否仍屬「現在」，必須侵害或攻擊已開始且正在繼續進行中。承前述，乙女既已踢傷丙男「下體」，終結強制性交行為的繼續實施，應可認為現在不法侵害已不存在。乙女所為欠缺正當防衛的客觀要件，不得主張阻卻違法的正當防衛。此種防衛過當的行為，學說稱之為免除責任事由，依刑法第二十三條但書，得減輕或免除其刑。

結論：乙女成立重傷害致人於死罪（刑法第二七八條第二項），其防衛過當的行為，得減輕或免除其刑（刑法第二十三條但書）。

二、某甲請搬家公司代為搬家，搬家公司工人某乙前往搬運東西時，誤把某甲之室友某丙的電視機也一併搬上貨車。某甲見狀，由於平時和某丙感情不睦，所以也不聲張，任由某乙將電視機運往新家。某甲刑事責任如何？

【擬答】：

甲於其雇用之搬運工人乙誤搬室友丙之電視機時，因其與丙素有嫌隙而故不告知實情，任乙將該電視機搬入甲新宅，就此甲應負刑責，學說有不同見解：甲可能成立詐欺取財罪，甲於其雇用之搬運工人乙誤搬丙之電視機時，因甲對雇用人乙居於監督管理之義務人地位。

通說見解：甲則居於保證人地位，詎其竟以不告知事實之不作為為其詐術方法，致搬運工人乙陷於錯誤而交付丙之財物（電視機）予甲，則甲應成立刑法第三九條第一項詐欺取財罪之不純正不作為犯。

甲可能成立侵占脫離持有物罪：搬運工人乙誤搬丙之電視機時，該電視機即已脫離丙之持有，甲故不告知乙，任其將之搬入甲新宅，即有侵占該脫離丙持有物之不法所有意圖，故甲成立刑法第三三七條之侵占脫離持有物罪。

甲可能成立普通侵占罪：搬運工人乙誤搬丙之電視機時，因乙為甲所雇用之人，該電視機即屬甲所持有中，甲卻仍不告知乙該事實，任令乙將電視機搬入甲新宅，即有易持有為所有之不法意圖，應成立刑法第三三五條第一項普通侵占罪之間接正犯。

甲可能成竊盜罪：按利用他人無故意之行為犯罪者為間接正犯，本題搬運工人誤搬丙之電視機時，甲故不告知事實，任令乙將之搬入甲新宅，顯係利用乙無故意行為（乙為其利用之工具）以遂其在和平秘密方式下竊取丙電視機之犯罪目的，故甲應成立刑法第三二一條第一項普通竊盜罪之間接正犯）。

三、甲與乙商議買通黑道分子A將B殺害，經策劃後，由甲出資，乙則負責買通工作。某日，A持槍埋伏於路旁，擬俟B經過時，將其槍殺。惟因形跡可疑，尚未動手前，即為巡邏警察所逮獲。試問甲、乙各應負何刑責？

【擬答】：

甲乙共同謀議殺害B，由甲出資，乙負責買通A執行，甲乙二人顯係使原無

殺人犯意之 A 產生殺 B 之決議，依刑法第二十九條第一項"教唆他人犯罪者，為教唆犯"之規定，二人均應成立教唆犯。

A 受甲乙教唆後，即持槍埋伏於路旁預備殺 B，惟尚未動手之前即由巡警逮獲，則 A 之行為應尚未達著手殺人之階段，僅該當刑法第二百七十一條第三項之預備殺人罪。

承上所述，甲乙二人已完成教唆行為，正犯 A 則尚未著手實施教唆內容，依通說見解，本於

刑法第二十九條第三項之規定，渠等所教唆之罪有處罰未遂犯之規定時，教唆犯仍負未遂之

刑責，故本題甲乙均應論以教唆殺人未遂罪。

四、甲因事與 A 結怨，乃唆使乙將 A 殺害，經乙首肯後，復遞給乙手槍一把。乙某日埋伏於 A 平日返家之途中，嗣見 A 走進手槍射程範圍內，即開槍射擊，惟子彈打偏，未射中 A，反將路過行人 B 射殺斃命。試問甲、乙各應負何刑責？

【擬答】：

甲因與 A 結怨，乃唆使原無殺 A 犯意之乙產生犯殺人罪之決意，依刑法第二十九條第一項"教唆他人犯罪者，為教唆犯"之規定，甲自應成立教唆犯。

乙受甲教唆後，即持槍埋伏於 A 返家途中欲將 A 射殺，惟因子彈打偏未射中 A，反將行人 B 擊斃，此即屬打擊錯誤，依通說見解，正犯乙對目的客體具有故意，因未命中而論以殺人未遂罪，至對結果客體因屬過失，而論以過失致死罪，兩者依刑法第五十五條前段想像競合犯之規定，從較重之刑法第二百七十一條第二項殺人未遂罪處斷。

被教唆之正犯發生上述之打擊錯誤時，教唆犯應如何論處，向有不同見解：一說認對打擊誤中之客體仍成立故意犯罪，故本題甲應以刑法第二百七十一條第一項教唆殺人既遂罪論處。惟有不同意見認教唆犯應對目的客體成立未遂罪，對誤中客體視教唆者有無預見可能性，所有則成立過失犯，兩者依想像競合犯處罰，亦即教唆犯從被教唆之正犯為相同論罪，則本題甲即課以刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪刑責

五、甲將頂樓加蓋之違建房間出租給在附近唸大學的學生乙，乙亦明知該違建並不合於消防安全法令規定，但是為圖租金便宜，還是租下。後來有一天，鄰居發生火警而延燒至甲屋，乙因根本沒有逃生通道而喪生火窟。問：甲之刑事責任如何？

【擬答】：

甲將頂樓加蓋違建構造成阻塞逃生通道罪住宅頂樓是發生火警時，重要的逃生通道，甲在供逃生通道之頂樓加蓋違建，並造成乙逃生無門而致實害生，已符合「致生危險於他人生命、身體或健康」之要件，本罪之客觀構成要件該當。主觀上甲對其加蓋違建行為，可能致生他人危險有預見，故甲成立本罪。

甲將頂樓加蓋致乙逃生無門喪身火窟，成立過失致死罪客觀上因為甲將頂樓加蓋致乙逃生無門喪身火窟，符合過失致死罪之客觀要件。主觀上甲雖然對於果真有人會因為火災逃生受阻而受傷或死亡一事欠缺預見，但是一般情形下之成人對於阻塞逃生通道足以在萬一之火災中達成傷亡，致少有預見可能性，因此具有過失。故甲成立本罪。

甲將頂樓加蓋致乙逃生無門喪身火窟，成立阻塞逃生通道致死罪。甲對於其於

頂樓加蓋可能致生逃生危險有預見，且對住戶將於發生火災時逃生無門有預見可能性，故甲成立本罪。

結論：甲一個加蓋危建之行為成立以上三罪，三罪之保護法益同一，故論以法條競合成立阻塞逃生通道致死罪。

六、A、B、C 三人在台中市區駕車閒逛時，看見穿著時髦的少女甲獨自行走路上，於是三人商議之後，強行將甲拉上車，打算載往市郊的山區強制性交，卻因違規超速而在半途被警察攔下並逮捕。由於甲發育快，三人都誤以為她已有十六、七歲，事實上年僅十四歲而已。試問 A、B、C 之行為應如何處斷？

【擬答】：

A、B、C 三人將甲拉上車的行為，係以私行拘禁或其他非法方法，剝奪甲的行動與意思決定自由，得逕依刑法第三〇二條剝奪他人行動自由罪論罪；不另成立刑法第三〇四條強制罪。(29 上 3757 判例) 至於行為人所為是否同時成立較重之刑法第二九八條略誘婦女罪，而得逕依該條處罰(71 台上 280 判例參照)，因甲僅係十四歲之未成年少女，對此等犯罪事實的是否存在，宜採否定見解；普通傷害罪的討論亦同。(後段若時間不足，可不予著墨)

題示情形，關鍵在於行為人上述強制行為，究應評價為強制性交罪之著手，抑或先行成立剝奪被害人行動自由罪？

依六十八年台上字第一九八號判例：「強姦婦女而剝奪婦女之行動自由時，是否於強姦罪外，另成立妨害自由罪，須就犯罪行為實施經過之全部情形加以觀察，除該妨害自由之行為已可認為強姦行為之著手開始，應成立單一之強姦罪外，應認係妨害自由罪及強姦罪之牽連犯。」據此，於新刑法施行後，即應就犯罪行為實施經過之全部情形加以觀察，以決定成立數罪或一罪。然而，究係成立實質競合而數罪併罰，或是一行為觸犯數罪名的想像競合從一重處斷，甚至僅成立單純一罪？前揭實務意見並未清楚交代。管見以為，關鍵在於剝奪行動自由行為，於具體案例事實有無另外評價的必要？就此而言，行為人的犯意（是否個別），亦為進一步決定的判準。A、B、C 主觀上既係為將甲載往山區強制性交，則依其犯罪計畫，應可認為係強制性交罪之著手。

依題旨，A、B、C 三人既係以強制手段欲對甲為性交，其所為即非屬刑法第二二七條「對未成年人性交」罪之規範對象，而係會否成立刑法第二二二條加重強制性交罪的問題，討論如下：

同法第二二二條第一項第一款係規定「二人以上共同犯之」，依六十五年台上字第二〇六

四號判例：「刑法第二百二十二條之輪姦罪，必須參與行為人均姦淫既遂始能成立。其中

如有人姦淫未遂，除姦淫既遂者有二人以上均構成輪姦罪外，其姦淫未遂之人，仍應繩以

同法第二百二十一條第三項之強姦未遂罪，觀於同法第二百二十二條無處罰未遂犯之規

定，此為當然之解釋。」則現行法既已於第二百二十二條第二項設有未遂犯處罰規定，A、

B、C 三人所為應成立共同性交未遂罪；至未遂規定於本款適用的當否，係另一問題。

A、B、C 三人誤以為甲已十六、七歲，事實上年僅十四歲，則 A、B、C 三人所為應如何評價？

按於新刑法施行前，由於同法第二二二條第一項第二款係規定「對『十四歲以下』之男女犯之者」，三人所為可成立該款；惟新刑法施行後，該款已改為「對『未滿』十四歲之男女犯之者」，A、B、C三人所為不成立本款；據此，行為人是否具備本款故意，無庸討論。

依題旨，A、B、C三人在台中市區駕車閒逛，無法推論其係「利用駕駛『供公眾或不特定

人』運輸之交通工具之機會」而犯之，故亦不成立同法第二二二條第一項第六款。結論：A、B、C三人成立加重強制性交未遂罪。（刑法第二二二條第一項第一款、第二項）

七、D唆使E殺乙，當E埋伏在丙宅等候殺乙時，E改變心意，只把剛回到家門口的乙打成重傷，又因看見乙手上戴著不錯的錶，就趁乙無法抵抗而將錶取走。試問D、E之行為應如何處斷？

【擬答】：

E將乙打成重傷的行為，得成立刑法第二七八條第一項重傷既遂罪；見乙手上戴著不錯的錶，趁乙無法抵抗而將錶取走的行為，得成立刑法第三二八條第一項強盜既遂罪。關鍵在於，E之行為得否論以刑法第三三二條第二項第四款強盜重傷罪之結合犯？

按學說與實務多主張基本強盜罪與相結合之罪間，並無一定的先後關係，復以最高法院85年第次決議更肯定相結合之罪與基本罪間無須有所謂「犯意聯絡」（即：結合故意），據此，E所為得成立刑法第三三二條第二項第四款強盜重傷罪之結合犯；至於解釋論上宜否限縮、立法論上應否限制或廢除結合犯之規定，均係另一問題。

關鍵在於，D「僅」唆使E殺乙，被教唆人在未生任何客體或打擊錯誤的情形下，基於意思決定的自主性，變更犯罪計畫，教唆人應否負教唆之責？

按新刑法施行後，對教唆犯明白採取限制從屬原則，只有正犯著手實行不法構成要件行為，教唆行為才因從屬性而可能成立教唆既遂或未遂。

同時，教唆犯主觀上亦須具備雙重教唆故意，不僅對於教唆行為有所認識，更應針對教唆

他人特定犯罪既遂有所認識。

據上，題示情形E所犯之罪，就結合構成要件的適用而言，固不在D教唆的範圍內，D無庸負責；惟E所實行之重傷行為部分，因與教唆者主觀想像的因果過程並無重大違誤，復以重傷之構成要件並非不能為殺人構成要件所涵蓋，從而可認為D的教唆故意，及於E的重傷害犯罪事實，從而得論D以教唆重傷既遂罪。（刑法第二七八條第一項、第二十九條）

結論：E成立刑法第三三二條第二項第四款強盜重傷罪之結合犯，D成立教唆重傷既遂罪。

八、甲四層樓別墅位於荒郊野外之山區，某日深夜該別墅樓下發生火災，甲為避免財物之損失，竟將內裝珠寶之保險箱從四樓窗口往地面推落，適乙騎車從樓下經過，竟被該保險箱擊中不治死亡，檢察官追究刑責時，甲主張緊急避難有無理由？

【擬答】：

按行為人具有犯罪構成要件之該當行為，如具備阻卻違法事由，即不成立犯罪，

刑法第二十四條規定，因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。即屬法定阻卻違法事由之一緊急避難之相關規定。而欲主張此項緊急避難之事由，應具備如下要件：客觀上有避難狀態存在、主觀上行為人為避難之意思、客觀上行為人為避難行為。

茲分別就緊急避難之前揭應具備之要件內涵，詳述於后：

客觀上有避難狀態：指客觀上須有對自己或他人生命、身體、自由、財產之危險狀態存

在，不論人為之故意或過失造成抑或天災不可抗力。又此危難狀態需為緊急始可。主觀上有避難意思：行為人需認識到客觀危難狀態之存在，並基於避難意思為避難行為。

客觀上有避難行為：行為人所為之避難行為即屬侵害他人而具有構成要件該當性之行為，

此避難行為須為客觀上不得已者，亦即須為避免上揭法益遭受侵害在客觀上最後且唯一之

手段，易言之，避難行為所侵害之他人法益與所欲保護之法益間，具有不可避免之衝突，

而捨此方法別無他途方得為之。又此避難方法本於利益橫量之比例原則，應具有相當性不得過當。

本題甲四層樓別墅位於荒郊野外之山區，因深夜該別墅樓下發生火災，甲為避免財物之損失，乃將內裝珠寶之保險箱從四樓窗口往地面推落，適乙騎車從樓下經過，竟被該保險箱擊中不治死亡。本此以觀，甲當時確有生命與財產之緊急危難存在，其為避免危難自得為避難行為，有爭議者乃其將保險箱自四樓推下而擊斃乙之過失致死行為（如甲之行為有應注意而為注意之情形），是否符合避難行為之要件，應視當時尚無其他得避免財產危難而無須侵害他人之方法，若有，則甲所為即非為客觀上最後且唯一之手段，應不得主張緊急避難，而論以過失致死罪。

九、甲經商失敗，積欠高利貸鉅額之借款，乃暗中將含有劇毒之物質，注入某大賣場貨架上由某廠商生產之數個紙裝飲料，並打電話向該廠商勒索鉅款，未久顧客乙、丙、丁三人，購買該飲料喝完後，一人毒發斃命，另二人送醫急救幸無大礙。試論甲之罪責。

【擬答】：

甲將有毒飲料注入大賣場貨架上之行為，可能成立毒化飲食物品罪（刑法第一百九十一條之一第一項）刑法第一百九十一條之一第一項規定：「對他人公開陳列、販賣之飲食物品或其他物品滲入、添加或塗抹毒物或其他有害人體健康之物質者，處七年以下有期徒刑。」甲滲入毒物於飲食物品，成立本罪。又放置數個紙裝飲料之行為乃接續犯，係數個密切不可分的動作，基於單一犯意而為之一行為的接續實施，應包括的視為一罪。

甲放置有毒飲料導致顧客死亡之結果，難認為成立毒化飲食物品罪之加重結果犯（刑法第一百九十一條之一第三項）毒化飲食物品罪之加重結果犯，其立法目的在於對抗毒化食品行為同時伴隨著發生死亡結果之「特有危險」。題示情形，顧客之死亡結果與甲之下毒飲食物品行為間，不但有條件的因果關係且客觀上可

歸責。主觀上，甲亦認識到其於飲料中注入「劇毒」之行為，有可能造成潛在消費者生命的危害，對潛在消費者死亡之結果應能預見。據此，「基本犯罪」與「加重結果」間具可認為有「直接關係」，下毒行為本身的固有危險實現，成為死亡結果。

死亡結果固屬基本構成要件本身所有之固有的內在危險之實現，惟甲下「劇毒」之行為，應可肯認其殺人故意，復因通說認為加重結果犯僅限於「故意基礎行為」加上「對於重結果的發生限於過失」，難認為成立毒化飲食物品罪之加重結果犯（刑法第一百九十一條之一第三項）。甲欠缺阻卻違法事由，具備罪責，應成立殺人既遂罪。

據上，甲成立殺人既遂罪，與毒化飲食物品罪想像競合¹，從一重論以殺人既遂罪。

甲放置有毒飲料導致顧客中毒之結果，可能成立殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項）

甲具有殺人之不確定故意，已如前述，其客觀上既已著手實施下毒行為，對於生命法益造成直接危險，應成立殺人未遂罪。

甲所為可能成立恐嚇取財未遂罪（刑法第三四六條第三項）

依題意，甲打電話向廠商勒索鉅款，應可認為主觀上具備恐嚇取財之故意與不法所有意圖，

客觀上亦已著手實施恐嚇取財行為。惟甲是否因恐嚇行為而取得財物，題意未明，應僅成立恐嚇取財未遂罪（刑法第三四六條第三項）。

結論：甲所為者，係犯刑法第一百九十一條之一第一項之毒化飲食物品罪與刑法第二百七十一條第一項之殺人既遂罪。依想像競合，從一重論以殺人既遂罪。

十、甲、乙二人於某日傍晚分別攜其飼犬於社區道路上散步時，不期而遇，兩犬發生激烈打鬥，甲為免其飼犬被咬傷，乃以其手持柺杖猛擊乙犬之頭部，致乙犬當場被格斃。嗣後，乙因屢向甲求償未果，遂花費鉅資僱請丙將甲殺害，以平心中之憤。某日，丙見甲自遠處蹣跚而來，乃躲於街角暗處舉槍瞄準，俟甲走進射程內，即開槍射殺，子彈貫穿甲之脖子後，復打中騎自行車路過丁之腹部。甲及丁經他人報警延醫救治，甲倖而未死，丁則傷重斃命。試問甲、乙、丙三人之刑事責任各如何？

【擬答】：

甲的刑責：甲擊斃乙犬，可能成立普通毀損罪。客觀上甲以柺杖猛擊乙犬頭部致死，係毀棄他之物，且致生乙之財產損害。主觀上甲依其生活經驗應能預見此行為對乙犬的致命效果，具毀損故意。惟其可能阻卻違法性之事由為正當防衛 (§23) 與緊急避難 (§24)。依題意，由於乙之飼犬非出於乙之挑唆而攻擊甲犬，故僅係單純動物之攻擊，不具行為品質，非現在不法侵害，不得主張正當防衛；儘管乙犬對於甲犬之攻擊係對於甲之財產的緊急危險，惟甲擊斃乙犬所保全之財產利益，並未顯然優越於所犧牲之他人財產利益，故避難行為不符合平衡性，亦不得主張緊急避難。此外無其他阻卻違法事由。就罪責而言，以現實情況中甲未採取抱走甲犬或請求乙阻止乙犬攻擊等可能迴避危難的手段，其避難過當應屬可避免，故至多僅能減輕罪責 (§24 但書)。

結論：普通毀損罪

丙的刑責：槍殺甲可能構成殺人未遂罪 (§271II)。主觀上其應預見子彈貫穿脖子之致命效果，故具殺人故意。客觀上亦著手實行殺人構成要件行為。無阻卻違法性及罪責事由，成立本罪。由於甲之未死非出於丙之防果，故無中止犯之適

用。

槍殺丁可能構成殺人既遂罪(§271I)。客觀上如無丙開槍即無丁之死亡，且子彈射穿被害人後再擊中其他人的情形儘管少見，惟仍屬彈道鑑識知識能解釋之範圍，應非反常因果歷程，故具客觀可歸責性。惟依題意，丙開槍之際應未預見其子彈將同時命中另一被害人，故對死亡欠缺預見，阻卻殺人故意。

槍殺丁可能構成過失致死罪(§276I)。客觀上丙槍殺丁，以其認識行為地點位於有其他人車往來的街道、子彈可能穿透被害人等知識推論，應可能預見同時擊斃另一人，故具有過失。無阻卻違法性與罪責事由，成立本罪。

競合(代結論)：殺人未遂罪(§271II)與過失致死罪(§276I)成立想像競合(§55前)。

乙的刑責：乙收買丙，使丙產生殺人決意後著手殺甲，成立教唆殺人未遂罪(§271II, 29I, II)。乙收買丙，使丙過失致丁於死，基於教唆對象僅限於故意行為之原則，不成立教唆殺人既遂罪(§§271I, 29I, II)。由於乙並未認識丙執行殺人計畫之環境，亦難以認定乙就(超出教唆故意範圍之)丁之死亡有預見可能性，故不成立過失致死罪(§276I)。結論：教唆殺人未遂罪(§§271II, 29I, II)。

一、下列犯罪有無預備犯？

(一)過失犯。

(二)加重結果犯。

答：預備犯乃指行為人雖已產生犯意，惟尚未著手的階段，而關於預備犯的處罰，乃以法律有明文為限，因此：

(一)過失犯：過失犯乃以結果論罪，關於著手時點乃於事後做判斷，且過失犯亦無處罰預備犯的明文，因此無成立預備犯的可能。

(二)加重結果犯：加重結果犯的基本罪雖為故意犯，但加重部分則為過失犯，因此，亦無法判斷著手時點，自然也無預備犯成立可能。

二、下列犯罪行為究係既遂或未遂？

(一)意圖販賣猥褻之物品買入後尚未賣出，經警查獲。

(二)盜伐樹木砍倒於地但樹木並未搬離現場即經查獲。

答：(一)買入未賣出的行為既遂性

1. 依據刑法第 235 條第 2 項，意圖販賣而持有猥褻之物品者，成立販賣猥褻物品罪。

2. 而所謂販賣，乃指將猥褻物品有償轉讓於不特定人或多數人，惟因本罪為行為犯，因此如以營利的意思買入，縱尚未出售於人，亦可成立本罪。

(二)盜伐樹木的既遂性

所謂竊盜罪，必須意圖為自己或第三人不法所有，而竊取他人之物，而所謂竊盜既遂，必須剝奪他人持有，並建立在自己的支配之下。因此，盜伐樹木砍倒於地，雖尚未搬走，不得謂非已移入於自己實力支配之下，其竊盜行為即已完成，自難因其賊木尚未搬離現場，而謂為竊盜未遂。

三、不動產可否成為侵占罪的客體？甲與在和人公司擔任出納的好友乙，共謀協議利用乙的身份、地位共同侵占乙業務上所掌管的金錢五萬元，甲係犯普通侵占罪或業務侵占罪？

答：(一) 不動產可否為侵占罪的客體

侵占罪的客體，目前法調並未排除不動產，因此不動產亦可成為侵占罪的客體，但不動產必須經登記才產生移轉效果，因此侵占不動產的行為既遂，即必須以是否完成登記為必要。

(二) 甲所犯之罪

業務侵占罪，以侵占業務上所持有之物為構成要件，即係因其業務上的持有關係所成立的犯罪，與僅因身份關係而致刑罰有輕重不同，因此，無業務關係者與有業務關係者共同侵占，依據刑法第 31 條第 1 項規定，仍應以業務侵占的共同正犯論，因此，甲成立業務侵占罪。

四、下列情形是否成立誣告罪：

(一) 甲向警察誣告乙無故侵入丙住宅。

(二) 甲向監察院監察委員誣告乙瀆職。

答：依據刑法第 169 條第 1 項，意圖他人受刑事或懲戒處分，向該管機關公務員誣告者，成立誣告罪，因此誣告必須向具有刑事或懲戒權限的公務員為之，因此：

(一) 警察機關乃協助檢察官為犯罪偵查，因此亦屬於具有刑事處分的機關，向其為誣告，自亦成立誣告罪。

(二) 監察委員依據憲法具有彈劾公務員的權能，因此屬於具有懲戒權限的公務員，對其為瀆職誣告，自亦成立誣告罪。

五、被告於民國 93 年 6 月涉犯連續竊盜罪，96 年 3 月始被查獲如何適用法律？

答：(一) 95 年 7 月 1 日後，刑法連續犯已遭刪除，因此若所犯在此日之前，而裁判在此日之後，如何適用法律，即必須依據從舊從輕原則處理。

(二) 原本有連續犯存在時，必須加重二分之一，而在連續犯刪除後，則必須依據數罪併罰的方式為累加，因此就輕重比較而言，連續犯的存在有利於被告。

(三) 被告雖於 96 年始被查獲，但因被告行為時為 96 年 6 月，此時仍有連續犯存在，依據從舊從輕原則，仍有連續犯的適用。

六、何謂過失、以過失論，試舉例說明之。

答：(一) 過失

依據刑法第 14 條第 1 項，行為人雖非故意，但按其情節，應注意並能注意，而不注意者，為過失。此即一般所謂無認識過失，如建築工人搬物失手，物掉而致人於死，其對於致死的結果未有任何預見。

(二) 以過失論

依據刑法第 14 條第 2 項，行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。此即一般所謂的有認識過失，如開車闖紅燈撞傷行人，駕駛者雖有預見撞傷的可能，但發生傷害結果卻非其所願。

七、甲對公墓管理員乙（掌理勘測公墓使用面積，催收公墓使用費）執行職務時暴力相向，試論斷其犯行。

答：依據刑法第 135 條第 1 項，對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，成立對於執行職務妨害公務罪。本題中，甲雖有為強暴行為，但乙是否為公務員，則有探討之餘。依據刑法第 10 條第 2 項第 1 款，所謂公務員必須是依據法令服

務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依據法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。甲為公墓管理員，掌理勘測公墓使用面積，催收公墓使用費，應屬於依法令服務於行政機關而具有法定職務權限者，屬於第一款前段身份的公務員。

八、何謂加重結果犯？依我現行別法規定，過失犯能否成立加重結果犯？

答：(一) 加重結果犯的意義

加重結果犯者，乃對於一定犯罪所生之加重結果，科以較重之刑罰之犯罪。換言之，加重結果犯，乃對於一定之犯罪發生加重結果時，使該犯罪與該加重結果相結合，而令行為人負加重之責任。依此，其構成要件有：

1．須因犯罪而生一定之結果：

加重結果犯乃對於因基本犯罪發生一定之結果所設之規定，苟犯罪後無加重結果之發生，即無加重結果犯可言。

2．須加重結果之發生與基本行為有因果關係：

犯罪與結果間如無因果關係，則無由成立犯罪，加重結果犯亦是。

3．須法律有加重其刑之規定：

加重結果犯之處罰以法律有明文規定者為限，若法律無規定，縱因犯罪而生一定之結果，亦只能依想像競合犯、牽連犯或數罪併罰論處，無加重結果犯可言。

4．須行為人能預見其結果之發生：

刑法第 17 條規定：「因犯罪致生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之。」故加重結果犯之成立，以行為人能預見為要件。至於能否預見，應依客觀事實定之，即對預見之可能性，應以行為當時客觀存在之一般情形，以及行為後可能預見其結果發生之情形斷定，不以行為人個人能力能否預見為斷。

5．須行為人對加重結果之發生並無故意：

若行為人對發生之加重結果，明知並有意使其發生或其發生不違反其本意者，則係故意犯，應依刑法第 13 條論處，無第 17 條之適用。

(二) 過失犯成立加重結果犯的可能性

以現行法體例而言，加重結果犯的基礎犯罪必須為故意犯，而加重結果部分，條文雖未明文為過失，但依據通說認為，條文所謂以行為人能預見其結果發生，即應為過失犯型態。因此，結果加重犯被認為是屬於故意犯加上過失犯的犯罪類型。至於過失犯加上過失犯的結果加重類型，雖想像上可能，但是因為目前法條並無此類規定，因此無成立結果加重的可能。

九、甲違規超車，致鄰車駕彼乙緊急煞車受有輕傷，交警丙前往處理簽發違規超車罰單，甲懼而將丙簽寫中之罰單搶下撕毀，問甲應負何別責？

答：(一) 刑法第 138 條所謂公務員職務上掌管之文書，以該文書由公務員本於職務上之關係所掌管者為限，又所謂損壞，亦係指該文書之全部或一部因其損壞致喪失效用者而言。警察所開具的罰單，在交予相對人後，即非屬於公務員所掌管的文書，而在未交予相對人前，即加以撕毀，仍必須視其是否喪失效用而定。丙在警察未交予他時加以撕毀，自然可成立毀損文書罪。

(二) 至於丙是否成立妨害公務，因依據刑法第 135 條第 1 項，其必須以強暴、脅迫的手段為之，丙的行為尚未達此程度，因此尚不成立本罪。

十、何謂中止犯？行為人雖有防止行為，但結果之不發生係因共犯中他人之行為

所致者，該行為人是否仍成立中止犯？

答：(一) 中止犯，謂行為人已著手於犯罪之實行，而因己意阻止其行為之進行，或實行終了而以己意防止其結果之發生，致未發生犯罪所必要之結果者。因其出於行為人之己意中止，故又稱任意中止，或稱中止未遂。

(二) 犯罪結果之未發生若與行為人的中止行為沒有因果關係，此稱為準中止犯，由於行為人已經盡到防止結果發生的真摯努力，雖然結果不發生與此努力無關，但基於行為人已為之努力，因此在立法上，可能考慮予以減輕。依據刑法第 27 條第 1 項後段，若結果發生非因防止行為所致，而行為人已盡力為防止者，減刑或免除其刑。

一、患有健忘症的甲，容留好友乙居住其家，其日乙晚歸，當乙正在開門時，甲以為強盜入侵，遂以榔頭向乙頭部猛擊，致乙當場死亡。試問：

(一) 甲之行為是否構成誤想防衛？

(二) 甲之行為是否構成客體錯誤？

(三) 甲患有健忘症，其行為否有刑法第 19 條之適用？

答：

(一) 按刑法第二十三條就阻卻違法事由之正當防衛規定，對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。亦即刑法正當防衛之成立要件應具備 1、客觀上有防衛狀態之存在 2、主觀上行為人已認識防衛狀態之存在且出於防衛之意思 3、客觀上行為人實施防衛行為。

至學理上所謂誤想防衛乃行為人誤認客觀上有防衛狀態存在(實際並無現在不法之侵害)，基於防衛意思而為具構成要件該當之防衛行為。通說認為因行為人所為侵害他人之構成要件該當行為係基於防衛意思而非犯罪意思，故不成立故意犯，而應論以過失，此又稱容許構成要件前提事實錯誤。

本題誤認乙為強盜者而將其擊斃，即屬上開說明之誤想防衛，應論以過失致死罪。

(二) 次按刑法之客體錯誤乃行為人對行為客體之同一性發生誤認，即行為人主觀上所欲侵害之客體對象與行為實際侵害之客體對象並未一致，此等錯誤如屬等價錯誤，通說認為未得阻卻故意，而應論以故意犯。

本題甲並無誤認攻擊客體，蓋其認為乙為入侵強盜者，故以乙為所欲侵害之客體，亦確實對乙實施侵害之攻擊行為，故非屬客體錯誤。

(三) 末按刑法第十九條規定，行為時因其精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨別其行為違法或欠缺依其辨識而為行為之能力者，不罰。

行為時因前項之原因，智基便是行為違法或依其辨識與行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑。二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。前二項即屬行為人無責任能力與限制責任力之規定，後一項則為學理上所謂之原因自由行為。

所謂原因自由行為係行為人於實現犯罪構成要件時，雖欠缺責任能力或限制責任能力(結果不自由)，惟導致其無責任能力或限制行為能力之先行為階段，卻處於完全責任能力之狀態(原因自由)，且行為人逾完全責任能力狀態時，即具有侵害特定法益之故意或有預見可能性，因該故意或過失使自己陷入無責任能力，或限制責任能力狀態，並於此狀態下實現犯罪成要件。

本題甲患有健忘症，首先應視其健忘症是否已達上揭刑法第十九條第一項無責任能力或第二項限制責任能力狀態，若是，則再視被告有無按時就診病服藥控制。倘為肯定，即謂甲已盡力控制病情，嗣後縱然健忘症病發而為攻擊乙之行為，其即得主張其行為不罰或減免罪責；如為否定，依原因自由行為理論，甲即應免過失致死罪之完全罪責。

二、甲獲悉 A 擬殺 B，適甲與 B 亦有仇恨，遂勸誘其友乙將其所持手槍一把借予 A 使用，A 果持該手槍將 B 殺害。試問甲、乙各應負何刑責。

答：

(一) 甲應成立殺人既遂罪之幫助犯。茲說明理由如下：

- 1、按教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆罪(第 29 條第 1 項)。教唆犯之行為，在於引發或招致他人之犯罪行為決意，亦即教唆者之行為必須唆使原無意之第三人產生特定犯罪之決意，因此教唆犯亦稱為「造意犯」。所謂幫助犯，乃幫助他人實行犯罪行為者(第 30 條第 1 項)。幫助犯之行為，在於對他人之故意犯罪行為提借物質或精神上之協助，以便減輕其犯罪實施之困難或加速其犯罪行為之完成。
- 2、依題示，甲勸誘友人乙將其所持之手槍一把借予 A 使用，而 A 果真持該手槍將 B 殺害。此種教唆著教唆他人，使之輾轉實行對於第 3 人犯罪之幫助行為，學理上稱為「教唆幫助犯」。有爭議的是，教唆幫助犯應論以教唆犯抑或幫助犯？對此問題，學者見解不一，主張成立教唆犯者，強調教唆者「製造犯意」之特質；主張成立幫助犯者，則著重犯罪之助力效果。學者通說及實務見解均採幫助犯說。28·7·25 決議謂：「教唆之幫助與幫助之教唆及幫助之幫助，均屬犯罪之幫助行為，仍以正犯構成或犯罪成立要件」此種連鎖共犯，學理上稱為間接幫助犯。
- 3、準此而言，甲勸誘友人乙將其所持之手槍一把借予 A 使用，且嗣後 A 果真持該手槍將 B 殺害，成立殺人既遂罪之正犯，則甲應成立殺人既遂罪之幫助犯(第 271 條第 1 項、第 30 條第 1 項)，並依殺人既遂罪之刑減輕處罰(第 30 條第 2 項)。

(二) 乙成立殺人即遂罪之幫助犯。茲說明如下：

- 1、按刑法第 30 條第 1 項規定，幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。通說認為，幫助犯之成立要件，除行為人在客觀上須有幫助行為外，尚須在主觀上出於幫助故意及幫助既遂故意，始足當之。又同條第 2 項規定，幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。實務及學說均認為，幫助犯之成立或處罰，均採共犯從屬性說之立場(限制從屬性)，亦即無正犯之犯罪行為存在，幫助犯即無由成立，且幫助犯與正犯成立同一罪名(適用同一法條處罰)，僅得減輕其刑而已。
- 2、依題示，A 欲殺害 B，而乙將其所持之手槍一把借予 A 使用，嗣後 A 果真持該手槍將 B 殺害。依此事實可知，乙將手槍借予 A 使用之行為，客觀上係屬足以幫助其達到殺人目的之幫助行為。另乙將手槍借予 A 使用時，認識 A 正欲進殺人行為，且亦認識自己之幫助行為足以使 A 更容易實現殺人即遂罪之構成要件，並決意為之，故乙在主觀上具有幫助殺人故意，又乙亦有幫助 A 實現犯罪構成要件，完成殺人結果之決意，故乙亦具有幫助既遂故意。
- 3、由於 A 果真持該手槍將 B 殺害，成立殺人既遂罪之正犯，依上述討論可知，乙亦應成立殺人既遂罪之幫助犯(第 271 條第 1 項、第 30 條第 1 項)，並依殺人既遂罪之刑減輕處罰(第 30 條第 2 項)。

三、甲與 A 於某荒郊因事口角，甲乃自懷中取出尖刀將 A 殺成重傷。嗣見 A 昏迷在地，且不斷抽搐，心生後悔，遂電請其友人 B 駕車將 A 急送醫院救治，甲於打電話後即逃逸無蹤。A 經 B 適時送醫，倖而未死。試問甲應負何刑責。

答：

本題甲殺人未遂之行為得評價為中止未遂犯（以下稱為中止犯），茲討論說明如下：

- (一) 依題示，甲基於殺人故意，並已著手實行刺殺 A 之行為，惟因甲心生後悔，並電友人 B 將 A 送醫急救，使 A 倖免一死，尚未實現殺人既遂罪之構成要件，故甲應屬「已著手於殺人行為之實行而不遂」，該當殺人未遂罪之構成要件，從而甲應成立殺人未遂罪。值得討論的是，甲之行為得否評價為殺人未遂之中止犯？茲檢討如下：
- (二) 所謂中止犯，係指行為人於著手實行犯罪行為後，出於己意而放棄行為之繼續進行；或雖已實行終了，但以積極之行為防止結果發生而成立之未遂罪。刑法第 27 條第 1 項前段規定：「已著手於犯罪行為之實現，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」即為中止犯之規定。
- (三) 通說認為，中止犯之成立，須行為人在主觀上有中止之意思，且須為己意中止；客觀上，行為人須有終止行為，且構成要件該當結果尚未發生，另結果之不發生必須中止行為之間具有因果關係，始足當之。又未遂行為，依行為人實行行為之階段而言，學理上尚可分為「未了未遂」與「既了未遂」，所謂未了未遂，係指行為人於著手實行犯罪行為後，尚未完成構成要件該當行為全部之未遂；於此階段，行為人祇須消極地放棄行為之繼續實行，即可成立中止犯。所謂既了未遂，係指行為人於著手實行犯罪行為後，雖完成構成要件該當行為，但尚未導致既遂狀態（即結果發生）之未遂；於此階段，行為人除消極放棄行為之繼續實行外，尚須為積極防止結果發生之行為，始能成立中止犯。
- (四) 依題目所示，甲將 A 殺成重傷後，見 A 迷昏在地，且不斷地抽搐，於是心生後悔，並電請其友人 B 駕車將 A 急送醫院急救，且 A 經 B 適時救醫，倖免一死。依此事實可知，甲於著手實行殺人行為後，主觀上應有放棄繼續實行殺人行為之決意，且其中止殺人之意思，並不屬於經驗上可預其之結果，非通常之現象，亦即甲心生後悔而停止繼續殺人，因係出於己意而中止。另依題示，由於甲主觀上認為其已完成殺人行為而屬於既了未遂，因此甲尚須另為積極防止結果發生之行為，始能成立中止犯。
- (五) 甲自己並未將 A 送醫救治，而係電請其友人 B 駕車將 A 送醫急救，其甲電請友人 B 之行為是否屬於防止結果發生之中止行為？若為肯定，則 A 未死亡之結果與甲電請友人之中止行為間，是否亦具有因果關係？按通說認為，積極之防止行為必須是有效地阻止結果發生，但不以行為人親自直接使其不發生為必要，祇須結果的不發生是由於行為人積極努力所促成，縱係因第三人之參與所導致，亦無礙行為人成立中止犯；且行為人倘以積極之行為有效地防止結果的發生，則結果的不發生即與中止行為間具有因果關係。實務亦認為：「按刑法上之中止犯，其結果之不發生，與行為人所為防止結果發生之行為間，自須具有重要的關連性，但不排除基於行為人之發動，邀獲他人之協助，而共同努力獲致結果不發生之情形。」（88 年台上第 3261 號判決）準此而言，甲雖係電請友人 B 駕車將 A 送醫急救，仍得評價為防止結果發生之中止行為；且其中止行為亦與 A 未死亡之結果間具有因果關係。至於甲打完

電話後雖未留下共同將 A 送醫急救而逃逸無蹤，亦不影響其出於己意而中止，且以積極之中止行為防止 A 發生死亡結果而成立殺人未遂罪之中止犯（第 271 條第 2 項、第 27 條第 1 項）。

四、甲四層樓之別墅位於荒效野外之山區，某日深夜該別墅樓下發生火災，甲為避免財物之損失，竟將內裝珠寶之保險箱從四樓窗口往地面推落，適乙騎車很樓下經過，竟被該保險箱擊中不治死亡，檢察官追究其刑責時，甲主張緊急避難有無理由？

答：

- (一) 按行為人具有犯罪構成要件之該當行為，如具備阻卻違法事由，即不成立犯罪，刑法第 24 條規定，因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出已不得已行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。前項關於避免自己危難之過規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。即屬法定阻卻違法事由之一緊急避難之相關規定。而欲主張此項緊急避難之事由，應具如下要件：1、客觀上有避難狀態存在 2、主觀上行為人為避難之意思 3、客觀上行為人為避難行為。
- (二) 茲分別就緊急避難之前揭應具備之要件內涵，詳述於下：
 - 1、客觀上有避難狀態：指客觀上須有對自己或他人生命、身體、自由、財產之危險狀態存在，不論人為之故意或過失造成抑或天災不可抗力。又此危難狀態須為緊急始可。
 - 2、主觀上有避難意思：行為人須認識到客觀危難狀態之存在，並基於避難意思為避難行為。
 - 3、客觀上有避難行為：行為人所為之避難行為即屬侵害他人而具有構成要件該當性之行為，此避難行為須為客觀上不得已者，亦即須為避免上揭法益並遭受侵害在客上最後且唯一之手段，易言之，避難行為所侵害之他人法益與所欲保護之法益間，具有不可避免之衝突，而捨此方法別無他途方得為之。又此避難方法本於利益橫量之比例原則，應具有相性不得過當。
- (三) 本題甲四層樓之別墅位於荒效野外之山區，某日深夜該別墅樓下發生火災，甲為避免財物之損失，竟將內裝珠寶之保險箱從四樓窗口往地面推落，適乙騎車很樓下經過，竟被該保險箱擊中不治死亡。本此以觀，甲當時確有生命與財產之緊急危難存在，其為避免危難自得為避難行為，有爭議者乃其將保險箱自四樓推下而擊斃乙之過失致死行為（如甲之行為有應注意而為注意之情形）；是否符合避難行為之要件，應視時尚有無其他得避免財產危難而無須侵害他人之方法，若有，則甲所為即非為客觀上最後且唯一手段，不得主張緊急避難，而論以過失致死罪。

五、甲某日路過某巷道時，突有精神病患 A 持木棒對其毆擊，甲為免被打傷，匆忙間急推路人 B 之身體抵擋，致 B 被毆擊成傷。試問甲應否負何刑責。

答：

甲急推路人 B 之身體，以抵當精神病患 A 之攻擊，致 B 遭 A 毆打成傷，則甲行為是否成立輕傷罪之間接正犯。茲討論說說如下：

- (一) 構成要件該當性：
 - 1、甲於精神病患 A 持木棒將對其毆擊之際，急推路人 B 之身體，以抵擋 A 之攻擊，致 B 遭到 A 毆傷。依此事實可知，客觀上，甲有著手實行急推 B 身

體之行，並致 B 遭到 A 毆打或輕傷之結果，且甲急推 B 身體之行為，與 B 受輕傷之結果間亦具有相當因果關係；另甲在主觀上亦認識，其急推 B 之身體，將可能造成 B 遭到 A 毆打成傷之結果，並決意之，故甲具有輕傷故意。

- 2、由於 A 為精神病患(題示情形 A 應屬刑法第 19 條第 1 項之無責任能力人)，故其毆傷他人之行為並不成立輕傷罪，而甲急推 B 之身體，致其遭 A 毆打成輕傷，應屬利用責任能力人之行為，而為自己實現輕傷罪之犯罪構成要件，因此，甲之行為應評價為輕傷罪之間接正犯，且應當刑法第 277 條第 1 項輕傷罪之構成要件。

六、何謂共同正犯？甲、乙、丙、丁四人在公共場所打麻將賭博財物，是否構成共同正犯？

答：

- (一) 所謂共同正犯係指兩人以上基於共同之行為決定，各自分擔實施犯罪行為之一部，彼此以其行為互相利用，互為補充，而在行為的分工與角色分配的協力下，共同完成犯罪之正犯。刑法第 28 條規定，兩人以上以同實犯罪之行為者，為正犯。即屬之。而本於共同犯罪之意思進行謀議，而由其中一部分之人實施犯罪行為(實行共同正犯)，對僅參與謀議而未親自實施犯罪之人，稱之為其謀共同正犯，大法官會議釋字第 109 號亦採之。
- (二) 另按依通說與實務見解，共犯有任意共犯與必要共犯之分，後者乃須有二人以上之參與實施始能成立之犯罪而言，其尚可分為聚合犯與對向犯。而所謂之對向犯則係二個或二個以上行為，彼此互相對立之意思合致而成立之犯罪，如賭博罪，因行為各有其目的，各就其行為負責，彼此間無犯意之連絡，自無刑法第 28 條共同正犯之適用。故本題甲乙丙丁在公共場所賭博財物，應不構成共同正犯。

七、甲開車超速不慎撞傷乙，緊急閃避之際又不慎撞傷丙，乃緊急煞停，又使丁反應不及而自後追撞受傷，三次過失傷害應如何處罰？可否論以連續犯？

答：

- (一) 按所謂連續犯乃行為人基於一概括犯意，連續為數個可以獨立成罪之故意行為，而分別觸犯數個基本構成要件相同罪名，依刑法第 56 條規定連續數行為犯同一罪名者，以一罪論。是以連續犯成立之主觀要件需行為人基於概括之犯意，亦即須行為人之多次行為自使均在一個預定犯罪計劃內，初於主觀上始終同一犯意之進行，倘中途另有新犯意發生，縱所犯為同一罪名，究非連續其初發之意思，即不能成立連續犯，故連續犯之行為必以出於故意之犯意為必要。
- (二) 承上所述，本題甲因超速不慎撞傷乙，緊急閃避不及又撞傷丙，復使丁反應不及而自後追撞受傷，此際甲雖有連續數個過失傷害行為，惟甲係因過失所致，基於概括故意之連續犯意，故甲不成立連續犯，而應數罪併罰。

八、某甲係我國籍船員，因在國外運輸毒品海洛因，經美國法院判處有期徒刑

10年確定，並執行完畢。問謀甲遣送回國後，我國可否再適用毒品危害防制條例第4條第1項（運輸第一級毒品海洛因，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者得併科新台幣一千萬元以下罰金），對同一事實，予以處罰？

答：

- (一) 甲之運輸毒品之行為，可能該當毒品危害防制條例第4條第1項之罪？
 - 1、查刑法第5條第1項規定：「本法於凡在中華民國領域外，犯下列各罪者適用之。」同法第8款：「毒品罪（下略）」，又查刑法第11條：「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者，亦適用之。但其它法律有特別規定者不在此限。」準此以解，毒品危害防制條例，雖非核心刑法第256條以下之鴉片罪，但實質上即為毒品罪，從而中華民國人民在海外犯此罪，刑法在此採屬人主義，對其國外之運毒行為亦有效力，合先敘明。
 - 2、據上論結，甲於國外運毒之行為，我國法院對此案件有審判權。
- (二) 甲之運輸毒品之行為，雖經美國刑事法院裁判且執行，台灣法院不受其拘束。
 - 1、查刑法第9條：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但外國已受刑法之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」前揭條文所指：「仍得依本法處斷」即係表明對外國刑事裁判我國採取不承認原則，不過如已受刑之執行，我國法院仍得斟酌我國法院判決之結論，免其刑之全部或一部，舉例以言，同一行為如於外國判刑十年，但於我國應判十二年，僅得免其十年徒刑，其餘兩年仍應補予執行。
 - 2、準此以解，甲在美國之運毒行為如前所述，我國法院有審判權；對外國針對同一行為之刑事裁判不予承認，其餘美國如以執行十年，我國法院仍得判決不過可以免其刑之一部執行。

九、甲為世界業餘搏擊冠軍，但是酒品低劣經常酒後鬧事傷人，甲亦深知自己此一缺點。某日甲無意中知悉，其妻乙與友人丙有曖昧情事，甲氣憤不過，乃決定找一機會痛毆丙以洩恨，並藉此給丙一點教訓。一日甲以品酒為名，邀乙、丙共飲，幾杯黃湯下肚後，甲在意識模糊無法控制自己行為之際，突然一拳將丙擊昏，丙於送醫後卻因傷勢過重不治死亡。試詳論：（一）甲之行為，依刑法應如何處斷。（二）故意在刑法中的雙重性格。

答：此為原因自由行為之問題，甲在意識自由下有對丙傷害之故意而為故意將自身陷於精神喪失之狀態，而為傷害之行為此即為實現結果之行為不自由而原因上是自由的，故甲之行為以故意論不因其心神喪失或精神耗弱，而阻卻其故意，又丙受傷後死亡，與甲之傷害有相當因果關係，因甲只有傷害之故意，對於丙之死亡為過失，故甲之行為該當傷害致死罪，通說認故意有兩個層次。構成要件要素之故意：對於構成要件之結果，知其能發生並有意使其發生。罪責要素之故意：即不法意識。即知其行為將違反法規範。不法意識之欠缺，若屬不可避免，則阻卻最罪責；若屬可避免，則僅得減輕罪責。

十、『教唆自殺』和『幫助自殺』其未遂成立之時點是以『教唆、幫助時』或『自殺行為時』應如何判斷？

答:按刑法第二百七十五條規定：『教唆或幫助他人使之自殺，或受其囑託或得其承諾而殺之者，處一年以上七年以下有期徒刑。前項之未遂犯罰之。謀為同死而犯第一項之罪者，得免除其刑。』係一般所稱之加工自殺罪係從行為人對於被害人之死亡是否有支配力而言，可分為兩種類型『教唆或幫助他人使之自殺』、『受其囑託或承諾殺之』，茲就前者既遂、未遂成立之時點及效果說明如下：

(一) 客觀要件

1. 教唆他人自殺係指被害人原無自殺之意思，經行為人誘發，產生自殺之意思而自殺，這裡的『教唆』與刑法總則之『教唆』都是一種造意之行為，差別只在總則的教唆犯其教唆之內容對於被教唆者（正犯）而言，必須具有不法（或罪責），而本罪因被教唆者之自殺行為，並無不法，故無法成立總則之教唆犯，但對於生命法益之重視，因此特別規定處罰該行為。
2. 幫助他人自殺係指被害人原本已有自殺之意思，行為人對於他人的自殺行為提供助力，可能是物理上之助力也可能是堅定其自殺意思之精神上助力，本罪因自殺者並無不法，亦無法成立總則之幫助犯，故特別規定處罰幫助自殺之行為。
3. 教唆他人自殺與幫助他人自殺之既遂，依通說之見解，必須是被害人已為自殺行為而死亡，但有學說認為只要教唆及幫助行為已完成即為既遂，與被害人是否自殺無關。

(二) 主觀要件

教唆自殺故意或幫助自殺故意，係指使他人產生自殺意思之決意，或對於他人之自殺行為提供助力之決意，並進而使被害人為自殺行為之決意。

(三) 處罰之前置化

本罪有處罰未遂行為之明文。對於『未受其囑託或承諾殺之』的類型，其不法與普通殺人罪相同，故本條重點在於『教唆或幫助他人使之自殺之未遂犯』，從何時開始有下列學說：

1. 甲說（甘添貴）行為人基於使他人自殺之犯意，而開始實施教唆或幫助行為時，已為本罪未遂之開始（著手），因此被害人即使未自殺，或已自殺而未產生死亡之結果，均屬本罪之未遂犯。
2. 乙說（林山田）本罪之未遂犯必須是被害人已為自殺之行為，而未生死亡結果，若行為人已為教唆及幫助行為，但被害人尚未自殺，則不成立本條之未遂犯。

(四) 綜上所述，甲、乙二說均有其優點，然本文以為若被害人尚未達於自殺之行為，即課予教唆行為人未遂之罰則，不免過早以罪相繩，與行為人已確實發生自殺行為方加以論處本罪之未遂犯，兩者應有程度上之差別，故宜採乙說為妥。

- 1、甲(夫)、乙(妻)兩人經常吵架。有一天，甲、乙二人吵得相當凶，甲心想與其天天吵架，不如早作了斷，隨即拿起平日打獵用槍技向乙射擊。此時適巧乙蹲下欲取物逃過一劫，惟子卻正好打中藏逾期家門後偷竊犯丙，丙當場血流不止死亡。請問甲應負何刑責？

答：(一)、甲射擊乙的行為，成立殺人未遂罪(刑法第 271 條第 2 項)

甲開槍射擊乙並未導致死亡結果，不成立殺人既遂罪。殺人未遂罪，以行為人主觀上具備殺人故意，客觀上已著手為要件。本題中，甲主觀上

係為殺乙而行兇，客觀上已經開槍實構成要件行為，已達斃著手。題示情形，別無阻卻違法事由並具備責，甲成立殺人未遂罪。

- (二)、甲開槍射中行為，可能成立過失致死罪(刑法第 276 條第 1 項)
- 1、客觀上，丙 的死亡結果與甲的開槍行為具有因果關係。主觀上，甲對丙的死亡欠缺故意，甲對於可能誤射藏於其家後門的竊盜犯如具有預見可能性，則成立過失致死罪。
 - 2、違法性部分，甲可能得主為刑法第二十三條規定之正當防衛。按，竊盜犯丙雖然在客觀上具備現在不法侵害，且甲所為者係有效且必要的防衛行為，然正當防衛以防衛者觀上具備防意思為要件，；題示情形，甲對於防衛情狀欠缺認識，學說稱為「偶然防衛」，屬於「反面容許構成要件錯誤」，其法律效果學說見解不一，惟通說立基於防衛意思必要說的立場，乃主張應成立故意犯罪既遂罪。
 - 3、綜上，甲所為乃屬違法行為，不能主張正當防衛。

- 2、某甲失業，因酒醉於屋內與其母發生爭執，由於大聲喧嘩，引起附近居民報警，警員張三接獲民眾報案後，前往現場楚哩，詎料某甲不聽勸阻，竟於麻醉狀態中出手毆打張三，旋被當場逮捕。

答：(一)、甲於麻醉狀態中出手毆打警員張三，可能成立妨害公務罪

- 1、刑法第一三五條構成要件規定：「對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者…」其所報護法員並非公務員，而是「公務的執行」—國家政務的貫徹。
- 2、由於本罪沒有過失犯的處罰規定，甲必須具有妨害公務故意，才有可能成罪。依案例事實，甲飲酒之初，並無預見其稍後將實施妨害公務的行為，故即使援引「原因自由行為」理論，由於甲自陷精神障礙時，並無妨害公務故意，欠缺故意原因自由行為的雙重故意要求，應不成立妨害公務罪。

(二)、甲於麻醉狀態中出手毆打張三，可能成立傷害罪

- 1、甲於飲酒之初，並無利用酒醉後實施違法行為的故意，欠缺對特定法益侵害的預見可能性，應非原因自由行為。
- 2、其餘麻醉狀態中毆打警員張三時，已因精神障礙，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，無論依刑法修正第 19 條第 1 項，或現行法同條項的「心神喪失」規定，其行為均不罰；不成立傷害罪。
- 3、應予說明者，2005 年刑法修正，固於同條新增第 3 項：「前二項規定，好因故意或過失自行招致者，不適用之。」(下接兩種可能內容)
 - (1)將新法視為原因自由行為的明文文化：惟案例情形，由於行為人所為僅屬於麻醉狀態下的危險行為，基於罪刑法定原則，即便適用新法規定，仍不構成犯罪。學者有主張應填補此一可罰性漏洞，而有必要仿效德國刑法第 323a 條的自醉構成要件(Vollrauch)，於我國刑法中增訂處罰規定者，併予說明。
 - (2)新法僅貌似原因自由行為：由於其未突顯行為人於原因設定階段，即須具有特定法益的侵害故意，是否即為原因自由行為的明文規定，實啟人疑竇。惟無論如何，案例情形仍符合新法描述要件，行為人不能免責。

(三)、結論：甲所為不構成犯罪。

- 3、甲原先要殺死乙，在砍殺乙之後，乙流血但仍活著，此時甲心生慈悲，而到附近電話亭呼叫救護車，然而電話均壞，此時甲束手無策。幸好有路人丙見乙倒地，而即將乙送往醫院，乙因而獲救。試問甲的刑事責任為何？

答：依現行刑法第二十七條規定：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」中止未遂係指，行為人著手實行後，出於己意或自願而放棄行為之繼續實行，或以積極之行為防止行為結果之發生，而成立之未遂犯；性質上屬於「個人解除刑罰事由」。

中止犯的立法目的在透過減免刑罰的方式，在刑事政策上提供行為人放棄行為或積極防止結果發生的誘因(獎賞或赦免)；同時，行為人的中止行為透顯其行為危險性的降低，刑罰必要性自也相應減低。

據上，中止犯規定的適用以「構成要件結果不發生」為前提，題示情形，乙未發生死亡結果是因為第三人丙的送醫救治行為，與甲的防果行為沒有因果關係，甲無第二十七條中止犯之適用，仍負殺人未遂罪之刑責，不得減輕或免除其刑。

惟當行為人在結果發生前，已禁防止結果的真摯努力，然結果之不發生，事實上係由於其他原因所致時(即學說上所稱之「準中止犯」)，就行為人衷心後悔，對結果之發生以盡其防止能事之觀點而言，並無二致，刑事政策上允宜併予適用；2005年修正之新刑法，即放寬中止犯之成立條件，將學說上的『準中止犯』明文化，於新修正刑法第二十七條第一項後段規定：「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦減輕或免除其刑。」再，新刑法明文行為人必須「盡力」防止，並不採學說上的「機會製造理論」，題示情形，行為人僅在著手殺乙後心生慈悲，欲呼叫救護車救乙，然電話均壞，一般理性第三人在價格判斷上，能否認為是適當可靠的防果行為？似值討論。管見以為仍不成立準中止犯，亦無新刑法第二十七條第一項後段之適用。甲仍負殺人未遂罪之刑責，不得減輕或免除其刑。

- 4、某甲有駕駛執照，有一天為了到東部旅行，向某乙借用汽車。某乙表示自己早上還有急事到公司一趟，要某甲先在自己到公司後才順便把車開走。在載某乙前往公司的路上，某甲闖紅燈撞倒行人，行人受重傷。某甲加速離去，某乙因為急著到公司，也不管撞傷行人的事情，導致行人延誤送醫而死亡。某乙在殺人罪或過失致人於死罪的刑事責任為何？

答：(一)、某甲闖紅燈撞倒行人，行人受重傷，某乙可能因此而成立的是「不作為」的過失致重傷罪。惟某甲既已有駕照，法律推定假具有安全駕駛能力，乙將車借給甲，不會被評價為「製造不受容許的危險」。簡之，乙既無危險前行為，亦無監控危險源等作為義務，就甲的駕駛行為不具有保證人地位！以不成立『不作為』過失致重傷罪。

(二)、甲行人延誤送醫而死亡，由於我國欠缺類如德國刑法第323c條「消極不為救助罪」的規定，乙仍未對同一被害人背負作為義務；甲雖然可能因此被認為成立不作為殺人罪(刑§15II、§271I)，乙自始不具有保證人地位，仍然不構成犯罪！

5、甲欲竊取乙家之財物，剛翻牆進入乙住宅之際，即被乙發覺而不警逮捕。問：甲之行為應成立何罪？

答：(一)、甲翻牆進入乙宅，成立無故侵入他人住居罪(刑法第三〇六條第一項)
甲翻牆進入乙宅，係未得居住權人同意而擅自進入的侵入行為，具備客觀不法；主觀上，甲對於侵入乙宅的事實有認識並決意為之，具主觀不法。又甲侵入乙宅並無正當理由，亦無其他阻卻違法事由；甲具備罪責，成立本罪。

(二)、甲翻牆進入乙宅，可能成立加重竊盜未遂罪(刑法第三二一條第二項)

1、甲未竊得物品，竊盜並未既遂。然甲侵入乙宅，依題示，主觀上既具有竊盜故意與為自己不法所有之意圖，客觀上，甲「翻牆」進入乙宅，意係踰越牆垣之行為，就此而言，該當刑法第三二一條第二款之加重條件。

2、關鍵在於，甲剛翻牆進入乙宅，即被乙發覺，能否認為竊盜行為已著手，不無疑義。依最高法院八十二年第二次刑事庭決議，竊盜罪之著手，固不以已經著手搜取財物為必要，但仍以出於行竊之意思接近財務並進而物色財務為必要，據此，甲之行為應尚未達著手竊盜之程度。

3、綜上，甲僅著手實施「加重條件」，而未著手於基礎竊盜行為，自不該當加重竊盜未遂罪。

(三)、結論

甲成立無故侵入他人住居罪(刑法第三〇六條第一項)

6、甲是經辦出納業務的公務員，為了幫助友人暫渡財務困境，竟將經手的一百萬元挪作私用。問：甲成立何罪？

答：(一)、甲將一百萬元挪為私用的行為成立公務侵占罪(刑法§336 I)

1、所謂侵占，是指「據為己有」的行為；亦即「客觀上足以表徵其以所有人自居，並且不以造成所有利益之損害為要件」。申言之，「以所有人自居」，必須在客觀上得以顯示出行為人不法所有意思的實現，亦即行為人的行為必須足以讓人得以認識，其有意使用權限者對於某物或某物所附著的價值，形成持續的分哩，如：贈與、轉讓、出賣、出借、加工等。

2、實務上認為，公務侵占罪的行為人於行為時，必須具有公務員之身分，且本其職務關係而持有他人之物(49 台上 589、29 上 2999)。由上可知，甲成立本罪。

(二)、甲將一百萬元挪作私用的行為成立公務員圖利罪(刑法§131 I)

公務員對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者，為公務員圖利罪。甲為公務員，為圖利其朋友，而對其經辦主管之出納業務所經手之一百萬元挪作私用，並因而獲得利益，成立本罪。

(三)、競合

甲成立公務侵占罪之公務員圖利罪，實務上過往認為公務員圖利罪為公

務員圖利之一般規定，而公務侵占罪則為公務員之特別圖利規定，一法條競合之特別關係，僅依公務侵占罪處斷(44 台上 1200)。惟管見以為，公務侵占罪所保護之法益為財產法益，而圖利罪所保護之法益，乃為國民對公務員廉潔及公正執行職務之信賴，二者間似不具保護法益之同一性，因此，二罪應成立想像競合，從一重論以圖利罪。

7、甲某日至銀行提款新台幣二萬元，因行員忙中有錯，致誤付其二十萬元。甲雖明知有誤，仍提領而去。試問甲應負何刑責？

答：刑法第三三九條第一項詐欺取財罪，以行使詐術，使相對人陷於錯誤，並為財產上處分，使相對人或第三人受有財產損害為要件。又施用詐術，亦友已不作為方式為之者，但以行為人依法令負有告知事實義務為前提(92 台上 423 判決)。因此，行為人違反誠信原則的沈默，並非一律等同於不作為詐欺，而是必須考慮，行為人是否曾經引起相對人的錯誤(製造風險)，並且這樣的沈默已明顯具有一定的解釋或社會意涵。

本題中，甲固隱瞞銀行行員付款錯誤的事實，然甲並未以其領款行為製造風險從而並未負擔任何控制或消滅風險的作為義務；其所為應不成立不作為詐欺。惟行員出錯付甲二十萬元，甲既「明知」有誤，仍提領而去，甲並非該筆溢領款項的所有人，可認為其行為係「易持有為所有」，外顯其以所有人自居的意思，成立侵占罪(刑法第三三五條)。

8、甲深夜酗酒開車，撞傷機車騎士，甲明知有人受傷，卻仍加速離去。警方隨後攔截，酒精檢測結果，發現甲已達不能安全駕駛的程度。問：甲成立何罪？

答：(一)、甲酗酒開車的行為成立不能安全駕駛罪(刑法第一八五條之三)客觀上，甲係服用酒類，經酒測後認定已達不能安全駕駛動力交通工具而駕駛，具備客觀不法。主觀上，甲對於服用酒類而不能安全駕駛有所認識，並進而決意駕駛，具備本罪之故意，有主觀不法。甲無阻卻違法事由，具備最責，成立本罪。

(二)、甲撞傷機車騎士的行為成立過失傷害罪(刑法第二八四條)客觀上，機車騎士的受傷結果與甲的駕車行為有因果關係與客觀歸責，具備客觀不法。甲對於酗酒開車行為可能發生車禍傷及他人，應有其主觀預見可能性，成立過失。甲別無其他阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

(三)、甲明知有人受傷仍加速離去的行為成立肇事逃逸罪(刑法第一八五條之四)客觀上，甲駕駛動力交通工具肇事，致機車騎士受傷而逃逸，具備客觀不法。主管上，甲明知其九架肇事致人受傷，仍決意擅自逃離肇事現場，具備本罪故意，有主觀不法。無阻卻違法事由，具備罪責，成立本罪。

(四)、甲明知有人受傷仍加速離去的行為成立違背義務遺棄罪(刑法§第二九四條第一項)對於無自助力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護者，成立違背義務遺棄罪。依「道路交通管理處罰條例」第六十二條第一項規定，汽車駕駛人，駕駛汽車肇事致人受傷或死亡，應即採取救護或其他必要措施。因此，甲對於受傷騎士依法令有保護義務，其不為救助加速逃逸之行為，具有本罪之客觀不法；主觀上，甲認識到其撞傷騎士，仍決意離去，亦具備遺棄故意。甲無阻卻違法事由，具備罪責，成立本罪。

(五)、競合:甲成立不能安全駕駛罪、過失傷害罪、肇事逃逸最、違背義務遺棄罪,以如前述;其中,肇事逃逸罪與違背義務遺棄罪依目前實務見解,屬法條競合中的特別關係,僅論以肇事逃逸罪,在與不能安全駕駛罪、過失傷害罪,數罪併罰。

9、甲乙為共謀殺丙而檢查即將用以殺人之手槍,甲不知乙已將子彈裝入手槍,當其無意中扣板機時,子彈射出中乙,而乙當場死亡。試問甲成立何罪?試說明之。

答:甲可能違犯的刑責:

(一) 甲為謀殺丙而檢查手槍部份:

1. 甲可能構成刑法第二百七十一條第三項之預備殺人罪;甲與乙共謀殺丙,並已準備手槍為犯案工具,主觀方面有殺乙的故意,問題在於,客觀上甲之行為是否已經〔著手〕;關於著手時點之認定,學說向來有爭議,有客觀理論、主觀理論、主客觀混合理論等。本文以為,若採主客觀混合理論,則由第三人角度觀之,依甲主觀之犯罪計畫檢查手槍之行為尚未使法益陷入直接危險狀態,因此應尚未著手。故不構成刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪。
2. 甲與乙檢查手槍行為,應屬殺人之預備行為,構成刑法第二百七十一條第三項、刑法第二十八條之預備殺人罪之共同正犯。

(二) 誤殺乙部分:

甲可能構成刑法第二百七十六條第一項之過失致人於死罪:甲因不知乙已將子彈裝入手槍,無意中誤扣板機,子彈射中乙而乙當場死亡,構成要件之主觀要件部分,甲射死係屬甲之無意中所為,但就此扣板機之行為,甲顯有輕忽可能會傷及他人的結果,故存在有屬於刑法第十四條之過失,符合本條之主觀要件;而客觀構成要件部分,係誤扣板機,射死乙之行為,則符合刑法第二百七十六條之過失致人於死罪之客觀要件,且違法並有責。

(三) 持有槍械部分:

甲可能構成槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項之罪:甲為殺丙而準備手槍,此之手槍依槍砲彈藥刀械管制條例第四條,屬該條例之違禁品,甲之持有手槍既屬故意,主客觀構成要件均符合,當然符合本條。

10、甲、乙二人爭風吃醋,甲以本棍將乙毆成輕傷。丙見狀過來勸架,甲怒氣未消,把丙也毆成輕傷。試問:甲有幾個行為?是否成立連續犯?應如何處斷?

答:(一) 甲有幾個行為:

1. 行為的概念，依通說見解，係採社會行為說，認為行為，是指人在有意識之下所為之具有社會意義之舉動。
2. 依此說，甲毆傷乙，為一個行為，符合刑法第二百七十七條傷害罪之客觀構成要件，主觀上甲亦有故意，違法且有責；另外甲亦毆傷丙，同時也符合刑法第二百七十七條傷害罪之客觀構成要件，主觀上甲亦有故意，違法且有責。
3. 故甲有二個行為，該當二個傷害罪。

(二) 甲是否構成連續犯？

1. 數行為在學說上，認為有幾個要件，一是必須基於一個概括犯意，二是必須觸犯同一罪名，三是必須侵害同種法益。
2. 甲先後觸犯刑法第二百七十七條傷害罪，係符合觸犯同一罪名；同時亦符合侵害同種法益，但問題是，甲之主觀意思，是否屬於概括故意？
3. 甲於概括故意，其意涵依國內通說，是採整體故意說，亦即需在初行為時即對次行為以下之各行為存有計畫或認識；依此說，甲對丙之毆傷行為，係乎不在其意料範圍之內，而係因怒氣未消，失去控制所為，既非有計畫的整體故意，亦不是在初行為時間對次行為以下之各行為存有認識。

(三) 應如何處斷甲之罪行？

甲之二罪，其犯意各，別行為亦非單一，既無連續犯之關係，自應依第五十條，數罪併罰之。

- 一．甲至 A 百貨公司購物，因店員乙適與男友丙聊天中誤會甲行竊，甲為免誤會迅速離去，乙誤會甲逃跑，仍追呼其為小偷，甲旋被附近巡邏員丁逮補，甲憤而誣指丙為共犯，丁乃急告同行警員戊前往丙宅，於丙臥室內加以逮補，並將丙購自 A 公司之襯衫一件以贓物加以扣押，問丁戊之逮補，搜索及扣押是否合法，請詳述其理由。

答：丁逮補甲之行為：合法

依題意所示，乙誤會甲偷竊，於引離去時，誤會甲要逃跑，乃追呼其為小偷，甲旋為巡邏員警丁逮補，依刑事訴訟法第 88 條之規定，被追呼為犯人者，為準現行犯，而依同條之規定，現行犯不問何人得逕行逮補之，故丁之逮補行為係屬合法。

戊逮補丙之行為：合法

依刑事訴訟法第 88 條之規定，檢察官，司法警察官或司法警察偵查犯罪，有法定原因而情況急迫時，得不用事先聲請拘票而逕行拘提。本條用語雖是逕行拘提，但卻屬於在緊急狀況下無須拘票之不要式之逕行逮補，其法律性質應屬逮補，而非拘提。依現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌重大者，即屬逕行逮補原因之一。本款所謂現行犯，雖有學者主張理論上應不包括準現行犯，惟實務上似認包括在內(檢查機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 15 項)。故甲因準現行犯身分被逮補後，誣指丙為共犯，戊隨即前往丙宅，將丙逮補，應屬合法之處分。

搜索行為：合法

於執行逕行逮捕時，據刑訴第 88 條及 130 條之規定，可附隨執行緊急搜索。亦即司法警察或司法警察官執行逕行逮捕時，雖無搜索票，亦得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及立即可觸及之處所。惟需注意者，如無合法之逮捕即不得為之緊急搜索。是警員戊在合法逮捕丙之時，於丙臥室搜得購自 A 公司之襯衫一件，應為合法之搜索。

扣押行為：合法

扣押，係指為保全可為證據或得沒收之物，而對其取得占有之強制處分。扣押往往伴隨於搜索之後，本法並未對扣押單獨規定扣押令狀，因此所謂「有令狀扣押」。係指緊接於有令狀之搜索，並對所扣押者屬於搜索票所記之應扣押之物，亦即，搜索票同時亦是扣押令狀。扣押之合法性，取決於搜索之合法性及扣押之合理根據。本題實施扣押之員警所為之搜索，係屬無令狀搜索，得為無令狀之扣押。在無令狀搜索之情形，執行搜索機關即為扣押之決定機關，只要發現可為證據或得沒收之物，即得扣押之，故該警員執行無令狀搜索時，亦有扣押之決定權限。本題扣押之襯衫，並非搜索之標的，而屬意外發現之本案應扣押物，則應引用附帶扣押之規定為扣押之依據。綜上，該員警扣押該襯衫之行為，應屬合法之扣押。

二、何謂共同正犯？甲、乙、丙、丁四人在公共場所打麻將賭博財務，是否構成共同正犯？

答：共同正犯係與單獨正犯相對的一種正犯。係指兩個以上行為人，基於共同之行為決意，各自分擔犯罪行為之一部，而共同實現構成要件之參與犯。易言之，即兩個行為人，形成一個犯罪共同體，各自行為人彼此以其行為互為補充，而在犯罪行為之分工與角色分配之協力合作下，共同完成犯罪，達成共同之犯罪目的。因此，每一行為人均係共同決議之實踐者，故在刑法評價上，應相互承擔彼此之刑事責任。

刑法規定處罰之故意犯罪，原則上係就單獨一個行為人之違法所架構而成之構成要件。因此，僅需一人違犯即可實現構成要件，而成立單獨犯。然而，少數故意犯罪之構成要件實現，係以兩個以上行為人參與為必要，關於此種構成要件之犯罪類型，學說上稱為必要之參與犯(必要共犯)。

必要共犯一犯罪之性質，尚可分為「聚合犯」與「對象犯」。

聚合犯，又稱聚眾犯，係指兩人以上朝同一之目標共同參與實施所實現之犯罪，亦即在構成要件上對於同一目標之多眾共同行為為必要之犯罪。例如：內亂罪、公然聚眾妨害公務罪，其本質上係屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度不同，而異其刑罰規定時，各參與不同程度犯罪行為者之間，不能適用於刑法第 28 條之規定外，其餘均應引用刑法第 28 條共同正犯之規定。而對向犯係指在構成要件設計上，雖僅預定一人之行為，但為了實現構成要件內容，必須有對向關係之他方一定之行為協力之必要，如賄賂**絡**、賭博、重婚罪等均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，故無適用刑法第 28 條共同正犯之餘地。

三、甲殺乙，於乙倒地後予以放火，問甲成立何罪？

答：(一)乙死亡：

1. 乙在甲放火前已死亡：

(1) 殺人部分：甲之客觀行為符合刑法第二百七十一條之殺人罪構成要件，主觀上並有殺人故意，「構成要件具備」違法並有

責。

(2) 放火部分：由於乙已死亡，甲之行為可能構成刑法第六十五條之湮滅證據罪，但由於該條必須係湮滅他人之刑事案件證據，故構成要件不合；或可能構成刑法第二百四十七條之侵害屍體罪，從客觀構成要件上觀之確係符合，但主觀故意上卻容有疑問，必須甲在放火前已知乙已死，並有污辱乙遺體之故意，始足當之。因甲本意係在殺人，故應無此污辱遺體之故意。

2. 乙在甲放火前尚未死亡，係死於甲之放火行為：由於甲係先殺乙，乙倒地再放火，其行為整體上應視為一個殺人行為之過程，加上乙死亡，構成要件結果發生，甲之行為既遂，且主觀上甲有故意，違法並有責，構成單一個刑法第二百七十一條之殺人罪。

(二) 乙未死亡：

甲係先殺乙，乙倒地後再放火，其行為整上應視為一個殺人行為之過程，乙未死，構成要件結果未發生，甲之客觀行為係未遂，主觀甲存在殺人故意，違法並有責，構成單一個刑法第二百七十一條之殺人罪之未遂犯。

三．甲乙為共謀殺丙而檢查即將用以殺人之手槍，甲不知乙已將子彈裝入手槍，當其無意中扣板機時，子彈射出中乙，而乙當場死亡。試問甲成立何罪？試說明之。

答：甲可能違犯的刑責：

(一) 甲為謀殺丙而檢查手槍部份：

1. 甲可能構成刑法第二百七十一條第三項之預備殺人罪；甲與乙共謀殺丙，並已準備手槍為犯案工具，主觀方面有殺乙的故意，問題在於，客觀上甲之行為是否已經〔著手〕；關於著手時點之認定，學說向來有爭議，有客觀理論、主觀理論、主客觀混合理論等。本文以為，若採主客觀混合理論，則由第三人角度觀之，依甲主觀之犯罪計畫檢查手槍之行為尚未使法益陷入直接危險狀態，因此應尚未著手。故不構成刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪。

2. 甲與乙檢查手槍行為，應屬殺人之預備行為，構成刑法第二百七十一條第三項、刑法第二十八條之預備殺人罪之共同正犯。

(二) 誤殺乙部分：

甲可能構成刑法第二百七十六條第一項之過失致人於死罪：甲因不知乙已將子彈裝入手槍，無意中誤扣板機，子彈射中乙而乙當場死亡，構成要件之主觀要件部分，甲射死係屬甲之無意中所為，但就此扣板機之行為，甲顯有輕忽可能會傷及他人的結果，故存在有屬於刑法第十四條之過失，符合本條之主觀要件；而客觀構成要件部分，係誤扣板機，射死乙之行為，則符合刑法第二百七十六條之過失致人於死罪之客觀

要件，且違法並有責。

(三) 持有槍械部分：

甲可能構成槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項之罪：甲為殺丙而準備手槍，此之手槍依槍砲彈藥刀械管制條例第四條，屬該條例之違禁品，甲之持有手槍既屬故意，主客觀構成要件均符合，當然符合本條。

四．甲喝酒過量，仍駕車返家，途中經警攔截臨檢，酒測值高達每公升

1.25 毫克，已不能安全駕駛，甲不服取締，當場辱罵警員，甲應受何處罰？

答：(一) 甲之行為可能構成刑法第 185-3 條醉態駕駛罪

1. 刑法第 185-3 條：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相關之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。」
2. 甲酒後駕車，經過酒測發現酒測值高達每公升 1.25 毫克，已不能安全駕駛，是構成本法條之醉態導致不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，故構成本罪。

(二) 甲之行為可能構成刑法第 140 條侮辱公務員公署罪

1. 刑法第 140 條規定：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱，或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。對於公署公然侮辱者亦同。」
2. 甲不服取締當場污辱警察，因此符合本條構成要件要素，是構成本罪。

五. 丙為在我國投資居住之外商，家境極為富裕，其家屬仍留居於外國。

甲、乙二人曾於丙之公司服務，對丙之財產覬覦已久，基於共同犯罪決意，計劃於某假日深夜趁丙熟睡後，帶頭罩侵入丙之住宅，對丙強灌安眠藥使其昏迷，將其綁架並藏匿於預定之住所，藉此向其家屬勒贖。計劃犯罪當日，警方從治安情報得知甲、乙之犯罪計劃，急速通知丙多次未果，遂派出多名便衣刑警埋伏於丙宅附近，俾能保護丙並伺機逮捕人犯。當日深夜，甲乙計劃侵入丙住宅，合力將躺在床上之丙加以壓制，於對丙強灌安眠藥之時，始發現丙已因日間心臟病發作死亡多時，遂放棄後續之犯罪計劃，正欲離開現場時，為警逮捕。問甲乙兩人之行為如何處罰？

答：甲乙二人可能構成刑法第 306 條侵入住宅罪、第 347 條擄人勒贖

未遂罪。甲乙二人基於共同犯罪之決意，共同實行構成要件之行為，二人皆為正犯。

1. 刑法第 306 條侵入住宅罪係保護個人居住自由之權利，客觀上甲乙二人無故進入丙之住宅，妨害其個人生活安寧，客觀構成要件該當；主

觀上二人係基於犯罪之目的而故意為之，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻責任事由，甲乙二人皆成立刑法第 306 條侵入住宅罪。

2. 刑法第 347 條擄人勒贖罪，客觀上需有擄人之行為，且將被害人置於行為人之實力支配下，主觀上需有因勒贖而擄人之故意，但甲乙二人於著手實行犯罪行為之際，始發覺丙已於日間心臟病發死亡多時，遂中止其後續犯罪行為，依刑法第 26 條之規定，二人之行為係屬不能未遂，即其犯罪之客體非有生命之自然人，縱使二人有擄人之意圖與行為，因犯罪之客體不存在，仍不負擄人勒贖之罪責，故甲乙二人不成立刑法第 347 條擄人勒贖罪。甲乙二人成立刑法 306 條侵入住宅罪。

六. 甲酒後駕車，於警察攔檢時，不但拒絕酒測，且當場辱罵及動手毆打警察，經警制服並移後法辦。試問甲應負何刑責？

答：(一) 甲之行為構成刑法第 185-3 條醉態駕駛罪

1. 刑法第 185-3 條：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。」
2. 甲酒後駕車，導致不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，構成本罪。

(二) 甲之行為可能構成刑法第 135 條妨害公務執行及職務強制罪

1. 刑法第 135 條規定：「對於公務員依法執行職務時，施暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。意圖使公務員執行一定之職務或妨害其依法執行一定之職務或使公務員辭職，而施強暴脅迫者，亦同。犯前二項之罪，因而致公務員於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上、十年以下有期徒刑。」
2. 甲動手毆打值勤警員，造成妨礙公務執行，構成本罪。

(三) 甲之行為可能構成刑法第 140 條侮辱公務員罪

1. 刑法第 140 條規定：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱，或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。對於公署公然侮辱者亦同。」
2. 甲於警察攔檢時當場污辱警察，因此符合本條構成要件要素。

七. 甲駕駛汽車六個月內違規被記點六次，受罰吊扣駕照一個月，甲經父親乙同意將乙的駕照送交監理機關抵扣，甲的行為是否構成犯罪？如未經乙同意，則有何不同？

答：(一) 甲經乙之同意，以乙之證件代甲之證件由監理機關吊扣：

此時，甲之行為並不符合刑法分則任何一條罪名之客觀構成要件，故依刑法第一條之罪刑法定主義規定：行為處罰，以行為時之法律有明文規定者，為限，故甲並不構成任何罪。

(二) 甲未經乙之同意，以乙之證件代甲之證件由監理機關吊扣：同樣的，甲雖未經乙之同意，以乙之證件代甲之證件由監理機關吊扣，但除甲之取得乙之證件係為竊盜，構成刑法第三百二十四條之親屬相盜罪之外，其偽以乙之證件代替自己之證件為吊扣行為，仍非刑法分則任何一條罪名之客觀構成要件，復依刑法第一條之罪刑法定主義規定：行為處罰，以行為時之法律有明文規定者，為限，故甲仍不構成任何罪行。

八. 張三騎機車被貨車追撞，司機逃逸，張三受傷自行到派出所報案，

警員甲在報案紀錄表上記載「不小心摔傷」，試問甲成立何罪？

答：(一) 刑法第二百一十三條其構成要件：公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者處一年以上七年以下有期徒刑。

(二) 張三告知警員甲，其係被撞傷，甲自屬刑法第十條規定之依法令執行公務之人，為公務員，而甲竟登載為不小心摔傷，與事實不符，係為登載不實之事項，且其登載於報案紀錄表上，此報案紀錄表上，自屬警員職務上所掌之公文書，符合「公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書」之要件；且此種記載，將對張三發生損害，使其事後的追訴權利受到不必要的限制或障礙，同時亦妨害司法權之發動，因此甲之行為違法並有責。

九. 某甲因殺人案件，地方法院判處無期徒刑，某甲對自己行為極為後悔，向地方法院表示放棄上訴權，請求立即發監執行，地方法院應如何處理？

答：擬制上訴，不因上訴權之捨棄而生影響，即上訴仍為有效繫屬。所謂擬制上訴，依第三百四十四條，為宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應不待上訴依職權逕送該管上級法院審判，並通知當事人，且視為被告已提起上訴。所以本題，由於被告甲在第一審之判決係無期徒刑，適用擬制上訴，不因其捨棄上訴權而受影響。

十. 甲擬殺丙，乃向其知情之友人乙借用武士刀一把，遂赴丙宅，適丙於門前散步，遂將丙砍殺數刀，致丙倒臥血泊中，不醒人事。乙將武士刀借予甲後，甚感後悔，乃暗中尾隨在後，見丙昏迷在地，遂急忙將其護送醫院急救，丙倖而未死。試問甲、乙各應負何刑責？

答：(一) 甲可能構成：故意殺人罪之未遂犯

甲持武士刀砍殺丙，客觀上有殺人之構成要件行為，主觀上亦有

殺人故意，但丙因乙之救助而倖免於死，甲之殺人行為雖著手實行但未發生被害人死亡之結果，故為第二十五條第一項之未遂，為殺人未遂犯，違法並有責。

(二) 乙可能觸犯構成故意殺人罪之幫助犯

1. 乙知情甲欲殺丙，而借與其武士刀為犯罪工具，客觀上有借與武士刀之幫助行為，主觀上乙亦知情，有幫助故意，屬第三十條所規定之幫助犯，但因甲之行為未遂，故係殺人未遂罪之幫助犯。
2. 中止未遂？

乙在其為幫助行為後，即出於己意，積極的防止犯罪行為結果發生，如題例中所稱，將丙送醫急救，丙倖而未死，故乙之行為，符合第二十七條中止犯之規定；已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者。為必減輕或免除其刑。

- 一、請說明刑法上為造文書罪章中所稱「偽造行為」之概念。假設甲將其身份證影印後，將影本上面之出生年一民國 71 年修改為民國 74 年，再影印後報名歌唱比賽，甲之行為是否成立犯罪？

答：(一)、「甲偽造生日之行為，可能構成刑法第 211 條偽造文書罪及行使罪？」：

- 1、查刑法上偽造文書罪主要有兩種保護功能，首先重在擔保機能確認文書具形式上真正，簽名確為製作權人本人所親簽，再者於公文書與業務文書另外著重其「證明機能」即公文書內容必須真實，公務員既不得主動登載不實亦不可使公務員登載，例如身份證即為公文書，又偽造為以無為有，變造則為無修改權限之人所為內容部份變更。
- 2、準上以言，將身份證部份內容於非其權限內加以修改為變造行為，為刑法第 211 條偽造公文書罪，而加以行使係變造公文書之行為，將之影印之影本加之提出行使行為亦為刑法地 216 條之行使行為。

- 二、甲、乙、丙三人退伍後找不到工作，甲便邀乙、丙一起計劃先由其蒐集各小學學生及家長名單，再由乙、丙分別打電話，佯裝綁架學童，要求家長依其指示轉帳至指定帳戶，不然會將學童勒斃，十數次電話共得手三百萬元。請問甲、乙、丙三人是否成立犯罪？又甲向檢察官辯稱其從頭到尾均未參與綁架勒索，警察抓錯人了，是否有理由？

答：(一)、「乙丙之詐欺取財行為，可能構成刑法第 339 條詐欺罪？」：

- 1、查刑法第 339 條係規定普通詐欺罪其條文係明定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者」，乙丙之行為成立該罪。

(二)、「乙丙恐嚇之行為可能構成刑法第 346 條恐嚇取財罪？」：

- 1、查刑法第 346 條單純恐嚇罪係明定：「意圖為自己或第三人不法之所有以恐嚇使人將本人或第三人之物交付者。」乙丙之行為應該當本罪前二項之未遂犯罰之。

(三)、「甲之指揮策劃行為，可能構成刑法第 339 與 346 條罪之共謀共同正犯？」：

- 1、查刑法第 28 條第一項規定：「兩人以上共同實施犯罪行為者，皆為正犯」，條文所謂「共同實施犯罪行為」係規範性要件，其內涵有待理論充實，學說咸認，此係共同正犯之客觀要件，惟此要件事實，除行為外，仍否包括共同謀議之事實，大法官釋字第 109 號解釋肯認「共同謀議之事實」，亦無礙於共同正犯客觀要件之充實，稱此共同正犯為「共謀共同正犯」，簡言之，若行為人居於指揮策劃之地位雖無行為之分擔與實施，依釋字第 109 號中段之意旨應解為共謀共同正犯。惟學說對此不能認同。其論理係本於「行為刑法」之理念，「共同謀議之事實」核其本質，係思想耳，共謀共同正犯若具可罰性，則豈非得處罰思想，「行為刑法」之理念豈不蕩然無存，背離現代刑法思潮莫此為甚，實務執意擴大正犯，難謂具有正當性，苟若不能就「共同謀議之事實」認其為正犯，其「共同謀議之事實」要非不能以教唆行為相繩，其處罰上並無漏洞可言，依刑法第 29 條第 2 項：「教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之」可以明瞭，惟依釋字第 185 號解釋所示：「大法官依憲法第 87 條所為之解釋，有拘束全國機關人民之效力」，本於此，大法官釋字第 109 號縱有不當，在未予補充前，仍應以其為本。
準此以解，甲應論以共謀共同正犯。

三、某甲發現同學某乙出手大方，於是計劃星期天上午侵入某乙的宿舍行竊。此計劃間接為某乙所知道，某乙想到某甲的家境不好乃心生憐憫，星期天早上在書桌上故意放一千元，等著某甲來偷。不久，某甲果然侵入某乙宿舍，尚未著手拿錢，就被房東發現報警逮捕，試問某甲的刑責為何。

答：(一)、被害者的承諾，是指被害人同意行為人侵害其法益。例如同意他人抽取自己的血液。不過，被害人同意他人侵害其法益的情形很多，其在刑法的效果也會因為罪質的不同，而有所差異。就刑法的規定觀之，約有下列數種。承諾在構成要件上不具有意義。如準強制性交罪；承諾為構成要件要素，為刑罰減輕事由。如同意殺人罪；承諾可以使行為不具有實行行為性，如侵入住宅罪、竊盜罪；承諾可以阻卻行為之違法性，如毀損罪。

(二)、由上可知，得被害人承諾可能是阻卻構成要件事由，也可能是超法規阻卻違法事由，無論何者刑法法規並無其相關要件的明文規定。通說認為，其要件如下。

- 1、捨棄的法益必須是被害人可以處分的法益始可。(構成要件階層)
- 2、被害人必須具有承諾的能力，以及其承諾必須具有任意性。(構成要件階層)
- 3、阻卻違法的承諾必須以具體行為表現於外部。(違法性階層)
- 4、行為人對於被害人的承諾要有認識。(違法性階層)
- 5、基於承諾而為的行為必須具有社會相當性。(違法性階層)

(三)、就某甲竊盜罪的刑責而言：

某甲侵入某乙宿舍，即被房東發覺報警處理，並沒有物色或是翻箱倒櫃的行為，所以客觀上並沒有竊取的行為，因此不構成竊盜罪。

(四)、就甲侵入住宅罪的刑責而言：

侵入住宅罪的本質，已經將違背被害人的意思，包含在其中。對此等犯罪的發生，如果有被害人的承諾，則行為根本欠缺構成法條原本所要評價的不法事實性，所以該行為當本不具侵入住宅行為的實行行為性。再者，侵入住宅罪保護的是安全住居法益，此為個人可以處分的法益。本例中的某乙，具有承諾的能力。所以，可以適用得被害者承諾的法理，某甲不構成侵入住宅罪。

四、刑法第 310 條第 3 項規定「對於所誹謗之事能證明其為真實者，不罰。」，試問本條項在犯罪論的體系地位為何？再試述大法官會議釋字第 509 號解釋，對本條項有著如何的新詮釋？

答：(一)、有關我國刑法第 310 條之 3 真實性不罰規定的體系地位，大致上有著如下的學說存在。

1、處罰阻卻事由說

此說認為，行為人指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，而該當於妨害名譽罪時，即使其所陳述的事實為真實，犯罪仍然成立。但可以依照本條項的規定，阻卻犯罪的處罰。

2、阻卻違法事由說

行為人所指摘或傳述之事實，不問其是否為真實或是虛偽的事實，只要毀損他人的名譽，均得構成誹謗罪。惟如不問其是否為真實，均加以處罰，勢必與憲法保障言論自由之精神發生衝突與矛盾。所以，指摘或傳述的行為雖已侵害他人名譽法益，但如能證明其為真實，並且具有公益性，其行為仍屬於正當行為，而欠缺實質之違法性，因而本項不罰規定應認其為阻卻違法事由為妥。

(二)、釋字第 509 號解釋理由說認為「刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確為真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩。」

五、甲為報復公司的解僱，得知公司在郊外之倉庫存放許多貨品，於是趁管理園外出用餐而無人看管時，放火燒掉該倉庫。未料甲剛潑灑汽油而點火後，管理員卻正好返回，為了避免鬧出人命，甲趕緊將火撲滅，然已經將倉庫之一部份牆壁燒燬。試問甲之行為應如何處罰？並說明理由。

答：(一)、甲對公司位於郊外之倉庫放火洩恨，雖係趁管理員外出即該倉庫現未有人所在時為之，但該倉庫仍不失為現供人使用之建築物。

(二)、惟甲在管理員返回後，為免鬧出人命將火撲滅，是否可構成中止未遂而減免其刑，按終止未遂之成立要件，在主觀上行為人需出於己意自願放棄犯刑之實施，依題意甲係見管理員返回怕鬧出人命而中止犯行，即管理員若未返回，則甲仍會繼續犯行，故不符合中止未遂「自願中止」之主觀要件，故甲之行為無由成立中止未遂。

(三)、且依題意甲將倉庫牆壁部份燒燬，將使倉庫存放庫存商品之效能喪失，依實務見解已達於「燒燬」之程度，甲亦無其他阻卻違法或阻卻罪則事由，故甲應成立刑法第 173-1 放火罪之既遂。

六、張三騎機車被貨車追撞，司機逃逸，張三受傷自行到派出所報案，警員甲在報案記錄表上記載「不小心摔傷」，試問甲成立何罪？

答：依題旨所示，應成立刑法第 213 條之偽造文書罪，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者構成本罪，處一年以上、七年以下有期徒刑。其文書之形式為真，而內容虛偽，學者稱之為「無形偽造文書」。其要件有四：

- (一)、本罪主體須為公務員。
- (二)、須明知所登載者為不實之事項。
- (三)、須登載於職務上所掌之公文書。
- (四)、須足以生損害於公眾或他人，否則不為罪。

合於上四要件，即構成本罪，如某書記官私將訊問筆錄更正，故為有利於被告之記載，即應成立本罪。

七、甲為通緝犯，某日投宿旅社時，為掩飾身份，乃持拾獲之 A 之身分證，使該旅社服務生以 A 之姓名登載於旅客登記簿上。試問甲應負何刑責？

答：本題中，甲持拾獲之 A 之身分證投宿旅社並使旅社服務生以 A 之姓名登載於旅客登記簿上，甲並未偽造或變造身分證，亦不構成行使偽造、變造之文書，惟是否構成第 215 條業務上登載不實罪之間接正犯？

實務上主張，刑法對於普通人使從事業務之人登載不實之事項於業務上製作之文書之行為無處罰之明文，而第 215 條罪應認為有排斥普通人成立間接正犯之適用，此觀諸第 213 條、214 條之關係，其意甚明，依罪刑法定原則，甲之行為不構成犯罪。

八、甲婦某日將其六歲之女兒乙鎖在家中。外出買菜，一日鄰居發生火警，延燒其家，乙被困於屋內，不得逃生，致慘被燒死，問甲應負何刑責？

答：結論：甲應負刑法第 276 條第 1 項過失致死罪。

理由：因當甲婦外出買菜之際，對乙之安全負有注意之義務，但若非其所能注意或其注

意義務已盡而仍不免發生結果時，即可不負過失責任。本題甲婦雖為保護其女乙，

而將乙鎖於屋內，但對可能萬一發生之危險，甲應能預見而未預見，以致鄰居失

火，其女乙被困於屋內不得逃生慘被燒死，故甲將女兒鎖在屋內之行為與其女兒

之死亡，有因果關係。惟對私行扣禁行為，缺乏違法性之認識，不負私行拘禁罪

責，只負過失致人於死之罪責。

九、甲冒充警察對路人乙實施臨檢，甲之行為應成立何罪？

答：(一)、按甲冒充警察對路人乙實施臨檢之行為，可適用之法條有刑法第 159 條「公然冒用公務員服飾、徽章或官銜罪」及第 158-1 條「冒充公務員而行使其職權」之罪，惟甲除冒充警察之行為外，更進而對路人乙實施臨檢，行使警察職權，故甲之行為，自無適用刑法第 159 條「公然冒用公務員服飾、徽章或官銜罪」之規定，而應處以刑法第 158 條「冒充公務員而行使其職權罪」。

(二)、甲無職權而對路人乙實施臨檢之行為，已犯刑法第 302 條剝奪他人行動自由罪，此乃一行為構成刑法第 158 條第 1 項與妨害自由罪之想像競合犯，應依第 55 條想像競合之規定，從一重處斷，處以妨害自由罪。

十、甲女教唆乙男、丙女對丁女強制性交，當乙男、丙女強拉有些醉意之丁女上車，打算載往郊區由乙男加以性交時，途中為警察逮捕。試問甲女、乙男、丙女之行為應如何處罰？並說明理由。

答：(一)、甲之罪則：甲教唆乙男、丙女對丁女強制性交，但當乙丙二人強拉丁女上車打算載往郊區時，即為警逮捕，乙丙二人強制性交為遂，且由於強制性交之正犯共有乙丙二人故甲女應論刑法第 29 條第 3 項、第 222 條第 2 項加重強制性交教唆未遂罪。

(二)、乙之罪責：乙有對丁女為強制性交之故意，在客觀上與丙女共同強拉丁女載往郊區之妨害自由行為應已構成強制性交之著手，故乙之行為構成刑法第 222 條第 1 項加重強制性交罪，惟其尚未既遂即為警逮捕，故應論以刑法第 222 條第 2 項加重強制性交教唆未遂罪。

(三)、丙之罪責：丙與乙共同強制性交之犯行，與乙相同，論以刑法第 222 條第 2 項加重強制性交教唆未遂罪。

一、禁戒處分為保安處分之一種，依刑法第 88 條及第 89 條規定，其要件為何？

刑法第 88 條規定：「施用毒品成癮者，於刑之執行前令入相當處所，施以禁戒。前項禁戒期間

為一年以下。但執行中認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。」第 89 條規定：「因

酗酒而犯罪，足認其已酗酒成癮並有再犯之虞者，於刑之執行前，令入相當處所，施以禁戒。前

項禁戒期間為一年以下。但執行中認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。」依此規定

可知，禁戒處分之要件為：

(一)禁戒之對象：

1. 施用毒品成癮者；2. 因酗酒而犯罪，且足認其已酗酒成癮並有再犯之虞者。

(二)禁戒之期間：

於刑之執行前令入相當處所，施以禁戒。禁戒期間為一年以下，但執行中認無繼續執行之必要

者，法院得免其處分之執行。

(三)禁戒之處所：

設置醫師及適當設備之相當處所，一般均為公立之勒戒所。

(四)禁戒之目的：

禁除不良嗜好，以根除犯罪之誘因

二、甲女與丈夫乙情感不睦。乙每遇心情不佳之時，即對甲辱罵與拳打腳踢。長期以來，由於畏懼身材魁梧的乙會對自己施以更嚴重的暴力行為，甲對乙的拳打腳踢行為總是逆來順受，不加反抗。但長年累月折磨下，甲的身體與精神都已瀕臨崩潰。甲雖有帶小孩離家的念頭，但因本身無謀生能力，也無可依靠之親友而作罷。某日，乙於酒後對甲丟擲碗筷，不過，乙的控制能力因酒精作用受到影響，甲順利躲過此攻擊，但卻惹怒了乙。為了阻止乙繼續施暴，甲在乙起身時順手拿起桌上水果刀在乙面前喝阻乙，乙不怕仍要衝過來打甲。甲在驚慌之餘，朝乙胸前連續刺了數刀，致乙流血不止昏迷倒地。雖經甲緊急送醫急救，乙仍因左胸腔刺創大出血，不治死亡。試問：針對以水果刀刺針乙胸前，針針乙死亡針果，甲是否針針故意？甲的行為是否為刑法第23條正當防衛行為？甲的行為是否甲刑法第23條但書之防衛過當？

(一)刑法學理上所稱之「故意」，於內涵上包含「認知」（知）及「意欲」（欲）兩大要素。所謂

「認知」，係指行為人心理上認識（預見）符合構成要件之事實，因「故意」一般在刑法的體

系定位上同時作為主觀構成要件要素及罪責要素，是故，於主觀構成要件的故意，其認知內涵

上基於對應原理，應係指行為人主觀上的想像之事實符合「客觀構成要件」之內容。

至於「意欲」，所指者即為實現客觀構成要件之決意。一般而言，對此要素之內涵，通說係採

取「容任理論」，此理論認為若行為人認識構成犯罪事實發生的可能性，而內心也並不反對此

等事實之發生，則行為人的行為出於未必故意。如果行為人在內心並不接受此事實之發生，或

希望此等事實之不發生，則行為人欠缺故意。

本案中，甲以水果刀刺入乙心臟之行為，如題意所示，雖係於緊張之情緒狀態下所為之行為，

然應仍符合前開認知及意欲之內容與要件，而認甲之行為應具有構成要件故意。

(二)刑法第二十三條中的正當防衛此一阻卻違法事由，在成立要件上包括主觀要件（防衛意識）與

兩大客觀成立要件。本題中雖甲之行為，於主觀上應具有防衛意識較無疑義，然其是否符合客

觀成立要件，則有待探求，謹就客觀成立要件部分分別檢討如下：

1. 防衛情狀（現在不法侵害）：

此要件中包含了「現在性」與「不法性」兩層次的要求。一般而言，所謂「現在侵害」，係

指「侵害直接即將發生、業已開始或尚在持續中」。本題中縱認乙尚未開始其對甲之侵害行為，惟依學理上之「有效理論」，亦即，侵害者的侵害行為已經達到防衛者最後的有效防衛時間點即屬「現在侵害」。至於所謂的「最後的有效防衛時間點」，係指如果超過此一時點，防衛者即無法達到防衛的目的，或者必須開始承擔風險，或是必須付出額外的代價。本題中，對甲而言既已達到此一「最後的有效防衛時間點」，乙之侵害應已屬現在侵害。退步言之，乙之侵害縱未開始，其對甲長久以來之暴力相向，亦可解為學理上之「持續性危險」，而符合現在性之要件。

此外，就不法性部分而言，一般通說咸認為侵害行為需為「不法行為」（構成要件該當且具違法性），但侵害行為不以侵害者具有罪責為必要。本題中依題意所示，雖乙的控制能力因酒精作用受到影響而可能影響罪責，然不影響其「不法性」之要件。

2. 防衛方式：

通說認為，除有法益極端失衡或社會倫理之防衛限制之情形外，行為人之防衛行為，僅需具備適當性與必要性即可。亦即，防衛行為需為有效阻止或減緩侵害之行為（適當性），且是同等有效之防衛行為中，侵害最小者（必要性）。本題中，乙之防衛行為應符合前開要件。

是故，綜上所述，甲之行為應屬正當防衛而得依刑法第二十三條阻卻違法。

(三)學理上所稱之防衛過當，係指於客觀要件上，雖符合防衛情狀之要件，然欠缺防衛方式中適當性與必要性之要求者。本題中，除非認為乙因欠缺罪責，而產生社會倫理限制之情狀，否則甲之行為既已符合適當性與必要性之要求，應非屬防衛過當。

三、甲因生意失敗，窮秋潦倒，遂於民國 95 年 5、6 月間，連續侵針 A、B 兩家行竊；復於

民國 95 年 7 月間，連續侵針 C、D 兩家行竊。試問對甲應如何論罪科刑？

此題乃連續犯適用之問題，本法民國九十四年二月二日之修正，廢除了連續犯相關規定，並自

九十五年七月一日施行。連續犯之規定乃以概括犯意犯數罪的情形，其規定：連續數行為而犯

同一罪名者，以一罪論，但得加重其行之二分之一。修法刪除之，云：

本法規定連續犯以來，實務上之見解對於本條「同一罪名」之認定過寬，所謂「概括犯意」，

經常可連綿數年之久，且在採證上多趨於寬鬆，每每在起訴之後，最後事實審判決之前，對繼

續犯同一罪名之罪者，均適用連續犯之規定論處，不無鼓勵犯罪之嫌，亦使國家刑罰權之行使

發生不合理之現象。因此，基於連續犯原為數罪之本質及刑罰公平原則之考量，其修正既難以

週延，爰刪除本條有關連續犯之規定。合先敘明。

然於此題，其連續犯之犯行係一部在新法施行前，一部於新法施行後，此即生疑義。九十五年

六月間，連續侵入 AB 兩家行竊，依我國新修正刑法第二條規定：行為後法律有變更者，適用

行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。

因此，就連續

侵入 AB 兩家而言，可適用舊法並無疑義，因此，就此兩行為適用舊法五十六條之連續犯規定，

較新法之數罪併罰而言，對行為人亦較有利。

然，連續侵入 CD 兩家行竊部份，乃在新法施行之後，是否可以適用連續犯之規定即生疑義。

若依新修正刑法第二條規定，則適用行為時之新法，無法適用舊法連續犯之規定。

民國 95 年 05 月 23 日最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議對此有發表見解。其謂：「連續數行

為而犯同一之罪名，均在新法施行前者，新法施行後，應依新法第二條第一項之規定，適用最

有利於行為人之法律。部分之數行為，發生在新法施行前者，新法施行後，該部分適用最有利

於行為人之法律。若其中部分之一行為或數行為，發生在新法施行後者，該部分不能論以連續

犯。」此見解與上述相同。

故依前述，AB 部分可適用連續犯之規定，乃竊盜罪之連續犯；其後對 CD 之竊盜不可適用連續犯規定，必須依新法數罪併罰之。

四、我國刑法規定的主刑有哪幾種？有請任舉兩個加重其刑的規定；兩個減輕其刑的規定。

依我國刑法第33條規定，刑罰之主刑有下列五種：

死刑。

無期徒刑。

有期徒刑：2 月以上 15 年以下。但遇有加減時，得減至 2 月未滿，或加至 20 年。

拘役：1 日以上，60 日未滿。但遇有加重時，得加至 120 日。（修正前刑法規定為 2 月，但

遇有加重時，得加至 4 月）

罰金：新臺幣 1000 元以上，以百元計算之。（修正前刑法規定為：1 元以上）

刑法關於加重其刑之規定：（請任選 2 種）

刑法第 47 條規定：受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒

刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至 2 分之 1。

刑法第 58 條規定：科罰金時，除依前條規定外，並應審酌犯罪行為人之資力及犯罪所得之

利益。如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重。

刑法第 134 條規定：公務員假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯本章以外各罪者，加重其刑至 2 分之 1。

刑法第 170 條規定：意圖陷害直系血親尊親屬，而犯前條之罪（誣告罪）者，加重其刑至 2 分之 1。

刑法第 204 條第 2 項規定：從事業務之人利用職務上機會犯前項之罪（偽造有價證券之預備犯）者，加重其刑至 2 分之 1。

刑法第 231 條第 2 項規定：公務員包庇他人犯前項之罪（圖利使人為性交或猥褻行為罪）者，依前項之規定加重其刑至 2 分之 1。

刑法第 231 條之 1 第 3 項規定：公務員包庇他人犯前 2 項之罪（強制使人為性交或猥褻行為罪）者，依各該項之規定加重其刑至 2 分之 1。

刑法第 232 條規定：對於第 228 條所定受自己監督、扶助、照護之人，或夫對於妻，犯第 231 條第 1 項、第 231 條之 1 第 1 項、第 2 項之罪者，依各該條項之規定加重其刑至 2 分之 1。

刑法第 250 條規定：對於直系血親尊親屬犯第 247 條至第 249 條之罪者，加重其刑至 2 分之 1。

刑法第 264 條規定：公務員包庇他人犯本章（鴉片罪）各條之罪者，依各該條之規定，加重其刑至 2 分之 1。

刑法減輕其刑之規定：（請任選二種，下以刑總為主）

刑法第 16 條規定：除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。

刑法第 18 條第 2 項、第 3 項規定：14 歲以上未滿 18 歲人之行為，得減輕其刑；滿 80 歲人之行為，得減輕其刑。

刑法第 19 條第 2 項規定：行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑。

刑法第 20 條規定：瘖啞人之行為，得減輕其刑。

刑法第 23 條但書規定：防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。

刑法第 24 條第 1 項但書規定：避難行為過當者，得減輕或免除其刑。

刑法第 25 條第 2 項規定：未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。

刑法第 27 條規定：已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同；前項

規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防

止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。

刑法第 30 條第 2 項規定：幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。

刑法第 31 條第 1 項規定：因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，

雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。

五、甲以殺乙的意思，用手槍向乙扣板機；但是正巧也遇乙為了屢次伺機殺甲，而以手

槍向甲發射。若甲未向乙扣板機；可能他自己已被殺害身亡。就客觀情勢而言，甲

之行為無異是針對乙之現在不法侵害所為之自行防衛。

分別就客觀主分刑法理論與主觀主分刑法理論，申論是否針立正當防衛而阻卻違

法？

「防衛之意思」，其意所如何？是否所出於防衛之所的？

正當防衛之適用

依據客觀主義刑法理論，不法行為之判斷，僅以行為之外在要素為準，至於行為之內在要素

（故意過失），則屬於罪責的內容。依此，構成要件該當性與違法性之有無，純粹依客觀事

實判斷之。正當防衛作為阻卻違法事由，不必以防衛意思為必要。依此，客觀上甲於槍殺乙

時，依事實所述，係對乙之現在不法侵害所為之必要合宜防衛，符合正當防衛之阻卻違法客

觀要素，即能阻卻違法性。

依據主觀主義刑法理論，不法行為之判斷，包括行為之客觀與主觀面，至少在故意犯，故意

已成為主觀不法要素。依此，阻卻違法事由亦以主觀阻卻違法要素存在為必要，以平衡故意

行為之行為非價。正當防衛以防衛意思為必要。依此，甲的殺人行為雖具備正當防衛之客觀

要件，但其對於乙亦對之開槍之現在不法侵害事實欠缺認識，故欠缺防衛意思，不得阻卻違

法性。此時之「偶然防衛」，僅涉及既未遂犯之可罰性。

防衛意思之內容

防衛意思係指行為人對於符合正當防衛之事實的認識。詳言之，行為時行為人應對於現在不

法侵害且必要之防衛手段的事實有正確的認識。上例中，甲應對乙亦對之開槍，且若甲的開

槍是有效避免自己死亡之最後手段的事實有完整認識，始具備防衛意思。

按照通說，防衛意思不以防衛目的為必要，出於其他動機亦可。只要有正當防衛事實之完整

認識，即足以平衡故意之行為非價。並且在事實上防衛情狀緊急，防衛目的之要求可能過度

限制防衛權之行使。

六、民國九十四年二月二日總統另修正公佈而自九十五年七月一日施行之刑法，其中第

二十九條「教唆犯」作如何修正？假甲教唆乙去殺害丙，乙應允後，不幸於前往丙

家途中不幸於前往丙家途中，因車禍身亡，問甲的行為，應如何論處？試就刑法第

二十九條修正前後修正前之規定，分別說明之。

新法修正

關於教唆犯之規定，舊法第二十九條第三項規定：被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂論。

學說上稱之為未遂教唆。

例如，教唆行為已經完成，但被教唆人未萌生犯意，或已萌生犯意卻仍在預備階段，則皆為

未遂教唆，依舊法第二十九條第三項處罰之。

然而，學說上迭有批評，認為共犯重點在於從屬性，若無正犯之成立，應無容許成立共犯。

此次立法理由亦宣稱：「舊法所稱之共犯獨立性，乃側重處罰行為人之惡性，與現行刑法處

罰犯罪行為為基本原則有違」，故仍採限制從屬說。

依此，共犯之成立，依限制從屬說之立場，共犯仍以正犯行為為必要，使足當之，而上述兩

例，無論未生決意或已生決意但未著手實行，皆不成立犯罪為是，因此舊法第二十九條第三

項，刪除之。

依新法規定，教唆犯仍以正犯成立為必要，而教唆之處罰，則側重於正犯之既遂未遂來作論

斷，應屬可採。

甲是否成立預備殺人之教唆犯

此題甲教唆乙殺害丙，乙已萌生殺意，是具故意，甲亦有教唆故意無疑。然乙卻於前往丙家

途中車禍身亡。

若依舊法，此乃前述典型之：「被教唆人已萌生犯意卻仍在預備階段」，於舊法，依刑法二十

九條第三項，應處罰之，因共犯具有獨立性，因此教唆人本身已作成其教唆形為，雖被教唆

人未至犯罪，或僅於預備階段，但其惡行仍重大，故仍須以未遂之罪論之。

若依新法，改採學者所主張之限制從屬性說，揚棄共犯獨立之立場，其宣稱共犯之成立，在

於正犯行為之從屬，亦即共犯之成立，以正犯行為之存在為必要。若無正犯之存在，則共犯

亦無從附麗。管見以為，共犯乃擴張處罰，其雖有獨立之處罰根據，但就成立而言仍需以正

犯成立為要，否則有違共犯的擴張處罰本質以及溯及禁止原則。

依此，若依新法規定，必須正犯已著手實行犯罪，方能成立教唆犯。茲有疑義

者，若正犯已為預備行為，則是否屬著手實行犯罪？在日本法上，著手實行乃指未遂之著手而言，而修法立法理由亦敘明：教唆犯應適用既遂或未遂處罰，以被教唆者所實施之構成要件既遂或未遂為斷，其並未提到預備之觀點，似乎不應成立預備之教唆犯。就法理言之，預備犯並非不能成立教唆犯，但應以預備犯乃獨立之構成要件為是。若以殺人預備為例，其並非獨立之構成要件，乃擴張處罰之規定，若採共犯乃擴張處罰之觀點，則乃屬擴張之擴張，似有不妥，再觀立法理由及此次修法精神，應否定預備之教唆犯，學說上亦將預備之教唆歸類至舊法底下之第三項，新法既刪除之，應否定預備之教唆犯，故依新法，甲應諭知無罪。

七、「繼續犯」和「狀態犯」其告訴期間，追溯期間各自何時起算？又「繼續犯」如其犯罪行為繼續實施之中，其間遇有法律變更，有無刑法第二條第一項「行為後法律變更」之適用。

追訴期間起算

狀態犯乃行為一旦造成，則就會有法定的違法狀態，亦即犯罪一經既遂，即告終了，立法者的非價重點將是一定違法狀態的導致，例如傷害、毀損等。

因此，其追訴時間點，依刑法八十條第二項規定，應由犯罪成立時起算，若是行為犯，則以犯罪成立之日、行為完成之日起算，若屬結果犯，則因結果發生才為既遂，顧忌遂犯以結果發生之日起算，若是未遂犯則仍以行為完成之日起算。

而繼續犯乃以行為人之意思決定違法情狀之長度。因此立法的非價重點，在於行為人以意思決定此違法狀態之期間，因此一旦行為完成之時，則屬既遂，但犯罪之終了，需等待違法情狀之結束。例如私刑拘禁罪為是。

此種犯罪，其追訴時效進行仍應以犯罪終了為準，若以行為成立為準，則可能使長時間之違法狀態過後已過法定追訴期間，其慎不妥當，因此依本法第八十一條第二項但書規定，犯罪行為有繼續狀態者，自行為終了之日起算追訴期間，乃屬正確。

法律變更之適用

關於法律變更，此次新修法有所修正：舊法第二條規定，行為後法律有變更者，適用裁判時之法律，而新法修正後，行為後法律有變更者，則是用行為時之法律，但無論新舊法，皆有從輕原則之適用。

然若有出現橫跨之時間，是否有此條之適用？此須有兩前提：一為新法第二條第一項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，於新法施行後，應適用新法第二條第一項之規定，為「從舊從輕」之比較。二為：基於罪刑法定原則及法律不溯及既往原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，必行為時與行為後之法律均有處罰之規定，始有新法第二條第一項之適用。此乃九十五年第八次刑庭決議之明確見解。若符合前述兩前提，方有第二條之討論。若繼續犯之違法狀態，橫跨新舊法，其間有法律變更，而新舊法皆有處罰之時，應適用第二條關於從舊從輕原則，原則上適用舊法，但若新法較舊法輕則適用新法。繼續犯乃一體無從分割，和此次之連續犯本質乃數行為不同，而罪刑法定主義乃側重行為人行為時違犯法律狀態，因之若其間法律變更應視為「行為後」法律變更，而非「行為前」之法律變更，其可適用刑法第二條之規定應屬可採。

八、根據我國現行刑法中之規定，說明準中止犯之成立要件。

「準中止犯」，是指在實行未遂的情況下（著手未遂無準中止犯），行為人雖已盡真摯努力，且本來也可以有效防止犯罪結果的發生，卻因為被害人自己或第三人的行為，先於行為人的中止行為，導致結果的不發生與行為人的中止行為間，不具因果關係。要之，「準中止犯」大前提是「犯罪結果的不發生」，其與中止犯的差異，僅在於結果的不發生與行為人的中止行為間，不具因果關係，其餘主、客觀要件要求均同。2005年刑法修正，已於第27條第1項與第2項後段規定：「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。」使準中止犯亦能適用減免其刑之規定。所謂「結果之不發生，非防止行為所致」，如：第三人行為介入；被害人自己行為；自然事實。

九、試舉例及法條規定解釋下列刑法概念，並說明兩者之關係或區別：

刑法與犯罪（法治國原則） 有認識過失與未必故意

刑法與犯罪（法治國原則）

刑法涉及國家刑罰權，其規範內容在於犯罪行為的成立要件及對此科處刑罰或保安處分等法律

效果。至於法治國原則係公權力與行政在憲法層次上的指導原則，亦即實質的法治國憲法原則。

由於刑法的規定與施行，均會動用公權力以剝奪或限制人民在憲法上所保障的基本自由與權

利，故刑事立法、刑事司法與刑事執行，均不得與法治國原則有所違背。為能貫

徹，刑法必須

恪遵罪刑法定原則「無法律、無刑罰；無法律、無犯罪」；罪責原則「罪罰相當」；人道原則

「廢除唯一死刑並設計假釋制度」。

有認識過失與未必故意

有認識過失

有認識過失又稱為有意識過失，係指行為人雖然認為其行為有實現不法構成要件的可能性，

但因違背義務與可非難的過份自信，而認為其行為不致實現不法構成要件，進而貿然地從事

其原所欲實行的行為，終致實現不法構成要件的主觀心態。本法以「行為人對於構成犯罪之

事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。」（§14Ⅱ），規定有認識過失的法律

定義。

未必故意

未必故意又稱間接故意，乃謂行為人主觀上對於構成要件的實現有所預見，而聽任其自然發

展，終致發生構成要件該當結果，或實現不法構成要件的主觀心態。本法將未必故意規定為

「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」（§13

Ⅱ）。

區別

無論有認識過失或未必故意，行為人同樣對於構成犯罪的客觀事實「有」預見。

惟兩者在主

觀心態上卻各不相同，未必故意係「容任」不法構成要件的實現，行為即使果真實現不法構

成要件，亦與行為人的本意不相違背；相對地，有認識過失對於不法構成要件的實現並無容

任的態度，倘若實現不法構成要件，則與行為人的本意有違。

十、何所共同正犯？其與刑法分若之針夥犯，或實務上所稱之「必要共犯」有何關係或

如何區別？現行刑法對於「共同正犯」有何修改？試加以評述？

共同正犯

共同正犯係指兩個以上的行為人，基於共同的行為決意，各自分擔犯罪行為的一部，而共同實

施構成要件的參與犯，以有別於單一行為人的單獨犯罪而成立的單獨正犯。申言之，即兩個以

上的行為人，形成一個犯罪共同體，各個行為人彼此以其行為互為補充，而在犯罪行為的分工

與角色分配的協力合作下，共同犯罪，達成共同的犯罪目的。由於每一個參與者，均係共同決

意的實踐者，故在刑法的平價上，各自成立正犯。

共同正犯與結夥犯

結夥，原指二人以上基於共同犯罪之意思而結為一夥，並進而為犯罪行為之實施者而言，與共

同正犯之概念同其涵義。依實務見解，結夥犯之成立應符合三個要件：

多數行為人相互間有意思聯絡（18 上 1253、23 上 1220）

在場實施或分擔實施，不包括同謀共同正犯（76 台上 7210）

非無責任能力之人（30 上 1240、37 上 2454）

共同正犯與必要共犯

共犯在學理上，有「任意共犯」與「必要共犯」之分，前者指一般原得由一人單獨完成犯罪而

由二人以上共同實施之情形，當然有刑法總則共犯規定之適用；後者係指須有二人以上之參與

實施始能成立之犯罪而言。且「必要共犯」依犯罪之性質，尚可分為「聚合犯」與「對向犯」，

其二人以上朝同一目標共同參與犯罪之實施者，謂之「聚合犯」，如刑法分則之公然聚眾施強

暴、脅迫罪、參與犯罪結社罪、輪姦罪等是，因其本質上即屬共同正犯，故除法律依其首謀、

下手實施或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰之規定時，各參與不同程度犯罪行為

者之間，不能適用刑法總則共犯之規定外，其餘均應引用刑法第二十八條共同正犯之規定。而

「對向犯」則係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、

賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，

苟法律上僅處罰其中部分行為者，其餘對向行為縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立

該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰之明文，當

亦無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地。

現行刑法對共同正犯之修改與評析

刑法第 28 條將「實施」改為「實行」，立法理由在否定「陰謀共同正犯」與「預備共同正犯」，

並認為無礙現行實務處罰「共謀共同正犯」的立場。

批評意見則認為立法理由略有矛盾；其既然認為共謀共同正犯應予否認，就應修法使刑法實務

不能再處罰共謀共同正犯，而不是反而修法予以肯定，同時，修改一字也無礙現行實務對於共

謀共同正犯的處罰。

一、甲、乙相約夜間向丙家行竊，由甲進入丙家，乙在外把風。甲以為丙不在家，甲進入後被丙發現，雙方發生互毆。甲將丙打死後竊得丙之手機兩支，將其中一支交給乙時告知將丙殺害之事實。問甲、乙應如何論罪？（25 分）

《擬答》

（一）甲之部分：

1. 甲打死丙之行為，可能構成刑法第二百七十一條第一項之殺人既遂罪。客觀上甲的行為造成乙死亡之結果，具有因果關係與客觀歸責，主觀上甲亦有殺人之未必故意（題意不清，若無殺人故意則應構成傷害致死罪）。然而於此需討論甲可否主張正當防衛而阻卻違法？正當防衛之要件，在客觀上需有現在不法之侵害以及防衛行為，主觀上需有防衛意思；而本題丙為防止甲入宅行竊得逞而毆打之行為，本即可主張正當防衛而阻卻其違法性（因甲入宅欲行竊之時，對丙而言已符合現在不法侵害之要件），是故，甲於出手毆打丙之時並未存有一現在不法之侵害，職是，甲並不得主張因防衛丙對其人身之侵害而阻卻違法。甲無其他阻卻違法事由，且有罪責，甲成立本罪。

2. 甲可能構成刑法第三百三十條之加重強盜罪。

甲原本欲夜間侵入住宅行竊，竊盜尚為著手前基於殺人故意著手殺人並取走丙之財物，應認為甲對於財產犯罪部分已從竊盜意思轉換為強盜故意，而以殺人之行為作為強盜罪之強制行為，並已使丙不能抗拒，雖丙死後甲才建立財物之持有，但甲既在丙死亡前已著手強盜侵害丙之自由及財產利益，是否丙死後才建立持有並非重點，故甲應成立夜間侵入住宅之加重強盜罪。財產犯罪並非以財物之個數計算罪數，故甲雖強盜二支手機，仍僅構成一個強盜罪。

3. 甲可能構成刑法第三百三十二條第一項之強盜殺人罪

強盜殺人罪之結合犯，不論強盜及殺人行為之先後或同時為之（部分重疊）依通說及實務見解均應論以強盜罪之結合犯，對於結合犯之故意，學說及實務雖有爭議，但於本題並非爭點，故甲應成立強盜殺人之結合犯。

4. 結論（競合）

強盜殺人罪與加重強盜罪及殺人罪，係同一行為且具有法益保護之同一性，為法條競合關係（特別關係）應論以強盜殺人罪。

（二）乙之部分：

1. 乙在丙家外把風之行為，構成刑法第三百二十一條第一項第一款加重竊盜罪之共同正犯。

甲構成強盜殺人罪已如前述。然甲之夜間侵入住宅強盜行為亦同時符合夜間侵入住宅竊盜之要件，只不過對甲而言係屬於法條競合關係。然對乙而言，客觀上，乙雖僅在丙家外把風，不足以單獨實現竊盜罪之構成要件，然而卻對實現竊盜之構成要件行為有助益，學說上有稱此類為「參與實行構成要件以外行為」。由於上述把風行為乃基於甲乙事前共同之角色分配與行為分擔而來，依犯罪支配理論，其對於竊盜之實行具有不可或缺之支配性的地位；而於主觀上，甲乙兩人亦有認識到彼此竊盜行為之謀議與計畫，並有意欲使其發生，具有共同行為之決意。參前所述，乙雖僅在場把風，但仍應成立加重竊盜罪之共同正犯。

2. 乙在丙家外把風之行為，可能構成強盜殺人罪之共同正犯？

本題乙是否成立強盜殺人罪之共同正犯，端視甲乙共同決意犯罪之範圍是否有包括強盜殺人之行為。共同正犯對其他共同正犯所實施之行為所負之責任範圍，以就該行為有共同行為決意為其界限，故若部分行為人所實施之行為超越原有之犯罪決意，而為其他行為人所不認識者，其他行為人僅需就宜所認識之程度負擔刑責。就逾越之部分無庸負責。學說稱此為「共犯之逾越」。依題意，甲乙當初相約行竊，並未約明強盜及殺害他人，同時，從甲事前以為丙不在家，而於得手後始向乙告知丙死亡之結果等語，可以認定乙於共同行為決意形成之時並未認識到將有強盜及死亡結果發生之情事，故乙欠缺強盜殺人之故意。是乙不成立本罪。

二、甲、乙、丙三人計畫在路上恐嚇行人取得財物，某日夜晚，三人約定在某道路準備行動，當甲、乙二人依約定時間到達約定場所後，卻不見丙到來，正不知

所措之際，有裝扮入時手提皮包之丁行經該地，甲、乙二人見機不可失，乃趨前出言恐嚇「將錢交出來！否則打死你！」丁見狀迅速逃離現場，甲、乙二人在後追趕，見丁年輕力盛，二人乃經合議後，拾起路上一根木棒，從後毆打丁頭部，導致丁血流滿面臥倒在地。此時，丙到達現場，在了解當時狀況後，從丁身上搜括首飾財物。三人誤認為丁已經死亡，於是合力將丁搬移至附近山林後，一起逃離現場。試問：

(一) 若丁傷重不治死亡，則甲、乙、丙之行為應如何處斷？(12分)

(二) 若丁被人發現，送醫急救，僥倖未死，則甲、乙、丙之行為應如何處斷？

《擬答》

(一) 若丁傷重死亡之情形：

1. 就甲、乙出言恐嚇丁之部分：

(1) 甲、乙可能成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

主觀上，甲、乙兩人原訂要和丙一起恐嚇取財，唯丙臨時未到場，甲、乙兩人遂先行共同決意對丁恐嚇以取財，且客觀上甲、乙出言恐嚇雖未取財成功，然其行為已達令被害人心生畏懼之程度，該當於恐嚇行為之著手。既無其他阻卻違法或阻卻責任之事由，甲、乙各自成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

(2) 丙可否成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯？

爭點在於丙雖當時未到場，但是否仍須要為甲、乙之行為來共同負責？所應考量者為丙是否就該恐嚇之行為主觀上具有共同行為決意，而客觀上有共同行為之分擔。

或有論者認為，丙雖未到場，但其與甲、乙事前計畫恐嚇之行為即可成立共謀共同正犯。然而，通說認為共謀共同正犯成立之前提，需該謀議之內容於犯罪過程中的貢獻具有犯罪之支配力。若僅僅因為行為人彼此之間事前存有一共同之犯罪意思，即將未具心理因果力或物理因果力之謀議者論斷為共謀共同正犯，未免過於浮濫。且修法後將共同正犯限縮為「共同實行」，更可說明「在陰謀或預備階段互有謀議但對犯罪未提供助力者，不應成立共謀共同正犯」之理。

本題丙由於未提供甲、乙實際犯罪時之助力，故丙不成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

2. 就甲、乙拿木棒毆打丁之部分：

(1) 甲、乙可能成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人既遂罪之共同正犯。

客觀上毆打行為造成丁傷重不治死亡，具有因果關係及客觀歸責，不論毆打行為由誰親手所為，甲、乙之間下手時都應具有欲致人於死地之共同行為決意，客觀上亦有共同行為之實施。既無其他阻卻違法事由及阻卻責任事由，甲、乙皆成立殺人既遂罪之共同正犯。

(2) 甲、乙可能成立刑法第三二八條第四項及第二十八條之強盜未遂罪之共同正犯。

主觀上甲、乙於恐嚇不成後將犯意從惡害通知變更為實施強暴手段，唯共同取財之意思則一貫。而客觀上毆打丁之強暴行為亦已著手。既無其他阻卻違法事由及阻卻責任事由，甲、乙皆成立強盜未遂罪之共同正犯。

(3) 丙可否成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人既遂罪之共同正犯？

如前所述，丙由於根本不具對殺_鯨_人之共同行為決意，亦未對犯罪有任何助力

可言，故丙不成立殺人既遂罪之共同正犯。

3. 就丙從丁身上搜刮財物之部分：

(1) 丙可能成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

丙客觀上未經丁之同意而搜刮財物，主觀上有取財之認知及意欲，然而丙卻於甲、乙強制行為完成後始加入進行取財，則丙究竟應論以竊盜抑或強盜，即成為問題。學說上認為若行為人於其他行為人犯罪著手後始加入共同實施犯罪者，應論以「承繼之共同正犯」（或相續之共同正犯），而多數學說認為承繼之共同正犯既然認識先行行為並利用既成事實來達成犯罪，則除後行為外，應連同介入前之行為一併負責。則本題丙應論以強盜罪之承繼共同正犯。

另有少數說雖認為承繼共同正犯僅需就加入後之行為來負責，但其另行將強盜罪之構成要件解釋為「強制狀態下之取財行為」，則丙本身在丁倒臥在地的狀態下搜刮財物，本即可該當於強盜罪之要件。總之，無論採何說，丙既已瞭解現場狀況後加入甲、乙之行列而取財，成立強盜既遂罪之共同正犯。附帶一提，依實務見解，無論取財時丁是否已經死亡，並不會有剝奪死人持有僅論以侵佔脫離物或竊盜罪之問題，皆論以強盜罪。

(2) 甲、乙可能成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

如前所述，雖然取財行為委由丙進行，然甲乙丙三人皆具共同行為之決意。故甲、乙二人亦成立強盜既遂罪之共同正犯。

(3) 甲、乙可能成立刑法第三三二條第一項及第二十八條之強盜殺人罪之共同正犯。

需注意的是，由於甲、乙除強盜罪外，對殺人之部分亦需負責，故尚需討論強盜殺人罪之適用。依實務見解，除「先殺人後生取財之意而取財」不成立強盜殺人罪之外，其他無論取財後殺人或殺人後取財，只要發生在同一盜所，皆可成立強盜殺人罪。甲、乙基於取財之意而下手殺人並進而取財成功，應論以強盜殺人罪。

4. 就甲、乙、丙合力將丁搬移至山林之部分：

(1) 甲、乙、丙可否成立刑法第二九四條及第二八條遺棄罪之共同正犯？

客觀上丁被甲、乙毆打，血流滿面，陷於無自救能力，而竟被棄置於山林中，該當於遺棄之要件，然由於三人誤認丁已死亡，故欠缺遺棄之故意。故甲乙丙皆不成立遺棄罪。

(2) 甲、乙、丙三人可能成立刑法第二四七條第三項及第二八條之遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

依實務見解，若殺人後棄而不顧，並不能以本罪相繩，需積極將屍體遺棄他處始能成立（24年上字1519號判例參照）。本題主觀上，三人皆誤認丁已死亡，而將屍體棄置山林，該當於遺棄屍體之故意。雖客觀上丁當時並未屬「屍體」，然此類對客體的誤認並未出於重大無知，故非不能未遂，而屬普通未遂之情形。故甲乙丙成立遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

5. 競合與結論：

(1) 甲之刑責：甲恐嚇未遂後變更犯意為強盜，通說認為兩罪屬不罰前行為或法條競合，僅需就強盜部分評價即可。另就殺人及強盜之部分，僅需論以強盜殺人罪即可。強盜殺人罪與遺棄屍體未遂罪屬數行為，早期實務採牽連犯之態度，唯目前牽連犯已廢除，故應論以數罪併罰。

(2) 乙之刑責：與甲同。強盜殺人罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

(3) 丙之刑責：強盜既遂罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

(二) 若丁未死之情形

1. 就甲、乙出言恐嚇丁之部分：與前述相同，僅甲、乙成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

2. 就甲乙拿木棒毆打丁之部分：

(1) 甲、乙成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人未遂罪之共同正犯。主觀上甲、乙具有殺人之共同決意；客觀上由於丁未死亡，故不能論以殺人既遂，但既已著手，則應可論以殺人未遂罪之共同正犯。

(2) 竊甲、乙成立刑法第三二八條第四項及第二十八條之強盜未遂罪之共同正犯。

理由同前述。

3. 就丙從丁身上搜刮財物之部分：

(1) 甲、乙丙成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

理由同前述。

(2) 甲、乙可否成立刑法第三三二條第一項及第二十八條之強盜殺人罪之共同正犯？

實務及通說認為，刑法第三三二條第一項所謂「犯強盜罪而故意殺人」，需限於殺人既遂之情形，始得與強盜各罪相結合。而本題丁並未死亡，故甲乙並不能論以強盜殺人罪。

4. 就甲、乙、丙合力將丁搬移至山林之部分：

同前所述，甲、乙、丙成立刑法第二四七條第三項及第二八條之遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

5. 競合與結論：

(1) 甲之刑責：甲恐嚇未遂後變更犯意為強盜，通說認為兩罪屬不罰前行為或法條競合，僅需就強盜部分評價即可。另就殺人未遂及強盜，既屬部分合致的一行為，故論以想像競合。另再與遺棄屍體未遂罪數罪併罰之。

(2) 乙之刑責：與甲同。

(3) 丙之刑責：強盜既遂罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

三、處罰未遂犯的理由是什麼？下述事件，應如何處斷甲、丙二人之行為？（必須說明判斷之包攝過程及理由）。

(一) 甲下星期日交不出會錢，因而於星期五晚上到乙家行竊；走到乙家圍牆外，見左右無人，翻牆入庭院後，隨即被屋內猛犬嚇跑。

(二) 丙男某晚翻牆入丁女庭院，欲偷窺丁女入浴。丙等待許久又見丁家無任何人在，遂起意取走庭院內名貴盆栽。在使用庭院內空肥料袋裝盆栽之際，聽到大門開鎖聲，驚慌之下，立即空手翻牆逃逸。

《擬答》

(一) 未遂犯係指行為人欲實施某既遂犯構成要件，惟在行為人著手為構成要件之實施後，竟發生行為人自始未予預料之事由，致使行為人所欲實現之既遂犯構成要件無法完全實現，此等主觀上有等同於既遂犯故意，但在客觀上已為著手卻未實現既遂犯構成要件的行為人，即為所謂之未遂犯。然而問題在於，對於此等未完全實現構成要件而侵害法益的行為人，是否可以透過刑事制裁的方式加以非難？

就此學說上提出所謂的「未遂理論」以解釋處罰未遂犯的理由，原則上有下列三種見解：

1. 客觀未遂理論：未遂行為之所以可罰，是因為其行為在客觀上具有實現構成要件而侵害法益的高度危險性，因此為求法益保護的充分，必須對有法益侵害危

險性但未充足構成要件的未遂行為加以處罰。

2. 主觀未遂理論：未遂行為的可罰基礎在於行為人在犯罪時基於故意侵害法益之主觀心態，此等主觀心態顯現出行為人與法律的敵對意志，自應加以處罰。

3. 印象理論：未遂犯的處罰基礎在於行為人欲實現其主觀上有法律敵對的法益侵害意思，此種法敵對意志會震撼社會大眾對於法秩序的信賴，甚而破壞法律的安定性與和平性。

就上述三說而言，客觀未遂理論過於強調客觀面的危險，忽略行為人主觀面的法敵對意識，主觀未遂理論則未針對行為人行為並未實現構成要件此點加以考量，兩說均有不足之處，因此現行學者之通說係採取印象理論，方兼能對未遂行為之主觀與客觀面予以考量。此外，因為刑法對於未遂犯採印象理論為其處罰根據，所以在未遂犯要件的設計上，其客觀構成要件的「著手」，自然必須以印象理論為基礎而設定其判斷內涵，現行通說就著手理論所採取的「主客觀綜合理論」即導源自印象理論，故可印證現行刑法對於未遂犯的處罰，即以印象理論為整體架構的基本論據。

(二) 甲的刑事責任

1. 甲翻牆進入乙家的庭院，可能構成刑法第三〇六條第一項之侵入住居罪：本罪客觀上以行為人無故侵入他人住宅之附連圍繞之土地為要件，甲在未得乙同意之情況下自行翻牆進入乙家設有圍牆與外界隔離的庭院，乙家庭院依實務及通說見解因有圍牆與外界區隔，故屬附連圍繞之土地，甲在未得同意下即行進入之，應可認該當於本罪的客觀構成要件；主觀上甲對其未得乙同意即進入該庭院有完全的認識，有本罪之故意，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲該當於本罪。

2. 甲行竊而被猛犬嚇跑，可能構成刑法第三二〇條第三項之竊盜未遂罪或刑法第三百二十一條第一、二項第二款之加重竊盜未遂罪：

(1) 甲的竊盜行為因乙家育有猛犬而未能順利取得乙之財物，自不成立竊盜既遂罪，然刑法針對竊盜的未遂行為另有處罰，以下即直接討論甲就未成功取得財物之行為是否成立竊盜未遂罪。

(2) 竊盜未遂罪主觀上以行為人有竊盜故意、不法意圖與所有意圖為必要，本案甲的犯罪計劃即是侵入乙家而竊取乙家的財物，而甲已開始執行其犯罪計劃，甲亦明確認知此點，因此可肯認甲在主觀上的故意，而甲認其取得他人財物係屬法律上無權之行為，有不法意圖，甲亦欲破壞乙對財物的持有而建立自己的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。竊盜未遂罪在客觀上以行為人已為著手為必要，按一般通說針對著手所採行之主客觀綜合理論，亦即以客觀第三人的立場判斷行為人的認知是否發生客體受侵害的危險，甲在主觀上僅認為乙家應有財物，但未明確知悉財物的種類與數量，而甲在進入房子行竊前已經被猛犬嚇跑，因此甲自始至終均未明確知悉其竊盜的對象為何，此項認知以客觀第三人的標準，應可認為尚未對乙的財物已發生危險性，故甲的行為依通說見解並未達到著手的程度；而實務見解以行為人是否以行竊意思接近並加以物色為著手的判斷標準，在本例中因甲並未接近乙家即嚇跑，自無物色之可言，故甲亦未達著手程度。甲不論依學說或實務見解均未著手，自不構成本罪，但學說上有認為刑法第 321 條第一、二款為竊盜罪之加重構成要件，若已為加重構成要件之行為，即可認為著手於加重竊盜罪，故本題甲翻入乙家庭院已符合刑法第 321 條第二款之「逾越牆垣」之要件，故可成立刑法第 321 條第一項第二款、第二項之加重竊盜未遂罪。

(3) 結論：如採取實務見解甲僅成立侵入住居罪。

(三) 丙的刑事責任

1. 丙翻牆進入丁之庭院，係在未得丁同意之情況下進入丁住居而與外界隔離之

附連圍繞土地，與上述之甲同，丙就此一行為構成刑法第三〇六條第一項的侵入住居罪。

2. 丙欲偷窺丁洗澡，但因丁不在家而不遂，此一部份的行為因刑法針對偷窺他人非公開活動之處罰條文第三一五條之一第一項，僅針對已經成功地窺視他人非公開活動之既遂犯加以處罰，但條文中並未處罰未成功窺視的未遂犯，故丙未能成功偷窺丁洗澡的行為應屬不罰之行為。

3. 丙可能構成刑法第三二〇條第三項之竊盜未遂罪，丙翻牆入丁女庭院，客觀上雖已符合刑法第 321 條第一項第二款「踰越牆垣」之要件，但丙翻牆入丁女庭院，本欲偷窺丁女入浴，故竊盜行為顯為另行起意，而通說及實務上認為刑法第三二一條第一項第二款之加重竊盜罪必須行為人踰越牆垣之際即有竊盜之意，是以行為人欠缺加重竊盜之故意，而祇具備普通竊盜罪之故意，且丙亦認知其行為，在法律上並無權限，有不法意圖，丙又欲取得該盆栽的持有並破壞原持有人丁對盆栽的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。客觀上行為人必須已行著手，依前述著手判準的主客觀綜合理論審酌本案，丙明確認知其開始裝填丁的盆栽，任何人對丙的主觀上認知亦會認為對丁的財產發生重大的危險性，丙的行為已達到著手的程度，而依實務見解丙亦明確知悉其竊盜的對象為名貴盆栽，物色已行完成，丙並且已開始用肥料袋裝填，故可認達到著手的程度。丙的行為依學說或實務見解均已達著手，又沒有其他阻卻違法及罪責事由，丙應成立普通竊盜罪之未遂。

4. 結論：丙成立侵入住宅罪及竊盜未遂罪，因竊盜未遂罪係另行起意，故二罪間應成立實質競合而非牽連犯。

* 上述丙並不會成立夜間侵入住宅竊盜罪第 321 I (1) 因為該罪之範圍並不包括附連圍繞之土地，祇限於住宅及建築物之本體，故翻牆進入庭院並不符合該款之加重條件。

四、某甲意圖為自己不法之所有，於某日中午十二時許前往乙家翻越屋後氣窗潛入竊得皮包一只，因屋內沒人，遂大方從前門離開，徒步前往距離約三十公尺遠之公園點數鈔票後，發現僅有新台幣三千元，甲嫌太少，仍前往附近超商購買便當食用，食畢又折返乙家意圖再行偷竊，當伸手打開乙家前門之際，適乙返家發現而大聲喊叫，甲即取出隨身攜帶兩面泛光之水果刀一把，在乙面前左右搖晃，乙因害怕未將甲逮捕送警，甲並趁乙倒退時順利脫逃，問：

(一) 甲除第一次行為犯竊盜罪外，其持刀逼退乙而脫逃，是否構成準強盜罪？

(二) 依題旨所示，如何對甲論罪？

(三) 假設甲另案犯損、傷害、侵占、竊盜，經判處有期徒刑三月、四月、五月、六月後，因均得易科罰金，惟定應執行刑一年二月，是否仍得易科罰金？現行刑法與預定於 95 年 7 月 1 日施行之修正刑法，在適用上有無不同，請分別說明之《擬答》

一、刑事訴訟法第二百八十一條與同法第三百七十一條規定不同之理由：

我國刑法上的準強盜罪，依第三百二十九條之規定，係指竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者而言。是故，若行為人為基礎財產犯罪行為後，而基於防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證之主觀故意在於客觀上而為強制行為，即如同破壞強盜罪（第三百二十八條）之規範意旨（保護自由法益及財產法益），僅係時間順序上之差異爾，故條文另為有別於強盜罪之規範而獨立處罰。

(一) 第一次竊盜行為與準強盜行為之關係：

首先，準強盜罪以「當場」為其客觀構成要件要素，而所謂「當場」，故不以實施竊盜搶奪者尚未離去現場為限，但仍須有「空間與時間上的密接性」，方足當之。本題中某甲以水果刀為強制行為時，已與其第一次的財產犯罪行為欠缺時間上的密接性，故無法該當準強盜罪之客觀構成要件。

(二) 第二次行為與準強盜行為之關係：

準強盜罪之構成不論依學說及實務見解行為人之竊盜犯罪至少需已達未遂程度，方有構成準強盜罪之餘地。按竊盜未遂罪之構成，以行為人主觀上有竊盜故意即不法所有意圖，而客觀上有著手為成立要件。竊盜罪之著手時點，依我國最高法院八十二年刑事庭會議第二次決議之見解，係指行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物之時方屬著手。其後最高法院的補充判決（八四年台上字第4341號判決）更指出其行為需是與侵害他人財產間有一貫接連性之密接行為。本題中某甲第二次偷竊行為，因依題意所示，僅係伸手打開乙家前門，不僅未達接近我國實務上「搜尋、物色財物」之程度，更不符合我國通說（主客觀混合說）之標準，故其客觀上尚未著手，即令主觀構成要件該當，亦不構成竊盜罪未遂。進一步，其後持刀逼退某乙的行為亦不構成準強盜罪。

(三) 結論：某甲不構成準強盜罪。

二、依題旨所示，如何對甲論罪？

(一) 某甲持刀逼退某乙的行為是否構成恐嚇危安罪（第三百零五條）？

恐嚇危安罪的保障法益乃係被害人心理安全感的利益，行為人係透過恐嚇行為之實施，而使受惡害通知之被害人心生畏怖、不安，進而導致該法益之侵害。本題中某甲持刀逼退某乙之行為已致某乙產生心理上的不安，故客觀構成要件該當，且某甲具有故意、違法性、罪責，故其行為構成本罪。

(二) 某甲若以所竊得之三千元購買便當可能構成刑法第335條第1項之侵占罪

對於此一爭議問題，學理上可分成「競合解決理論」與「構成要件解決理論」兩種看法，前者認為不法取得財產後之支配行為仍符合侵占之概念，依然構成侵占罪，只不過此侵占行為是前面不法取得財產行為之與罰的後行為（不罰的後行為），而不予處罰。其理由乃在於：

(1) 保護被害人避免繼續受到其他侵害。(2) 替後行為的教唆、幫助等共犯行為，建立處罰的依據。

至於構成要件解決理論則認為此處被害人的利益（所有權的事實上機能），早因行為人先前的不法取得行為而破壞，故行為人後續的處分行為不可能再度侵害利益，從而也無從構成侵占罪。

然本題中某甲持竊得財產購買便當之行為，不論在技術上係採取何種理論見解，結論均係不構成侵占罪。

(三) 結論：

某甲構成一個竊盜罪既遂（第二次如前所述不構成竊盜罪），及恐嚇危安罪既遂。兩行為係分別起意，而侵害不同法益，乃屬實質競合之關係，應數罪併罰。

三、此題分析如下：

(一) 舊刑法（現行法）之適用：

關於易科罰金之適用，現行法的要件為1. 須犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪；2. 須受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告；3. 須因受判決人之特定情狀致執行顯有困難。

其適用上茲有疑義者乃在於，行為人因數罪併罰致其應執行之刑逾六個月的情形，是否仍符合本要件？持否定說之見解認為，因易科罰金之制度目的乃在於避免六個月以下短期自由刑之執行，若因數罪併罰而致宣告之刑（應執行之刑）超

過六個月，則已非短期自由刑，不符制度目的，故應執行徒刑。然對此一問題，我國司法院大法官釋字三六六號卻持肯定說之看法，認為本條條文中所稱之「宣告」，應係指「宣告刑」之意。

故若依釋字三六六號之解釋意旨，本題中某甲各案之宣告刑分別為三月、四月、五月、六月，均未逾六個月「宣告刑」之限制，自得適用刑法第四十一條之易科罰金。

(二) 新法之適用：

然新法針對此一爭議問題，乃係採前述否定說之見解，其修正理由說明：「第一項所謂六個月以下有期徒刑或拘役之「宣告」，基於易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題，應指最終應執行之刑之宣告而言，而非指學理所謂「宣告刑」。數罪併罰之各罪，雖均得合於第一項之要件，惟因其最終應執行之刑之宣告，已逾六個月者，其所應執行之自由刑，既非短期自由刑，自無採用易科罰金之轉向處分的理由」。亦即，其將判斷重心放在「應執行之刑」是否超過六個月。新法第四十一條第二項條文亦修正為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之」。

職此，新法底下，本案中某甲各罪之應執行之刑既已達一年二月，即已不符合易科罰金之制度目的（避免短期自由刑之執行），而不得易科罰金。

(三) 結論：

舊法（現行法）底下，依大法官釋字三六六解釋意旨，本案某甲得以易科罰金；新法底下，本案某甲不得易科罰金。

五、甲、乙二人於某日傍晚分別攜其飼犬於社區道路上散步時，不期而遇，兩犬發生激烈打鬥，甲為免其飼犬被咬傷，乃以其手持拐杖猛擊乙犬之頭部，致乙犬當場被格斃。嗣後，乙因屢向甲求償未果，遂花費鉅資僱請丙將甲殺害，以平心中之憤。某日，丙見甲自遠處蹣跚而來，乃躲於街角暗處舉槍瞄準，俟甲走進射程內，即開槍射殺，子彈貫穿甲之脖子後，復打中騎自行車路過丁之腹部。甲及丁經他人報警延醫救治，甲倖而未死，丁則傷重斃命。試問甲、乙丙三人之刑事責任各如何？

(一) 甲的部分

甲持拐杖猛擊乙犬之頭的行為，可能構成刑法第三五四條之毀損罪。客觀上甲持拐杖猛擊乙犬，而導致乙犬當場死亡，已該當於毀損他人之物的構成要件，主觀上甲亦應有認知此舉將使得乙犬死亡並有意欲使其發生，具有故意。然而爭點在於甲出於防免自己飼犬受傷而攻擊乙犬，可否阻卻違法？可茲考慮者，有正當防衛及緊急避難兩種可能。首先，就正當防衛而言，需客觀上符合現在不法侵害的防衛情狀以及相對應的適當且必要的防衛行為，主觀上並須具有防衛意識，始可阻卻違法。然而本題乙犬對甲犬之打鬥攻擊，可否該當於現在不法之「侵害」？通說認為，動物之攻擊，除非是遭人利用操縱作為攻擊他人之方法或工具，否則並不能該當於正當防衛所謂的「侵害」。而依題意乙並無特意利用該犬作為攻擊工具的情事，故乙犬對甲犬所做的攻擊動作，並不能該當於現在不法之「侵害」。因此甲不得依刑法第二三條之規定，主張其毀損行為得阻卻違法。其次，就緊急避難而言，客觀上不限於人為的侵害，只要會對法益造成侵害或危險，皆屬「危難」，因此即便是動物的攻擊也符合避免「危難」的前提。然而緊急避難的核心問題在於利益權衡的判斷準則。

通說認為，避難行為需符合適當性、必要性及衡平性的要求，始可阻卻違法。本題甲雖順利避免自己之物受到侵害，然而其所使用的避難行為（毀損他人之物）是否出於不得已？是否屬最小最溫和？皆有疑問。此外，不論該危難是否屬被避難者（乙）所招致，亦即，不論本題情形是所謂「攻擊型緊急避難」或「防衛型緊急避難」，就衡平性的考量而言，至少都必須要求「所保全的利益」應超過「所犧牲的利益」，而就此，保全甲犬與犧牲乙犬之間，並不能符合緊急避難之衡平性的檢驗。故甲不得依緊急避難之規定阻卻違法。然而，由於其依舊避免了法益的侵害，只不過使用了不衡平的手段（避難過當），故應可適用刑法二四條一項但書減免其罪責。

結論：甲成立毀損罪，但可減免其罪責。

（二）乙丙的部分

1. 丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪。

主觀上當丙瞄準甲而欲開槍之時，應有認知到此舉將造成他人生命的喪失，並有意欲使其發生，故具有殺人之故意。客觀上，甲果真扣下扳機擊發子彈，無論採何種未遂理論，皆已到達著手階段。丙違法且有責。故丙成立本罪。

2. 丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第一項之殺人既遂罪。

客觀上，丙開槍後，子彈除射中甲之外，還打中丁之腹部，並導致丁送醫不治死亡。然而主觀上丙開槍之時，並無認知到子彈會貫穿並射中路過的丁，換言之，對於被害客體丁之死亡，丙並無故意。故丙不成立殺人既遂罪。

3. 丙開槍的行為，可能構成刑法第二七六條第一項之過失致死罪。

丙瞄準甲開槍後子彈貫穿甲之身體而誤中路過之丁，雖其情形與學說所謂的「打擊錯誤」略有不同，就想像的客體並未發生偏離，而是又連帶牽連到其他客體，但就誤中的客體是否成立犯罪，討論的問題並無不同。由於丙在開槍之際已將被害客體特定化，故就其他誤中的客體，並不具備故意而僅能退而求其次討論是否成立過失犯罪。本題丙誤中丁應具有預見可能性，應成立過失致死罪。

4. 乙僱請丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第二項及第二八條殺人未遂罪之共同正犯。

乙客觀上花錢指使丙殺人，其與丙謀議將甲殺害的行為，依犯罪支配理論，只要具備對法益侵害的功能性的支配關係，縱使並未親自實行或到場參與分擔，依舊得論以正犯；或依實務（釋字 109 號解釋）所採之「共同意思主體說」，雖無到場參與實施犯罪，但只要事前謀議而形成共同犯罪之意思，亦可成立正犯。此種情形即一般所謂「共謀共同正犯」。然而由於共同正犯具有「一部行為全部責任」的特性，乙究竟成立殺人既遂或未遂，需以丙之行為為斷。依前述可知，乙僅成立殺人未遂罪之共同正犯。

5. 乙僱請丙開槍的行為，可能構成刑法第二七六條第一項之過失致死罪。

就子彈誤中路過之丁，而導致丁死亡的部分，由於該被害客體的死亡並非出於事前謀議，或者根本超出謀議的範圍，亦即，乙對於會有無辜路人遭到誤中一事，並無認知，更無意欲使其發生，故不成立故意犯，併先說明。

另外，通說實務認為共同正犯必須數人間有共同之行為決意，過失行為並無成立共同行為決意的可能性，因此僅能討論成立過失之同時犯。因此乙是否成立過失致死罪，必須單獨就乙是否具有預見可能性來判斷是否成罪。依題意，既然當初謀議殺害的計畫是安排在公共街道上實施，那麼應該有可能會發生誤中到其他路人的意外。故乙應具有過失，成立過失致死罪。

6. 說： 競合

就丙的部分，殺人未遂罪與過失致死罪，屬一行為侵害數法益，論以想像競合從一重處斷。就乙的部分，殺人未遂罪與過失致死罪，亦屬一行為侵害數法益，論

以想像競合。

六、甲為某綜合醫院家庭醫學科主任，與其妻妹乙發生戀情，瞞著妻丙將乙金屋藏嬌，某日丙因頸部有硬塊到醫院向甲求診，甲懷疑丙罹患淋巴瘤，陪同丙至另一較大型醫院一般外科求診，聯絡資料填寫乙之住址、電話，切片結果證實丙罹患淋巴瘤，甲乙攔截外科醫師回診通知，甲並且告訴丙已打過電話查問切片結果，其頸部硬塊為良性淋巴瘤，過些日子可能會自動消失，不必擔心，乙亦勸丙寬心，並邀丙出國旅遊三個星期，回國途中丙深感不適，返家後再度掛號求診，始知淋巴瘤已轉為鼻咽癌，緊急安排開刀和化療，丙於二個月後病逝。試說明丙之死亡可否歸責於甲乙

《擬答》

(一)甲的部分：

甲是否能被歸責，必須先討論甲是那一部分的行為應該受到歸責，甲在本案中的行為有：最初的陪同行為、進一步的故填乙之資料行為、攔截回診通知的行為、告知為良性之行為，原則上最初甲之所以要陪同丙去找外科醫師是因他只是家醫科醫師，無法作癌症的進一步判斷，不是對丙的法益在社會上有意義的侵害行為，至於進一步的填資料行為，甲只要在事後將資料轉交，對於丙的法益也不會有任何侵害的社會意義。重點在於甲進一步的攔截行為和其後的欺騙行為，那麼這兩部分是一行為還是兩行為，是作為還是不作為？就第一個問題而言，管見以為應屬一行為，因為這是甲在想要透過不讓丙得知其病情而侵害她生命法益的想法下所作出來前後接續為之的動作，因此只能論以一行為；就第二個問題而言，管見以為必須從作為和不作為的區別理論看起，通說對其區別理論採「社會事實評價重點為何」作判斷，在此評價重點應該是在於「不告知」的行為，而不是「積極的欺騙」，因為法所期待的是甲在此對乙為告知，而不是單純的不欺騙，因此屬於不作為。

甲對於丙死亡必須透過他的「不告知」(欺騙只是進一步的不告知)有可能受到歸責，擔負不作為殺人的責任，以下即就是否構成不作為殺人罪進行討論：

(1)客觀構成要件上，甲是丙的丈夫，是刑法上保證人地位所謂密切生活關係的類型，具保證人地位；甲有不作為的不告知，丙也已經死亡，問題是不告知和死亡間有無因果關係，通說上對於不作為犯的因果關係稱之為「假設的因果關係」，其判斷標準是以幾近確定之可能性來看，如果已為告知時，丙就可免於死亡時，甲的不告知就有因果關係，就丙原先只是淋巴瘤的初期(頸部硬塊)，現在醫學對於淋巴瘤有相當高的治癒率，初期的病人有很高的康復比率，因此如果甲有告知時，丙應該是不會死亡的，所以不告知和丙的死亡有因果關係。此外甲在當時，也有作為的可能性，因此甲的不作為的行為手段與作為之方式是等價的，所以客觀構成要件該當。

(2)主觀上甲本就是想要透過不告知而造成丙的死亡，因此有殺人故意，沒有其他阻卻違法和罪責事由，甲構成本罪(當然如甲只有重傷的故意，則應該成立重傷致死罪)。

(3)丙的死亡，甲必須加以歸責，其罪名是不作為殺人既遂罪。

(二)乙的部分：

乙對於丙的死亡，歸責的考量應該先討論她的行為那部分要歸責，在此乙的行為包含了與甲一同的攔阻回診信件、約丙出國，但是就社會意義而言，真正對於乙的生命法益有意義的，仍是在攔阻信件時的不告知行為，後來的約丙一同出國都只是踐行不告知的接續行為而已，因此乙在歸責上還是必須回到不告知的部分。

因此，乙對於丙的死亡要討論的是可不可能構成不作為殺人既遂罪：

(1)本罪在客觀構成要件上必須行為人有保證人地位，乙是丙的妹妹，通說上認為姐妹間就生命、身體法益有「密切共同生活關係」的保證人地位，此外就假設因果關係的討論上和甲相同，而乙當時也有作為可能性，因此，乙的不作為和作為等價，所以客觀構成要件該當。主觀上乙對於丙的死亡也有認識和意欲，有故意，沒有其他阻卻違法及罪責事由，乙構成本罪。但是另一個問題是，乙是否可能和甲一同成立共同正犯，在此因為甲、乙兩人的行為都是不純正不作為犯，學說上有將不純正不作為犯歸類為「義務犯」的類型，就義務犯類型上是不適用共同正犯在「功能支配」的法理而認定正犯的，而只要行為人違背了他的義務，就可以論以正犯，換言之，不適用共同正犯的規定，因此甲、乙都是不純正不作為犯的情況，不可能構成共同正犯。但國內通說認為具有作為義務之行為人，共同決意不作為，亦可成立不作為犯之共同正犯。

(2)丙的死亡，乙必須加以歸責，其罪名是不作為殺人既遂罪。

七、甲因經濟不景氣，公司裁員，致失業多時。某日，見鄰近公園有一神智失常男子A手指上帶有一枚鑽戒，遂花言巧語將其騙走；嗣至附近B餐館用餐，飽餐一頓後，藉口如廁，而逃之夭夭；未久，行至陋巷，見有一打扮入時婦女C獨自踽踽而行，乃趨前奪其項上珍珠項鍊，得手後正擬逃逸，因C緊拉其衣服不放，甲遂將其推倒於地，致C手腳多處擦傷；甲急於逃逸，在路旁隨手攔下一部計程車，即搭車遠颺。惟行至某偏遠處，甲對司機D出言威脅，不但拒付車資，且喝令D將身上現金全部掏出，得款後揚長而去。試問對甲應如何論罪科刑？

《擬答》

(一)甲騙走A的鑽戒，可能構成刑法第三三九條第一項的詐欺取財罪：詐欺取財罪客觀上以行為人行使詐術致他人陷於錯誤，而為財物之交付致生被害人財產損害為要件。本例中甲以詐術使A陷於錯誤，而令A將其持有的鑽戒交付於甲，雖然A為神智失常的男子，但只要其確係因為甲的詐術而陷於錯誤，仍可該當於本罪之客觀要件，依題意所示，甲應係客觀構成要件該當。主觀上甲對其行為有認知，有詐欺故意，知道其無法律權源以取得該鑽戒，有不法意圖，甲欲該行為以得利，有得利意圖，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲成立本罪。

(二)甲進入B餐館用餐嗣尿遁的行為，可能構成刑法第三三九條第一項及第二項的詐欺取財及得利罪：系爭二罪客觀要件原則上同上所述，僅第一項被詐欺人是交付財物，而第二項的行為人是取得利益，依題意所示甲進入餐廳時即無任何支付餐費的意思，而依社會慣例進入餐廳可被認為是「有支付意思及能力」的默示通知，因此甲進入餐廳的行為顯係詐術的行使，B餐廳誤甲為有支付之意願而為食品(財物)及服務(利益)之給付，而甲嗣後尿遁，使餐廳發生財產上的損害，客觀構成要件該當，主觀上甲對上開事實均有認識，亦有不法意圖及獲利意圖，沒有其他阻卻違法事由，甲成立上開二罪。

另外學說上對於此種白吃白喝的法律效果係分為「自始即無支付意願」與「嗣後另生無支付意願」兩種不同類型，前者係指自始即無意給付，其法律效果學者均認為成立詐欺罪，本例與前者的類型相同，亦成立詐欺罪。

(三)甲奪取C的項鍊，得手後又將C推倒，可能構成刑法第三二九條的準強盜罪：準強盜罪客觀上以行為人先為竊盜或搶奪的行為，嗣後為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證等事由而施強暴脅迫為必要，本案甲以不法腕力奪取C的項鍊，並

建立自己對項鍊的持有，係屬搶奪的行為，後來因 C 緊拉衣服而為保有其取得的項鍊(贓物)，而將 C 推倒於地，係為防護贓物而施強暴行為，客觀構成要件該當，主觀上甲對上開事實均有明確認知，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

(四) 甲推倒 C 的行為，可能構成刑法第二七七條第一項的普通輕傷罪：客觀上甲推倒 C 致 C 手腳多處擦傷，主觀上甲亦明知此部分事實，甲成立本罪。

(五) 甲出言威脅拒付車資，可能構成刑法第三二八條第二項的強盜得利罪：本罪客觀上以行為人施強制行為至令被害人陷於不能抗拒，而取得被害人的財產利益，致生財產損害為要件，本案甲在偏僻的地方拒絕給付司機 D 車資，應可認甲係以脅迫的方式使身處於偏僻地點的 D 心理狀態恐懼至不能抗拒，而使 D 免除甲對 D 負有的車資債務，致生 D 之損害，甲在主觀上明知此事，亦明知其法律上不得向 D 為車資的要求免除，甲有強盜故意與不法得利意圖，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

(六) 甲要求 D 將身上的現金全部交付予甲，可能構成刑法第三二八條第一項的強盜取財罪：強盜取財罪客觀上以行為人施強制行為致被害人無法抗拒而為財物之交付，承前，甲在偏僻的地方要求 D 將身上全部的現金交付給甲，應可認甲係以脅迫的方式至 D 不能抗拒而取得現金，致生 D 財產上損害，甲對其行為有認識，有不法所有意圖，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

(七) 競合：依題示中並未指出甲係基於詐欺或強盜的連續故意，因此甲的四部分犯罪行為原則上應該是四個獨立的行為，分述如下：

1. 甲騙走 A 的鑽戒成立詐欺取財。
2. 至 B 餐廳用餐嗣尿遁的行為成立詐欺取財及詐欺得利，法條競合。
3. 甲搶 C 項鍊並推倒 C 成立準強盜及輕傷害罪，想像競合，依準強盜罪處斷。
4. 甲拒付車資並強令 D 交付現金，分別構成強盜得利及強盜取財罪，法條競合。上述四部分再數罪併罰。

八、甲告訴乙想找人殺丙，乙告訴丙不如先下手為強，並介紹丙買槍。行兇之日，丙錯拿珍藏玩具槍，甲毫髮未傷。從此丙日日隨身攜帶真槍，某日於酒店門口遇見甲，丙朝甲開槍，卻中泊車小弟丁，丁不治。請就本題所設案情，找出犯罪行為人，並論斷其罪責。

《擬答》

以下僅檢討刑法典上之罪名，至於其他特別法(如槍砲彈藥刀械管制條例)中之規定，則不列入討論，合先敘明。

(一) 某甲部分：

某甲欲找人殺害丙，案例事實中，只有甲將此一想法告知乙，並無另為其他特別之籌備行為(如購買凶器、洽詢殺手、安排犯罪計畫等)，因此就殺人罪而言，其非但不構成刑法(以下同)第二百七十一條第二項之殺人未遂罪，甚且亦不構成同條第三項之預備殺人罪。

惟若甲係希望透過此一告知行為恐嚇丙，亦即利用乙實行恐嚇，以加害生命之事讓乙轉知丙，使丙心生畏怖致生危害於安全，則構成刑法第三百零五條之恐嚇危

安罪。

(二) 某丙部分：

因甲並未為任何對丙現在正持續中的不法行為，因此丙不得對甲主張正當防衛以阻卻下列所討論之各罪名的違法性，合先敘明。

丙第一次對甲行兇，錯拿玩具槍，未殺死甲，因其主觀上具有殺人之構成要件故意，且亦於客觀上已著手實行(依照通說主客觀折衷理論的標準)，故成立刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪。

有疑問者，乃是此時之未遂究係應適用刑法第二十六條但書「不能發生犯罪之結果又無危險」的「必減免」規定，抑或與普通未遂相同，僅適用第廿六條本文的「得減」規定？在此有兩種不同之立場：

(1) 依照我國實務與部分學者之看法，只要客觀上自始注定不能達於既遂，便可適用該條但書必減免之規定，則本例中丙持玩具槍當然係自始注定不能殺死他人，應屬該條但書之不能未遂。

(2) 然另亦有學者主張得否適用該條但書，關鍵不在於能不能達於既遂，而是在於其不能既遂是否出於行為人對於一般周知之因果歷程為完全偏離的想像，亦即，是否出於重大無知，此一立場為德國法典及學說與實務所採取。依此，則丙係誤以為自己所持為真槍，並非出於重大無知，故不能適用該條但書之必減免規定。

(3) 上述兩種立場，以第二種立場為宜，故丙係構成殺人罪之普通未遂。

丙於失手後，因仍想殺甲而攜帶真正之槍械，為意圖供犯罪之用而持有槍砲，構成刑法第一百八十七條之加重危險物品罪。

丙在酒店前遇見甲，開槍卻誤中丁之部分，為學說上所稱的「打擊錯誤」(又稱打擊失誤或方法錯誤)，係指行為人所為之攻擊行為，由於實行失誤至其所損傷之客體與行為人原所欲損傷之客體不同。本案例中，甲與丁對於殺人罪而言，都是適格的行為客體，所以是一種「等價的打擊錯誤」，究應如何處理，學說上有不同看法：

(1) 甲說：只要是打擊錯誤就不用區分等價或不等價，一律成立未遂(原欲損傷之客體)與過失(實際損傷之客體)，兩罪想像競合。在等價的打擊錯誤，既然行為人主觀上的目標並沒有受到傷害，就不能算是行為人犯罪既遂，因為此時行為人之故意只具體地針對特定攻擊客體，而不包含其他行為客體。

(2) 乙說：與客體錯誤為相同之處理(視是否等價而定)。換句話說，在等價的打擊錯誤，處理的方式也應該和等價的客體錯誤一樣，論以犯罪既遂。以殺人罪為例，法律概念上應該只有殺人的故意，而無所謂殺死哪一個人的故意可言。殺死哪一個人的故意，是一個事實上存在，但是就其被害客體的特定化，在法律的評價上並沒有意義。

(3) 上述兩說，甲說為通說所採，若依此，則丙此部分之行為，對甲應成立殺人未遂，對丁，因在酒店門口開槍會誤中他人並不離奇，應該可以預見及避免，故成立過失致人於死罪(刑法第二百七十六條)，兩罪係一行為所違犯，侵害數獨立法益，形成想像競合(刑五五前段)之關係，從一重處斷。

綜上所述，丙係違犯第一次的殺人未遂、加重危險物品罪、第二次的殺人未遂以及過失致人於死罪，此數罪名間的競合關係如下：

(1) 第二次的殺人未遂與過失致人於死罪為想像競合的關係，已如前述，而加重危險物品罪與第二次的殺人未遂的關係，通說與實務認係屬牽連犯(刑五五後段)，但亦有學者參考德國學說而強調加重危險物品罪為繼續犯，應與殺人未遂成立一行為之想像競合。

(2) 又，第一次的殺人未遂與第二次的殺人未遂，究係數罪併罰抑或連續犯，涉及

案例事實與對於成立連續犯之要件的要求，後者包括了整體故意或連續故意之爭，以及對於個人高度專屬法益的侵害是否亦得成立連續犯的問題。從案例事實觀之，丙第二次殺害甲的行為似屬偶然臨時起意，而非計畫中的行為，故兩次之殺人未遂應為數罪併罰(實質競合)，而非連續犯。

(3)結論：第二次的殺人未遂先與過失致死罪想像競合，此部分再與相牽連的加重危險物品罪從一重，最後再和第一次的殺人未遂實質競合(數罪併罰)。

(三)某乙部分：

乙唆使丙殺害甲，成立教唆殺人罪。因丙已著手為殺人之主行為，但終未將甲殺害，故乙應論以教唆殺人未遂罪。至於主行為人(丙)先後曾為兩次的殺人行為，以及發生打擊錯誤等情事，在本案例中對於乙的責任均不生影響。

乙介紹丙買槍，應構成幫助殺人未遂罪(刑三〇I、II、二七一II)。

關於共犯競合的問題，乙先教唆丙殺人再從事幫助乙買槍之行為為共同競合。依照實務見解，先教唆後幫助為法條競合之吸收關係，僅成立教唆犯，但學說上則有包括一罪、補充關係、單純一罪、數罪、想像競合各種見解。

小結：依目前實務見解，乙僅成立教唆殺人未遂。

九、刑法第三〇二條第一項規定謂：「私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由者，處五年以下有期徒刑……。」試問本罪之法律性質，究係「繼續犯」抑或「狀態犯」？究係「結果犯」抑或「單純舉動犯」？並說明本罪與「強制罪」(刑法第三〇四條)之關係。

《擬答》

(一)刑法三〇二條的法律性質與構成要件分析：

本罪所保護的法益是被害人潛在的行動自由，換言之，是一個人在空間上的行動自由，其構成要件按照學說上一般的見解，是行為人在違反被害人意思的前提下，將被害人拘禁在一個空間裏，並進而導致行為人行動往來的自由受到剝奪。

(二)

透過如上的分析，必須在行為人的行動自由受到「一定期間」的「確實剝奪」時，才可能該當於本罪既遂犯部分的規定，這是因為行動自由的受侵害不能只以單單一個時點就表現出來，至少必須有一定時間的持續，如此才有行動自由受侵害的意義。另外，雖然構成要件上沒有明文寫出被害人的行動自由必須發生「確實的剝奪」，但是解釋上仍必須以之為要件，否則一則無法確實認定未遂犯的要件，二則違反刑法對於個人法益的侵害以法益的實際侵害作為重心的觀點。

(三)

所謂狀態犯，係指行為一旦造成法定之不法情狀，犯罪即屬完成。犯罪完成後，實行行為雖已停止，而不法之狀態仍然存續，而存續之事實不再是犯罪之事實。而所謂繼續犯係指構成要件之行為須對法益一定時間繼續侵害之犯罪。或有認為行為人之意思，足以決定行為所造成不法情狀之久暫的犯罪。行為人之行為只要發生構成要件該當結果，犯罪即屬既遂；惟行為人如未放棄犯罪之實施者，法定構成要件不斷地實現，是以在繼續期間仍是犯罪之實行，謂之繼續犯。繼續犯之重點在於對於法益必須一段時間侵害才能既遂或者是行為人既遂後若不放棄犯意，則構成要件事實則不斷地實現。就刑法三〇二條的犯罪性質而言，因為行動自由必須有一定時間的剝奪，才有行動自由受侵害可言，一瞬間的剝奪不能說是行動自由的剝奪，而立法者的非難核心也就在行動自由的持續性侵害之上，且行

為人既遂後若不放棄犯行，則妨礙行動自由之事實，則不斷實現，故本罪就構成要件上論之，應該是繼續犯。

(四)

所謂單純舉動犯，是指構成要件只規定了行為，行為人單純為行為，就構成既遂犯（通常也不會有未遂處罰的規定）；所謂結果犯，是指構成要件除了行為，還有結果的規定，行為人之行為至少要與結果的發生有因果關係和客觀歸責的前提下，才能構成既遂。刑法三〇二條透過上述的說明，必須有被害人的行動自由受到剝奪，才能認定該當於第一項的既遂犯，否則只能構成第三項的未遂犯。因此就構成要件論之，是屬於必須有結果的出現，才能論以既遂犯。

(五)

刑法三〇四條的強制罪，就學說上而言，是屬於意志形成自由的侵害，行為人以強暴、脅迫的行為使被害人行無義務之事或妨害他行使權利，此種規定按照通說的見解是自由法益的基本規定，自由法益其他構成要件的規定是就具體類型的自由加以規定的，而強制罪則是就最基本的意志形成自由之侵害加以規定，因此可以認為強制罪是其他自由法益保障的構成要件之基礎，其他自由法益的侵害毋寧可說是對於意志形成自由侵害的具體化、類型化，但基本的侵害都是架構在強制罪所保護的意志形成自由之上，刑法三〇二條是就行動自由侵害加以規定，也是一種意志形成自由的具體化，因此兩者的關係可以說強制罪是概括構成要件，而三〇二條是具體構成要件，如果行為人以一行為該當兩罪，則論以法條競合的特別關係（學說上亦有認為係吸收關係）只適用具體構成要件的三〇二條即可。然而如果行為人以數行為分別實現了妨礙行動自由罪及強制罪的構成要件，例如，把人關起來強制他人工作，此種情形通說認為應論以不罰之後行為（或法條競合）而適用妨害行動罪。但亦有認為數行為就應該有數次的評價，所以應論以牽連犯。

十、甲屢受乙之欺侮，憤忿難消，遂央請其友丙將乙殺害，以為報復。丙礙於情面，勉強答應，乃打電話向其友丁借用水果刀一把，並邀其前來共同商議。三人幾經研議，策劃周詳之計畫後，丙終持該水果刀將乙殺害。試問甲、丙、丁三人各應負何刑責？

《擬答》

(一) 丙之刑責：

丙持水果刀將乙殺死(殺害)，且無阻卻違法與阻卻責任之事由，丙應成立殺人既遂罪(刑二七一I)，雖丙當時係礙於情面答應甲之請求，惟丙既已實行殺人行為，行為當時，亦具有殺人故意，當應負殺人罪之刑責。

(二) 甲之刑責：

甲央請丙殺害乙，丙因而產生殺人之犯意，甲之行為係教唆行為，惟嗣後甲、丙商議共同殺害乙之犯罪計畫，顯已超過教唆行為的內涵，而形成共同正犯之共同行為決意(犯意聯絡)，依大法官釋字第一〇九號解釋，「以自己共同犯罪之意思，事先用謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，為共同正犯」。本題甲應與丙負殺人罪共同正犯之刑責。

(三) 丁之刑責：

丁雖提供殺人之工具水果刀一把，且與甲、丙共同商議殺害乙之計畫，如依前述之解釋，丁亦應成立殺人罪之共同正犯，然丁在整個犯罪過程中並無犯罪利益，

當係出於幫助意思，而不具前開解釋所稱之「以自己犯罪之意思」，參酌主觀理論之見解，應祇成立幫助犯。另依犯罪支配理論之見解，丁在整個犯罪過程中，並無實質之支配力，應僅成立幫助犯，亦可供說明。

一、刑法第134條規定：「公務員假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯本章以外各罪者，加重其刑至二分之一。但因公務員之身分已特別規定其刑者，不存此限。」試問：此條規定加重處罰的理由為何？但書規定的理由又為何？

答：

刑法第134條規定，學說上稱為非純粹瀆職罪，乃瀆職罪之概括規定。蓋以公務員之瀆職犯罪，本非刑法本章（第四章）各條所能全部概括無遺，故如公務員假借職務上之權力、機會或方法而犯本章以外各罪者，如與普通人民同罰，自難得其平。又公務員為依法令從事於公務之人員，自應奉公守法，各盡所能，勿越軌範，如假借職務上之權力、機會或方法，以作為犯罪之手段，一則損害政府之威信，二則此種情節與普通人民犯罪相較，自為嚴重，要非加重處罰，不足以資警懲，至其所犯之罪，雖與普通人民所犯同一構成要件，並無所異，但其既依憑藉職務關係所為，難謂與瀆職無關，因此種假借職務關係所犯之罪，可包括本章以外其他各章之罪，因無法一一列舉，故設置本條，予以加重其刑。

又刑法第134條為關於公務員犯罪之加重規定，以公務員犯普通之罪，未因其公務員之身分而另特別規定其刑為前提要件。如已因其具有公務員身分而另定其刑，或該罪以公務員為犯罪之主體者，則其處罰業已較一般人為重，為免雙重加重，致失其平，故不得更以本條加重其刑，此為本條但書所設之理由。

二、禁戒處分為保安處分之一種，依刑法第88條及第89條規定，其要件為何？

答：

刑法第88條規定：「施用毒品成癮者，於刑之執行前令入相當處所，施以禁戒。前項禁戒期間為一年以下。但執行中認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。」第89條規定：「因酗酒而犯罪，足認其已酗酒成癮並有再犯之虞者，於刑之執行前，令入相當處所，施以禁戒。前項禁戒期間為一年以下。但執行中認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。」依此規定可知，禁戒處分之要件為：

1、禁戒之對象：

施用毒品成癮者； 因酗酒而犯罪，且足認其已酗酒成癮並有再犯之虞者。

2、禁戒之期間：

於刑之執行前令入相當處所，施以禁戒。禁戒期間為一年以下，但執行中認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。

3、禁戒之處所：

設置醫師及適當設備之相當處所，一般均為公立之勒戒所。

4、禁戒之目的：

禁除不良嗜好，以根除犯罪之誘因。

三、甲為某市政府的市長室秘書，負責某次會議的記錄工作。甲將會議紀錄呈送秘書長，秘書長口頭指示他將其中一項表決「未通過」的紀錄修改為「通過」。甲遵守長官命令，修改該會議紀錄內容。試問：應如何處斷甲的行為？

答：

甲之行為應成立公務員登載不實罪（刑法第二一三條）。茲說明理由如下：

1、甲所為不實更改會議記錄之行為，該當公務員登載不實罪之構成要件。

按刑法第二一三條公務員登載不實罪之構成要件，係指公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人。實務及學者通說認為，本罪所處罰者，乃屬「無形之偽造」行為，即有製作權之人，製作內容不真實之公文書，規範性質重在保護文書之「正確性及公信力」。所謂登載不實，係指行為人對於公文書具有製作權或修改權，卻為不實內容之登載或更改。又公務員登載不實之事項，不論為全部不實或一部不實，均屬之。

本題甲為某市政府市長室之秘書，職掌會議記錄等工作，係屬對於公文書具有製作權之公務員，其明知某次會議紀錄中其中一項之表決為「未通過」，竟背於真實，將其修改為「通過」，應屬明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾。準此而言，甲所為不實更改會議記錄之行為，應已該當公務員登載不實罪之構成要件。

2、甲該當公務員登載不實罪構成要件之行為，欠缺阻卻違法事由，應成立公務員登載不實罪。

本題中，甲之所以對於會議記錄為不實之更改，係因遵守秘書長之指示，則甲之行為是否屬於「依上級公務員命令之職務行為」而阻卻違法？按刑法第21條第2項規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」所謂上級公務員命令之職務行為，其命令之內容必須：具備形式上之法定程式，為上級公務員職權範圍內之事項，下級公務員（行為人）職務範圍內之事項。本題該秘書長僅以口頭命令指示甲為不實之修改，客觀上不但欠缺形式上之法定程式，且對於會議記錄為不實之更改，亦非秘書職權範圍內之事項；另甲主觀上亦明知該命令之發布違反法定程式，即欠缺命令之形式要件，故甲之行為不得阻卻違法，而具有違法性。

準此而言，甲該當公務員登載不實罪構成要件之行為，因欠缺阻卻違法事由並具有罪責，故甲成立公務員登載不實罪。

四、乙正動手殺丙時，丁拿一把刀跑過來幫忙乙，丙被乙與丁各刺三刀，流血過多而死。丁是否犯幫助殺人罪？理由為何？

答：

本題丁應成立殺人罪之正犯，而非殺人罪之幫助犯。茲說明理由如下：

依題示，乙基於殺丙之故意而著手實行刺殺丙之行為，而丁拿刀幫忙乙，且與乙共同刺殺丙六刀（每人三刀），致丙死亡。則丁之行為究應成立殺人罪之（共同）正犯（第271條第1項、第28條）？抑或成立殺人罪之幫助犯（第271條第1項、第30條），則不無疑義？按現今學者多數主張在區別正犯與共犯時，必須兼顧主觀面及客觀面而綜合審查，其認為犯罪乃行為人以其主觀之內在意思所操縱外在過程之產物，即必須考慮主觀上之操縱意思與客觀上所參與之行為，在整個犯罪過程中之份量而採取犯罪支配說（主客觀混合說）。此說認為，正犯乃指對於整個犯罪過程中具有犯罪主導、支配地位之人，此等行為人對於是否實行犯罪行為與如何進行犯罪行為，以及對於犯罪之目的與結果，均具有決定性之主宰地位，其所扮演之角色，對整個犯罪事件而言，是屬於關鍵性的核心人物。簡言之，在一個犯罪事件當中，何人對於犯罪構成要件之實現，在整個犯罪過程中具有影響力之支配地位，其即為正犯。至於共犯則不具有犯罪之支配地位，因其對於構成要件該當行為是否要實行及如何實行，乃取決於他人之意思決定，該行為人在

整個犯罪過程當中祇是充當配角，其之工作祇是擔任誘發或促成犯罪之發生而已。實務亦認為，以幫助他人犯罪之意思，參與犯罪構成要件之行為，仍為正犯（最高法院24年7月刑庭決議）。

本題中，縱丁係出於幫助乙殺丙之故意，惟其持刀刺丙三刀，業已參與殺害丙之（殺人罪）構成要件行為，具有犯罪之支配地位（行為支配），則丁應成立殺人罪之正犯；又丁若與乙具有共同殺害丙之認識與決意，則丁應成立殺人罪之共同正犯，若無，則成立殺人罪之單獨正犯（丁與乙均為殺人罪之相互正犯）。

五、何謂「假釋」？刑法規定之假釋要件為何？撤銷假釋之要件為何？

答：

假釋係指現代刑法對長期自由刑（包括有期徒刑及無期徒刑）之受刑人，在其刑滿一定刑期後，如有悛悔實據者，附以條件而提前將之釋放出獄的制度（屬於附條件釋放制度之一種）。其本質與為了避免短期自由刑弊端的緩刑相當。

假釋的要件如下：

刑法第七十七條第一項規定：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。」

形式要件：受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二。其中關於有期徒刑假釋之規定，於下列情形，不適用之：

有期徒刑執行未滿六個月者。

犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。犯刑法第九十一條之一所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險未顯著降低者。

實質要件：受徒刑之執行而有悛悔實據者。

程序要件：經監獄報請法務部許可。

撤銷假釋的要件如下：

絕對撤銷：

依刑法第七十八條第一項規定：「假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後六月以內，撤銷其假釋。但假釋期滿逾三年者，不在此限。」

裁量撤銷：

假釋出獄者在假釋中付保護管束，而違反保護管束規則情節重大者，得撤銷假釋（刑法第九十三條第三項）。

六、甲召集每會新台幣一萬元之互助會，尚有乙、丙、丁為活會，甲嗣因急需現款週轉，未經會員乙之同意在標單上偽寫標息新台幣三千元及簽乙之姓名，參與投標而偽稱乙得標，向會員收取會款花用，甲應如何論罪？

答：

甲在標單上偽寫標息新台幣三千元及簽乙之姓名，參與投標而偽稱乙得標，向會員收取會款花用。

甲偽寫標息新台幣三千元及簽乙之姓名之行為，係偽造私文書之構成要件行為，足生損害於乙、丙、丁，且甲主觀上具備故意，又無阻卻違法或阻卻罪則之事由，故甲構成刑法第二百十條偽造私書罪。

後甲持該偽造文書參與投標而偽稱乙得標，向會員收取會款花用。係行使偽

造私文書之構成要件行為，且甲主觀上具備故意，又無阻卻違法或阻卻罪則之事由，故甲構成刑法第二百十六條行使偽造私書罪。

該行為亦同時合至詐欺罪之構成要件，甲主觀上具備故意，又無阻卻違法或阻卻罪責之事由，故甲亦構成刑法第三百三十九條詐欺罪。

甲收取會款後花用，係贓物罪之構成要件行為，且甲主觀上具備故意，又無阻卻違法或阻卻罪則之事由，故甲構成刑法第三百四十九條贓物罪。

甲之罪數如下：

就詐欺罪與行使偽造私書罪而言，依實務見解，認為詐欺取財乃屬行使偽造私書之行為（吸收），故不另論詐欺罪。

就偽造私文書罪和行使偽造私書罪而言，依實務見解，係後行為（行使行為）吸收前行為（偽造行為），論以行使偽造私書罪即可。

又就行使偽造私書罪和贓物罪而言，通說認為贓物罪係行使偽造私書罪之與罰（不罰）後行為，故亦不處罰。

因此，甲僅須論以刑法第二百十六條行使偽造私書罪。

七、何謂「強盜」？何謂「搶奪」？並舉例以說明。

答：

1、「強盜」之概念：所謂「強盜」，係指該不法取物或得利行為之實施，以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或其他方法，且手段於程度上足以抑壓被害人之抗拒，使其喪失意思自主而達不能抗拒狀態下進行而言。條文中所定明之強暴、脅迫、藥劑、催眠術僅屬於例示性質，而以「他法」概括之。易言之，凡足以造成被害人財產上決定自主意願受妨害至使不能抗拒之任何手段與之相當，其以有形暴力相向之「強暴」、以惡害通知使生畏怖之「脅迫」、使人心神陷於無法自主之「藥劑」或「催眠法」，乃至於以恐嚇、酒精、詐術或鬼怪神力之說法等等皆屬之。

舉例如下：上述人奪取財物時，用手放入衣袋，裝作手槍，顯已達於以強暴、脅迫至使被害人不能抗拒之程度，自係刑法第三百二十八條第一項之強盜罪，而非第三百二十五條第一項之搶奪罪。（27年滬上字第15號判例）。

2、「搶奪」之概念：所謂「搶奪」，係指乘人不備而掠取，或乘人不及抗拒而為奪取之謂。掠取行為之實施，雖不免於不法腕力之暴力施用，然程度上卻以未達被害人致不能抗拒之情形為限；否則，即入強盜行為之概念內，而非搶奪。

舉例如下：行為人甲前往金飾店，佯稱欲購買金飾，待店主取出給予觀看時，乘店主不備之際，轉身拔腿就跑。甲之行為，即為搶奪。

八、甲與乙係夫妻，平日感情不睦，甲遂唆使丙殺乙，丙答應並於某日持刀殺乙，乙受傷經醫急救，幸免於死，試問甲、丙應如何論罪？

答：

（一）、丙之罪責：

丙答應後，於某日持刀殺乙，致乙受傷，惟經醫生急救，幸免於死就構成要件而言，主觀上丙具備殺人之故意，客觀上亦著手實施殺人行為，惟死亡結果未發生。其間具備相當因果關係，故丙合致殺人未遂罪之構成要件要素。

就違法性而言，丙無阻卻違法事由。

就罪責而言，丙無阻卻罪責事由。

故丙成立刑法第二百七十一條第二項殺人未遂罪。

（二）、甲之罪責：

甲唆使丙殺其妻乙，丙答應後著手實施，惟失手未致乙於死，甲之行為，係使丙產生殺人之故意，並進而實施，為「教唆殺人」行為。

依刑法第二十九條第二項規定：「教唆犯依其所教唆之罪處罰之。」故甲成立教唆殺人未遂罪。

九、何謂「想像競合犯」？何謂「牽連犯」？何謂「連續犯」？請各舉一例說明之。又有這三種犯罪行為樣態之一者，其刑事責任應如何論斷？並請分別說明之。答：

1、所謂「想像競合犯」：係指行為人透過同一行為觸犯多數相同罪名，或數個不同罪名所形成之犯罪單數。學說上將想像競合區分成異種想像競合與同種想像競合，前者係指行為人一行為而破壞數個同種法益，多次實現同一構成要件。例如：行為人，為達殺人之目的，對於現供人居住之住宅縱火，除觸犯殺人罪外，並觸犯放火罪（刑法§173）；而後者係指行為人所為之一行為而破壞數種不同法益，多次實現數個不同構成要件。例如：唐先生開一槍，擊中唐太太，並貫穿又擊破蟠龍花瓶。其刑事責任依刑法第五十五條前段之規定：「一行為而觸犯數罪名，從一重處斷。」

2、所謂「牽連犯」：係指行為人前後兩個故意行為之間，具有方法結果或手段目的之牽連關係時，始成立牽連犯而從一重處斷。例如：甲侵入住宅（刑法§306）而為竊盜（刑法§320），其方法與結果間具備牽連關係，故為牽連犯。此一見解，係立足於「牽連犯的狀況屬於數行為」為前提。易言之，牽連犯必由數個有牽連關係之行為所組成。其刑事責任依刑法第五十五條後段規定：「犯一罪，而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷。」

3、所謂「連續犯」：係指行為人基於概括犯意，以連續數行為，破壞數個相同相同法益，觸犯同一罪名者而言。例如：A 基於連續竊盜之概括犯意，連續對B、C、D 三家為竊盜行為，在論罪上即以依竊盜之連續犯處。其刑事責任依刑法第五十六條規定：「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。」

※有關刑法第五十五條「牽連犯」，以及刑法第五十六條「連續犯」之規定，已於民國94年2月2日公布之新刑法刪除，民國95年7月1日開始實施。

十、甲意圖為自己不法之所有，欲竊取A 商家外之監視器，因苦無工具，乙乃提供鋁梯及利刃供甲使用，甲因而登梯切斷電線，並竊得該監視器一個。試問甲、乙如何論罪？

答：

1、就甲應負的罪責而言：

客觀上，甲利用乙所提供之工具，登梯切斷電線，竊得A 商家外之監視器一個。於此須分別就刑法第三百五十四條毀損器物罪及刑法第三百二十一條加重竊盜罪分別討論。

就刑法第三百五十四條毀損器物罪而言：

甲客觀上將電線切斷，造成該電線無法發揮其正常功用之結果，且行為與結果之間具備相當因果關係，甲合致毀損器物之客觀構成要件。

甲主觀上具備毀損電線之故意。

甲無阻卻違法或阻卻罪責之事由，故甲構成刑法第三百五十四條毀損器物罪。

就刑法第三百二十一條加重竊盜罪而言：

甲客觀上攜帶利刃，前往竊取監視器，該利刃有傷人之虞，依實務見解認為屬於刑法第三百二十一條第一項攜帶「凶器」之情形，又甲成功地將監視器竊得，其行為與結果之間具備相當因果關係，甲合致加重竊盜罪之客觀構成要件。

甲主觀上具備不法所有意圖，與竊盜之故意。

甲無阻卻違法或阻卻罪責之事由，故甲構成刑法第三百二十一條加重竊盜罪。

就甲前後二行為，應可認為其間具備方法結果之牽連關係，依刑法第五十五條後段牽連犯之規定，從一重論處。

※有關刑法第五十五條「牽連犯」之規定，已於民國94年2月2日公布之新刑法刪除，民國95年7月1日開始實施。故修正後應論以數罪併罰。

2、就乙應負的罪責而言：

乙提供鋁梯及利刃供甲使用之行為，首應區分，乙為（共同）正犯或是幫助犯，依24年刑庭決議，認為幫助犯之成立，主觀上須具備幫助之故意，而客觀上，須非為構成要件行為。

本題中乙僅提供鋁梯及利刃供甲使用，無一同為犯罪行為之情形，且其幫助行為，與甲之犯罪行為，有直接之因果關係，故以構成幫助犯。

乙依刑法第三十條第二項之規定，按正犯甲之刑減輕之。

一、甲男乙女係屬夫妻，乙因賭博輸錢負債累累，甲乃對之冷嘲熱諷並教唆乙女自殺，惟乙拒絕，問甲犯何罪？

【擬答】：

本題涉及刑法分則之加工自殺罪（刑法二七五條）：

所謂加工自殺罪，乃指行為人教唆或幫助他人「使之自殺」，或「受其囑託或得其承諾而殺之」者，處一年以上七年以下有期徒刑（第一項）。前項之未遂犯罰之（第二項）。

第一項前段著重於教唆者或幫助者之著手，而非被教唆或被幫助者之自殺行為。

第一項後段著重於受其囑託或得其承諾者之著手，前者指欲自殺者之自動要求；後者指欲自殺者被動接受而同意。但前題在欲自殺者有自由決定權。

本罪著重於正犯結構之審查，而非總則中之共犯結構之審查。

綜上所述，爭點即發生在於：甲對乙冷嘲熱諷並教唆乙自殺，惟乙拒絕，問甲犯何罪？於刑法之法理上，爭點即有如下兩說：

甲既然教唆乙自殺，自己為「教唆他人自殺」之行為，所以乙雖拒絕，仍應論本罪之未遂犯（第二項）。

持不同看法者在於，甲雖然教唆乙自殺，但該條文著重「教唆他人『使之』自殺」之行為，所以乙既然拒絕，根本未至「使之」自殺，不應論以本罪之未遂犯（第二項）。

二、甲於便利商店購物結帳時，見店員背後之置物上販售一小巧可愛的玩偶，竟一時心起貪念，佯稱有意購買並請店員將玩偶取下而假意賞玩。此時甲見左右無人，竟當著店員的面，帶著玩偶飛快離開便利商店，臨走前並回頭向店內監控之攝影機招手說再見，等店員回過神時，甲已經逃逸無蹤。問甲的行為依刑法應如何論處。

【擬答】：

甲之離去行為究為搶奪？還是竊盜？不無爭議。

搶奪罪之意義 所謂搶奪，依實務上之見解及共識，乃指行為人趁被害人之不備，於公然情狀下，以不法腕力予以掠取其財物之行為。

是故，甲趁店員將玩偶取下而假意賞玩之際，竟當著店員的面，帶著玩偶飛快離開便利商店奪門而出之行為，顯然該當搶奪罪之要件。

不過，行為人之該等行為，對被害人是否顯現出暴力手段及不及防備之要素？似非無疑：

被害店員將玩偶取下而供其賞玩品鑑，此乃商業行為上應客戶要求所有之行為，談不上詐術，更談不上強暴脅迫之問題。另外，甲當著店員的面，帶著玩偶飛快離開便利商店奪門而出之行為而言，反而應該是「根本未料到甲會利用該空檔逃離」之情狀才是。雖然，甲臨走前曾回頭向店內監控之攝影機招手說再見；但行為之處罰應以行為時之法律規定論處，當時於店員回過神前，仍應為趁其之不知，而非趁其之不備。

綜上論述，甲既未對店家侵害其自由意思，也非對其有身體傷害之機會，更非對其破壞財物之緊密所有；且過程和平非有暴力（法務部 86 檢二字 3586 函）。是故，應該當者，似為竊盜罪，較為妥適。

三、「心神喪失人之行為，不罰。精神耗弱人之行為，得減輕其刑。」原為刑法第十九條第一項及

第二項明文規定，我國實務對於心神喪失與精神耗弱之區別標準何在？九十四年二月二日修正

公布之刑法第十九條條文（共有一至三項）有何新增修規定？

【擬答】：

心神喪失及精神耗弱：

所謂心神喪失，即行為人之精神，對於外界事物全然缺失知覺理會及判斷作用，而無自由決定意思之能力，亦即完全喪失正常心理狀態。但因心神喪失而不罰者，得令人相當處所，施以監護（刑八七 I）所謂精神耗弱，即指精神狀態不健全，辨別是非能力及依其辨別而控制行為之能力，顯然減退，但尚未達心神完全喪失之程度也。

新法的新增規定：

現行法第一項「心神喪失」與第二項「精神耗弱」之用語，學說及實務見解，均認其等同於「無責任能力」與「限制責任能力」之概念。惟：「心神喪失」與「精神耗弱」之語意極不明確，其判斷標準更難有共識。實務上，欲判斷行為人於行為時之精神狀態，常須藉助醫學專家之鑑定意見，惟心神喪失與精神耗弱概念，並非醫學上之用語，醫學專家鑑定之結果，實務上往往不知如何採用，造成不同法官間認定不一致之情形。

學理上，責任能力之概念，已因犯罪理論之演變，而使其範圍限縮。在傳統犯罪理論上，犯罪之構成要件該當性與違法性所判斷之對象，係客觀之外在犯罪事實，至行為人之主觀能力或心理狀態事實，則屬有責性判斷之對象；惟當今通說之犯罪理論，則認犯罪之構成要件該當性、違法性及有責性，所判斷之對象，均有客觀及主觀事實，尤其故意犯之構成要件該當性，對於客觀之構成犯罪事實，行為人主觀上須具備認識及意欲，始足當之，學理上，亦有行為能力之概念。因此，現今責任能力之範圍，已較傳統理論為狹。應如何將其具備標準予以明文，更屬必要。關於責任能力之內涵，依當前刑法理論，咸認包含行為人辨識其行為違法之能力，以及依其辨識而行為之能力。至責任能力有無之判斷標準，多認以生理學及心理學之混合立法體例為優。易言之，區分其生理原因與心理結果二者，則就生理原因部分，實務即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。行為人不能辨識其行為違法之能力或辨識之能力顯著減低之情形，例如：重度智障者，對於殺人行為完全無法明瞭或難以明瞭其係法所禁止；行為人依其辨識違法而行為人之能力欠缺或顯著減低之情形，例如：患有被害妄想症之行為人，雖知殺人為法所不許，但因被害妄想，而無法控制或難以控制而殺害被害人。爰仿德國立法例，將現行第一項、第二項之規定，予以修正。

原因自由行為：

原因自由行為之行為人與自始欠缺責任之行為人不可一概而論，前者在原因階段為一完全責任能力人，只是基於故意或違反注意義務（過失）使自己成為欠缺完全責任能力，為防止行為人濫用責任原則之缺失，自應有別於刑法第十九條予以論處。

原因自由行為之學說迄今已為多數歐陸法系刑法所接受，而在刑法總則設有規定。例如：瑞士（刑一二），奧地利（刑三五）、義大利（刑七八）等國之刑法及日本刑法草案。是故，刑法對於原因自由行為之評價，自不宜以行為人實現不法構成要件之瞬間係在精神障礙狀態下，而認定行為人不具責任能力或僅具限制責任能力予以減免。其實，原因自由行為本來即具備「行為階段上之責任能力」，而非自始欠缺，是故在我國學界中，不論採「前置論」、「構成要件完整說」、「一貫犯意說」或「間接正犯」說諸論，均以可罰為結論。

就此，我國九十四年新刑法第十九條亦增設第三項以為規範，並成明文，可咨參照。

四、甲家中經常遭竊，某日甲下班回家，看見小偷乙正在偷取甲的財物，甲為了避免小偷乙逃跑，

於是持木棍把小偷乙的腳打斷，隨即將小偷乙扭送警察局，請問甲打斷乙的雙腳是否觸犯傷害

罪？甲扭送乙至警察局的行為是否觸犯刑法第三百零四條強制罪？

【擬答】：

本題爭點，在於刑法上正當防衛之要件及過當與否之探討。

正當防衛之意義及要件：

正當防衛又稱「緊急防衛」，乃就現在所發生之不法侵害或攻擊行為，在無法立即獲得公權保護之危急情狀下，基於人類自衛本能，主觀上自為客觀必要之防衛。此與刑法保護法益之精神相符，係刑法規範所允許之一種權利行為，而構成緊急防衛權，排除行為之違法性，不成立犯罪。

至於正當防衛之要件，大致如下：

需有防衛情狀。

需有防衛作為：

客觀必要之行為：正當防衛為權利行為，基本上並不需要考慮法益權衡之問題。是否客觀必要應就侵害和攻擊行為之方式、重輕、緩急與危險性等因素，必參酌侵害和攻擊當時之客觀情狀，而做判斷。

防衛行為須不過當：正當防衛係對不正之權利行為，不可超越正當防衛必要之程度。若已逾越而構成防衛過當，自不能阻卻違法至多只能減免罪責。易言之，即正當防衛行為之種類、方法應與侵害行為或攻擊行為相當。此即黃常仁師所言「權利濫用之保留」，防衛者在面對顯然無責任能力人、輕微性侵害、由於自己之「瑕疵原因行為」、法益間欠缺比例相當性及最近親屬間關係等情狀下，應受到防衛之限制。

依題意，甲可能該當傷害罪：

甲為避免小偷乙逃跑，可以主張正當防衛予以強制逮捕，不過以「打斷乙之雙腳」予以阻止，似乎逾越比例原則及必要性原則。

是故，甲之行為應評價為防衛過當，不可阻卻違法，至多僅能減免責任。

依題意，甲可能該當強制罪。

甲強行扭送乙至警局，在刑法構成要件之設計上，仍以違反乙之意願為主；

惟強制罪乃以「使乙行無義務之事」或「妨害乙行使權利」之構成要件之要素；與前述之傷害罪並非相同；是故，依刑事訴訟法，「現行犯本可依法移送」之規定，甲並不該當「使乙行無義務之事」之要素，應不該當本罪為妥適。

五、甲、乙明知其二人間沒有買賣土地的事實，二人卻串謀於虛偽訂立的土地買賣契約書上簽名、蓋章，並持向地政事務所辦理過戶移轉登記完畢。請問：甲、乙二人之刑責如何？

【擬答】：

買賣契約書：

原則上，土地買賣契約書究為公文書，抑或私文書，不無疑義。

按公文書，乃行政客體—公文書。指公務員職務上制作之文書，若非其範圍則否。是故公法人與買受人訂立買賣契約，故其買賣契約書、土地登記申請書、委託書在性質上與一般私人間為土地買賣所訂立之買賣契約書等並無差異，自屬於私文書，此見最高法院七十三年臺上五八七〇號判決自明。

甲、乙可能當偽造私文書罪：

由於文書之真實性，可能為「製作人之真正」；可能為「內容之真正」。是故究竟偽造何種，方為破壞其真正之含義？向來有形式主義與實質主義之爭。茲說明如下：

形式主義（有形偽造）：所謂有形偽造之形式主義，乃行為人冒用真正制作權人名義而作成，重在處罰偽用名義，縱然內容真實，亦為偽造。德國採之。

實質主義（無形偽造）：此說一反前說，乃行為人內容登載不實，重在處罰內容之破壞；縱然制作權人為本人，只要內容虛偽亦為偽造。法國採之。

我國立法例（參甘師 P. 323）：

就兩主義之本質言，形式主義，重在處罰冒用作成名義之有形偽造行為；實質主義，則以有制作權者制作內容虛偽文書之無形偽造行為為其理論之核心。

我刑法乃折衷於兩者之間，而以處罰有形偽造行為為原則，例外始處罰其無形偽造行為（刑二一三、二一五）。同時對於有形偽造行為，並注入實質主義之精神，就行為之結果，增設足以生損害於公眾或他人之規定。苟其內容與真實一致，縱有冒用名義情事，因不足以生損害於公眾或他人，亦不予處罰（三〇上四六五）。因此，解釋我刑法偽造行為之內涵，自未可盲從採用形式主義之德、日立法例。亦即我刑法所稱之偽造，不僅作成名義人須出於虛捏或假冒，即文書之內容，亦必出於偽構，始足當之。我實例即作如斯解釋（二〇上一〇五〇、三〇上四六五、四九臺非一八），洵屬正當。

基於上述，甲、乙雖有土地買賣契約書之虛偽不實記載，並持之向地政事務所辦理過戶登記。但是：

甲、乙間是否有「生損害於他人」？不無疑義。

另外，實務上常見此等不實登載之行使，例如「實為贈與，而為買賣」之登記行為，既無生損害於他人，亦無使地政事務所受有實際損害。

是故，本題中，甲、乙似乎為民法上通謀虛偽意思表示，但就刑法上論以罪刑，似有疑問，易言之，甲、乙應為民事責任，而非刑事責任。

六、甲向乙借款新臺幣一百萬元，經乙多次催討，甲均不願還錢。某日，乙將甲綁到台北近郊陽明山上，要求甲立即還錢，否則不讓甲下山，甲只好打電話給家屬帶新臺幣一百萬上山，乙得款後即釋放甲。請問：乙犯何罪？其理由為何？【擬答】：

在題中，乙所犯者，可能為擄人勒贖罪、妨害自由罪、強制罪、甚或無罪之爭議。

乙可能無罪：

依題意，甲欠乙債款，按民法之精神，甲為債務人，乙為債權人，以乎有向甲請求債權之權利。

惟債權人，應注意行使債權之「手段目的關聯性」之合法。若債權人意圖促其債務之履行，以強暴脅迫方法為之，違反手段目的的關聯，若論以無罪，似有難義。

乙可能該當強制罪：

承上所述可見，債權人意圖促債務之履行，以強暴脅迫方法，將債務人所有物搶去，妨害其行使所有權，應成立刑法第三〇四條第一項之罪，但須注意同法第五十七條及第五十九條（二五院一四三五）。

是故，乙在無阻卻違法及責任之情形下，應成立強制罪。

乙可能該當擄人勒贖罪：

本罪保護法益擄人勒贖罪（刑三四七）本罪保護法益不單為財產法益，兼有生命、自由法益在內。

因兼保護被害人自由，是故本罪為繼續犯。

惟，本罪之行為人須具「勒贖」之意圖而擄人，亦即是在「意圖不法所有」之價值判斷下；依題意，乙為債權人，本即有該債權之請求權，似無法滿足此等意圖。

是故，在擄人勒贖罪為「妨害自由及恐嚇取財」之實質結合犯類型下，乙不該當擄人勒贖及恐嚇取財；但因「手段目的關聯性」之不合法仍有妨害自由罪之該當性。

是故，乙應成立妨害自由罪。

乙之犯罪競合：

乙該當妨害自由罪及強制罪，為一行為犯殺罪名，後者包含於前者之中，應從全部法之妨害自由罪。

七、根據我國現行刑法中之規定，說明準中止犯之成立要件。

【擬答】：

「準中止犯」，是指在實行未遂的情況下（著手未遂無準中止犯），行為人雖已盡真摯努力，且本來也可以有效防止犯罪結果的發生，卻因為被害人自己或第三人的行為，先於行為人的中止行為，導致結果的不發生與行為人的中止行為間，不具因果關係。要之，「準中止犯」大前提是「犯罪結果的不發生」，其與中止犯的差異，僅在於結果的不發生與行為人的中止行為間，不具因果關係，其餘主、客觀要件要求均同。2005年刑法修正，已於第27條第1項與第2項後段規定：「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。」使準中止犯亦能適用減免其刑之規定。

所謂「結果之不發生，非防止行為所致」，如：第三人行為介入；被害人自己行為；自然事實。

八、甲、乙二人將富商張三於住家門口強押上車，擄至某山區進行勒贖。因為甲、乙二人與張三家人熟識，恐打電話去勒索贖款時，被識破報警。於是將上述實情

告知友人丙，並以五萬元代價，要求丙撥打公用電話給張三家人付款贖人。不料，丙打電話多次後，為警方偵破，張三終被順利救出。請問：甲、乙、丙三人之罪責如何？

【擬答】：

甲、乙二人將張三強押上車，擄至某山區進行勒贖的行為，成立擄人勒贖既遂罪（刑法第三四七條第一項）依 83 台上 3909 判決：「擄人勒贖既遂與未遂的區分，以被擄人已否在行為人實力支配下為準，與是否取得贖款無關。」據此，勒贖未遂，甚至未實施勒贖，均不影響本罪既遂的成立。題示情形，甲、乙主觀上基於勒贖意圖，客觀上復著手實行擄人的妨害自由行為，別無阻卻違法與罪責事由，應成立本罪。

丙撥打公用電話給張三家人付款贖人的行為，僅成立恐嚇取財未遂罪。（刑法第三四六條第三項）

實務見解向來認為：「擄人勒贖罪，係以意圖勒贖而擄人為構成要件，其犯罪之方法行為係將被害人置於行為人實力支配下，予以脅迫，其犯罪之目的行為，係向被害人或其關係人勒索財物，因此擄人勒贖罪本質上為妨害自由與強盜之結合，在形式上則為妨害自由與恐嚇罪之結合，擄人勒贖行為一經實現，犯罪即屬既遂。」（參考 91 台上 6979 判決）據此，e 本題關鍵在於，雖擄人勒贖罪屬繼續犯，然丙係在甲、乙犯該罪既遂後，始起意加入，能否認為成立該罪的共同正犯？

否定見解或許會認為：客觀上，丙固然只實現恐嚇取財罪罪，但考量（實質）結合犯的立法方式，本來就是將兩個既有的犯罪類型結合成一個新的類型，故三人成立擄人勒贖罪的共同正犯。

惟管見以為，丙加入與否，依實務見解已不妨礙擄人勒贖既遂罪的實現；如果沒有丙的加入，甲、乙並不會因此釋放被害人，丙所為一分面對於張三的自由法益欠缺支配力，再方面其之前既未參與擄人，打電話作為「惡害通知」，亦僅係財產利益的侵害行為而已。實不宜僅因該罪具有繼續的性質，即率爾也此當成是擄人勒贖行為的一部。

九、十五歲之甲女明知乙男為有配偶之人，卻告知乙男其為滿十八歲之未婚女子，發生性行為後，甲女發現自己懷有乙男的孩子。甲女之行為是否成立犯罪？【擬答】：

甲女所為成立相姦罪（刑法第二三九條後段），理由如下：

過往實務見解，固曾據最高法院六十六年臺上字第三四八四號（民事）判例所謂：「未滿十六歲之女子，無同意姦淫之意思能力」，而認為：「十四歲以上未滿十六歲之女子，由於身心發展尚未成熟，對於性行為沒有完全之同意能力，在立法政策上乃予以特別之保護，故有配偶之人與十四歲以上未滿十六歲之女子合意發生姦淫行為，該十四歲以上未滿十六歲之女子係屬刑法第二百二十七條第三項姦淫幼女罪之被害人，其與有配偶之人所為之姦淫行為在法律評價上不具不法性，故無由成立刑法第二百三十九條之相姦罪；要之，十四歲以上未滿十六歲之女子既為刑法上所保護之對象，其既為刑法第二百二十七條第一項之被害人，所為之姦淫行為即不具非難性，不成立刑法第二百三十九條之相姦罪。1」

管見以為，實務如欲貫徹保護未成年男女健康之旨，則應不問其已未結婚，均在保護之列，惟司法院二十九年院解字第 2032 號解釋，竟認為本罪之行為客體，僅以未婚女子為限，已屬不能理解；遑論上述意見將「同意之意思能力」與刑法觀念下的行為能力、責任能力、法益保護完全混為一談，更非可採。

按刑法上的行為能力概念，係指「有無意思支配的可能性」，此涉及行為人能否

做出一個刑法上有意義的行為，屬「行為品質」的檢驗範疇，其概念與民法有別，因此，無責任能力人（如精神病患）仍具有行為能力；至於「意識能力」，則是責任能力中，精神狀態的認定問題，是行為人有無辨別是非的能力的問題²。題示情形，甲女雖係刑法第二二七條被害人，但其年齡既滿十四歲，已非全無責任能力，遑論其欺騙乙男已滿十八歲，進而發生性行為，更可認為具有刑法上的行為能力。甲女明知相姦者係有婦之夫而故為相姦，主觀上具有構成要件故意，客觀上復著手實行相姦行為，破壞刑法對婚姻與家庭制度的保障（大法官會議釋字第554號解釋），其產生的法益侵害與成年者並無不同，自應負刑法第二三九條相姦罪責。

甲女所為可能成立未成年人性交罪（刑法第二二七條第三項）的間接正犯，理由如下：

故意必須認識構成要件所描述的犯罪事實，如對事實有一部或全部不認識，即生構成要件錯誤，而得阻卻故意。乙男不知甲女僅十五歲，可否認其具備故意？依實務見解，行為人對被害人年齡的認識包含未必故意³，題示情形，如乙男確實誤認甲女已滿十八歲（客體錯誤⁴）時，可認為其欠缺「即使果真係對未成年少女性交，亦在所不惜」的主觀「未必故意」心態，加以本罪未罰及過失，乙男欠缺構成要件該當性，不構成犯罪⁵。

關鍵在於，本罪屬「必要共犯」，如構成要件所保護者剛好也是被害人時，能否適用刑法總則的犯罪參與規定，予以處罰？此即涉及必要共犯的「應刑罰性限制問題」。

按犯罪參與人對於自己的法益並不負有保護義務，其處罰必須以侵害一個相對於其自身而言，也是受保護的法益為前提⁶，惟刑法第二二七條所要保護的法益並不限於未成年男女的性自主決定權，尚及於其身心健康發展，未成年人對此等法益既無處分權，題示情形，甲女「利用乙男欠缺故意」的行為，並非不可能成立本罪的間接正犯。

結論

如依實務見解，甲女為對未成年人性交罪（刑法第二二七條）之被害人，既不成立相姦罪，

1 臺灣高等法院暨所屬法院八十八年法律座談會民事類提案第二號、法務部（73）法檢（二）字第009號，並參看前司法行政部刑事司臺（六三）刑函字第一七二〇號復臺高院函。結論相同，林山田，刑法各罪論（下），五版，2005，頁497。

2 參考張麗卿，刑法總則理論與運用，修訂2版，2005年9月，頁222。

3 93年台上字第3557號判決：按刑法第二百二十七條第一項至第四項之對於未滿十四歲之男女，或對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪，固不以行為人明知被害人為未滿十四歲，或十四歲以上未滿十六歲之人為絕對必要，若其有與未滿十四歲，或十四歲以上未滿十六歲之人性交之不確定故意者，亦應成立上開罪名。（參照最高法院六十二年第一次刑事庭會議決議（三）與71年台上字第7726號、72年台上字第5051號判例）4 24年上字第2421號判例：「凡以年齡為構成要件之一者，如犯人對於被害人之年齡並未知悉，則因對於犯罪客體欠缺認識，須就其犯意上所應成立之罪處斷。」

5 參照88年台上字第5756號、91年台上字第3597號判決與法檢字第0930801498號函。

6 Roxin, in-LK, 11. Aufl., 1993, §26 Rn. 38.; 自己參與侵害自己的法益，刑法不加以處罰。（如：不處罰自殺、自傷或自毀所有物等行為；矚託他人殺、傷自己，如沒死，不會構成加工自殺罪（刑§275後）、加工自傷罪（刑§282後）的

教唆犯)張捷, 案例刑法筆記, 頁 257。

亦不成立對未成年人性交罪的正犯或教唆犯, 甲女無罪。惟依管見, 甲女至少成立相姦罪; 從保護法益而論, 亦非不可能成立對未成年人性交罪的間接正犯。—

十、甲在超商中竊取一條十五元的口香糖, 正欲離去時為店員乙所發現, 在超商出口處乙張開雙手不卻甲離開, 並要求另一店員丙報警處理, 甲為了脫免逮捕將乙推倒在地, 甲倉皇離去時, 口香糖為丙所奪回。試問甲的行為依刑法應如何評價?

【擬答】：

甲在超商竊取口香糖, 正欲離去時為店員乙所發現, 仍成立竊盜既遂罪。(刑法第三二〇條第一項)依 49 年台上字第 939 號判例:「上訴人所竊之樹木, 既經砍伐倒地, 不得謂非已移入於自己實力支配之下, 其竊盜行為即已完成, 自難因其賊木尚未搬離現場, 而謂為竊盜未遂。」(92 台上 2766 判決同)對於竊盜罪既遂時點的判斷, 係採取掌握理論。要之, 作為竊盜罪行為客體的動產, 並不需要被「拿走」, 而只要行為人可以對該物為事實上支配, 建立新的持有關係, 即為已足。甲手上的口香糖雖然還在超商內, 惟已完全被甲所掌握; 這種支配中有支配的現象, 由於甲對餅乾建立了新的支配關係, 以致於賣場已不再能毫無困難的自由支配, 應認為甲竊盜行為已經既遂。此外, 甲別無阻卻違法與罪責事由, 甲成立本罪。

甲為脫免逮捕將乙推倒在地的行為, 依實務見解成立準強盜罪(刑法第三二九條)

刑法第三百二十九條準強盜罪之因防護贓物或為脫免逮捕, 而當場施以強暴、脅迫, 係指竊盜或搶奪犯, 將他人財物移歸自己實力支配之下後, 為保護該贓物不被奪回, 對追奪者施以強暴脅迫之行為。實務見解向來認為「不以使人達於不能抗拒」為必要(93 台上 1470 判決); 若於行竊或搶奪時, 以強暴脅迫之手段, 使人不能抗拒, 以奪得他人之物者, 則其本質上即屬強盜行為, 應成立強盜罪而非準強盜罪。(93 年台上字第 1662 號判決)

題示情形, 如依實務見解, 甲應成立準強盜罪; 惟其既、未遂的判準, 則係另一爭議問題。實務一直認為:「在脫免逮捕之情形, 其竊盜或搶奪既遂者, 即以強盜既遂論, 如竊盜或搶奪為未遂, 即以強盜未遂論。」(68 台上 2772 判例、92 台上 2766 與 93 台上 4655 判決)據此, 甲即應成立準強盜既遂, 以強盜既遂罪論。

部分學說對於準強盜既遂時點有不同意見, 認為: 竊盜或搶奪行為乃準強盜罪之前提要件, 「強暴、脅迫」始為準強盜罪之實行行為, 故本罪之既、未遂係以最終是否取得財物為基準, 據此, 本題即應成立準強盜未遂, 以強盜未遂罪論, 併予說明。

甲為脫免逮捕將乙推倒在地的行為, 依學說意見, 前行為成立竊盜既遂罪, 後行為成立強制罪, 兩罪併罰。按強盜罪係以強暴脅迫作為奪取他人財物之手段, 其行為之危險性與反社會性甚高, 猶規定須至使不能抗拒, 始能成罪。準強盜罪, 則係竊盜或搶奪後, 因護贓等目的, 始為強暴脅迫, 通常屬於防禦之動作; 尤其為脫免逮捕, 而以暴力掙脫, 實屬人情之常, 其期待可能性甚為薄弱, 反以強盜罪論處, 在立法上是否妥適, 已大有可議, 倘於解釋上, 認為祇須有強脅行為, 即足成罪, 而無須達於不能抗拒之程度, 則情輕法重, 是否妥當, 更有商榷餘地。舉例: 依實務見解, 小偷奔逃無門, 作勢跳樓自殺以逼退追捕, 是否也「以強盜論」?⁷

結論

題示情形，如依實務見解，甲成立準強盜既遂，以強盜既遂罪論；如依部分學說意見，因對準強盜罪既遂時點的判斷不同，僅成立準強盜未遂，以強盜未遂罪論。同時，多數學說意見主張限縮準強盜罪「強暴」之程度，據此，甲僅成立竊盜既遂罪與後行為的強制罪，兩罪併罰。

一、A 與B 共謀殺甲，某日深夜趁甲睡覺時侵入甲宅，共同以而頭悶死甲。事實上，當時甲僅是昏迷而已，A、B 卻誤以為甲已經死亡，而將甲丟入河裡，甲因此弱死。試問A、B 之行為應如何處斷？

【擬答】：本題屬於因果歷程錯誤之題型，因果歷程錯誤之法律評價，依通說見解應是錯誤是否具有重要性而斷，若錯誤具重要性，則中斷原因果關係之歷程，不成立既遂，反之倘錯誤不具重要性，則不影響既遂之成立，本題即屬不重要之因果歷程錯誤，AB 應成立共同殺人既遂罪。

二、C 唆使D 殺乙，當D 埋伏在乙宅附近等待乙返家時，D 遭警察逮捕。試問C、D 之行為應如何處斷？

【擬答】：本題涉及刑法第二十九條教唆犯之修正，新法已對教唆犯改採限制從屬性說，以被教唆者實行犯罪（構成要件該當且違法）為教唆犯成罪之前提要件，D 埋伏等待即為警察逮捕，依著手理論（通說之主客觀混合理論或實務之形式客觀理論），D 僅成立預備殺人罪。至教唆者C，如依D 尚未達著手實行犯罪階段而言，C 不成立教唆犯。然有不同見解認為，所謂實行犯罪僅需被教唆者實現刑法處罰之犯罪即可，故本題D 已成立預備殺人罪，C 應論以教唆預備殺人罪。

三、丙從二樓將皮包丟給樓下的丁，當丁正打算彎腰從地上拾起該皮包時，E 正巧經過而先拾起該皮包後即逃走。事後，E 發現皮包裡有一萬元現金、信用卡、提款卡等，於是又以該提款卡到銀行提款機提領八萬元現金。試問E 之行為應如何處斷？

【擬答】：本題應討論E 所為究成立侵占遺失物罪或搶奪罪，因丙將皮包丟給丁，丁正彎腰欲拾取，該皮包並未脫離丙丁之持有關係，故以論搶奪罪為宜。另E 再持提款卡盜領八萬元現金，並非以不正方法領款，故未成立不正方法自付款設備詐取罪，而應論竊盜罪，惟此與前揭搶奪罪乃二行為侵害同一法益（財產法益）屬不罰後行為，故僅論搶奪罪已足。

四、F 男（十七歲）結識戊女（十四歲）後，經常與戊發生性行為。不久，F 得知戊已懷孕，於是說服戊離家與自己同居生活。試問F 之行為應如何處斷？

【擬答】：本題戊女乃十四歲以上未滿十六歲之人，為刑法第二二七條第三項準強制性交罪之客體，故F 男即成立該罪，惟因其未滿十八歲，依同法第二二八條規定得減免其刑。另F 男說服戊女離家同居，戊女顯非無家庭之人，則F 男另成立同法第二四〇 條第一項之和誘罪。兩罪應併罰之。

五、甲想要毒死乙，於是暗地裡在飲料中加入毒藥並將之交給乙喝下。不料因為該毒藥並沒有到達致死的份量，所以乙並沒有被毒死。雖然乙並沒有被毒死，但是仍舊是痛苦難當，在地上翻轉哀嚎。甲看見乙的慘狀，心生不忍，於是開車將乙送醫。不過於醫治的途中因醫師丙處置不當，結果乙仍舊死亡。試問甲是否成立犯罪？

【擬答】

一、甲在飲料中加入毒藥並將之交給乙喝下之行為，可能成立刑法第二七一條第一項之普通殺人既遂罪：

客觀上，甲暗地裡在飲料中加入毒藥並將之交給乙喝下，係製造乙之生命法益遭受侵害危險之殺人行為，又依題示，亦有乙之死亡結果發生，惟乙之死亡結果，與甲之行為，是否具有因果關係，容有疑義。茲討論如次：條件理論：認為凡對於具體結果之發生，不能想像其不存在的所有條件，均是造成結果的原因。倘若可以想像某一個行為或某一個事實，即使並不存在，而具體結果仍會發生者，則該行為或事實即非造成結果的條件。然條件必須自始繼續作用致結果發生時，始為結果之原因，假如條件雖已經開始作用，但另因其他條件之介入，而能迅速單獨造成具體結果者，則此後介入之獨立條件，即與具體結果形成具有「超越性之因果關係」，而使前條件與最終結果間欠缺因果關係。

在本題中，若無甲暗地裡在飲料中加入毒藥並將之交給乙喝下，不會發生乙被送醫後，因醫師丙處置不當而發生死亡之結果，故甲之行為為乙死亡結果之條件。惟乙醫後，由於「醫治的途中因醫師丙處置不當」此一獨立條件的介入，立即直接造成乙之死亡結果，則甲暗地裡在飲料中加入毒藥並將之交給乙喝下(前條件)與乙之死亡(最終結果)間的因果關係即遭切斷，而無因果關係。

相當理論(或相當因果關係說)：認為導致構成要件結果發生之條件，必須依據經驗法則做客觀之判斷，而可認定在通常的情況下，均足以造成該結果之發生時，該條件始可認與結果相當，而可認為與結果具有因果關係。否則，若該條件在通常的情況下，並不一定會造成該具體結果，而且結果之發生又可認為係完全脫離常軌或係偏離常態者，則該條件與該結果即屬不相當，而不具因果關係。

本題中，甲暗地裡在飲料中加入毒藥並將之交給乙喝下，係造成乙死亡結果所不可想像其不存在之條件，固具條件理論之因果關係；惟依相當因果關係說，任一理性的第三人亦無法預測到乙會在醫治的途中因醫師丙處置不當而死亡的情況，故甲之行為與乙之死亡結果間並不相當，而不具相當之因果關係。

客觀歸責理論：客觀歸責理論認為，唯有行為人的行為對於行為客體製造(或是昇高)了一個法律所不容許的風險，並且該風險在具體事件歷程中實現，而導致構成要件結果之發生者，則該結果方可歸責於行為人。

本題中，甲之行為與乙之死亡結果間固具條件式之因果關係，但甲雖製造法所不容許之風險(暗地裡在飲料中加入毒藥並將之交給乙喝下)，但乙死亡之結果與甲之行為間並不具有常態性關聯，而係醫治的途中因醫師丙處置不當所造成之風險所實現，故甲之行為並無可歸責性。

小結：無論依上開何種理論，均認為甲之行為與乙之死亡結果間不具因果關係與客觀歸責，故甲不構成刑法第二七一條第一項普通殺人既遂罪。

二、甲暗地裡在飲料中加入毒藥並將之交給乙喝下，可能構成刑法第二七一條第二項普通殺人未遂罪 從上述，乙之死亡結果，與甲暗地裡在飲料中加入毒藥並交給乙喝下的行為無因果關係與客觀歸責，故甲之行為未完全實現殺人既遂罪之構成要件；主觀上，甲認知暗地裡在飲料中加入毒藥並將之交給乙喝下，足以造成乙之死亡結果，而仍決意為之，故甲具備殺人故意；客觀上，甲暗地裡在飲料中加入毒藥並將之交給乙喝下，縱依題示，該毒藥並沒有到達致死的份量，但甲的未認知此一事實，是依甲主觀的認知，其所下的毒已足到達死的量，且客觀上甲對乙下毒的行為，足以造成乙之生命法益遭受侵害，故應認為甲之行為乃係之著手殺人之行為，只因乙之死亡結果與甲之行為間不具相當因果關係與不具客觀可歸責性，而無法該當殺人既遂罪所有之構成要件要素，故具普通殺人未遂罪之構成要件該當性。甲無任何阻卻違法與責任事由。故甲之行為構成刑法第二七一條第二項殺人未遂罪(既了未遂)。

就個人解除刑罰事由而言：

甲之行為是否符合刑法第二十七條中止犯之規定得減輕其刑。學說上容有爭議，討論如次：

1. 甲說：按中止未遂之成立須具備中止意思、自願中止、中止行為與犯行尚未既遂等四個要件，本題中，甲看見乙的慘狀，心生不忍，於是開車將乙送醫。可見甲固具有中止意思與中止行為，惟因醫師丙處置不當，使得最後結果乙仍舊死亡，因此，甲之自願中止行為，在客觀上並未有效阻止乙死亡結果之發生，即成「失敗之中止」，應無法成中止犯。

2. 乙說：若因為另有其他客觀事實之存在，而排除行為人防止結果發生之積極行動之成效，使具體結果仍舊發生者，其判斷行為人能否成立中止犯，應以行為人之行為對此具體結果是否具有「客觀可歸責性」為斷。若能肯定行為之客觀歸責性者，則成立既遂犯；反之，則成立未遂犯。

本題中，甲開車將乙送醫之行為，本可發生防止結果發生之作用，惟於醫治的途中因醫師丙處置不當，致將乙死亡。乙之死亡的發生，經客觀歸責性之判斷，應可認定甲下毒之行為與乙之死亡結果並不具「客觀歸責性」，則乙之死亡結果雖已發生，甲仍可依刑法第二十七條中止犯規定得減輕其刑。

3. 小結：本文認為，甲之中止行為本可發生防止結果發生之作用，可是卻因醫師丙處置不當，始導致將乙死亡。故甲之行為既對於乙之死亡結果係客觀不可歸責。因此甲出於自願而阻止乙死亡結果之發生的真摯努力，應仍可成立中止犯，故以乙說較為可採。因此甲得成立殺人罪之中止未遂犯。

六、甲因金融卡現款借用事宜與某銀行經理乙相處不甚愉快。某日甲欲與乙理論，於是在未得同意的情形下直接進入了乙(不對外開放的)辦公室。試問甲是否成立犯罪？

一、甲進入乙的辦公室，可能成立刑法第三百零六條第一項之侵入建築物罪：

(一)構成要件該當性：

侵入建築物罪之成立，係以無故侵入他人之建築物為要件。客觀上，所謂「建築物」，係指圍有牆壁，上有屋頂，可供居住或其他用途之土地上定著物。所謂「侵入」，係指未得建築物所用權人之同意，而違反所用權人之意思，強行進入他人之建築物內的行為。本題中，乙之辦公室係不對外公開之他人建築物，甲未得乙之同意而擅自進入，乃係侵入他人建築物的行為。主觀上，甲認識其直接進入乙辦公室乃是侵入他人建築物之行為，仍決意為之，故有侵入他人建築物之故意。故甲具構成要件該當性。

(二)違法性：

侵入住宅罪之成立，須以「無故」侵入為要件。所謂「無故」，係指無正當理由，或未經他人同意或法律之授權的無權。此一要素，係屬立法者所提示的一般犯罪成立要素之違法性要素。本題中，甲雖因金融卡現款借用事宜欲與乙理論，但此一理由，並非合於社會相當性原則之正當理由，故甲未得乙之同意，而進入乙之辦公室，即屬無故。甲又無其他阻卻違法之事由，甲具違法性。

(三)有責性：甲無任何阻卻罪責事由，故甲具有責性。

二結論：綜上述，甲進入乙之辦公室之行為，成立侵入他人建築物罪。

七、甲乙二人共同決意殺害丙。某日，甲乙二人見丙離開家門後，即衝上前去欲致丙於死地。正在行兇之際，甲見丙可憐，遂改變主義，認為只要給丙一個教訓就夠了，不必果真鬧出人命，便停下動作，並勸乙也停止殺人的行為。未料乙認為如不將丙殺死，將來丙必能指認出兇手，後患無窮，仍執意將丙殺死。問甲應

負何罪？

一、乙故意將丙殺死，無阻卻違法及罪責事由，成立殺人罪(§刑271 I)。

二、甲之刑責：

(一)甲共同殺乙，可能成立殺人罪之共同正犯(§刑271 I、28)。

依題示，甲乙二人共同決意殺丙，二人見丙離開家門後，即衝上前去欲致丙於死地。故主觀上，甲與乙有共同犯殺人罪之行為決意(犯意聯絡)；客觀上，甲亦有參與共同實施殺人罪之構成要件行為(行為分擔)，且事實上乙已將丙殺死，有死亡結果及因果關係。甲無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(二)個人解除刑責事由：

依題示，在行兇之際，甲見丙可憐，遂改變主義，認為只要給丙一個教訓就夠了，不必果真鬧出人命，便停下動作，並勸乙也停止殺人的行為，未料乙仍執意將丙殺死。則甲可否主張其行為業已中止，並有積極從事防止結果發生之行為，得成立中止犯以減免其刑責？此乃涉及學理上「共同正犯中止」以及「共同正犯關係脫離理論」之問題。

1. 甲可否依刑法中止犯之規定，減免刑責？

按我國刑法第二十七條規定中止犯的條件及效果，對於已著手實施犯罪行為的犯罪人，若其於中途因己意而中止犯罪或防止結果之發生時，必減免其刑。惟在共同正犯的犯罪形態，依學者通說之見解，認為要成立共同正犯的中止，必須共同正犯中的每一個人，都有決意要中止犯罪，並且於有必要時做了防止結果發生的行為，進而結果沒有發生，始得成立。倘若結果已經發生，而該結果非因共同正犯關係外的力量所導致，則所有共同正犯都要負既遂的責任。

因此，本題中，甲雖然已改變犯意，且停止殺人的動作，亦有勸乙停止的行為，但既然乙仍然執意地將丙殺死，則丙死亡結果，既仍係出於同為共同正犯之乙所為，甲即無由成立共同正犯之中止，不得依中止犯之規定，減免其刑責。

2. 甲可否依共同正犯關係脫離理論，減免刑責？

所謂「共同正犯關係之脫離」，認為共同正犯開始後，當未既遂前，共同正犯中之一部分之人，心生悔意，而自共同正犯關係離去之謂。承認共同正犯關係脫離之概念，乃在防止共同正犯責任的擴散，使該脫離者僅負脫離前共同正犯之責任，至脫離後，因其他共同正犯所實行或所發生之犯罪結果，則不再負責。

要主張「共同正犯關係之脫離」，依一般通說之見解，除了行為人出於真摯之意思放棄犯罪的續行外，尚須積極地切斷其與其他共同正犯心理與物理上的聯繫。本題中，甲雖然已改變犯意，且停止殺人的動作，亦有勸乙停止的行為，應可認為甲已出於真摯的意思切斷其與他共同正犯心理上的聯繫，但甲勸乙停止的行為不能發生效果，尚難認為已切斷共同正犯之外理上聯繫，即甲尚無法完全脫離共同正犯之關係。

三、結論：甲之行為，成立殺人罪之共同正犯，不得主張刑法第二十七條中止犯之規定減免其刑，亦無法主張共同正犯關係之脫離，惟甲所為防止犯罪之真摯努力，仍得作為法官最終量刑之參考(刑§57)。

八、甲至某名牌鐘錶店，向店員要求看「勞力士」手錶一只，隨後又要求看另外一只的款式。正當店員轉身開櫃之際，甲抓起置於櫃檯上之「勞力士」手錶向外急奔，並逃逸無蹤。試問甲構成何罪？

一、甲拿走勞力士手錶，可能成立刑法第三百二十五條第一項之搶奪既遂罪：

客觀上，搶奪罪之成立，以搶奪他人之動產要件。本題中，甲所拿走的勞力士手錶，固屬他人之動產；但所謂的「搶奪」，係指乘被害人未備，出其不意，猝然使用不法腕力，使其不及抗拒，而強加奪取的行為，而依通說及實務之見解，行

為人必須有使用不法腕力而攫取，方為強奪，若無使用不法腕力，而係以和平之手段者，即非搶奪。本題中，甲乘店員轉身開櫃之際，而拿走置於櫃檯上之「勞力士」，並未使用不法腕力，故不該當「搶奪」之行為，無由成立搶奪罪。

二、甲拿走勞力士手錶，可能成立刑法第三百二十條第一項之竊盜既遂罪：

(一)構成要件該當性：

1. 客觀上，竊盜罪之成立，以竊取他人動產為要件。本題中，甲所拿走的勞力士手錶係他人之動產；甲乘店員轉身開櫃之際而拿走該手錶，乃是未得原持有人之同意，以和平之非暴力手段，破壞原持有人對於動產之支配支有關係，進而將該動產置於自己的掌握之下，建立一個新的支配持有關係的竊取既遂行為。

2. 主觀上，甲認識其拿走勞力士手錶乃是竊取行為，仍決意為之，故有竊盜故意，甲亦明知其無任何法律上之正當權源以占有該手錶，仍欲自居所有人之地位以支配之，亦有為自己不法所有之意圖。

(二)小結：甲無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

九、試說明「空白刑法補充規範」的意義，並論述「空白刑法補充規範」之變更所可能存在的刑法意義。

【擬答】：

所謂空白構成要件，係指在刑罰條文中，僅規定罪名及其法定刑，而將其犯罪構成要件之全部或一部，委由其他法律、或行政規章、命令，故空白構成要件在本質上係屬一種有待補充之構成要件。

空白刑法，例如刑法第一一七條之將「政府局外中立命令」，刑法第一九二條將「預防傳染病檢查命令」，懲治走私條例第二條將「管制物品公告」委諸行政機關來公布，故上述條文皆屬空白刑法。

填補空白刑法之法規如有變更，其性質如何？學說上有如下看法：

法律變更說：認空白刑法既將其犯罪構成要件之全部或一部，完全委諸其他補充規範來填補，且在填補之後才能發揮刑罰的作用，故如填補空白刑法之法規有變更，並促使該空白刑法之犯罪構成要件亦隨之變更，致變更可罰性者，亦屬空白刑法之變更。林山田師、周治平師採此說。

事實變更說：認為刑法第二條第一項所稱之法律變更，乃專指刑罰法律有變更者而言，填補空白刑法法令之變更，為事實之變更，故只能對將來發生效力，並不影響行為人於變更前業已成立之犯罪。蔡墩銘師採此說。

區別說（蘇俊雄師）：

若變更之內容影響構成要件中處罰規定及刑度範圍者，不失為法律變更。

若變更之內容僅涉及事實概念或技術性之規範者，則屬行政命令之事實變更。

實務上則均採事實變更說。參見最高法院四十九年臺上字第一〇九三號判例、五十一年臺非字第七十六號判例、司法院大法官會議第一〇三號解釋。

釋字第一〇三號認管制物品及數額之公告其內容之變更，對於變更前走私行為之處罰，不能認有刑法第二條之適用。

又四十九年臺上第一〇九三號判例亦認：無論公告之內容如何變更，其效力僅及於以後之行為，無刑法第二條第一項之適用。

十、下列情形，主張正當防衛是否有理由？

甲於路上，遭乙所飼養之狼犬狂咬時，乃持路旁之木棍，擊打該狗死亡。

身材嬌小之甲女，出手毆打體格壯碩之乙男，詎乙竟持鐵條反擊，把甲女打成重傷。

【擬答】：

本題爭點，在於刑法上正當防衛之要件及過當與否之探討。

正當防衛之意義及要件：

正當防衛又稱為「緊急防衛」，乃就現在所發生之不法侵害或攻擊行為，在無法立即獲得公權保護之危急情狀下，基於人類自衛本能，主觀上自為客觀必要之防衛。此與刑法保護法益之精神相符，係刑法規範所允許之一種權利行為，而構成緊急防衛權，排除行為之違法性，不成立犯罪。

至於正當防衛之要件，大致如下：

需有防衛情狀；需有防衛行為；需有防衛意思。

不過，應注意者，乃「防衛情狀」之要件中，所謂不法之侵害，必為人類之侵害，方屬構成：

一切足以破壞法益或妨害權利之人類的行為。

不一定有目的之事實行為，故對無責任能力人或限制責任能力人之侵害或攻擊行為亦可

實行正當防衛。

可為故意行為或過失行為。

可為作為或不作為。

是故，題中「甲於路上，遭乙所飼養之狼犬狂咬時」，應注意者，乃為如下：

若該狼狗為主動攻擊甲者，則甲持路旁之木棍，擊打該狗死亡而主張正當防衛應無理由，至多僅為緊急避難。

惟若該狼狗之攻擊甲者，乃因乙之故意或過失所導致，則該狗之攻擊可看成歸責於乙之侵害；甲持路旁之木棍，擊打該狗死亡而主張正當防衛不無理由。

至於「乙持鐵條反擊，把甲女打成重傷」一事，可看出正當防衛過當與否之比例原則之探

討；

客觀必要之行為：正當防衛為權利行為，基本上並不需要考慮法益權衡之問題。是否客觀必要應就侵害和攻擊行為之方式、重輕、緩急與危險性等因素，必參酌侵害和攻擊當時之

客觀情狀，而做判斷。

防衛行為須不過當：正當防衛係對不正之權利行為，不可超越正當防衛必要之程度，若已逾越而構成防衛過當，自不能阻卻違法至多只能減免罪責。易言之，即正當防衛行為之種類、方法應與侵害行為或攻擊行為相當。此即黃常仁師所言「權利濫用之保留」，防衛者在面對顯然無責任能力人、輕微性侵害、由於自己之「瑕疵原因行為」、法益間欠缺比例相當性及最近親屬間關係等情狀下，應受到防衛之限制。

是故，身材嬌小之甲女，出手毆打體格壯碩之乙男，詎乙竟持鐵條反擊，把甲女打成重傷，似乎超越比例原則，主張正當防衛應無理由，至多僅能考慮減免責任。

一、何謂「性交」？現行刑法何以要立法解釋？其與舊法之「姦淫」如何區隔？其與「猥褻」之界限為何？強制性交罪與舊法之強姦罪有何不同？試就法治國原則評述之。

【擬答】：

(一)性交之意義

刑法針對「性交」之定義規定在第十條第五項：「稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：1. 以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。2. 以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」

(二)立法解釋之理由

1999 年為配合刑法第十六章等之修正，將「姦淫」一詞改為「性交」外，並增列刑法第十條第五項性交之定義。

(三)與舊法「姦淫」之區別

新法認為舊法之「姦淫」只有男性對女性為之，實則姦淫不僅是男對女違犯，而是女對男、男對男、女對女之間亦可發生，且「姦淫」一詞，在一般人的理解上，其意為男女私合，或男女不正當之性交行為，不無放蕩淫逸之意涵，對於被害人，誠屬難堪，故將「姦淫」修改為「性交」。

(四)與「猥褻」之界限

猥褻行為乃指性交行為以外之一切滿足自己之性慾，或足以挑逗他人引起性慾之色慾行為而言，故如其行為在客觀上不能遽認為係基於色慾之一種動作，而且又不致逗引他人之性慾，在行為人主觀上亦不能滿足其本人之性慾，即非猥褻行為。

(五)強制性交罪與舊法強姦罪之不同與立法評析

刑法第二二一條原規定強姦罪，係用以處罰男性對婦女使用強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使婦女不能抗拒之情狀下加以姦淫之性犯罪；惟本法於1999 年之修正刪除強姦罪，而增訂強制性交罪以取代，不但將行為客體擴及男與女，而且在行為上加上「恐嚇」、「其他違反被害人意願之方法」，並刪除使用藥劑之方法與「至使不能抗拒」一詞，使本罪已不再是男性對婦女使用強制手段至使婦女不能抗拒而加以姦淫之性犯罪，而是凡對於他人使用違反其意願之方法而為性交者，即足以構成本罪。加上性交之立法解釋 (§10V)，故使可能該當本罪之行為，型態多樣化，並且適用範圍亦廣泛化。

綜上，新法使可能該當本罪之性犯罪行為變的相當廣闊，而大幅擴大適用範圍。學者意見指出：這應非刑法在刑事立法政策上之立法目的；況且，本已負荷超載之刑事司法，將因本罪寬廣之適用性，而要再增加工作負擔，特別是本罪已非舊法時代之告訴乃論罪，今後在性犯罪之追訴審判與執行上必須投放更多之刑事司法資源，始足以確實執法，否則又將成為立法從嚴而執法從寬而足以傷害刑法威信之不當立法。

二、何謂共同正犯？甲、乙、丙、丁四人在公共場所打麻將賭博財物，是否構成共同正犯？

【擬答】：

(1)所謂共同正犯係指兩人以上基於共同之行為決意，各自分擔實施犯罪行為之一部，彼此以其行為互相利用，互為補充，而在行為的分工與角色分配的協力下，共同完成犯罪之正犯。刑法第二十八條規定”二人以上共同實施犯罪之行為者，為正犯。”即屬之。而本於共同意思主體說，共同正犯彼此間<有將他人行為視為全體行為之意思存在，故若二人以上本於共同犯罪之意思進行謀議，而由其中一部分之人實施犯罪行為（實行共同正犯），對僅參與謀議而未親自實施犯罪之人，稱之為共謀共同正犯，大法官會議釋字第一零九號亦採之。

(2)另按依通說與實務見解，共犯有任意共犯與必要共犯之分，後者乃指須有二人以上之參與實施始能成立之犯罪而言，其尚可分為聚合犯與對向犯。而所謂之對向犯則係二個或二個以上行為，彼此互相對立之意思合致而成立之犯罪，如賭博罪，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無犯意之連絡，自無刑法第二十八條共同正犯之適用。故本題甲乙丙丁在公共場所賭博財物，應不構成共同正犯。

三、甲開車超速不慎撞傷乙，緊急閃避之際又不慎撞傷丙，乃緊急煞停，又使丁反應不及而自後追撞受傷，三次過失傷害應如何處罰？可否論以連續犯？

【擬答】：

(1)按所謂連續犯乃行為人基於一概括犯意，連續為數個可以獨立成罪之故意行為，而分別觸犯數個基本構成要件相同之罪名，依刑法第五十六條規定”連續數行為犯同一罪名者，以一罪論”。是以連續犯成立之主觀要件需行為人基於概括之犯意，亦即須行為人之多次行為自使均在一個預定犯罪計劃內，初於主觀上始終同一犯意之進行，倘中途另有新犯意發生，縱所犯為同一罪名，究非連續其初發之意思，即不能成立連續犯，故連續犯之行為人必以出於故意之犯意為必要。

(2)承上所述，本題甲因超速不慎撞傷乙，緊急閃避不及又撞傷丙，復使丁反應不及而自後追撞受傷，此際甲雖有連續數個過失傷害行為，惟甲係因過失所致，非基於概括故意之連續犯意，故甲不成立連續犯，而應數罪併罰。

四、竊案發生，警方調查結果發現某甲涉嫌竊盜，將甲移送地檢署。檢察官認為甲有羈押的原因，但無羈押的必要時，應為如何之處置？

【擬答】：

(1)按羈押與具保”責付”限制住居均屬干預限制人民基本權利之強制處分，故二者之實施均需具備羈押原因，僅後者較諸前者欠缺羈押之必要性而已，倘被告無重大之犯罪嫌疑或無羈押之必要，即不得施以前揭所述之任何強制處分。

(2)依刑事訴訟法第九十三條第二項規定，被告或犯嫌疑人因拘提逮捕到場者，檢

察官如認有第一百零一條第一項或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得逕命具保”責付或限制住居。如不能具保責付或限制住居，而有必要情形者，仍得聲請法院羈押之。另依同法第二二八條第四項規定，被告經傳喚，”自首或自行到場者，檢察官於訊問後認有第一百零一條第一項各款或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得命具保”責付或限制住居。

五、二〇〇四年三月十三日清晨，酒店老闆張三被發現死於辦公室。依據現場重建，張三應該是邀兇手入室，遭兇手從後方開槍射殺。現場並無打鬥跡象。警方於三月十五日接獲密報，商人李四在最近與張三常有嚴重爭執。警方於是對李四展開調查，李四矢口否認他與案情有何關係，可是無法提出不在場證明。辦案警官甲因而請李四不要離開所在地，以便調查。甲稍後得悉，李四極可能於三月十七日至十九日之間出境。甲於是向檢察官聲請，對李四搜索扣押，以確定李四行蹤並發現行兇槍枝。問檢察官是否可以核發搜索票？

【擬答】：

(1)按搜索乃對人身或住居處所所為之強制處分，自當受法治國原則之適合性”必要性與狹義比例性等之指導，故搜索強制處分之發動與實施程序均應符合上揭原則之要求。令狀審查（即搜索票之核發）乃為確保前開法治程序之踐行，刑事訴訟法就偵查中強制處分之令狀審查，就其對人民基本權利之干預限制之程度，區分為檢察官決定原則（傳喚訊問拘提通訊監察與鑑定處分）及法官保留原則（搜索扣押羈押與鑑定留置）之體系。

(2)依刑事訴訟法第一二八條之一規定，偵查中檢察官認有搜索之必要者，除第一百三十一條第二項所定情形外，應以書面記載前條第二項各款之事項（即搜索票應記載事項，並由法官簽發），並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，得依前項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票。故本題司法警察如欲對犯罪嫌疑人李四為搜索，即非向檢察官聲請，而應向法院為之。

六、甲擬殺A，某日深夜持槍侵入A宅，見A似熟睡中，乃朝A之頭部發射一槍後逃逸，惟A適於甲開槍前一刻鐘心臟病突發死亡。試問甲應負何刑責？

【擬答】：

(一)甲侵入A宅之行為可能構成侵入住居罪（刑法第三百零六條）：

按侵入住居罪所保障之法益，雖於學理上有家宅安寧權與隱私權等廣狹義不同之觀點，然依題意所示，本題中無論採取何種法益保障觀點，客觀上甲侵入A宅之

行為均顯然侵害了A的家宅安寧權或隱私權之法益，從而該當於本罪之客觀構成要件。另一方面，主觀上甲亦對其行為與法益侵害結果具有認知及意欲，而具備主觀構成要件之故意，且甲之行為具有違法性與罪責，應構成本罪。

(二)甲朝A之頭部發射一槍之行為可能構成殺人未遂罪（刑法第二百七十一條第二項）：

本案題例之中，雖甲有開槍之行為，且A亦有死亡結果發生，然因該等死亡結果係由於心臟病突發所致，亦即，行為與結果間顯然缺乏條件理論之因果關係或相當因果關係，從而，普通殺人罪之客觀構成要件並不該當，而無法構成既遂犯罪，合先敘明。殺人未遂罪在檢討結構上，係以行為人主觀上構成要件的殺人故意為必要，客觀上則以「著手」為已足。本題之中，甲固然有殺A之故意並無疑義，客觀上之開槍行為或可解為「著手行為」，而得論以普通殺人未遂罪。然而，茲有疑義者在於，甲之開槍行為可否論以不能未遂，此點涉及刑法第二十六條不能未遂在不同學說下認定標準之差異，謹將該等學說爭議如下：

1、在「客觀未遂論」的立場底下，所謂的「不能未遂」，其與普通未遂之界線乃在於「客觀危險性的有無」。但就「危險的意義」，以及應如何判斷「該危險存在與否」此兩點，學說理論上仍存有爭執：

(1)客觀危險說：

本說係以行為當時存在之一切客觀事實情況作事後判斷，若從科學性之一般人的立場，會感到結果發生或法益侵害的危險者，為普通未遂犯；反之，不會感到危險者，則為不能未遂。

(2)具體危險說：

本說以行為人行為當時的時點作事中判斷，一般人有認識可能性之事實情況，以及行為人特別認識之事實情況為判斷基礎，以一般人之立場在該事實情況下，若能具體地感到結果發生或法益侵害之危險時，為普通未遂犯；若無此具體危險之感覺者，則為不能未遂。一般而言，客觀未遂論之論者均以此說為判斷標準。

2、我國通說：

有別於前述的看法，我國通說導源自「印象理論」的觀點，對於不能未遂之認定，均係採用德國法上的概念內涵，亦即，須行為人之未遂行為乃係出於「重大無知」之情形方屬不能未遂。因為不能未遂犯在客觀上的行為強度不夠、對於法威信、法和平性無所影響，是故不為刑法所處罰。

本案之中，若依我國通說之見解，因為甲之行為並非出於重大無知，是故在主觀上仍存有危險性，對於法威信、法和平性仍有影響，是故應論以普通殺人未遂。然因我國於去年刑法修正理由之中，已明文宣示採取客觀未遂論之立場，是故具體危險說之見解似較符合立法意旨。然縱另採取具體危險說之見解，本案中於行為人甲行為當下，從一般旁觀者角度觀之，亦應能感受到該客觀危險性之存在，是故，仍應論以普通殺人未遂。

(三)綜上所述，本題中甲分別構成侵入住居罪與普通殺人未遂罪，兩罪間因係數行為侵害數法益，故應實質競合數罪併罰。

七、甲酒後駕車，於警察攔檢時，不但拒絕酒測，且當場辱罵及動手毆打警察，經警制服並移送法辦。試問甲應何刑責？

(一)甲酒後駕車之行為可能構成醉態駕駛罪（刑法第一百八十五條之三）：

甲於服用酒類物品而產生意識上的麻醉作用後，駕駛動力交通工具，從而引發公共交通安全的危險性，侵害本罪保障之法益，因而客觀構成要件該當。且主觀上具備故意與違法性，亦無疑義。

惟有爭議點在於，行為人甲是否因為服用酒類而產生責任能力上的減損，因而得依照刑法第十九條第一項、第二項之規定，阻卻或減免罪責？在學理上的「原因自由行為理論」對此即認為，行為人若於原因階段對法益侵害結果有所認知，於結果階段亦具備故意，即應例外肯認其完全責任能力，刑法新法第十九條第三項對此亦有所增訂。

從而，依照此一理論之原則，縱甲於駕車時意識上受有麻醉作用之影響，亦應具備完全責任能力。從而，甲之行為應構成本罪。

(二)甲辱罵及動手毆打警察之行為可能構成妨害公務罪（刑法第一百三十五條）：妨害公務罪於客觀構成要件上要求行為人對公務員依法執行職務時，施以強暴、脅迫之行為為己足。本題中甲係於警察合法執行職務之時，對其為辱罵及動手毆打之行為（強暴、脅迫之行為），從而破壞本罪所保障之公權力合法運行之法益，應該當於本罪之客觀構成要件。甲於主觀上亦對其行為、法益侵害結果等有認知及意欲，具備故意。且因具有違法性及罪責，是故構成本罪。

(三)甲辱罵警察之行為可能構成公然侮辱罪（刑法第三百零九條）：

甲於不特定人所得共見共聞之公開場所（公然）辱罵警察之行為，在客觀上造成警察之名譽法益的受損，且其於主觀上亦有故意。因行為人具有違法性及罪責，故應構成本罪。

(四)甲動手毆打警察之行為可能構成普通傷害罪（刑法第二百七十七條第一項）：甲動手毆打警察之行為因於客觀上造成警察身體法益上之損害，且主觀上亦具備故意。因行為人具有違法性及罪責，故應構成本罪。

(五)競合：

甲辱罵與動手毆打警察之行為同時構成公然侮辱罪、普通傷害罪與妨害公務罪，一行為侵害數法益為想像競合，應從一重（妨害公務罪）處斷。

另一方面，甲酒醉駕車之行為另構成醉態駕駛罪，惟因此犯罪行為與前開犯罪間係分別起意，為數行為侵害不同法益，故應與前開之妨害公務罪實質競合，數罪併罰。

八、刑事訴訟法第2條第1項規定：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形」？

(一)刑事訴訟法第二條所稱，「實施刑事訴訟之公務員」，泛指所有參與刑事訴訟程序的公務員，其中包含司法警察、司法警察官、書記官、檢察事務官、檢察官及法官等。

1. 據此，該等公務員於執行職務時，除追訴犯罪嫌疑人之犯罪行為外（不利部分），必須就其對之有利之部分一併注意。因刑事訴訟制度乃一連串追訴犯罪之過程，其間所參與之公務員均有此一客觀性義務，始能達到除發現真實外，保障人權之刑事訴訟制度目的。

2. 從而，客觀性義務之主體不僅僅指檢察官，兼及於包括司法警察、司法警察官等在內之所有之偵查輔助機關與參與追訴流程之公務員，如此解釋，始能符合刑事訴訟法第二條之制度目的。

(二)所謂「對於被告利與不利應該一律注意」，指的是該等實施刑事訴訟程序的公務員，為了發現案件的事實為何，對於被告利與不利的事實，都必須注意，因為無論是有利或是不利於被告的事實，對於真實的發現，都是同樣重要。

1. 亦即，本條為該公務員負有客觀性義務的規定。除了刑事訴訟法第二條之外，刑事訴訟法第一六三條第二項也規定：「法院為發現真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」與刑事訴訟法第二條有相同的意旨。

2. 綜上，客觀性義務不但是刑事訴訟法發現實體真實之一貫表現，也是平衡國家與被告實力差距之補償措施。所有追訴犯罪之公務員均需就此有利被告之部分一併注意之。依此，表現在司法警察與司法警察官於偵查犯罪時，對犯罪嫌疑人之有利之證據（例如不在場證明），縱使犯罪嫌疑人未加以其出，仍需將此依證據列入考慮而形成移送與否之判斷。表現在檢察官執行職務上，有必要時亦應在審判庭上主張被告應受無罪開釋判決，始符合本條之立法目的。

九、試論述傳聞法則在「司法警察官或司法警察調查中所為之陳述」之適用情形。

【擬答】：

傳聞法則之規定，係為保護被告之對質詰問權之規定，原則上依刑事訴訟法第一五九條規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」。基本上不得作為判斷之依據，對司法警察官或司法警察所為之陳述，通常為警詢筆錄，或警察來法庭上作證之情形。

然對質詰問權於立法上有所例外，於比較法尚有先前陳述以及先前不一致陳述等

情形，現行法上，對司法警察及司法警察官之陳述，依刑事訴訟法一五九之二和一五九之三規定適用之：就一五九條之二而言，學說上定義為先前不一致之陳述，其法理為證人來審判庭上，卻為與先前不一致之陳述，或宣稱忘記等情形。其適用要件為

1. 對司法警察、司法警察官、檢察事務官所為之陳述。
2. 與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，學說上稱為信用性之擔保，例如證人之前並未被強暴脅迫等。
3. 證明犯罪事實存否所必要者，即有作為證據之必要性。

若該當尚列三種情形，則可例外地適用證人之前之陳述，構成本法一五九條傳聞法則之例外。就一五九條之三言，學說上定義為先前陳述，其法理為證人客觀上不能到庭，然之前陳數可用之狀況，學說上認為亦必須該當下述三要件：

1. 有客觀上不能到庭之情形，此亦為釋字五八二號所肯認，本法訂有四種情形：
 - (1) 死亡者。
 - (2) 身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。
 - (3) 滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。
 - (4) 到庭後無正當理由拒絕陳述者。

有學說認為，第四種情形應歸類於一五九之二條所稱之先前不一致陳述，而非此條所稱之客觀上不能到庭。

1. 有較為可信之狀況，此與上述相同。
2. 有作為證據之必要性。

若該當上述三要件，則亦例外地構成傳聞法則之例外，可作為證據。

另外，刑事訴訟法一五九之四規定：除前三條情形之外，特信性文書亦可構成傳聞法則之例外，亦即，可使用證人審判外之陳述，茲有疑義者，乃警訊筆錄是否構成一五九之四條之公務文書？

實務認為，警訊筆錄亦應構成一五九條之四之特性信公務文書，然學者皆認為應嚴格解釋「前三條之外」，亦即，對司法警察等之陳述，應使用一五九之二和一五九之三條所訂傳聞例外，而不應使用特信性文書，否則無異架空法條規定，以及直接審理原則之實質直接性之要求，若違反此而使用警訊筆錄，應構成本法三七九條第十款之判決當然違背法令。

十、某甲係我國籍船員，因在國外運輸毒品海洛因，經美國法院判處有期徒刑10年確定，並執行完畢。問某甲遣送回國後，我國可否再適用毒品危害防制條例第4條第1項（運輸第一級毒品海洛因，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者得併科新台幣一千萬元以下罰金），對同一事實，予以處罰？

【擬答】：

(一)「甲之運輸毒品之行為，可能該當毒品危害防制條例第四條第一項之罪？」：

1. 查刑法第五條第一項規定：「本法於凡在中華民國領域外，犯下列各罪者適用之。」，同法第八款：「毒品罪（下略）」，又查刑法第十一條：「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者，亦適用之。但其它法律有特別規定者不在此限。」，準此以解，毒品危害防制條例，雖非核心刑法第二五六條以下之鴉片罪，但實質上即為毒品罪，從而中華民國人民在海外犯此罪，刑法在此採屬人主義，對其國外之運毒行為亦有效力，合先敘明。

2. 據上論結，甲於國外運毒之行為，我國法院對此案件有審判權。

(二)「甲之運輸毒品之行為，雖經美國刑事法院裁判且執行，台灣法院不受其拘束。」：

1. 查刑法第九條：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」。前揭條文所指：「仍得依本法處斷」即係表明對外國刑事裁判我國採取不承認原則，不過如已受刑之執行，我國法院仍得斟酌我國法院判決之結論，免其刑之全部或一部，舉例以言，同一行為如於外國判刑十年，但於我國應判十二年，僅得免其十年徒刑，其餘兩年仍應補予執行。

2. 準此以解，甲在美國之運毒行為如前所述，我國法院有審判權，對外國[針對同一行為之刑事裁判不予承認，其餘美國如以執行十年，我國法院仍得判決不過可以免其刑之一部執行。

一、甲至乙開設的小吃店與朋友飲酒作樂，甲吃飽飯後便與朋友各自回家，於是甲便酒後駕車回家，結果不幸在路途上發生車禍，傷重不治。事後，甲父找乙理論，指責乙並未負到告誡的責任，因而致使甲有酒後駕車的行為而發生車禍。請問乙的行為是否構成犯罪？

乙對甲無勸阻的行為，是否構成刑法第276條過失致死罪？

查刑法第14條第二項：「雖預見其發生」又同條第一項：「按其情節應注意，並能注意而不注意者」條文中所指「預見」、「注意」即為學說上「預見可能性」及「注意義務」。過失犯之認定可依上述兩項認定之。

乙開小吃店賣酒給甲的行為，其賣酒是為正當合法的商業營利行為，並不是刑法上的構成要件行為。乙對甲喝酒後是否會有駕車的行為，並不會在他賣酒給甲時便會得知，所以乙並無預見可能性。且乙賣酒給甲並不會造成對法益有侵害的行為，其行為並無危險。所以乙既無預見可能性又無危險前行為，故乙的過失不成立。

結論：乙的行為並不構成刑法第276條過失致死罪。

二、甲為乙之養子，丙為甲母，乙丙有婚姻關係。甲成年後想謀奪乙之財產，試想假如乙身亡後，可以早點拿到遺產。便利用丙每日泡咖啡給予乙喝之習慣，於其中參入砒霜，以下毒的方式使乙毒發身亡。某日，丙發現甲之行為，可是丙想

到如果乙死亡他也可以分到一筆財產，故並未揭發甲之行為，仍將有毒之咖啡給予乙喝，結果甲因為過於緊張，勿將砂糖當砒霜參入咖啡中，丙將咖啡給予乙飲用，乙未死亡。試問甲與丙之行為是否構成刑法上的犯罪行為？

2. 甲對於丙每日飲用的咖啡中摻入砒霜，意圖謀害丙致死之行為，是否構成刑法第272條殺直系血親尊親屬罪？

查刑法第13條第一項：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。」條文所指正是學說上的「直接故意」。如題示，甲欲下毒殺害丙，而因此獲得不法之利益；甲明知道咖啡中加砒霜會至人於死，而甲仍作此行為，正好符合條文中所指「明知並有意使其發生」，故甲對丙有殺人的直接故意。

又甲每日對丙飲用之咖啡下毒的行為，出於一個意思的決定，所侵害的法益都皆同，且行為相互具有關聯性，符合刑法上「包括一罪」的構成要件。故其行為可以包括一罪論處之。

小結：甲對丙下毒的行為，構成刑法第272條殺直系血親尊親屬罪。

乙將有毒的咖啡送給丙飲用，是否構成刑法第271條的殺人罪？

查刑法第13條第二項：「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違反其本意者，以故意論。」乙明知道咖啡中有砒霜，仍將咖啡送給丙飲用，乙對於喝下有毒的咖啡會致死的後果有其預見可能性，但仍為之。又乙認為丙死後自己可以分得財產，所以毒殺丙並不違反乙的本意，依刑法第13條第二項及前述同條第一項之規定，故乙對丙有殺人的故意。

小結：乙對丙有殺人的故意且有符合刑法第271條構成要件行為，故甲與乙皆為正犯，乙的行為構成刑法第271條的殺人罪。

乙忙中有錯將摻有砂糖的咖啡送與丙飲用，是否為刑法第26條不能未遂？

如題所示，丙最後因乙的忙中有錯，喝下摻有砂糖的咖啡而未死，其結果是否符合刑法第26條不能未遂，可依下列學說評判之。

重大無知理論：此說認為犯罪者對其手段功能依社會大眾來看有重大誤解，且有荒唐可笑之程度，是為不能未遂。題中「摻有砂糖之咖啡」之一般社會大眾的觀點來看，很明顯的不能達到殺人致死目的的功能，其情節實屬荒唐可笑，故依重大無知理論，甲與乙的行為符合刑法第26條的不能未遂。

具體危險說：此說認為犯罪者的行為必須構成具體的危險，方可論罪。文中甲與乙之行為很明顯的對丙並不能造成具體性的危險，是為不能未遂。

綜觀上兩說，皆認為該行為符合不能未遂之要件，學生以為甲與乙應依刑法第26條之不能未遂論處。

三、甲教唆乙殺乙父A以圖謀A之龐大遺產，乙猶豫不決，甲更進一步提供無色無味毒藥一包，並保證不致東窗事發。乙終下定決心弑父謀財，乙持甲所交付之毒藥加入A所引用之咖啡中，A隨即昏迷，乙見狀不忍，急忙送A就醫急救，無奈，毒藥效力極強，A一命嗚呼。試問，甲、乙之刑責如何？

一)乙之行為可能成立刑法第二七一條一項殺人罪之既遂犯(一定要先成立殺人罪, 才会有殺直系血親尊親屬罪的適用!), 檢驗如下:

客觀上, 乙(主體)加毒藥於咖啡中之行為造成A(客體)的死亡(結果), 若無乙之下藥行為, 也不會有A的死亡結果, 故行為與結果之間具有條件因果關係; 復依客觀歸責理論, 乙之行為創造了A死亡之風險且升高實現之, 屬於構成要件拘束效力範圍之內, 故客觀上可歸責於乙, 客觀要件被滿足

主觀上, 乙有殺A之故意, 依照刑法第十三條一項之規定, 乙對於構成殺人罪之事實

明知且有意使其發生，具直接故意！雖乙在A毒發後有積極防果行為，惟因A之死亡結果仍然發生而不得依刑法第二十七條二項之規定作為個人刑罰解除事由！故主觀TB仍被滿足

按乙具有違法性及無阻卻罪責之事由，乙成立刑法第二七一條一項殺人罪之既遂犯

(二)乙可能得依刑法第二七二條一項成立殺害直系血親尊親屬罪之既遂犯，檢驗如下：

因乙成立刑法第二七一條一項殺人罪之既遂犯，而犯罪主體與客體之間之關係為父子，故乙得依殺害直系血親尊親屬罪加重之

(三)小結：乙成立刑法第二七二條一項殺害直系血親尊親屬之既遂犯，而乙之積極防果行為，雖結果仍然發生，法官得依刑法第五十七條酌科事由裁量之！

(四)甲可能因乙犯殺人罪而得依刑法第二十九條一項成立殺人罪之教唆犯，檢驗如下：

乙成立殺人罪之既遂犯，依照正犯共犯二元參與體系之限制從屬性，甲得借用正犯乙之不法(該當加違法)，使共犯甲附麗於正犯行為之上！

客觀上，甲對於原無犯意之乙，促使其無中生有產生犯罪決意，且正犯乙既遂，造意行為與結果其間亦具因果關聯；

主觀上，甲對以上要件具認識及意欲，故甲得依刑法第二十九條一項成立殺人罪之教唆犯！

(五)甲可能因乙犯殺害直系血親尊親屬罪而得依刑法第二十九條一項成立殺害直系血親尊親屬罪之教唆犯，檢驗如下：

依照刑法第三十一條二項後段之規定，因甲於主體要素上不具有特定的刑罰加減身分，故乙不成立殺害直系血親尊親屬罪之教唆犯！

(六)甲可能因乙犯殺人罪而得依刑法第三十條一項前段成立殺人罪之幫助犯，檢驗如下：

客觀上，甲對於乙實質上具有提供毒藥的實質幫助行為，且正犯乙既遂，幫助行為與結果其間亦具因果關聯；

主觀上，甲對以上要件具認識及意欲，故甲得依刑法第三十條一項前段成立殺人罪之幫助犯！

(七)甲可能因乙犯殺害直系血親尊親屬罪而得依刑法第三十條一項前段成立殺害直系血親尊親屬罪之幫助犯，檢驗如下：

依照刑法第三十一條二項後段之規定，因甲於主體要素上不具有刑罰加減身分，故乙不成立殺害直系血親尊親屬罪之幫助犯！

(八)共犯競合：甲同時成立殺人罪之教唆犯乙及殺人罪之幫助犯，競合如下：

實務--依46年台上831號之判例要旨，高度行為吸收低度行為，故依此判例，本案甲成立殺人罪之教唆犯已足

學說--此為侵害同一法益法條競合之補充關係，故為免有牴觸雙重評價禁止原則之嫌，甲僅成立殺人罪之教唆犯已足

(九)小結：從學說之見解應屬妥適，甲成立刑法第二七一條一項殺人罪之教唆犯

四、犯罪成立要件包含3個要素：構成要件該當性，違法性，有責性，試問此3要素如何解釋及說明？

1. 構成要件該當性

由於我國刑法在架構上，主要係採取古典主義以「行為」作為主要規範對象之理論。因此，刑法中將犯罪行為(事實)經過抽象化、概念化、類型化與規範化的處

理後，規定於刑法典中，成為構成犯罪行為與處罰根據之要件，便稱之為「構成要件」(Tatbestand)。若將「構成要件」作更加具體詳盡的分類，便成為「構成要件要素」之概念。

當一個犯罪行為，符合刑法典上關於該犯罪之構成要件規定時，我們便認為該犯罪行為即具有「構成要件該當性」。

2. 違法性

行為人的行為，雖然在客觀上具有構成要件該當性，但並不能單就此而加以定罪，尚須討論其行為是否具有「違法性」。「違法性」是一個抽象概念，扼要的說，違法性的主要任務，在於「評價」；易言之，所謂「違法性」，乃指當行為與法價值發生衝突時，法價值是否對於此一行為採取非價(否定評價)的立場；如果法價值對該行為採取非價，那麼這樣的行為在內涵上，便具有「違法性」；反之，若法價值認為該行為是可容許的，此行為便不具違法性。

3. 罪責

雖然在不法——前述之「構成要件該當性」加上違法性即是不法(Unrecht)——階段中，便討論過是否有關責任的問題，但是在不法階段所討論的，乃是客觀行為上，行為人是否該對行為負責，然而在有責性(即罪責)階段，主要討論的，乃是討論行為人在主觀上——即自行為人之角度出發——是否應該對整個犯罪行為負責的問題。因此，在罪責階段，我們會自行為人之責任能力、不法意識、期待可能性等方面，針對行為人作刑法上的評價(非難)。

五、追訴時效與行刑時效經過的法律效果有何不同？

追訴時效乃指犯罪發生後，因一定期間之經過而為追訴者，對於該等犯罪之追訴權即歸於消滅者而言。追訴權時效的規定，一方面基於程序法上犯罪證明的困難度隨著時間而增加，另一方面基於實體法上對於犯罪處罰必要性亦隨時間而減少。一旦追訴時效經過，即為程序上的障礙事由，追訴權即因而喪失，對該行為人即不得開啟偵查程序，檢察官不得提起公訴，被害人亦不得提起自訴。若在偵查中，應為不起訴處分(刑事訴訟法第252條第二款)，若在審判中應諭知免訴之判決(刑事訴訟法第302條第二款)。而若以判決但為確定者，則得為上訴之理由，至若已判決確定，則得為再審之理由(刑事訴訟法第420條第一項第六款)。

行刑時效乃指科刑裁判確定後，因一定期間之經過而未執行其刑，則行刑權即歸於消滅者而言。行刑權時效的規定，所考量者亦為刑事政策上欠缺刑罰必要性的問題，然而行刑時效經過並非成為程序上的障礙事由，而是刑的執行權消滅。裁判確定之科刑，若於行刑時效期間內未執行者，則行刑權即罹於行刑時效而消滅，故該確定判決之刑即不得執行，然而該確定裁判對於罪與刑之宣告則不受影響，仍具效力。易言之，行刑時效經過並不得作為再審之理由。

六、公務員的職務行為有時會符合刑法所規定的犯罪構成要件，對此，刑法第二十一條第二項規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」試就「服從義務的對象」以及「所服從的命令內容」二方面，說明該規定的意義。

關於公務員服從義務的建立，主要以公務員服務法第二條為依據。該條規定：「長官就其監督範圍以內，所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」一般認為，為了建立整體公務效率以及維繫官僚體系

指揮監督之順暢，就職務範圍內有上下隸屬之關係時，下級公務員應就職務上之行為，以上級公務員為服從義務之對象。而學說上即認為公務員依上級命令之職務行為堪當為「間接依法令之行為」，自應阻卻違法。是故，刑法第二十一條第二項之規定，無異明文肯認了公務員服從義務的地位。

申言之，就服從義務的對象而言，必須發佈命令者為上級公務員，兩者間具有上下隸屬關係，並且有發佈命令權限者，下級公務員才有服從遵守的義務。另外，就服從的命令內容而言，該命令之內容必需皆屬於上下級公務員職權範圍內之事項，始有適用阻卻違法事由的餘地。其目的亦在於確保公務員服從義務的不罰規定不至於成為下級公務員濫用職權的保護傘。

另外，該條但書規定「明知命令違法」不得阻卻違法，學說解釋上認為，違法與否的判斷，若採實質審查說，將妨礙行政效率、紊亂行政體系，並使權責混淆；一般認為，應以形式審查說為佳。亦即，下級公務員僅負有對命令發佈之形式合法性進行審查，如有無違背法定程式或期限等，而不就命令內容進行實質上合法性或和目的性的判斷。因此，一旦命令形式上違法，下級公務員即屬明知命令違法，但若命令內容實質上違法，則需看下級公務員知情與否來決定。就此，有少數意見認為，應配合公務員服務法第二條但書之「陳述義務」來解釋，亦即所謂「明知命令違法」應僅限於下級公務員明知其違法卻未盡忠誠義務以陳述反對意見之情形。換言之，若下級公務員雖認知到上級交辦內容有實質違法之情形，只要為此曾經陳述反對意見，即可適用刑法第二十一條本文以阻卻違法。

七、某甲不滿某乙之為人，教唆某丙毒殺某乙，並提供毒藥給某丙，丙拿了毒藥後不敢下毒，改以瀉藥滲入乙之飲料，致乙喝了飲料後，狂瀉不已而住院三天。問某甲、某丙各犯何罪？

1. 甲符合教唆者成立要件，依刑法第29條「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。」

甲教唆丙毒殺乙，丙僅以瀉藥毒害乙，依刑法第29條規定，得以刑法第271條殺人罪論處；惟丙未至犯罪，故甲之處罰以未遂犯論處，依刑法第25條減輕其刑論處。刑法第271條「I殺人者，處死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑。II前項未遂犯罰之。III預備犯第1項之罪，處2年以下有期徒刑。」

刑法第25條「未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。」減輕其刑之規定：

刑法第64條第2項「死刑減輕者，為無期徒刑。」

刑法第65條第2項「為無期徒刑減輕者，為20年以下、15年以上有期徒刑。」

刑法第66條「有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。」

2. 丙應負刑責（幫助犯及傷害罪）：

丙雖未以毒藥毒殺，卻將以瀉藥毒害，既以成立刑法第277條普通傷害罪；惟依刑法第30條規定幫助他人實行犯罪者，為幫助犯。

刑法第277條「傷害人之身體或健康者，處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。犯前項之罪因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。」

刑法第30條「幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。雖他人不知幫助之情者，亦同。幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。」

3. 被害人可請求損害賠償責任。

民法第193條「不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能

力或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任。前項損害賠償，法院得因當事人之聲請，定為支付定期金。但須命加害人提出擔保。

八、某甲與不詳姓名之數人，在高市中山體育場休閒處賭博為警查獲，為脫卸責任，於員警調查姓名、年齡、籍貫時，故意捏造弟某乙，使警員登載於筆錄，並於筆錄上以某乙之名義簽名，某甲有否刑責。

(1) 甲與數人為所謂的必要共犯並非刑法28條所謂的共同正犯，必要正犯又可分聚眾犯跟對向犯，甲與數人無共同目標，而甲與數人各自觸犯刑法266條普通賭博罪。

(2) 甲故意捏造弟某乙之資料，使警員登載於筆錄，並於筆錄上，某甲所犯之行

使公務員登載不實文書罪(刑法214條)與詐欺罪(刑法339)，應如何論罪，依現行刑法來論一行為同時觸犯數法益，且所犯之法益實屬不同，因論以想像競合，從一重處斷之(刑法55條前段)。

九、甲參加朋友派對狂飲整夜，直至酩酊大醉才駕車返家。途中因酒精作用，無法專注開車，反應不及而撞上路人乙。在撞擊那一刻，甲突然酒醒，看到乙躺在血泊中。甲雖預見到如果不即時將乙救治，乙可能會流血過多而死，但甲仍決定盡快逃離現場。後乙果真因失血過多而死。請問，應該如何論甲的行為？

(一) 甲之行為可能構成刑法第一百八十五條之三醉態駕駛罪

1. 刑法第一百八十五條之三規定：『服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相關之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。』

2. 甲酒後駕車，導致不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，構成本罪。

(二) 甲之行為可能構成刑法第一百八十五條之四交通肇事逃逸罪

1. 刑法第一百八十五條之四規定：『駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處六月以上五年以下有期徒刑。』

2. 甲發現乙受傷而逃逸，構成本罪。

十、假釋的要件為何？設立假釋制度的目的何在？

(一) 設置假釋制度之目的：

一個人犯罪遭法院論罪科刑判決確定後，如係自由刑，應入監獄服刑。無論刑期長短，如均需執行全部刑期完畢始能出獄，則對於長期自由刑之受刑人將產生一種不利情況。即長期自由刑之受刑人心理無法產生任何期待，心知肚明反正刑期屆滿即可出獄，何必懺悔犯行？何必改過向善？則監獄之教化功能將無法發揮。是以為期長期自由刑之受刑人心理上有「提前出獄、重獲自由」之盼望，特設以假釋之制度，由外塑內，終能達成教化功能。此即為假釋制度最主要之目的。

(二) 現行刑法假釋之要件：

依照刑法第77條第1項規定，假釋之要件如下：

1. 受徒刑之執行，

2. 有懺悔實據者，

3. 無期徒刑逾15年、累犯逾20年；有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之

二，但有期徒刑之執行應在6個月以上，符合上述三個要件後，由監獄報請法務

部，得許可假釋。

(三) 修正刑法假釋之要件：

而依94年1月7日立法院三讀通過、94年2月2日總統公佈、95年7月1日施行之刑法第77條第1項及第2項規定，對於假釋之要件有部分修正：

1. 無期徒刑無論累犯與否，均需執行逾25年，
2. 除有期徒刑之執行應在6個月以上始能假釋之消極條件未修正外，增訂2個消極條件：(1) 引進「三振條款」，即犯重罪（最輕本刑五年以上）之累犯短期內再犯重罪。(2) 經依刑法第91條之1規定為強制治療後再評估仍不適合假釋者。

一、甲至乙開設的小吃店與朋友飲酒作樂，甲吃飽飯後便與朋友各自回家，於是甲便酒後駕車回家，結果不幸在路途上發生車禍，傷重不治。事後，甲父找乙理論，指責乙並未負到告誡的責任，因而致使甲有酒後駕車的行為而發生車禍。請問乙的行為是否構成犯罪？

乙對甲無勸阻的行為，是否構成刑法第276條過失致死罪？

查刑法第14條第二項：「雖預見其發生」又同條第一項：「按其情節應注意，並能注意而不注意者」條文中所指「預見」、「注意」即為學說上「預見可能性」及「注意義務」。過失犯之認定可依上述兩項認定之。

乙開小吃店賣酒給甲的行為，其賣酒是為正當合法的商業營利行為，並不是刑法上的構成要件行為。乙對甲喝酒後是否會有駕車的行為，並不會在他賣酒給甲時便會得知，所以乙並無預見可能性。且乙賣酒給甲並不會造成對法益有侵害的行為，其行為並無危險。所以乙既無預見可能性又無危險前行為，故乙的過失不成立。

結論：乙的行為並不構成刑法第276條過失致死罪。

二、甲為乙之養子，丙為甲母，乙丙有婚姻關係。甲成年後想謀奪乙之財產，試想假如乙身亡後，可以早點拿到遺產。便利用丙每日泡咖啡給予乙喝之習慣，於其中參入砒霜，以下毒的方式使乙毒發身亡。某日，丙發現甲之行為，可是丙想到如果乙死亡他也可以分到一筆財產，故並未揭發甲之行為，仍將有毒之咖啡給予乙喝，結果甲因為過於緊張，勿將砂糖當砒霜參入咖啡中，丙將咖啡給予乙飲用，乙未死亡。試問甲與丙之行為是否構成刑法上的犯罪行為？

2. 甲對於丙每日飲用的咖啡中摻入砒霜，意圖謀害丙致死之行為，是否構成刑法第272條殺直系血親尊親屬罪？

查刑法第13條第一項：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。」條文所指正是學說上的「直接故意」。如題示，甲欲下毒殺害丙，而因此獲得不法之利益；甲明知道咖啡中加砒霜會至人於死，而甲仍作此行為，正好符合條文中所指「明知並有意使其發生」，故甲對丙有殺人的直接故意。

又甲每日對丙飲用之咖啡下毒的行為，出於一個意思的決定，所侵害的法益都皆同，且行為相互具有關聯性，符合刑法上「包括一罪」的構成要件。故其行為可以包括一罪論處之。

小結：甲對丙下毒的行為，構成刑法第272條殺直系血親尊親屬罪。

乙將有毒的咖啡送給丙飲用，是否構成刑法第271條的殺人罪？

查刑法第13條第二項：「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不

違反其本意者，以故意論。」乙明知道咖啡中有砒霜，仍將咖啡送給丙飲用，乙對於喝下有素的咖啡會致死的後果有其預見可能性，但仍為之。又乙認為丙死後自己可以分得財產，所以毒殺丙並不違反乙的本意，依刑法第13條第二項及前述同條第一項之規定，故乙對丙有殺人的故意。

小結：乙對丙有殺人的故意且有符合刑法第271條構成要件行為，故甲與乙皆為正犯，乙的行為構成刑法第271條的殺人罪。

乙忙中有錯將摻有砂糖的咖啡送與丙飲用，是否為刑法第26條不能未遂？

如題所示，丙最後因乙的忙中有錯，喝下摻有砂糖的咖啡而未死，其結果是否符合刑法第26條不能未遂，可依下列學說評判之。

重大無知理論：此說認為犯罪者對其手段功能依社會大眾來看有重大誤解，且有荒唐可笑之程度，是為不能未遂。題中「摻有砂糖之咖啡」之一般社會大眾的觀點來看，很明顯的不能達到殺人致死目的的功能，其情節實屬荒唐可笑，故依重大無知理論，甲與乙的行為符合刑法第26條的不能未遂。

具體危險說：此說認為犯罪者的行為必須構成具體的危險，方可論罪。文中甲與乙之行為很明顯的對丙並不能造成具體性的危險，是為不能未遂。

綜觀上兩說，皆認為該行為符合不能未遂之要件，學生以為甲與乙應依刑法第26條之不能未遂論處。

三、甲教唆乙殺乙父A以圖謀A之龐大遺產，乙猶豫不決，甲更進一步提供無色無味毒藥一包，並保證不致東窗事發。乙終下定決心弑父謀財，乙持甲所交付之毒藥加入A所引用之咖啡中，A隨即昏迷，乙見狀不忍，急忙送A就醫急救，無奈，毒藥效力極強，A一命嗚呼。試問，甲、乙之刑責如何？

一)乙之行為可能成立刑法第二七一條一項殺人罪之既遂犯(一定要先成立殺人罪, 才有殺直系血親尊親屬罪的適用!), 檢驗如下:

客觀上, 乙(主體)加毒藥於咖啡中之行為造成A(客體)的死亡(結果), 若無乙之下藥行為, 也不會有A的死亡結果, 故行為與結果之間具有條件因果關係; 復依客觀歸責理論, 乙之行為創造了A死亡之風險且升高實現之, 屬於構成要件拘束效力範圍之內, 故客觀上可歸責於乙, 客觀TB被滿足

主觀上, 乙有殺A之故意, 依照刑法第十三條一項之規定, 乙對於構成殺人罪之事實明知且有意使其發生, 具直接故意! 雖乙在A毒發後有積極防果行為, 惟因A之死亡結果仍然發生而不得依刑法第二十七條二項之規定作為個人刑罰解除事由! 故主觀TB仍被滿足

按乙具有違法性及無阻卻罪責之事由, 乙成立刑法第二七一條一項殺人罪之既遂犯

(二)乙可能得依刑法第二七二條一項成立殺害直系血親尊親屬罪之既遂犯, 檢驗如下:

因乙成立刑法第二七一條一項殺人罪之既遂犯, 而犯罪主體與客體之間之關係為父子, 故乙得依殺害直系血親尊親屬罪加重之

(三)小結: 乙成立刑法第二七二條一項殺害直系血親尊親屬之既遂犯, 而乙之積極防果行為, 雖結果仍然發生, 法官得依刑法第五十七條酌科事由裁量之!

(四)甲可能因乙犯殺人罪而得依刑法第二十九條一項成立殺人罪之教唆犯, 檢驗如下:

乙成立殺人罪之既遂犯, 依照正犯共犯二元參與體系之限制從屬性, 甲得借用正犯乙之不法(該當加違法), 使共犯甲附麗於正犯行為之上!

客觀上, 甲對於原無犯意之乙, 促使其無中生有產生犯罪決意, 且正犯乙既遂, 造意

行為與結果其間亦具因果關聯；

主觀上，甲對以上要件具認識及意欲，故甲得依刑法第二十九條一項成立殺人罪之教唆犯！

(五)甲可能因乙犯殺害直系血親尊親屬罪而得依刑法第二十九條一項成立殺害直系血親尊親屬罪之教唆犯，檢驗如下：

依照刑法第三十一條二項後段之規定，因甲於主體要素上不具有特定的刑罰加減身分，故乙不成立殺害直系血親尊親屬罪之教唆犯！

(六)甲可能因乙犯殺人罪而得依刑法第三十條一項前段成立殺人罪之幫助犯，檢驗如下：

客觀上，甲對於乙實質上具有提供毒藥的實質幫助行為，且正犯乙既遂，幫助行為與結果其間亦具因果關聯；

主觀上，甲對以上要件具認識及意欲，故甲得依刑法第三十條一項前段成立殺人罪之幫助犯！

(七)甲可能因乙犯殺害直系血親尊親屬罪而得依刑法第三十條一項前段成立殺害直系血親尊親屬罪之幫助犯，檢驗如下：

依照刑法第三十一條二項後段之規定，因甲於主體要素上不具有刑罰加減身分，故乙不成立殺害直系血親尊親屬罪之幫助犯！

(八)共犯競合：甲同時成立殺人罪之教唆犯乙及殺人罪之幫助犯，競合如下：

實務——依46年台上831號之判例要旨，高度行為吸收低度行為，故依此判例，本案甲成立殺人罪之教唆犯已足

學說——此為侵害同一法益法條競合之補充關係，故為免有牴觸雙重評價禁止原則之嫌，甲僅成立殺人罪之教唆犯已足

(九)小結：從學說之見解應屬妥適，甲成立刑法第二七一條一項殺人罪之教唆犯

四、犯罪成立要件包含3個要素：構成要件該當性，違法性，有責性，試問此3要素如何解釋及說明？

1. 構成要件該當性

由於我國刑法在架構上，主要係採取古典主義以「行為」作為主要規範對象之理論。因此，刑法中將犯罪行為(事實)經過抽象化、概念化、類型化與規範化的處理後，規定於刑法典中，成為構成犯罪行為與處罰根據之要件，便稱之為「構成要件」(Tatbestand)。若將「構成要件」作更加具體詳盡的分類，便成為「構成要件要素」之概念。

當一個犯罪行為，符合刑法典上關於該犯罪之構成要件規定時，我們便認為該犯罪行為即具有「構成要件該當性」。

2. 違法性

行為人的行為，雖然在客觀上具有構成要件該當性，但並不能單就此而加以定罪，尚須討論其行為是否具有「違法性」。「違法性」是一個抽象概念，扼要的說，違法性的主要任務，在於「評價」；易言之，所謂「違法性」，乃指當行為與法價值發生衝突時，法價值是否對於此一行為採取非價(否定評價)的立場；如果法價值對該行為採取非價，那麼這樣的行為在內涵上，便具有「違法性」；反之，若法價值認為該行為是可容許的，此行為便不具違法性。

3. 罪責

雖然在不法——前述之「構成要件該當性」加上違法性即是不法(Unrecht)——階段中，便討論過是否有關責任的問題，但是在不法階段所討論的，乃是客觀行為上，行為人是否該對行為負責，然而在有責性(即罪責)階段，主要討論的，乃是

討論行為人在主觀上——即自行為人之角度出發——是否應該對整個犯罪行為負責的問題。因此，在罪責階段，我們會自行為人之責任能力、不法意識、期待可能性等方面，針對行為人作刑法上的評價（非難）。

五、追訴時效與行刑時效經過的法律效果有何不同？

追訴時效乃指犯罪發生後，因一定期間之經過而為追訴者，對於該等犯罪之追訴權即歸於消滅者而言。追訴權時效的規定，一方面基於程序法上犯罪證明的困難度隨著時間而增加，另一方面基於實體法上對於犯罪處罰必要性亦隨時間而減少。一旦追訴時效經過，即為程序上的障礙事由，追訴權即因而喪失，對該行為人即不得開啟偵查程序，檢察官不得提起公訴，被害人亦不得提起自訴。若在偵查中，應為不起訴處分（刑事訴訟法第252條第二款），若在審判中應諭知免訴之判決（刑事訴訟法第302條第二款）。而若以判決但為確定者，則得為上訴之理由，至若已判決確定，則得為再審之理由（刑事訴訟法第420條第一項第六款）。行刑時效乃指科刑裁判確定後，因一定期間之經過而未執行其刑，則行刑權即歸於消滅者而言。行刑權時效的規定，所考量者亦為刑事政策上欠缺刑罰必要性的問題，然而行刑時效經過並非成為程序上的障礙事由，而是刑的執行權消滅。裁判確定之科刑，若於行刑時效期間內未執行者，則行刑權即罹於行刑時效而消滅，故該確定判決之刑即不得執行，然而該確定裁判對於罪與刑之宣告則不受影響，仍具效力。易言之，行刑時效經過並不得作為再審之理由。

六、公務員的職務行為有時會符合刑法所規定的犯罪構成要件，對此，刑法第二十一條第二項規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」試就「服從義務的對象」以及「所服從的命令內容」二方面，說明該規定的意義。

關於公務員服從義務的建立，主要以公務員服務法第二條為依據。該條規定：「長官就其監督範圍以內，所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」一般認為，為了建立整體公務效率以及維繫官僚體系指揮監督之順暢，就職務範圍內有上下隸屬之關係時，下級公務員應就職務上之行為，以上級公務員為服從義務之對象。而學說上即認為公務員依上級命令之職務行為堪當為「間接依法令之行為」，自應阻卻違法。是故，刑法第二十一條第二項之規定，無異明文肯認了公務員服從義務的地位。

申言之，就服從義務的對象而言，必須發佈命令者為上級公務員，兩者間具有上下隸屬關係，並且有發佈命令權限者，下級公務員才有服從遵守的義務。另外，就服從的命令內容而言，該命令之內容必需皆屬於上下級公務員職權範圍內之事項，始有適用阻卻違法事由的餘地。其目的亦在於確保公務員服從義務的不罰規定不至於成為下級公務員濫用職權的保護傘。

另外，該條但書規定「明知命令違法」不得阻卻違法，學說解釋上認為，違法與否的判斷，若採實質審查說，將妨礙行政效率、紊亂行政體系，並使權責混淆；一般認為，應以形式審查說為佳。亦即，下級公務員僅負有對命令發佈之形式合法性進行審查，如有無違背法定程式或期限等，而不就命令內容進行實質上合法性或和目的性的判斷。因此，一旦命令形式上違法，下級公務員即屬明知命令違法，但若命令內容實質上違法，則需看下級公務員知情與否來決定。就此，有少數意見認為，應配合公務員服務法第二條但書之「陳述義務」來解釋，亦即所謂「明知命令違法」應僅限於下級公務員明知其違法卻未盡忠誠義務以陳述反對意

見之情形。換言之，若下級公務員雖認知到上級交辦內容有實質違法之情形，只要為此曾經陳述反對意見，即可適用刑法第二十一條本文以阻卻違法。

七、某甲不滿某乙之為人，教唆某丙毒殺某乙，並提供毒藥給某丙，丙拿了毒藥後不敢下毒，改以瀉藥滲入乙之飲料，致乙喝了飲料後，狂瀉不已而住院三天。問某甲、某丙各犯何罪？

1. 甲符合教唆者成立要件，依刑法第29條「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。」

甲教唆丙毒殺乙，丙僅以瀉藥毒害乙，依刑法第29條規定，得以刑法第271條殺人罪論處；惟丙未至犯罪，故甲之處罰以未遂犯論處，依刑法第25條減輕其刑論處。刑法第271條「I殺人者，處死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑。II前項未遂犯罰之。III預備犯第1項之罪，處2年以下有期徒刑。」

刑法第25條「未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。」減輕其刑之規定：

刑法第64條第2項「死刑減輕者，為無期徒刑。」

刑法第65條第2項「為無期徒刑減輕者，為20年以下、15年以上有期徒刑。」

刑法第66條「有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。」

2. 丙應負刑責（幫助犯及傷害罪）：

丙雖未以毒藥毒殺，卻將以瀉藥毒害，既以成立刑法第277條普通傷害罪；惟依刑法第30條規定幫助他人實行犯罪者，為幫助犯。

刑法第277條「傷害人之身體或健康者，處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。犯前項之罪因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。」

刑法第30條「幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。雖他人不知幫助之情者，亦同。幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。」

3. 被害人可請求損害賠償責任。

民法第193條「不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任。前項損害賠償，法院得因當事人之聲請，定為支付定期金。但須命加害人提出擔保。」

八、某甲與不詳姓名之數人，在高市中山體育場休閒處賭博為警查獲，為脫卸責任，於員警調查姓名、年齡、籍貫時，故意捏造弟某乙，使警員登載於筆錄，並於筆錄上以某乙之名義簽名，某甲有否刑責。

(1) 甲與數人為所謂的必要共犯並非刑法28條所謂的共同正犯，必要正犯又可分聚眾犯跟對向犯，甲與數人無共同目標，而甲與數人各自觸犯刑法266條普通賭博罪。

(2) 甲故意捏造弟某乙之資料，使警員登載於筆錄，並於筆錄上，某甲所犯之行

使公務員登載不實文書罪(刑法214條)與詐欺罪(刑法339)，應如何論罪，依現行刑法來論一行為同時觸犯數法益，且所犯之法益實屬不同，因論以想像競合，從一重處斷之(刑法55條前段)。

九、甲參加朋友派對狂飲整夜，直至酩酊大醉才駕車返家。途中因酒精作用，無

法專注開車，反應不及而撞上路人乙。在撞擊那一刻，甲突然酒醒，看到乙躺在血泊中。甲雖預見到如果不即時將乙救治，乙可能會流血過多而死，但甲仍決定盡快逃離現場。後乙果真因失血過多而死。請問，應該如何論甲的行為？

(一) 甲之行為可能構成刑法第一百八十五條之三醉態駕駛罪

1. 刑法第一百八十五條之三規定：『服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相關之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。』

2. 甲酒後駕車，導致不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，構成本罪。

(二) 甲之行為可能構成刑法第一百八十五條之四交通肇事逃逸罪

1. 刑法第一百八十五條之四規定：『駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處六月以上五年以下有期徒刑。』

2. 甲發現乙受傷而逃逸，構成本罪。

十、假釋的要件為何？設立假釋制度的目的何在？

(一) 設置假釋制度之目的：

一個人犯罪遭法院論罪科刑判決確定後，如係自由刑，應入監獄服刑。無論刑期長短，如均需執行全部刑期完畢始能出獄，則對於長期自由刑之受刑人將產生一種不利情況。即長期自由刑之受刑人心理無法產生任何期

待，心知肚明反正刑期屆滿即可出獄，何必懺悔犯行？何必改過向善？則監獄之教化功能將無法發揮。是以為期長期自由刑之受刑人心理上有「提前出獄、重獲自由」之盼望，特設以假釋之制度，由外塑內，終能達成教化功能。此即為假釋制度最主要之目的。

(二) 現行刑法假釋之要件：

依照刑法第77條第1項規定，假釋之要件如下：

1. 受徒刑之執行，

2. 有懺悔實據者，

3. 無期徒刑逾15年、累犯逾20年；有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，但有期徒刑之執行應在6個月以上，符合上述三個要件後，由監獄報請法務部，得許可假釋。

(三) 修正刑法假釋之要件：

而依94年1月7日立法院三讀通過、94年2月2日總統公佈、95年7月1日施行之刑法第77條第1項及第2項規定，對於假釋之要件有部分修正：

1. 無期徒刑無論累犯與否，均需執行逾25年，

2. 除有期徒刑之執行應在6個月以上始能假釋之消極條件未修正外，增訂2個消極條件：(1) 引進「三振條款」，即犯重罪（最輕本刑五年以上）之累犯短期內再犯重罪。(2) 經依刑法第91條之1規定為強制治療後再評估仍不適合假釋者。

1. 試說明「空白刑法補充規範」的意義，並論述「空白刑法補充規範」之變更所可能存在的刑法意義。

一) 空白刑法，學說上又有稱為「空白構成要件」，係指立法者僅規定罪名、法律效果以及部分之犯罪構成要素，至於其他之禁止內容則規定於其他法律或是行政命令，亦即必須由其他法律或行政命令補充後，方能明確確定可罰範圍之刑法法規。

我國普通刑法中第一百十七條違背局外中立命令罪與第一百九十二條違背預防傳

染病之法令罪即為空白刑法之適例。換言之，若僅有刑法第一百十七條或是第一百九十二條之規定，並無法確定可罰性之範圍，必須有行政命令之補充（例如局外中立命令或預防傳染病之法令），方得確定可罰性之範圍，故為空白刑法。

(二)空白刑法補充規範之變更，可能會影響到刑法第二條從新從輕原則以及行為人發生錯誤時之適用。

1. 「空白刑法補充規範」之變更，有無刑法第二條第一項從新從輕原則之適用？

(1)空白刑法補充規範變更為法律之變更：學說上認為，空白刑法補充規範雖不具備法律之形式，且無刑法之實質內涵，但與空白構成要件結合，即成為空白構成要件之禁止內容，而足以影響可罰性之範圍，故此種行政命令之變更與刑罰法律之變更並無不同，故空白刑法補充規範變更應視為為法律之變更。

(2)空白刑法補充規範變更為事實之變更：實務見解認為，刑法第二條所說之「行為後法律有變更」，係指經立法機關所制訂之「刑罰法律」本身有變更而言。空白刑法補充規範並無刑罰之規定，並非刑法第二條所稱之法律，故其變更並非法律觀念之改變，純為反應社會事實變遷之現象。故空白刑法補充規範變更應視為事實之變更。

(3)小結：本文認為空白刑法補充規範之變更，因足以影響可罰性之範圍，而具有規範性，故屬法律之變更，而有刑法第二條第一項之適用。

2. 「空白刑法補充規範」之變更，而行為人發生錯誤時之處理？

依通說見解，空白刑法之補充規範乃空白構成要件不可或缺之部分，倘若欠缺補充規範之禁止內容，則空白刑法根本無法運作，而失卻其存在價值，故行為人對於補充規範之不瞭解而形成之錯誤，即有如對於具體描述行為之客觀不法構成要件之錯誤。因此，刑法對於此等錯誤行為即可適用一般之錯誤規則，加以評價，亦即：行為人對補充規範之客觀不法構成要件要素之錯誤，即適用構成要件錯誤之評價規則，而對於行為人因錯誤致不知有補充規範之存在，或誤認其行為為係補充規範所不禁止者，則適用禁止錯誤之評價規則。

2. 下列情形，主張正當防衛是否有理由？

(一)甲於路上，遭乙所飼養之狼犬狂咬時，乃持路旁之木棍，擊打該狗死亡。

(二)身材嬌小之甲女，出手毆打體格壯碩之乙男，詎乙竟持鐵條反擊，把甲女打成重傷。

(一)行為人欲主張正當防衛以阻卻違法，必須其所該當之犯罪構成要件，符合刑法第二十三條之規定：對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為。換言之，該行為必須出於防衛意思，且是在防衛情狀下的防衛行為。

本題中之甲，持路旁之木棍將乙所飼養之狼犬擊斃，主客觀均該當毀損罪之構成要件(刑§354)，而是否得主張正當防衛以阻卻違法，關鍵在於乙之狼犬對甲狂咬，是否為「不法之侵害」？通說認為，法條所稱之不法之侵害，必須是人為的，且構成要件該當而具違法性之侵害。因此，若乙所飼養之狼犬對甲狂咬，是出於乙之挑撥，則此時乙之行為對甲成立傷害罪，為人為且構成要件該當、違法之侵害，該狼犬僅為乙不法侵害之工具，對甲而言屬於現在不法之侵害，故甲將該狼犬擊斃，主張正當防衛以阻卻違法為有理由。假如乙所飼養之狼犬，並無人挑撥之，乃是出於自發而對甲狂咬，此時對甲而言並非不法之侵害，僅為一類似天災之自然危難而已，甲擊斃該狼犬，即不得主張正當防衛，頂多僅能主張緊急避難。

(二)本題中，乙把甲打成重傷，該當重傷罪之構成要件(刑§278 I)，而乙得否主張正當防衛，關鍵在於乙之反擊行為是否為適當且必要之防衛行為。學說上認為

正當防衛之防衛行為，必須符合適當性、必要性的要件，且僅有例外在輕重極為失衡之情形，才考慮衡平性的問題。依題示，甲出手毆擊乙，乃是對甲實施「現在不法侵害」之行為，乙之反擊行為的確能達到排除當下不法侵害之目的，故具有適當性。然而依題示乙男體格壯碩，甲女身材嬌小，可認為乙男持鐵條反擊並非在眾多具有相同效果手段中，造成損害最小的手，例如乙可以將甲女抓住扭送警局即可，並無將甲女打成重傷之必要，故不符合必要性之要件。因此，乙男之行為應不得主張正當防衛阻卻違法，頂多僅能成立防衛過當而減免其罪責(刑§23但)。

3. 甲男乙女係屬夫妻，乙因賭博輸錢負債累累，甲乃對之冷嘲熱諷並教唆乙女自殺，惟乙拒絕，問甲犯何罪？

甲對乙冷嘲熱諷並教唆乙女自殺，可能成立刑法第二百七十五條之加工自殺罪。該條規定，教唆或幫助他人使之自殺，或受其囑託或得其承諾而殺之者，成立加工自殺罪。甲教唆乙自殺而乙拒絕之，客觀上並未生死亡結果，客觀構成要件不該當。惟甲主觀上應有教唆乙自殺並死亡之認識與意欲，故主觀構成要件該當。此時應檢討是否成立未遂犯。

刑法第二百七十五條第二項有處罰加工自殺罪未遂犯之明文，而甲是否成立加工自殺罪之未遂犯，關鍵在於其行為著手與否。對於加工自殺罪之著手標準，學說上有兩種不同見解，分述如下：

(一)有學者認為，行為人基於使他人自殺之犯意，而開始實施教唆或幫助行為時，即為加工自殺罪之著手。即使被教唆人尚未有自殺之行為，教唆人仍成立加工自殺罪之未遂犯。若依此見解，被教唆人乙即使拒絕甲之教唆，並未自殺，甲仍然成立加工自殺罪之未遂。

(二)另有學者認為，加工自殺罪之未遂犯必須是被害人已為自殺行為，而未生死亡結果，若行為人已為教唆行為，但被教唆人尚未進行自殺之行為者，教唆人不成立本條之未遂犯。若依此見解，由於乙對於甲之教唆加以拒絕，並未進入自殺之階段，故甲尚未著手，並不成立加工自殺罪之未遂犯。

4. 甲於便利商店購物結帳時，見店員背後之置物架上販售一小巧可愛的玩偶，竟一時心起貪念，佯稱有意購買並請店員將玩偶取下而假意賞玩。此時甲見左右無人，竟當著店員的面，帶著玩偶飛快離開便利商店，臨走前並回頭向店內監控之攝影機招手說再見，等店員回過神時，甲已經逃逸無蹤。問甲的行為依刑法應如何論處。

甲趁店員不備，帶著玩偶飛快離開便利商店之行為，可能成立之刑法上犯罪，依實務或不同之學說見解，會有不同。茲分述如下：

(一)實務見解認為，搶奪行為係趁人不備而公然掠取他人之財物。而搶奪罪與竊盜罪之區分則在於公然與否，若行為人公然取走他人財物，則為搶奪；若行為人非公然取走他人財物，則為竊盜。故本題中之甲當著店員的面飛快離開便利商店，即是趁店員不及防備，而便利商店亦為公眾得出入之場所，亦屬公然，因此依實務見解甲應成立刑法第三百二十五條之搶奪罪。

(二)學說認為，詐欺罪乃是行為人行使詐術使相對人陷於錯誤而將物交付，本題中甲佯稱有意購買並請店員將玩偶取下而假意賞玩，乃是詐術之行使，惟學說上認為此時店員將玩偶交給甲，並無移轉其所有權之意思，故尚不該當詐欺罪中「交

付」之要件，故甲不成立刑法第三百三十九條之詐欺取財罪。此外，強取財物之行為，相對於竊盜罪而言，除非可能造成其他利益的損害，否則就沒有獨立為犯罪類型之必要。故搶奪行為指的應該是以身體的攻擊所進行的竊取行為，也就是可能同時造成被害人身體傷害的竊取行為，或是對於他人緊密持有的動產所為之強取行為，因為此種奪取往往會造成被害人身體上的傷害，故相對於竊盜罪有加重處罰之必要。若依此見解，甲雖公然趁店員不及防備，將玩偶強取而去，惟該玩偶已由店員交至甲手上賞玩，店員對於該玩偶僅存有一寬鬆的持有，並非緊密持有之動產，且甲亦未對店員進行身體的攻擊。故甲亦不成立第三百二十五條之搶奪罪。由是可知，甲僅因破壞店員對玩偶的持有而建立自己的持有，成立第三百二十條之竊盜罪。

(三)另有不同見解認為，搶奪乃是行為人以當場直接侵害持有人或輔助持有人自由意思之手段，破壞持有人對物之監督支配關係，其與強盜之區分，在於搶奪行為對於被害人自由意思之侵害，尚未達抑制持有人或輔助持有人自由意思之程度。至於實務見解所主張之公然、秘密等要件，則非所問。因此，本題中之甲當著店員的面將玩偶取走，破壞店員對於該玩偶之監督支配，且其使用之手段，當場直接的侵害店員之自由意志，惟其尚未達足以抑制該店員自由意思之程度，故甲應成立第三百二十五條之搶奪罪。

5. 何謂直接故意與間接故意?試各舉一實例說明之。

一、直接故意之論述：

依照刑法第 13 條第 1 項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生，為故意」，可知直接故意係指行為人對於犯罪事實不僅知道可能發生，甚且希望發生之謂。例如，張三朝著李四射出一箭，欲置李四於死地，即為直接故意之明證。

二、間接故意之論述：

而依照刑法第 13 條第 2 項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而不違背本意者，以故意論」，間接故意其行為人在主觀上並未希望事實發生，僅容認事實之發生而已；易言之，行為人對於事實之發生無所謂。例如張三做射箭練習時見有李四正接近靶心，張三雖未朝李四射箭，但心裡想萬一射中李四亦無所謂。此種心理事實即係間接故意。

三、直接故意與間接故意有無區別必要：

通常情形，無論直接故意或間接故意均可成立故意犯罪。不過如在條文中出現「明知」之規定，例如刑法第 213 條規定公務員登載不實罪，行為主體之公務員必須是直接故意登載不實，才能成立犯罪。若僅出於間接故意，該罪並不處罰。此時始有區別實益

5、甲男乙女係屬夫妻，乙因賭博輸錢負債累累，甲乃對之冷嘲熱諷並教唆乙女自殺，惟乙拒絕，問甲犯何罪？

【擬答】：

本題涉及刑法分則之加工自殺罪（刑法二七五條）：

所謂加工自殺罪，乃指行為人教唆或幫助他人「使之自殺」，或「受其囑託或得其承諾而殺之」者，處一年以上七年以下有期徒刑（第一項）。前項之未遂犯罰之（第二項）。

第一項前段著重於教唆者或幫助者之著手，而非被教唆或被幫助者之自殺行為。

第一項後段著重於受其囑託或得其承諾者之著手，前者指欲自殺者之自動要求；後者指欲自殺者被動接受而同意。但前題在欲自殺者有自由決定權。

本罪著重於正犯結構之審查，而非總則中之共犯結構之審查。

綜上所述，爭點即發生在於：甲對乙冷嘲熱諷並教唆乙自殺，惟乙拒絕，問甲犯何罪？於刑法之法理上，爭點即有如下兩說：

甲既然教唆乙自殺，自己為「教唆他人自殺」之行為，所以乙雖拒絕，仍應論本罪之未遂犯（第二項）。

持不同看法者在於，甲雖然教唆乙自殺，但該條文著重「教唆他人『使之』自殺」之行為，所以乙既然拒絕，根本未至「使之」自殺，不應論以本罪之未遂犯（第二項）。

7、「心神喪失人之行為，不罰。精神耗弱人之行為，得減輕其刑。」原為刑法第十九條第一項及

第二項明文規定，我國實務對於心神喪失與精神耗弱之區別標準何在？九十四年二月二日修正

公布之刑法第十九條條文（共有一至三項）有何新增修規定？

【擬答】：

心神喪失及精神耗弱：

所謂心神喪失，即行為人之精神，對於外界事物全然缺失知覺理會及判斷作用，而無自由決定意思之能力，亦即完全喪失正常心理狀態。但因心神喪失而不罰者，得令人相當處所，施以監護（刑八七 I） 所謂精神耗弱，即指精神狀態不健全，辨別是非能力及依其辨別而控制行為之能力，顯然減退，但尚未達心神完全喪失之程度也。

新法的新增規定：

現行法第一項「心神喪失」與第二項「精神耗弱」之用語，學說及實務見解，均認其等同於「無責任能力」與「限制責任能力」之概念。惟：「心神喪失」與「精神耗弱」之語意極不明確，其判斷標準更難有共識。實務上，欲判斷行為人於行為時之精神狀態，常須藉助醫學專家之鑑定意見，惟心神喪失與精神耗弱概念，並非醫學上之用語，醫學專家鑑定之結果，實務上往往不知如何採用，造成不同法官間認定不一致之情形。

學理上，責任能力之概念，已因犯罪理論之演變，而使其範圍限縮。在傳統犯罪理論上，犯罪之構成要件該當性與違法性所判斷之對象，係客觀之外在犯罪事實，至行為人之主觀能力或心理狀態事實，則屬有責性判斷之對象；惟當今通說之犯罪理論，則認犯罪之構成要件該當性、違法性及有責性，所判斷之對象，均有客觀及主觀事實，尤其故意犯之構成要件該當性，對於客觀之構成犯罪事實，行為人主觀上須具備認識及意欲，始足當之，學理上，亦有行為能力之概念。因此，現今責任能力之範圍，已較傳統理論為狹。應如何將其具備標準予以明文，更屬必要。關於責任能力之內涵，依當前刑法理論，咸認包含行為人辨識其行為違法之能力，以及依其辨識而行為之能力。至責任能力有無之判斷標準，多認以生理學及心理學之混合立法體例為優。易言之，區分其生理原因與心理結果二者，則就生理原因部分，實務即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。行為人不能辨識其行為違法之能力或辨識之能力顯著減低之情形，例如：重度智障者，對於殺人行為完全無法明瞭或難以明瞭其係法所禁止；行為人依其

辨識違法而行為人之能力欠缺或顯著減低之情形，例如：患有被害妄想症之行為人，雖知殺人為法所不許，但因被害妄想，而無法控制或難以控制而殺害被害人。爰仿德國立法例，將現行第一項、第二項之規定，予以修正。

原因自由行為：

原因自由行為之行為人與自始欠缺責任之行為人不可一概而論，前者在原因階段為一完全責任能力人，只是基於故意或違反注意義務（過失）使自己成為欠缺完全責任能力，為防止行為人濫用責任原則之缺失，自應有別於刑法第十九條予以論處。

原因自由行為之學說迄今已為多數歐陸法系刑法所接受，而在刑法總則設有規定。例如：瑞士（刑一二），奧地利（刑三五）、義大利（刑七八）等國之刑法及日本刑法草案。是故，刑法對於原因自由行為之評價，自不宜以行為人實現不法構成要件之瞬間係在精神障礙狀態下，而認定行為人不具責任能力或僅具限制責任能力予以減免。其實，原因自由行為本來即具備「行為階段上之責任能力」，而非自始欠缺，是故在我國學界中，不論採「前置論」、「構成要件完整說」、「一貫犯意說」或「間接正犯」說諸論，均以可罰為結論。

就此，我國九十四年新刑法第十九條亦增設第三項以為規範，並成明文，可咨參照。

8、甲家中經常遭竊，某日甲下班回家，看見小偷乙正在偷取甲的財物，甲為了避免小偷乙逃跑，

於是持木棍把小偷乙的腳打斷，隨即將小偷乙扭送警察局，請問甲打斷乙的雙腳是否觸犯傷害

罪？甲扭送乙至警察局的行為是否觸犯刑法第三百零四條強制罪？

【擬答】：

本題爭點，在於刑法上正當防衛之要件及過當與否之探討。

正當防衛之意義及要件：

正當防衛又稱「緊急防衛」，乃就現在所發生之不法侵害或攻擊行為，在無法立即獲得公權保護之危急情狀下，基於人類自衛本能，主觀上自為客觀必要之防衛。此與刑法保護法益之精神相符，係刑法規範所允許之一種權利行為，而構成緊急防衛權，排除行為之違法性，不成立犯罪。

至於正當防衛之要件，大致如下：

需有防衛情狀。

需有防衛作為：

客觀必要之行為：正當防衛為權利行為，基本上並不需要考慮法益權衡之問題。是否客觀必要應就侵害和攻擊行為之方式、重輕、緩急與危險性等因素，必參酌侵害和攻擊當時之客觀情狀，而做判斷。

防衛行為須不過當：正當防衛係對不正之權利行為，不可超越正當防衛必要之程度。若已逾越而構成防衛過當，自不能阻卻違法至多只能減免罪責。易言之，即正當防衛行為之種類、方法應與侵害行為或攻擊行為相當。此即黃常仁師所言「權利濫用之保留」，防衛者在面對顯然無責任能力人、輕微性侵害、由於自己之「瑕疵原因行為」、法益間欠缺比例相當性及最近親屬間關係等情狀下，應受到防衛之限制。

依題意，甲可能該當傷害罪：

甲為避免小偷乙逃跑，可以主張正當防衛予以強制逮捕，不過以「打斷乙之雙腳」予以阻止，似乎逾越比例原則及必要性原則。

是故，甲之行為應評價為防衛過當，不可阻卻違法，至多僅能減免責任。

依題意，甲可能該當強制罪。

甲強行扭送乙至警局，在刑法構成要件之設計上，仍以違反乙之意願為主；

惟強制罪乃以「使乙行無義務之事」或「妨害乙行使權利」之構成要件之要素；與前述之傷害罪並非相同；是故，依刑事訴訟法，「現行犯本可依法移送」之規定，甲並不該當「使乙行無義務之事」之要素，應不該當本罪為妥適。

9、根據我國現行刑法中之規定，說明準中止犯之成立要件。

【擬答】：

「準中止犯」，是指在實行未遂的情況下（著手未遂無準中止犯），行為人雖已盡真摯努力，且本來也可以有效防止犯罪結果的發生，卻因為被害人自己或第三人的行為，先於行為人的中止行為，導致結果的不發生與行為人的中止行為間，不具因果關係。要之，「準中止犯」大前提是「犯罪結果的不發生」，其與中止犯的差異，僅在於結果的不發生與行為人的中止行為間，不具因果關係，其餘主、客觀要件要求均同。2005年刑法修正，已於第27條第1項與第2項後段規定：「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。」使準中止犯亦能適用減免其刑之規定。

所謂「結果之不發生，非防止行為所致」，如： 第三人行為介入； 被害人自己行為；自然事實。

10、甲在超商中竊取一條十五元的口香糖，正欲離去時為店員乙所發現，在超商出口處乙張開雙手不卻甲離開，並要求另一店員丙報警處理，甲為了脫免逮捕將乙推倒在地，甲倉皇離去時，口香糖為丙所奪回。試問甲的行為依刑法應如何評價？

【擬答】：

甲在超商竊取口香糖，正欲離去時為店員乙所發現，仍成立竊盜既遂罪。（刑法第三二〇條第一項）依49年台上字第939號判例：「上訴人所竊之樹木，既經砍伐倒地，不得謂非已移入於自己實力支配之下，其竊盜行為即已完成，自難因其賊木尚未搬離現場，而謂為竊盜未遂。」（92台上2766判決同）對於竊盜罪既遂時點的判斷，係採取掌握理論。要之，作為竊盜罪行為客體的動產，並不需要被「拿走」，而只要行為人可以對該物為事實上支配，建立新的持有關係，即為已足。甲手上的口香糖雖然還在超商內，惟已完全被甲所掌握；這種支配中有支配的現象，由於甲對餅乾建立了新的支配關係，以致於賣場已不再能毫無困難的自由支配，應認為甲竊盜行為已經既遂。此外，甲別無阻卻違法與罪責事由，甲成立本罪。

甲為脫免逮捕將乙推倒在地的行為，依實務見解成立準強盜罪（刑法第三二九條）

刑法第三百二十九條準強盜罪之因防護贓物或為脫免逮捕，而當場施以強暴、脅迫，係指竊盜或搶奪犯，將他人財物移歸自己實力支配之下後，為保護該贓物不被奪回，對追奪者施以強暴脅迫之行為。實務見解向來認為「不以使人達於不能抗拒」為必要（93台上1470判決）；若於行竊或搶奪時，以強暴脅迫之手段，使人不能抗拒，以奪得他人之物者，則其本質上即屬強盜行為，應成立強盜罪而非準強盜罪。（93年台上字第1662號判決）

題示情形，如依實務見解，甲應成立準強盜罪；惟其既、未遂的判準，則係另一爭議問題。實務一直認為：「在脫免逮捕之情形，其竊盜或搶奪既遂者，即以強盜既遂論，如竊盜或搶奪為未遂，即以強盜未遂論。」（68台上2772判例、92台上2766與93台上4655判決）據此，甲即應成立準強盜既遂，以強盜既遂罪

論。

部分學說對於準強盜既遂時點有不同意見，認為：竊盜或搶奪行為乃準強盜罪之前提要件，「強暴、脅迫」始為準強盜罪之實行行為，故本罪之既、未遂係以最終是否取得財物為基準，據此，本題即應成立準強盜未遂，以強盜未遂罪論，併予說明。

甲為脫免逮捕將乙推倒在地的行為，依學說意見，前行為成立竊盜既遂罪，後行為成立強制罪，兩罪併罰。按強盜罪係以強暴脅迫作為奪取他人財物之手段，其行為之危險性與反社會性甚高，猶規定須至使不能抗拒，始能成罪。準強盜罪，則係竊盜或搶奪後，因護贓等目的，始為強暴脅迫，通常屬於防禦之動作；尤其為脫免逮捕，而以暴力掙脫，實屬人情之常，其期待可能性甚為薄弱，反以強盜罪論處，在立法上是否妥適，已大有可議，倘於解釋上，認為祇須有強脅行為，即足成罪，而無須達於不能抗拒之程度，則情輕法重，是否妥當，更有商榷餘地。舉例：依實務見解，小偷奔逃無門，作勢跳樓自殺以逼退追捕，是否也「以強盜論」？⁷

結論

題示情形，如依實務見解，甲成立準強盜既遂，以強盜既遂罪論；如依部分學說意見，因對準強盜罪既遂時點的判斷不同，僅成立準強盜未遂，以強盜未遂罪論。同時，多數學說意見主張限縮準強盜罪「強暴」之程度，據此，甲僅成立竊盜既遂罪與後行為的強制罪，兩罪併罰。

一、甲四層樓別墅位於荒郊野外之山區，某日深夜該別墅樓下發生火災，甲為避免財物之損失，竟將內裝珠寶之保險箱從四樓窗口往地面推落，適乙騎車從樓下經過，竟被該保險箱擊中不治死亡，檢察官追究刑責時，甲主張緊急避難有無理由？

【擬答】：

1. 按行為人具有犯罪構成要件之該當行為，如具備阻卻違法事由，即不成立犯罪，刑法第二十四條規定，因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。即屬法定阻卻違法事由之一緊急避難之相關規定。而欲主張此項緊急避難之事由，應具備如下要件 客觀上有避難狀態存在主觀上行為人有避難之意思客觀上行為人為避難行為。

茲分別就緊急避難之前揭應具備之要件內涵，詳述於后：

2. 客觀上有避難狀態：指客觀上須有對自己或他人生命、身體、自由、財產之危險狀態存在，不論人為之故意或過失造成抑或天災不可抗力。又此危難狀態需為緊急始可。主觀上有避難意思：行為人需認識到客觀危難狀態之存在，並基於避難意思為避難行為。客觀上有避難行為：行為人所為之避難行為即屬侵害他人而具有構成要件該當性之行為，此避難行為須為客觀上不得已者，亦即須為避免上揭法益遭受侵害在客觀上最後且唯一之手段，易言之，避難行為所侵害之他人法益與所欲保護之法益間，具有不可避免之衝突，而捨此方法別無他途方得為之。又此避難方法本於利益橫量之比例原則，應具有相當性不得過當。

本題甲四層樓別墅位於荒郊野外之山區，因深夜該別墅樓下發生火災，甲為

避免財物之損失，乃將內裝珠寶之保險箱從四樓窗口往地面推落，適乙騎車從樓下經過，竟被該保險箱擊中不治死亡。本此以觀，甲當時確有生命與財產之緊急危難存在，其為避免危難自得為避難行為，有爭議者乃其將保險箱自四樓推下而擊斃乙之過失致死行為（如甲之行為有應注意而為注意之情形），是否符合避難行為之要件，應視當時尚無其他得避免財產危難而無須侵害他人之方法，若有，則甲所為即非為客觀上最後且唯一之手段，應不得主張緊急避難，而論以過失致死罪。

二、何謂間接正犯，其類型為何？甲無任何疾病，為圖向服務之公司請假遂至長庚醫院看診，向醫師乙謊稱嚴重暈眩、耳鳴，請求診治並出具證明，乙誤信為真，遂出具記載上開病情之診斷書予甲，甲是否屬刑法第 215 條之間接正犯？

【擬答】：

1. 按刑法上所謂間接正犯乃行為人利用不成立犯罪之人之行為為其犯罪工具，為其實行犯罪構成要件行為，以遂行其犯罪之目的者，無論就工具理論或目的型為支配理論（犯罪支配論），該利用行為人仍應論以正犯之罪責。學理上依被利用者不成立犯罪之態樣，區分為如下之類型：
利用他人欠缺主觀構成要件之行為：如利用不知情之所鎖匠打開他人住宅大門。利用他人欠缺客觀構成要件之行為：如持槍強迫他人毀損該他人自己的古董花瓶。利用他人阻卻違法之行為：如晚上偷偷將鄰居飼養之惡犬之鎖鏈解開，翌日清晨惡犬見晨運路人而撲咬，路人為保護自己而將惡犬擊斃（毀損罪）。利用無責任能力人或他人欠缺違法性認識之行為：如利用十歲小孩至超商竊盜。次按刑法第二一五條規定，從事業務之人，明知為不實之事項，而登載於其業務上做成之文書，足以生損害於公眾或他人者，成立業務登載不實罪。因本法未如第二一三條公務員登載不實罪與第二一四條使公務員登載不實罪，另設有使從事業務之人登載不實事項於業務上文書罪，故若欲成立第二一五條業務登載不實罪之間接正犯，行為人即需具有適格主體之資格（從事業務之人），蓋該文書既非無業務資格之人職務上製作之文書，要難認其得利用不知情之從事業務之人犯業務登載不實罪，自難論以間接正犯，實務最高法院八十四年台上字第五八七四號判決同此見解。本題甲無任何疾病，為圖向服務之公司請假遂至長庚醫院看診，向醫師乙謊稱嚴重暈眩、耳鳴，請求診治並出具證明，乙誤信為真，遂出具記載上開病情之診斷書予甲，甲因不具行為主體之適格，故未得成立本法第二一五條業務登載不實罪之間接正犯。

三、某日賽鴿協會舉辦飛鴿競賽，甲於鴿子飛行路徑之某處山區高地，架設網子計劃捕捉賽鴿。試問：架設網子完成比賽並已開始，但尚未捕到賽鴿即經查獲，係預備竊盜或竊盜未遂？。如同時捕捉到 A、B、C 三人之賽鴿，是否成立想像競合犯？賽鴿入網是否即屬竊盜既遂？

【擬答】：

按刑法之未遂犯乃行為人已著手於犯罪之實行而不遂者。故預備犯與未遂犯之辨別即在於著手之認定，實務與學說關於著手判定之標準則有不同見解，

茲分別敘述如下：

形式客觀說：此說為實務歷來所採，其係基於罪刑法定主義之要求，認為唯有行為人已開始實行嚴格意義之構成要件該當行為，始可認定為著手之實行，亦即行為人須至少已實現構成要件該當行為之一部分，若於著手此等要件行為以前之準備行為，係屬預備行為，不得論以未遂犯，最高法院三十年上字第六八四號判例可資參照。

主客觀混合理論：此為學者通說所採，其認為當某行為係行為人依其主觀犯意所進行，且該行為在客觀上已對於構成要件所欲保護之法益或行為客體造成直接危險狀態；又行為人在主觀上亦認識，若依照通常之因果歷程，該行為如繼續作用，勢必直接導致構成要件之實現，即得認定為著手。

小結：本題架設鴿網捕捉賽鴿之情形，如依上揭實務之形式客觀說見解，應僅屬預備行為，因刑法未處罰預備竊盜罪，故不成立犯罪。倘依通說之主客觀混合理論，架設鴿網即已對竊盜罪所欲保護之財產法益與行為客體（賽鴿）造成直接危險狀態，賽鴿隨時可能飛入被捕，故已屬著手之實行而成立竊盜未遂罪。

次按未遂犯係以欠缺既遂狀態為其要件，而所謂欠缺既遂狀態乃指行為人尚未實現或完全實現客觀構成要件要素（包含行為主體、行為、行為客體、結果犯之結果與因果關係等），此於舉動犯僅需行為主體對行為客體完成犯罪行為即屬之，為於結果犯則尚須有結果之實現，且結果實現與行為主體之行為應具因果關係始足當之。至刑法第三二〇條之竊盜罪乃行

為人基於竊盜故意與不法所有之意圖，而竊取他人動產之竊盜罪，其既未遂之認定，通說係採移入支配說，即以行為人所竊取之物是否已脫離原持有之支配，而移入自己或第三人實力監督之下（以新支配關係排除原支配關係），故若行為人已著手竊取他人動產，且該動產已置於行為人實力支配之下，即屬竊盜既遂，本題賽鴿既已飛入行為人架設之鴿網內，顯已在行為人實力監督支配下，應論以竊盜既遂罪。

末按刑法第五十五條規定之想像競合犯乃行為人以一行為侵害數法益而成立數名，應從一重罪處斷。故想像競合犯之成立須一行為且侵害數法益，本題行為人架設鴿網捕捉賽鴿，因係三隻賽鴿係同時飛入，其一行為之犯行應可認定；有疑問者，乃法益數之判斷，通說與實務關於財產法益之認定係以行為客體（被侵害財產）之監督權個數計算而非所有權數，本題

既為捕捉賽鴿，依一般人之經驗法則，參與競賽之賽鴿群當然分屬於不同監督支配權人（可能同一鴿主有數隻賽鴿參賽，惟不可能全部賽鴿皆屬同一人），此行為人主觀上應得認識，故捕捉三隻賽鴿係侵害不同監督權人之財產法益，而應論以竊盜既遂罪之想像競合犯。

四、關於贓物罪，請回答下列問題：甲介紹明知其情之乙向丙購買贓車一部，乙、丙洽談買賣中經警查獲，甲之罪責為何？甲竊得勞力士手錶乙只售得十萬元，而後以該金錢購得鑽戒乙枚送於知悉上情之女友A，A收受之，A是否成立收受贓物罪？

【擬答】：

按刑法第三四九條規定，收受贓物者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。搬運、寄藏、故買贓物或為牙保者，處五年以下有期徒刑、拘役

或科或併科一千元以下罰金。

因贓物變得之物，以贓物論。贓物罪之處罰性質依實務與通說見解係採妨害返還請求權說，其認為由於贓物犯之參與，使得財產犯罪之被害人，難以行使其對受損財物之返還或回復請求權。

次按所謂贓物乃他人因實施財產犯罪之不法行為所取得之財物，如竊盜、搶奪、強盜、詐欺、侵占、恐嚇取財等；所謂收受，係指自他人無償取得（借貸或贈與）對贓物之持有；所謂搬運，係指搬移運送之意；所謂寄藏，係指受他人委託而保管贓物；所謂故買，係指有償取得對贓物之持有，如買賣、互易等；所謂牙保，則指居間介紹買賣、搬運、寄藏等使贓物

相互流通之行為，實務（二十五年上字第六八〇六號判例）認為牙保須於介紹雙方成立契約時方屬既遂。本題甲介紹明知其情之乙向丙購買贓車一部，乙、丙洽談買賣中經警查獲，則乙之行為即為故買贓物，甲介紹乙與丙間之贓物買賣，即屬牙保贓物之著手，然因乙丙尚在洽談中即為警查獲，則甲之牙保行為依前揭實務見解應屬未遂，復因刑法不處罰牙保贓物未遂，故甲不成立犯罪。

末按甲竊得勞力士手錶乙只售得十萬元，而後以該金錢購得鑽戒乙枚送於知悉上情之女友A，A收受之。承上說明，本題甲所竊得之勞力士手錶即屬贓物無疑，其將贓物出售之得款十萬元轉買鑽戒乙只，即屬因贓物變得之物（原贓物之替代物或衍生物），依本法第三四九條第三項準贓物之規定，視同為贓物，A女明知仍予無償收受，應成立本法第三四九條第一項之收受贓物罪。

五、甲為某民營銀行行員，受某鄉公所之委託辦理災害救濟金發放事項。甲因見乙家境特別窮困，乃簽報旗銀行長官同意，案救濟金標準加倍發放給乙；令甲因見丙家境富裕，遂自作主張，僅發放給丙救濟金半數；餘半數則歸還鄉公所。問甲之責任如何？

【擬答】：

加倍發放救濟金給乙

公務員圖利罪（§ 131 I）。首先，甲雖非公務員法之公務員，但可能基於受鄉公所委託辦理災害救濟金發放而成為刑法之公務員。依第10條第2項第2款「受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者」，係委託公務員。然而，此以取得原機關權限，且所辦理之事項有關公權力之行使為限，不包括行政輔助人在內。就此，甲銀行受託辦理之事項，係國家基於高權地位所為之給付行政，且似乎亦有審核發放之權限，故

甲應係本款之公務員。甲就所辦理之救濟金發放事項，加倍發給乙救濟金而使其獲利，但此舉逾越法令授權，縱使獲得長官同意，仍屬違背法令。主觀上，本罪以甲明知違背法令為必要。就此，甲可能因銀行長官同意而誤認此舉仍是法令允許之裁量權限的行使，故不該當此要件，不成立本罪。

詐欺取財罪（§ 339 I）。儘管甲係違背法令發放救濟金，但是並未對具審核權限之人傳達不實資訊，故不成立本罪。

發放半數救濟金給丙，可能成立扣留剋扣罪（§ 129 II）。甲係委託公務員，原應基於其所受委託之職務而承擔公法上之發給義務（89台上3885決），發放全數之救濟金給丙，卻未為之，係剋扣行為。甲對之亦係明知，無阻卻違法或罪責事由，成立本罪。半數救濟金歸還鄉公所，可能成立公務員圖利罪（§ 131 I）。由於本罪以圖私人不法利益為限，甲未使其他私人取得剋扣所餘之款項，故不成

立本罪。

結論：甲成立抑留剋扣罪。

六、某甲為書店老闆，於96年6月間自國外購進「成人性愛寶典」、「少男少女禁果初體驗」、「性交大觀」三種含有男女裸體及性交畫面之情色書刊及DVD，陳列於店內販售。甲鑑於其中「少男少女禁果初體驗」內容係未滿十八歲之少年男女所拍攝之性愛畫面，「性交大觀」內容有人獸性交及性虐待之畫面，遂以透明膠膜包封，並標示「十八歲以下兒童及少年不宜」字樣於外包裝後，陳列於書架販售。嗣於96年7月間為警查獲，並扣得上開情色書刊及DVD一批，經依妨害風化罪嫌移送地檢署偵辦。試問：

某甲所陳列販售之上開情色書刊及DVD之中，部分有加封套及警語，部分則未加封套及警語，其不同處理方式，對其刑事責任之構成有無影響？試從相關刑法規定之法律構成要件內涵及實務見解申論之。

某甲之行為觸犯刑法何罪名？如何處斷？

【擬答】

封套與警語對刑事責任之影響

散佈猥褻物品罪 (§ 235 I) 規定，任何散佈、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，均處罰之。依法條文義，一旦被認定為猥褻物品，由於透明膠膜及警語都不會改變其猥褻之性質，而且也不會排除其係向不特定多數人散佈販賣之特質。至於本罪之立法目的，亦係在保障所謂性秩序或性道德情感，故縱使有上述安全措施，仍會侵害本罪所保護之法益。因此，就構成要件內涵而言，是否附加封套或警語，於刑事責任並無影響。依據大法官會議釋字第617號解釋，上開構成要件之禁止對象有兩類：一為「含有暴力、性虐待或人獸性交而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品」，二為「其他客觀上足以刺激性慾或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品」。前者(硬蕊)乃一律被禁止，後者(軟蕊)則限於「未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞」者。依此，僅於針對第二類之猥褻物品採取警語或封套時，始足以排除刑事責任。

甲的刑事責任

甲可能成立販賣猥褻物品罪 (§ 235 I)。依據釋字第617號解釋，甲所販售之「性交大觀」有人獸性交與性虐待之畫面，縱使採取封套及警語，仍無礙於其係本罪所禁止之猥褻物品。至於「少男少女禁果初體驗」所含之未成年人人性愛畫面，仍屬軟蕊，附加封套及警語後即非本罪所禁止之猥褻物品。最後，「成人性愛寶典」可能是具有教育性及醫學性之出版品，自始即非猥褻物品。上述物品係甲基於販賣意圖而公然陳列，故成立本罪。依第二三五條第三項，僅限於違反前二項規定之猥褻物品及其附著物始一律沒收。依此，法院應僅就「性交大觀」宣告沒收。

七、甲、乙、丙三人在某山丘空地架設捕捉鴿子的網具，於鴿主實施外訓飛行時，網捉飛經該處的鴿子，經四天四次上山丘取鴿，共得三位鴿主A的賽鴿十隻、B的賽鴿十五隻、C的賽鴿八隻。抓到上開鴿子後，由甲依鴿子腳環上的電話號碼，於不同時間，撥打電話給鴿主A一次、B三次、C二次，告知三人：你的鴿

子在我手上，你要取回的話就匯錢到我指定的帳戶內，否則將會永遠看不到鴿子（鴿子會遭殺掉或扭斷脖子、翅膀）等語。鴿主A 氣忿難當，某天輾轉探知甲、乙、丙三人在山丘空地後，找B、C 一同上山。甲、乙、丙三人見A 等人前來，立即做鳥獸散，慌亂中丙取自己已有牌照的獵槍逃走，卻不小心跌倒，致觸槍射中B 手臂輕微擦傷，續中B 後面C 的頭部當場死亡。由上述事實分析後，列出全部所實現的構成要件及相關法條，並依現行刑法附理由敘明行為數、罪數判斷過程，並做出最後的處斷結論。

【擬答】

所實現之構成要件

甲、乙、丙三人共同網捉賽鴿，分別對A、B、C 成立加重竊盜既遂罪（§ 321 I 4）。首先，三人基於共同決意，分擔實施網捉他人所有之賽鴿。鴿主並未因實施外訓飛行而喪失持有，網捉行為始破壞A、B、C 三人之持有，並建立新持有，故為竊取他人動產。主觀上亦係基於竊盜故意與不法所有意圖，故成立共同普通竊盜罪（§§ 320 I, 28）。由於三人基於共同決意均在現場共同實施架設網具及取鴿，故符合結夥三人之加重事由，成立本罪。

甲電話告知鴿主，分別對A、B、C 成立恐嚇得利罪（§ 346 II）。甲對三人傳達殺傷鴿子的侵害財產惡害，而使三人分別出於畏懼，仍基於自由意志而匯款，使三人獲得對帳戶所增加之款項，同時也導致A、B、C 財產總額之減少。主觀上具備恐嚇取財故意及不法得利意圖，成立本罪。

乙、丙就甲之恐嚇取財可能分別對A、B、C 成立共同恐嚇得利罪（§§ 346 II, 28）。乙、丙可能就甲後續之恐嚇得利行為，已形成共同決意，但是僅負責參與網捉賽鴿，交由甲負責電話恐嚇。依實務見解，如乙、丙亦有「以自己共同實施犯罪之意思」，縱無其他犯罪行為之分擔，仍可成立共同正犯。由於題意不明，故事實難以認定。因此，乙、丙二人不成立本罪。

丙跌倒觸槍

對B 可能成立過失致傷罪（§ 284 I）。客觀上丙導致B 受傷。主觀上，其固然未預見跌倒觸槍之事實，然而是否對此傷害有預見可能性，亦值得懷疑，蓋是否跌倒、是否會誤觸扳機，以及在空曠之山丘空地上會命中第三人，均出於極為偶然之事實，難以認定甲就此有預見可能性，故欠缺過失，不成立本罪。

對C 可能成立過失致死罪（§ 276 I）。基於上述相同理由，不成立本罪。
結論：丙無罪。

行為數

甲、乙、丙所實施之網捉賽鴿行為，應係出於單一犯罪計畫，為達成同一竊盜目的而接續實施之動作，應屬於一行為。甲所為電話恐嚇之行為，亦係為達成同一取財目的而接續實施之動作，亦屬於一行為。

罪數

甲乙丙之網捉賽鴿係一行為，雖各網捉ABC 數隻賽鴿，然而對同一被害人僅係侵害同一財產監督權，故僅成立一次普通竊盜既遂罪與加重竊盜既遂罪，二罪則基於法條競合（法律單數）之特別關係，僅論以加重竊盜既遂罪。由於甲乙丙係以同一行為同時侵害ABC 三人之財產監督權，故其所成立之三個加重竊盜既遂罪，係侵害數法益，成立想像競合，從一重處斷（§ 55）。

甲之電話恐嚇行為亦屬一行為，且對同一被害人之財產監督權之侵害，故對ABC

分別只成立一個恐嚇取財罪，三罪係侵害數法益，成立想像競合，從一重處斷 (§ 55)。

八、甲乙陷入熱戀切交往，且將兩人床第之私攝影製作成光碟留念，之後乙因賭六合彩輸新台幣兩百萬元，組頭丙告訴乙如果當他的情婦，即可免除兩百萬元賭債，乙因而離開甲。甲以將乙的裸照上網流傳，要求乙回頭，乙為取回光碟，與丙商量由乙赴甲住處談判，丙再蒙面闖入，將兩人網綁，佯裝搜尋財物趁勢取走光碟。當丙闖入將甲乙網綁完畢，正打算開始搜尋光碟時，適甲的鄰居來敲門，丙只好跳窗離去。應如何論斷乙丙對甲的行為？甲於事後察覺乙丙的計謀，遂將乙的裸照上網流傳。應如何依刑法論斷甲的罪責？

【擬答】：

乙、丙刑責

丙之刑責

私行拘禁罪 (§ 302 I)。丙未得同意而網綁甲，係以外在的工具阻止他人離開特定空間之拘禁行為。丙就此具備故意，成立本罪。

侵入住宅罪 (§ 306 I)。丙未得住居權人甲之同意而進入甲宅，成立本罪。

強盜未遂罪 (§ 328 IV)。首先，丙未取得光碟之持有，故不成立強盜既遂罪 (§ 328 I)。主觀上，丙對其透過網綁甲而使用強暴手段致使不能抗拒，以達成取走光碟之竊取目的，具備強盜故意；丙對其無權取得屬於甲所有之光碟，卻意圖將之據為己有，具備不法所有意圖。客觀上，丙依其計畫已完成網綁之強制手段，且開始搜尋財物。此時丙已實施強盜行為之一部分，且甲已無能力阻止丙破壞其對光碟之持有，使其持有關係陷入直接危險，已達到著手。無阻卻違法及罪責事由。丙雖然捨棄竊取行為，但是係出於避免被甲的鄰居發覺其犯罪，為避免刑事訴追所為，不是出於自律的決定，故非出於己意中止，不適用中止犯之減免刑罰規定 (§ 27 I)。

競合：丙係基於犯私行拘禁及強盜之目的而犯侵入住宅之繼續犯，故三罪具有自然行為單數之關係，侵害不同法益，成立想像競合 (§ 55)。

乙之刑責

共同強盜未遂罪 (§ 328 IV, 28)。主觀上，乙與丙固然商議由乙赴甲宅談判，依實務見解，乙應係出於所謂正犯意思參與強盜構成要件以外之行為，仍符合共同正犯之要件，但此見解忽略行為在客觀上對犯罪之貢獻亦屬認定正犯之重要因素。依犯罪支配理論，乙依此協議所分擔之行為，依題意尚難以直接認定是實現強盜所必要之分工，而對強盜之實現具有犯罪支配力。故乙不成立本罪。

幫助強盜未遂罪 (§ 328 IV, 30)。客觀上，乙赴甲宅談判，至少是確保甲在場而有助於丙之強盜行為的幫助行為，主觀上對此亦具有故意。無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

幫助私行拘禁罪 (§ 302 I, 30)。依上所述，乙確保甲在場同樣係有助於私行拘禁之實現的幫助行為，成立本罪。

幫助侵入住居罪 (§ 306, 30)。乙確保甲在場並非促成丙進入甲宅之條件，故非幫助行為，不成立本罪。

競合：幫助強盜未遂罪與幫助私行拘禁罪係行為單數，成立想像競合。

甲上傳裸照之刑責

加重誹謗罪 (§ 310 II)。若未附加任何文字說明，裸照本身並未指摘傳述具體事實，故非誹謗行為，不成立本罪。

公然侮辱罪 (§ 309)。使不特定人能觀覽裸照，可能傳達貶低他人人格之訊

息，是侮辱行為，成立本罪。

散佈猥褻物品罪 (§ 235 I)。裸照是否為猥褻物品，端視是否足以刺激或滿足性慾，且引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有害社會風化（釋字407 號解釋），依題意難以肯定乙之裸照是否有此特徵，且除非有特殊情形，否則裸照本身難謂足以侵害性的道德感情，故非猥褻物品，不成立本罪。結論：甲成立公然侮辱罪。

九、甲、乙、丙三人因無錢購買安毒，某星期日持美工刀、螺絲起子至某辦公大樓行竊。在行竊過程中因破壞門鎖發出聲響，乙心生害怕，懊悔答應甲、丙前來行竊，遂放棄財物，並勸阻甲、丙二人離開，以免被捕。但甲、丙置之不理，乙只好獨自先行離去。甲、丙雖搜括數間辦公室財物，但仍被逮捕。請問甲、乙、丙三人成立何罪？

【擬答】：

至辦公大樓行竊事實

甲、丙刑責

可能構成共同侵入住居罪 (§306 I, 28) ？

甲、丙於星期日上午一同前往辦公大樓行竊，係無故侵入他人建築物，成立本罪之共同正犯。

可能構成共同毀損器物罪 (§354, 28) ？

甲、丙為進入辦公大樓而破壞門鎖，使門鎖外型改變並喪失功能，該當損壞他人之物要件。雖題意未言明係由何人破壞，惟甲三人協議共同前往辦公大樓行竊，縱未親自破壞門鎖，亦得成立共同正犯。

可能構成共同加重竊盜罪 (§321 I, 28) ？

甲、丙與乙基於不法所有意圖，共同決意結夥三人，持美工刀、螺絲起子，破壞辦公大樓門鎖行竊，即該當毀越門扇、攜帶兇器及結夥三人之加重要件。另，題意未言明甲三人係於夜間行竊，且辦公大樓應非有人居住之建築物，故不該當夜間侵入住居之加重要件。甲、丙成立共同毀越門扇、攜帶兇器、結夥三人之加重竊盜罪。

乙刑責

可能構成共同侵入住居罪 (§306 I, 28) ？

乙與甲、丙一同前往辦公大樓行竊，成立本罪之共同正犯。

可能構成共同毀損器物罪 (§354, 28) ？

依前述相同理由，乙成立本罪之共同正犯。

可能構成共同加重竊盜罪 (§321 I, 28) ？

乙於行竊過程中因破壞門鎖發出聲響，遂放棄財物，並勸甲、丙離開，則依題意，甲三人應已得手部分財物，依前述乙已該當共同毀越門扇、攜帶兇器、結夥三人之加重竊盜罪。

惟乙後悔參與，勸甲、丙離開不果，即自行離去，得否適用中止犯規定減免其刑？姑不論乙所犯加重竊盜罪業已既遂，依刑法§27 II 規定，共同正犯中一人自願中止犯罪，須有效防止犯罪結果發生，始能成立中止犯。本題乙雖勸阻甲、丙，但甲、丙置之不理，乙無由適用中止犯規定。另，乙可否依「共犯關係脫離」理論減免刑責？亦即只要行為人能以真摯的意思切斷與其他共同正犯心理及物理上的聯繫，則共同正犯關係即從切斷聯繫的時點起消失，切斷關係者只就切斷前的行

為負責。本題乙勸阻甲、丙行為不能發生效果，且乙在此之前即已該當加重竊盜罪既遂，是乙無法脫離共同正犯關係。

結論：甲、乙、丙成立共同侵入住居罪（§306 I, 28）、共同毀損器物罪（§354, 28）與共同加重竊盜罪（§321 I, 28），共同毀損器物罪與共同加重竊盜罪成立法條競合之特別關係，僅論以共同加重竊盜罪。共同加重竊盜罪與共同侵入住居罪屬於行為單數，成立想像競合，從一重之共同加重竊盜罪處斷。甲、乙、丙同時實現數款加重事由，只於判決主文順序揭明。

十、甲與友人乙至 PUB 飲酒慶生，甲自恃酒量好，堅持載乙回家，途中不慎撞傷行人丙，在警察抵達前，甲哀求乙留在現場佯裝其才是駕駛，自己迅速逃離現場，乙愈想愈不對，也迅速離開。等到警察到現場時，丙已因傷重死亡。請問甲、乙是否有刑責？

【擬答】：

甲飲酒後開車肇事事實

甲可能構成醉態駕駛罪（§185-3）？

甲自恃酒量好，飲酒後開車，雖題意未言明甲呼氣酒精濃度數值，但甲酒後駕車不慎撞傷丙，應係受酒精影響致注意力不集中而肇事，即屬不能安全駕駛。甲明知已飲酒，卻高估自己酒量而開車，主觀上有故意。又，甲雖有飲酒，然應未到達責任能力欠缺或顯著降低程度，故甲有罪責。甲成立本罪。

甲可能構成過失傷害罪（§284 I）？

客觀上甲因注意力下降而不慎撞傷丙，甲為一般正常駕駛人，應知酒後駕車之高危險性，對傷害結果之發生應有預見可能性，是有過失。甲成立本罪。

乙可能構成不作為幫助醉態駕駛罪（§185-3, 30, 15）？

乙知悉甲有飲酒，卻未阻止甲開車，促使甲易於實現酒後駕車行為。惟乙依法令並不具保證人地位，亦無危險前行為，則乙不負有阻止義務，故不構成本罪。

甲求乙佯裝駕駛事實

乙可能構成頂替罪（§164 II）？

頂替係指冒充犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，代其接受刑事追訴或刑罰之執行，或接受公力之拘束。本題乙在警察抵達現場前業已離開，並無頂替行為，乙不成立本罪。

甲可能構成教唆頂替罪（§164 II, 29）？

甲要求乙佯裝其為肇事駕駛，為其頂罪，依實務見解，犯罪人教唆他人使他人頂替，不成立本罪（25年4月21日決議），況乙最終並無頂替行為，甲不成立本罪。

甲、乙離開現場事實

甲可能構成肇事逃逸罪（§185-4）？

客觀上甲駕駛動力交通工具過失肇事使丙受傷，未救助丙即逃逸。甲主觀上就此亦有認識，具有故意。無阻卻違法及罪責事由，甲成立本罪。

甲可能構成不作為殺人罪（§§271 I, 15）？

甲逃逸時是否認識未救助丙將導致丙死亡之事實，依題意無法確定，依有疑唯利被告之假設，甲不成立本罪。

甲可能構成違背義務遺棄致死罪 (§294 II) ？

甲開車肇事，依道路交通管理處罰條例規定，甲有救助義務。丙因無人即時救助，最後傷重死亡，應屬無自救力之人，客觀上甲該當不為救助而致被害人於死之要件。主觀上甲認識其肇事行為使丙受傷，若不為救助可能引發生命危險，且就丙可能因而死亡應有預見可能性。甲成立本罪。

乙可能構成肇事逃逸罪 (§185-4) ？

乙非駕駛動力交通工具肇事之人，故不成立本罪。

乙可能構成違背義務遺棄致死罪 (§294 II) ？

乙受甲哀求留在現場佯裝駕駛，乙並未救助丙，隨即離開。如前所述，乙並非肇事駕駛，依法即無救助義務，雖甲哀求乙留在現場，但目的在為甲頂罪，而非承擔救助丙之責任，乙無義務救助丙，即不成立本罪。

結論：甲所犯醉態駕駛罪 (§185-3) 與過失傷害罪 (§284 I) 成立想像競合，從一重處斷。甲另犯肇事逃逸罪 (§185-4) 與違背義務遺棄致死罪 (§294 II)，依實務見解應論以違背義務遺棄致死罪 (§294 II)，與醉態駕駛罪 (§185-3) 係分別起意，應數罪併罰。

一、試說明罪刑法定之內涵？假設立法者在今年四月一日通過在現行刑法第一百八十五條之三增設第二項「一年內累計三次以上酒後駕車違規者，處五年以下有期徒刑。此項計算日期追溯到去年八月一日起計算。」本規定此一規定是否已違反罪刑法定原則之禁止溯及既往原則？

【擬答】

(一) 罪刑法定原則

1. 所謂罪刑法定原則，乃謂犯罪行為的法律要件及其法律效果，均必須以法律明文加以規定，刑事法律若未設明文規定加以處罰的行為，即無犯罪與刑罰可言。此即德國刑法學者費爾巴哈：「無法律無犯罪；無法律無刑罰」申言之，何種不法行為屬於犯罪行為，對於這些犯罪行為應科處何種刑罰或保安處分，科處刑罰有可至何刑度等，必須於行為之前預先以法律明確加以規定；否則，行為時對於該行並無法律明文的處罰規定者，則該行為即致於構成犯罪，而受刑罰之制裁。

2. 罪刑法定原則有以下五大涵義：

(1) 刑法權的內容與範圍必須經由法律明定（法律保留原則）

制裁犯罪必須經由立法權之運作，而制定刑事法律，以明確界定刑罰權之範圍，故在此刑事法律界限之外國家即無刑罰權可言。刑事司法亦唯有在此刑事法律明文界定之範圍內，始得行使刑罰權。

(2) 習慣法原則禁止

刑法因干預人民的基本自由與權利至深且鉅，雖習慣法與成文法同係來自社會的法確信，但因未經國會依據立法程序而加以條文化，故有未盡明確之處，故在罪刑法定原則下，刑法規範一律排除習慣法的適用，一切罪與刑的宣判，均應以成文法為依據。惟習慣法仍可為刑法之間接

法源，即可作為構成要件要素解釋時之標準，如最高法院三十二年台上字第一二〇八號判例。

(3) 絕對不定期刑原則禁止

罪刑法定原則的刑法所規定的犯罪與刑罰，必須儘量求其明確，這即是明確性原則，包括構成要件的明確與法律效果的明確。所謂構成要件明確係指刑法對於犯罪行為的法律要件的規定應力求明確，避免使用可以彈性擴張而具伸縮性或模稜兩可或模糊不清的不明確概念或用詞，做為構成要件要素，以架構不法構成要件。所謂法律效果的明確則指刑法對於犯罪行為的法律效果的規定必須力求明確，科處刑罰或保安處分的種類必須確定，法定刑的高度與低度間的差距不可過大，且不得使用絕對不定期刑的規定。¹

(4) 類推適用原則禁止

所謂類推禁止，乃指依據確定性原則的刑法乃禁止以類推做為新創或擴張可罰行為或加重科處刑罰或保安處分的方法。申言之，即禁止比附援引相類似的法條，來科處所未明確規定的行為。依據禁止類推適用原則，行為人的具體行為若非刑法條文的抽象規定所能涵蓋或包攝者，則法官只能判處被告無罪，而不得比附援引以行為相相近似的條文來做為定罪科刑的法律依據。惟類推禁止原則尚有以下之例外(1)依通說見解，在刑事程序法之程序規則，因不及於刑罰權之範圍，是無類推禁止原則之適用。(2)類推禁止原則係以保護行為人所衍生之規範，故通說認為，若以類推結果有利於行為人時，則不禁止類推適用，故採相對類推適用禁止原則。

(5) 溯及既往原則禁止

所謂禁止溯及既往原則，指使刑法的效力只能及於法律生效後發生的行為，刑法不得溯及既往，而追溯處罰法律生效前業已發生的行為。其內涵包括(1)行為在行為當時係刑法所不加處罰者，則不得在行為後，刑法修正而加重其刑罰則對該行為亦不得隨之為加重其刑的處斷。(2)行為若在行為當時係刑法明定加以處罰者，縱在行為後，刑法修正而加重其罰，則對該行為亦不得隨之為加重其刑的處斷。然有下述兩種情形，則無適用的餘地：(1)刑事案件之追訴與審判，在原則上應適用追訴或審判時之訴訟程序規則，而非適用行為時之訴訟程序規則，故在刑事程序法中，即無追溯禁止之適用。(2)追溯禁止原則亦屬行為人之保護規範，而禁止事後惡化行為的法律地位；惟行為後之法律若有利於行為人者，自不在溯及既往禁止之列。

(二) 如設例言是否有違禁止溯及既往原則

甲、就時間點觀

在今年四月一日立法，立法條文追訴犯罪時間點前置至去年八月一日，顯與刑法不能處罰在法律未公佈前之行為的禁止溯及既往原則相悖。故該立法違背罪刑法定原則之禁止溯及既往原則，洵屬無效。

乙、就條文立法缺失論

設新立法刑法第一百八十五條之三增設第二項「一年內累計三次以上酒後駕車違規者，處五年以下有期徒刑。此項計算日期追溯到去年八月一日起計算。」條文內之「去年」二字用語，語意不明易使適法者無法定義「去年」係指何年？除違背禁止溯及既往原則也欠缺明確性，應更正定為「．．．追溯到九十二年八月一日起計算。」以明立法之

嚴謹。

二、空白刑法之行政命令公告事項有變更是屬於事實變更或法律變更？是否可以適用刑法第二條第一項之規定，而主張適用最有利於行為人之法律？

【擬答】

(一) 空白刑法：指立法者只規定法律效果及部分構成要件要素，其他部分構成要件要素則委由其他法律或是行政規章加以確認，必須藉由其他法律或行政命令之補充，始可確定刑罰權之範圍。

(一) 空白構成要件要素隻行政命令變更屬事實變更或法律變更？

1、學說

(1) 法律變更說：所謂法律變更，應指足以影響行為的可罰性範圍與其法律效果的法令因修正或廢止而有所變更而言。刑事法律的修正或廢止，固然是法律有變更，即使是刑事法律以外的其他法律或行政規章或命令的修正或廢止，而足以影響可罰行為的範圍或法律效果者，亦應認為法律有變更。

(2) 事實變更說：國內通說認為刑法第二條第一項「法律有變更」應指刑罰法律之變更而言，刑罰法律以外之法律或行政命令等補充規範有變更或廢止其內容，僅是行政上適應當時情形所為事實上變更，並非刑罰法律有所變更，即非第二條第一項之法律有變更，因此項變更對刑罰法律不生影響。

2、實務見解

司法院大法官會議釋字第一〇三號解釋，刑法第二條所謂法律有變更，係指處罰之法律規定有所變更而言。行政院依懲治走私條例第二條第二項（現行法：修正為第四項）專案指定管制物品及其數額之公告，其內容之變更，並非懲治走私條例處罰規定之變更，與刑法第二條所謂法律有變更不符，自無該條之適用。

(二) 結論

按新修正刑法第二條第一項規定，行為後法律有變更者，適用行為時之法律，但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。是刑法從舊從輕原則之明文，以空白構成要件授權或委託之其他法規或行政命令之變更雖有少數學者認為應屬法律變更而適用刑法第二條第一項之規定，然實務及通說見解仍認為僅是事實變更而無刑法第二條第一項之適用。

三、台北市民乙參加旅行團到泰國曼谷遊玩，旅途中乙與泰國人丙在餐廳因故起衝突，乙當場毀損壞桌椅並隨手拿餐刀刺殺死丙，被泰國法院判刑，在泰國監獄服刑期滿後回台北。試問：對乙在泰國毀壞桌椅及殺死太泰國人的行為，我國司法機關是否仍可適用我國刑法，加以處罰？理由為何？

【擬答】

(一) 我國刑法之效力

我國刑法係以屬地原則為主，輔以屬人原則、保護原則、世界原則。是國人在本國領域外犯特定之罪，依刑法第七條之規定應具備下述要件，始有本法之適用。

- 1、行為人必須為本國人民，而於本國領域外違犯。
- 2、行為人所犯之罪必須是第五條與第六條兩條以外之罪。
- 3、行為人所犯之罪的最輕本刑為三年以上有期徒刑。

4、行為人所違犯的行為必須依犯罪地的法律亦認為係犯罪而設有處罰的規定。

綜上所述，乙在泰國毀壞桌椅及殺死太泰國人的行為，其中毀損行為，我國刑法毀損罪最輕本刑在三年以下，故無我國刑法效力所及，乙僅殺人罪應受我國刑法審判。

- (二) 按我國刑法第九條規定：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」乙之殺人行為雖受泰國法院判刑並服刑，惟乙回國後仍應受我國刑法之審判，但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。

四、為了殺乙，甲以贈票與負擔部分旅費之方式慫恿乙搭乘亞洲失事率最高 A 航空公司的飛機到亞洲最不安全的印度旅行。乙原先並無搭乘此航空公司從事印度之旅之計劃，但因貪圖小利而搭上 A 航空公司之飛機，後果真該班飛機失事。問，甲之行為與乙的死亡是否具有因果關係？

【擬答】

(一) 因果關係

1、所謂因果關係，乃指行為與結果之間必要之原因與結果之連鎖關係。結果必須與行為具有此等因果上之關連，始能構成犯罪，且行為人方負犯罪既遂之刑事責任。

2、理論

(1) 條件理論：

1. 依據條件理論之基本見解，認為具有刑法意義之原因乃指造成具體結果所不可想像其不存在的每個條件，倘可想像其不存在，而具體結果仍會發生者，即非刑法上之原因。故又稱為全部條件等價理論或等價理論。

公式：非 A 仍 B，A 不是 B 的條件

2. 但條件理論過分擴大刑法上因果關係範圍，失去畫定因果關係範圍理論之意義，故後提出相當因果關係理論之修補理論。

(2) 相當因果關係理論：

認為依社會生活之經驗，一定行為之發生一定結果，倘可認為相當時，則應認為在刑法上有因果關係之存在。申言之，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情下，有此環境，有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。

3、甲以贈與高失事率之航空公司機票及負擔前往最不安全之印度旅行之部分旅費，以達殺乙目的。就條件說而論，乙的死亡因甲的贈票及負擔旅費的行為有連鎖上之關係，若甲不為該行為則乙也不必然死於空難，故對於乙之死亡所不可想像其不存在的每一個條件，皆有因果關係，循此而論，甲之行為與乙之死亡有因果關係。然以相當因果關係理論言，飛機失事是為偶發之情況，甲之贈票行為與飛機失事間並無有此條件，有此環境均可發生同一之結果，所以甲之贈票行為並非飛機失事造成乙死亡的相當條件，故甲之行為與乙之死亡無因果關係。

五、何謂有認識之過失？未必故意？其區別何在？設甲為卡車司機，某日深夜開車，因長途駕駛而疲憊不堪，致在途中打盹，卡車因而撞上路邊大樹，甲雖無恙，但其助手乙卻被震落車外而死。問甲應負如何之罪責？

【擬答】

(一) 有認識過失：

即行為人雖認識其行為有實現法定構成要件之可能，但因違背義務地與可非難地過分自信，或是單純認為自己好運當頭，而認為其行為不致實現法定構成要件，乃貿然地著手，可是終究實現法定構成要件之犯罪結果之主觀心態。我國刑法第十四條第二項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其發生而確信其不發生者，以過失論」即為有認識過失之明文規定。

(二) 未必故意：(間接故意)

行為人主觀上對於構成要件之實現有所預見，而聽任其自然發展，終致發生構成要件該當結果。我國刑法第十三條第二項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」

(三) 有認識的過失與未必故意雖在概念上有部分雷同，但實際上一為過失，一為故意，故應嚴加區分。無論是在有認識的過失，抑是未必故意，行為人同樣對於構成犯罪的客觀事實均有預見。惟兩者在主觀心態上卻各不相同，如行為人在主觀上確信其行為不致於實現不法構成要件或發生構成要件該當的結果者，是為有認識的過失，意即行為人有預見結果之可能性，但相信結果不會發生，意謂行為人之想法事情會往好的方面發展。相對地，行為人在主觀上容任結果的發生，而無不致實現不法構成要件或不致發生結果的確信者，是為未必故意，意即行為人有預見結果可能性，但想發生了也無所謂，意行為人之想法乃發生了又如何(聽天由命)。

(四) 依本題意，卡車司機甲因長途開車疲憊而打盹，致使卡車撞上路樹，而助手乙致震落車外致死。是卡車司機對其長途開車可能導致疲憊而發生交通意外事故雖有預見，但並非容任發生事故，是其因打盹而撞樹，是與其本意有違，故依上開說明意旨而論，助手乙之死亡對司機甲而言，應為有認識的過失。

六、何謂具體危險犯與抽象危險犯？二者區別為何？

	具體危險犯	抽象危險犯
意義	係指將危險狀態作為「構成要件要素」而規定於刑法條款中，法官必須就具體之案情逐一審酌判斷，而認定構成要件所保護之行為客體真存有具體危險時，始能成立之危險犯。	係指由立法者依其生活經驗之大量觀察，認為某一類型之行為對於特別保護之客體具有一般危險性，故預定該類刑之行為具有高度危險，行為只要符合構成要件所描述之事實，即可認定具有此等抽象危險，無待法官就具體案件作認定。
判斷基準	1. 所謂危險，乃指侵害法益之可能性而言，係指行為之危險性，而非行為人之危險；故何時發生具體之危險，自應就行為之客觀面加以判斷。法條中通常有致生公共危險之規定。 2. 具體危險犯係將危險狀態作為構成要件要素而規定於刑法條款中，法官必須就具體案情，逐一審酌判斷，如此亦必較符合個案正義。	1 在法條中未有「致生危險之規定」 2. 抽象危險犯係由立法者依其生活經驗大量假設，認為某依類型的行為對於特定的保護客體有一般危險性，故依法律即擬制該類型的行為具有高度危險 3. 行為只要符合不法構成要件並描述事實，即可認定這種抽象危險，無待法官就具體案情作認定，故危險發生有無無判斷必要。 4. 抽象危險犯大部分是行為犯，行為符

3. 具體危險犯大部分是結果犯	合構成要件即成立犯罪，條文中未規定任何危險發生
-----------------	-------------------------

七、何謂正當防衛？緊急避難？二者區別何在？

一、正當防衛：(刑法 23)

1. 意義：對於現在不法之侵害而出於防衛自己或他人權利之行為不罰

2. 要件：

客觀要件：

(1) 正當防衛情狀：現在且不法之侵害

(2) 正當防衛行為：須符合比例原則（客觀必要而不可或缺）

主觀要件：

正當防衛意思（出於防衛自己或他人權利）

3. 效果：法規阻卻違法事由

如果符合正當防衛要件，及阻卻違法，不罰；但如防衛行為過當時，即不能阻卻違法，仍具違法性，但得減輕或免除其刑

二、緊急避難：(刑法 24)

1. 意義：因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰

2. 要件：

客觀要件：

(1) 緊急避難狀態

(2) 緊急避難行為

(3) 不負有特別義務（緊急避難行使限制）

主觀要件：緊急避難意思

3. 效果：法規阻卻違法事由

如果符合緊急避難要件，即可阻卻違法，不罰；但如緊急避難過當時，即不能阻卻違法，仍具違法性，但得減輕或免除其刑。

三、二者區別

	正當防衛§23		緊急避難§24
相同點	保全自己或他人法益之行為		
	為法定阻卻違法事由		
	須有主觀阻卻違法之要素		
	過當時得減輕或免除其刑		
相異點	本質	權利行為（以正對不正）	放任行為
	前提	現在不法之侵害（限人之侵害）	緊急危難之存在（不限人之侵害）
	對象	不法侵害者	任意第三人或其物
	保護權益	自己或他人之一切權利	自己或他人生命、身體、自由、財產
	限制	防衛行為只須客觀必要	須為唯一且不得已
	對抗	不法侵害者不得對抗防衛者	行為之相對人得對抗避難者
	法益	不須比較法益	法益輕重之權衡
	得否對適法行為	不得對適法行為主張之	原則：得對適法行為主張之 例外：不得（如有忍受義務）

八、「心神喪失人之行為，不罰。精神耗弱人之行為，得減輕其刑。」原為刑法第十九條第一項及第二項明文規定，我國實務對於心神喪失與精神耗弱之區別標準何在？九十四年二月二日修正公布之刑法第十九條條文（共有一至三項）有何新增修規定？

【擬答】

（一）心神喪失與精神耗弱之區別標準

1、心神喪失：

- （1）所謂心神喪失，乃重度之精神障礙，此等之人對於外界事務全然缺乏理解與判斷作用，自無決定意思之能力，故屬無責任能力之人。
- （2）實務見解：刑法上所謂心神喪失人，非以其心神喪失狀態毫無間斷為必要，如果行為時確在心神喪失之中，即令其在事前事後偶回常態，仍不得謂非心神喪失人。（最高法院二十四年上字第二八四四號判例參照）

2、精神耗弱：

- （1）指精神障礙並未達精神喪失之嚴重程度，但其辨識能力顯然減退，而且較平常人程度為之低，故屬於限制責任能力之人。
- （2）實務見解：刑法上之心神喪失與精神耗弱，應依行為時精神障礙程度之強弱而定，如行為時之精神，對於外界事務全然缺乏知覺理會及判斷作用，而無自由決定意司之能力者，為心神喪失，如此項能力並非完全喪失，僅較普通人之平均程度顯然減退者，則為精神耗弱。

（二）刑法第十九條新增修規定

1、有關心神喪失及精神耗弱條文之修正

- （1）新修正刑法第十九條第一項規定：「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。」
- （2）新修正刑法第十九條第二項規定：「行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑。」

3、增訂「原因自由行為」明文化

新修正刑法第十九條第三項規定：「前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」

4、立法理由：

立法理由中指出：「精神喪失與精神耗弱之語意極不明確，其判斷標準更難有共識。實務上，欲判斷行為人於行為時之精神狀態。常須藉助醫學專家之鑑定意見；惟心神喪失與精神耗弱概念並非醫學上之用語，醫學專家鑑定之結果、實務上往往不知如何採用，造成不同法官間認定不一致之情形。」；「關於責任能力之判斷，依通說之規範責任論，應就行為人所實施具備構成要件該當且屬違法之行為，判斷行為人辨識其行為違法之能力，以及依其辨識而行為之能力，倘行為人之欠缺或顯著減低前述能力，係由於行為人因故意或過失自行招致者，而行為人仍能實施具備犯罪構成要件該當性及違法性之行為，依規範責任論，即難謂其屬無責任能力或限制責任能力。」

九、甲、乙、丙、丁、戊、己六人為高二學生，某日在觀賞完越戰獵鹿人之後，

甲提議玩戲中之「生命之賭」由乙竊得其父之手槍一把、子彈一發，將子彈裝填在左輪手槍之內由六人輪流持手槍朝自己之頭部擊發，不幸己因而死亡，問甲乙丙丁戊有無刑責（只就殺人罪部分論斷）。

答：

（一）正犯與共犯之概念

- 1、在刑法理論上正犯包括以自己的行為而直接實現不法構成要件的正犯與利用他人做為行為工具而實現不法構成要件的間接正犯，以及單一行為人單獨犯罪的單獨正犯與由兩人以上的行為人共同犯罪的共同正犯。至於共犯則包括教唆他人實現不法構成要件的教唆犯，以及僅幫助他人實現不法構成要件的幫助犯。
- 2、國內通說將共同正犯與教唆犯及幫助犯合稱廣義之共犯，並認為由於教唆犯與幫助犯必須有實行正犯的存在，始能成立，這種從屬違犯的形態，即為「狹義之共犯」。
- 3、另學者認這樣的見解，尚有未妥，而足以混淆區分正犯與共犯的意義與目的，因為正犯在刑法評價上係屬不法構成要件的行為主體，而共犯則否，兩者存有本質上的差異，故不宜將本質上有屬正犯與亦有屬共犯的兩種不同的行為人類型，合稱為「廣義之共犯」。因此，共犯應僅指教唆犯與幫助犯，而無廣義共犯與狹義共犯之分；由於共同正犯係屬真正的正犯，而非屬共犯，故共同正犯、教唆犯與幫助犯可以合稱為參與犯，而不宜如傳統學說上稱之為「廣義之共犯」。

（二）正犯與共犯的區別理論

1、客觀理論

由於從事構成要件該當行為的實行，在客觀上即與構成要件該當行為的唆使行為或支持行為有所區別，故正犯與共犯在客觀上，即必須加以區別。

（1）形式客觀說

係以不法構成要件對於犯罪行為的描述為基礎，純就構成要件該當行為的形式客觀面而區別正犯與共犯。只要是不法構成要件所掌握的行為主體，即屬正犯，至於其他對於犯罪的完成只有因果上的貢獻者，則為共犯。循此而論，正犯是指自己實行一部分或全部構成要件該當行為之人；共犯則指經由一個準備行為或支持行為，而參與他人實現不法構成要件之人。

（2）實質客觀說

認為正犯與教唆犯或幫助犯相形之下，具有較高的危險性，故試圖以行為在客觀上的危險性或因果關係上的份量，做為區別正犯與共犯的標準。即主張以行為危險性以及行為與結果在客觀上的因果關係的方式與程度，做為正犯與共犯的區分標準。

2、主觀理論

認為正犯與共犯不可就外在的客觀面，而應以內在的主觀心態，加以區別，並且進而主張應以行為人的意思，意向或動機，做為區別依據。依此見解，認為正犯乃以正犯意思而犯罪，且欲將犯罪當做自己的犯罪之人；共犯則以共犯意思而犯罪，且將犯罪當做他人的犯罪，而欲加以誘發或協助其發生之人。行為人究係出於正犯意思或共犯意思，在德國實務見解上，往往以行為人參與犯罪的利益程度，從事犯罪意思的判斷，這即是所謂的利益理論，認為正犯乃對於犯罪結果有直接的自利益的人。

3、犯罪支配說

認為行為人在整個犯罪過程中居於犯罪支配的地位者，即為正犯；否則，即屬共犯。正犯乃指對於整個犯罪過程，具有操縱性的犯罪支配地位之人，亦即能夠依其意願實現構成要件或阻止或加速實現構成要件的進行過程，而屬於整個犯罪事件的核心角色或關鍵角色。共犯則指不具犯罪支配地位，對於是否實行犯罪與如何實行犯罪的問題，則是取決於他人意思的決定，行為人在整個犯罪過程中，只是充當邊緣角色，而僅只擔任誘發或促成犯罪發生的工作。

犯罪支配的類型計有行為支配、意思支配、功能的犯罪支配。

(三) 共同正犯概念

1、係指兩個以上的行為人，基於共同的行為決意，各自分擔犯罪行為的一部，而共同實施構成要件的一種參與犯，即兩個以上的行為人，形成遍個犯罪共同體，各個行為人彼此以其行為為補充，而在犯罪的分工與角色分配的協力合作下，共同犯罪，達成共同的犯罪目的。我國刑法第二十八條乃規定：「二人以上共同實施犯罪之行為者，皆為正犯。」

2、共同正犯必須有兩個以上的行為人，具有共同的行為決意，並參與共同行為的實施，始能成立。

(1) 兩個以上的行為人

(2) 具有共同的行為決意

各個參與者之間必須對於犯罪的實施，形成共同行為的意思決定，始具有成立共同正犯的主觀要件。所謂共同的行為決意，乃指兩個以上的行為人出於違犯特定犯罪的故意，彼此聯絡謀議或計劃，而在有認識與有意願地交互作用下，所成立的一致共同的犯意。惟國內實務往往將主觀要件的共同行為決意稱為「犯意之聯絡」，如此並未能掌握各個行為人之間在主觀上共同從事犯罪行為的意願，彼此分工合作，互為補充，以及共同承擔彼此刑責的內涵。

(3) 參與共同行為的實施

所謂共同行為乃指行為人的共同行為決意中，彼此聯絡、謀議或計劃共同違犯的特定犯罪行為而言。各個行為人只要係在共同行為決意的犯罪分工下，參與共同犯罪行為的實施，即足以成立共同正犯。這種共同犯罪行為的實施補以同時同地實行為必要，亦不以參與構成要件行為的實行為必要。

(四) 依題旨，甲、乙、丙、丁、戊、己六人玩「生命之賭」遊戲，己因此為死亡是其餘五人所可以預見，其中任何一人對於他人之死亡，按犯罪支配說能夠依其意願實現構成要件或阻止或加速實現構成要件的進行過程，而屬於整個犯罪事件的核心角色或關鍵角色即為正犯，是甲、乙、丙、丁、戊在本案皆為正犯。次按共同正犯之理論，甲、乙、丙、丁、戊為共同實施一故意殺人行為，依刑法第二十八條「二人以上共同實施犯罪之行為者，皆為正犯。」循此而論其五人之行為該當共同正犯之要件，故甲、乙、丙、丁、戊之行為成立刑法第二百七十一條第一項故意殺人罪之共同正犯。

十、94年刑法修正刪除刑法第二十九條第三項之規定，試問對「未遂教唆」或「陷害教唆」將造成何種影響？

【擬答】

現行刑法第二十九條第三項規定：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂論…」學者認為所謂「被教唆人雖未至犯罪」係指被教唆的正犯係在著手之前，按照現行刑法教唆犯規定仍應論以未遂之刑責。基此，學者認為現行刑法之教唆犯處罰兼採從屬性與獨立性原則。但刑法修正後（新法：95年7月1日施行）將現行刑法第二十九條第三項予以刪除，修法理由中明白指出：對於未遂犯之處罰改採「限制從屬理論」；也就是說，教唆犯之處罰以正犯著手實行後，教唆犯始為成立。對於此項教唆犯處罰理由的改變，故對「未遂教唆」、「陷害教唆」有何種影響討論如下：

（一）對「未遂教唆」的影響

通說認為未遂教唆指被教唆者得教唆行為最後並未導致被教唆者完全實現犯罪的情況：即現行法第二十九條第三項：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂論…」之規定。包括

1. 教唆人出於教唆故意並已開始實行教唆行為，但並未引起被教唆人知其教唆意思
2. 教唆行為已實行完成，並使被教唆人知悉其教唆意思，但被教唆人依然不為所動，而未萌生犯罪之決意
3. 被教唆人已因教唆行為形成犯罪決意，但尚未著手於犯罪行為

上開三種情形，因被教唆人並未著手構成要件實行，而不構成未遂犯，故教唆人亦無法被評價為教唆未遂犯。刑法修正後將二十九條第三項刪除，而將未遂犯之處罰理由改採「限制從屬理論」，則對於被教唆者未至著手階段之「未遂教唆」情形，教唆者將不再成立教唆犯，亦即並無刑責。

（二）對「陷害教唆」的影響

所謂「陷害教唆」係指教唆者認識到被教唆者無法實現不法構成要件，或雖然意識到法益侵害結果之可能性，但確信其不發生時；意即，教唆犯雖教唆正犯犯罪，惟教唆人主觀上只希望正犯達到未遂，故又稱「虛偽教唆」。例如：甲唆使乙去偷丙宅之清代名貴古董花瓶，但預先向丙通風報信，要丙將該古董移走，乙終未得逞。而關於陷害教唆的情形是被教唆者已著手於犯罪行為之實施，但未至既遂的情形，此時由於被教唆者已著手行為，依新法而言，教唆犯即可能成立。但目前依多數學者及實務見解均認為陷害教唆者欠缺教唆犯的「教唆既遂故意」之主觀要件，故不成立教唆犯，不罰，頂多是惡質行為，但刑法所談並非惡質行為，而是法益侵害行為，若教唆犯無欲惹起法益的侵害，即不需要加以處罰。故不因刑法第二十九條第三項之刪除，而有所影響。

1. 甲殺乙，於乙倒地後予以放火，問甲成立何罪？

答：（一）乙死亡：

2. 乙在甲放火前已死亡：

（1）殺人部分：甲之客觀行為符合刑法第二百七十一條之殺人罪構成要件，主觀上並有殺人故意，「構成要件具備」違法並有責。

（2）放火部分：由於乙已死亡，甲之行為可能構成刑法第六十五條之湮滅證據罪，但由於該條必須係湮滅他人之刑事案件證據，故構成要件不合；或可能構成刑法第二百四十七條之侵害屍體罪，從客觀構成要件上觀之確係符合，但主觀故意上卻容有疑問，必須甲在

放火前已知乙已死，並有污辱乙遺體之故意，始足當之。因甲本意係在殺人，故應無此污辱遺體之故意。

2. 乙在甲放火前尚未死亡，係死於甲之放火行為；由於甲係先殺乙，乙倒地再放火，其行為整體上應視為一個殺人行為之過程，加上乙死亡，構成要件結果發生，甲之行為既遂，且主觀上甲有故意，違法並有責，構成單一一個刑法第二百七十一條之殺人罪。

(二) 乙未死亡：

甲係先殺乙，乙倒地後再放火，其行為整上應視為一個殺人行為之過程，乙未死，構成要件結果未發生，甲之客觀行為係未遂，主觀甲存在殺人故意，違法並有責，構成單一一個刑法第二百七十一條之殺人罪之未遂犯。

2. 甲乙為共謀殺丙而檢查即將用以殺人之手槍，甲不知乙已將子彈裝入手槍，當其無意中扣板機時，子彈射出中乙，而乙當場死亡。試問甲成立何罪？試說明之。

答：甲可能違犯的刑責：

(一) 甲為謀殺丙而檢查手槍部份：

1. 甲可能構成刑法第二百七十一條第三項之預備殺人罪；甲與乙共謀殺丙，並已準備手槍為犯案工具，主觀方面有殺乙的故意，問題在於，客觀上甲之行為是否已經〔著手〕；關於著手時點之認定，學說向來有爭議，有客觀理論、主觀理論、主客觀混合理論等。本文以為，若採主客觀混合理論，則由第三人角度觀之，依甲主觀之犯罪計畫檢查手槍之行為尚未使法益陷入直接危險狀態，因此應尚未著手。故不構成刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪。
2. 甲與乙檢查手槍行為，應屬殺人之預備行為，構成刑法第二百七十一條第三項、刑法第二十八條之預備殺人罪之共同正犯。

(二) 誤殺乙部分：

甲可能構成刑法第二百七十六條第一項之過失致人於死罪：甲因不知乙已將子彈裝入手槍，無意中誤扣板機，子彈射中乙而乙當場死亡，構成要件之主觀要件部分，甲射死係屬甲之無意中所為，但就此扣板機之行為，甲顯有輕忽可能會傷及他人的結果，故存在有屬於刑法第十四條之過失，符合本條之主觀要件；而客觀構成要件部分，係誤扣板機，射死乙之行為，則符合刑法第二百七十六條之過失致人於死罪之客觀要件，且違法並有責。

(三) 持有槍械部分：

甲可能構成槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項之罪：甲為殺丙而準備手槍，此之手槍依槍砲彈藥刀械管制條例第四條，屬該條例之違禁品，甲之持有手槍既屬故意，主客觀構成要件均符合，當然符合本條。

3. 甲、乙二人爭風吃醋，甲以本棍將乙毆成輕傷。丙見狀過來勸架，甲怒氣未消，把丙也毆成輕傷。試問：甲有幾個行為？是否成立連續犯？應如何處斷？

答：(一) 甲有幾個行為：

1. 行為的概念，依通說見解，係採社會行為說，認為行為，是指人在有意識之下所為之具有社會意義之舉動。
2. 依此說，甲毆傷乙，為一個行為，符合刑法第二百七十七條傷害罪之客觀構成要件，主觀上甲亦有故意，違法且有責；另外甲亦毆傷丙，同時也符合刑法第二百七十七條傷害罪之客觀構成要件，主觀上甲亦有故意，違法且有責。
3. 故甲有二個行為，該當二個傷害罪。

(二) 甲是否構成連續犯？

1. 數行為在學說上，認為有幾個要件，一是必須基於一個概括犯意，二是必須觸犯同一罪名，三是必須侵害同種法益。
2. 甲先後觸犯刑法第二百七十七條傷害罪，係符合觸犯同一罪名；同時亦符合侵害同種法益，但問題是，甲之主觀意思，是否屬於概括故意？
3. 甲於概括故意，其意涵依國內通說，是採整體故意說，亦即需在初行為時即對次行為以下之各行為存有計畫或認識；依此說，甲對丙之毆傷行為，係乎不在其意料範圍之內，而係因怒氣未消，失去控制所為，既非有計畫的整體故意，亦不是在初行為時間對次行為以下之各行為存有認識。

(三) 應如何處斷甲之罪行？

甲之二罪，其犯意各，別行為亦非單一，既無連續犯之關係，自應依第五十條，數罪併罰之。

4. 甲收養未滿十歲之乙為養女後，迫其從事粗重之工作，且不時予以毆打，致乙發育不良。問甲之所為，有無罪責？

答：甲可能觸犯：

(一) 刑法第二百七十七條之傷害罪：

甲不時對養女施以毆打：雖然乙是甲之養女，依據民法第一千零八十五條，對乙擁有懲戒權，但仍需在必要範圍內為之，所謂「必要範圍」，基於民法賦予父母懲戒權的目的在保護教養子女，而不是將子女視為父母的財產而可以任意懲戒，因此應解釋為必須在保護教養的必要範圍內，依子女的家庭環境、性別、年齡、健康及性格、過錯的輕重等情狀，定其程度。如果逾越必要範圍過度懲戒如採用傷害身體或危害生命的殘忍苛酷手段時，就是濫用親權，而非依法懲戒之行為，如此一來，便具備刑法第二百七十七條之傷害罪之客觀構成要件行為，主

觀上亦具有傷害故意，且違法並有責。

(二) 刑法第二百八十六條之妨害幼童自然發育罪：

乙因甲之毆打，又從事粗重之工作，導致發育不良，客觀行為符合刑法第二百八十六條之妨害幼童自然發育罪所謂對於未滿十六歲男女，施以凌虐或以他法致妨害其身體之自然發育者，主觀上故意亦具備，違法並有責。

5. 甲擬殺丙，乃向其知情之友人乙借用武士刀一把，遂赴丙宅，適丙於門前散步，遂將丙砍殺數刀，致丙倒臥血泊中，不醒人事。乙將武士刀借予甲後，甚感後悔，乃暗中尾隨在後，見丙昏迷在地，遂急忙將其護送醫院急救，丙倖而未死。試問甲、乙各應負何刑責？

答：(一) 甲可能構成：故意殺人罪之未遂犯甲持武士刀砍殺丙，客觀上有殺人之構成要件行為，主觀上亦有殺人故意，但丙因乙之救助而倖免於死，甲之殺人行為雖著手實行但未發生被害人死亡之結果，故為第二十五條第一項之未遂，為殺人未遂，違法並有責。

(二) 乙可能觸犯構成故意殺人罪之幫助犯？

1. 乙知情甲欲殺丙，而借與其武士刀為犯罪工具，客觀上有借與武士刀之幫助行為，主觀上乙亦知情，有幫助故意，屬第三十條所規定之幫助犯，但因甲之行為未遂，故係殺人未遂罪之幫助犯。

2. 中止未遂？乙在其為幫助行為後，即出於己意，積極的防止犯罪行為結果發生

，如題例中所稱，將丙送醫急救，丙倖而未死，故乙之行為，符合第二十七條中止犯之規定；已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者。為必減輕或免除其刑。

6. 某甲因殺人案件，地方法院判處無期徒刑，某甲對自己行為極為後悔，向地方法院表示放棄上訴權，請求立即發監執行，地方法院應如何處理？

答：擬制上訴，不因上訴權之捨棄而生影響，即上訴仍為有效繫屬。所謂擬制上訴，依第三百四十四條，為宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應不待上訴依職權逕送該管上級法院審判，並通知當事人，且視為被告已提起上訴。所以本題，由於被告甲在第一審之判決係無期徒刑，適用擬制上訴，不因其捨棄上訴權而受影響。

7. 張三騎機車被貨車追撞，司機逃逸，張三受傷自行到派出所報案，警員甲在報案紀錄表上記載「不小心摔傷」，試問甲成立何罪？

答：(一) 刑法第二百一十三條其構成要件：公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者處一年以上七年

以下有期徒刑。

- (二) 張三告知警員甲，其係被撞傷，甲自屬刑法第十條規定之依法令執行公務之人，為公務員，而甲竟登載為不小心摔傷，與事實不符，係為登載不實之事項，且其登載於報案紀錄表上，此報案紀錄表上，自屬警員職務上所掌之公文書，符合「公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書」之要件；且此種記載，將對張三發生損害，使其事後的追訴權利受到不必要的限制或障礙，同時亦妨害司法權之發動，因此甲之行為違法並有責。

8. 甲酒後駕車，於警察攔檢時，不但拒絕酒測，且當場辱罵及動手毆打警察，經警制服並移後法辦。試問甲應負何刑責？

答：(一) 甲之行為構成刑法第 185-3 條醉態駕駛罪

1. 刑法第 185-3 條：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。」

2. 甲酒後駕車，導致不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，構成本罪。

(二) 甲之行為可能構成刑法第 135 條妨害公務執行及職務強制罪

1. 刑法第 135 條規定：「對於公務員依法執行職務時，施暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。意圖使公務員執行一定之職務或妨害其依法執行一定之職務或使公務員辭職，而施強暴脅迫者，亦同。犯前二項之罪，因而致公務員於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上、十年以下有期徒刑。」

2. 甲動手毆打值勤警員，造成妨礙公務執行，構成本罪。

(三) 甲之行為可能構成刑法第 140 條侮辱公務員署罪

1. 刑法第 140 條規定：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱，或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。對於公署公然侮辱者亦同。」

2. 甲於警察攔檢時當場污辱警察，因此符合本條構成要件要素。

9. 丙為在我國投資居住之外商，家境極為富裕，其家屬仍留居於外國。甲、乙二人曾於丙之公司服務，對丙之財產覬覦已久，基於共同犯罪決意，計劃於某假日深夜趁丙熟睡後，帶頭罩侵入丙之住宅，對丙強灌安眠藥使其昏迷，將其綁架並藏匿於預定之住所，藉此向其家屬勒贖。計劃犯罪當日，警方從治安情報得知甲、乙之犯罪計劃，急速通知丙多次未果，遂派出多名便衣刑警埋伏於丙宅附近，俾能保護丙並伺機逮捕人犯。當日深夜，甲乙計劃侵入丙住宅，合力將躺在床上之丙加以壓制，於對丙強灌安眠藥之時，始發現丙已因日間心臟病發作死亡多時，

遂放棄後續之犯罪計劃，正欲離開現場時，為警逮捕。問甲乙兩人之行為如何處罰？

答：甲乙二人可能構成刑法第 306 條侵入住宅罪、第 347 條擄人勒贖未遂罪。

甲乙二人基於共同犯罪之決意，共同實行構成要件之行為，二人皆為正犯。

1. 刑法第 306 條侵入住宅罪係保護個人居住自由之權利，客觀上甲乙二人無故進入丙之住宅，妨害其個人生活安寧，客觀構成要件該當；主觀上二人係基於犯罪之目的而故意為之，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻責任事由，甲乙二人皆成立刑法第 306 條侵入住宅罪。

2. 刑法第 347 條擄人勒贖罪，客觀上需有擄人之行為，且將被害人置於行為人之實力支配下，主觀上需有因勒贖而擄人之故意，但甲乙二人於著手實行犯罪行為之際，始發覺丙已於日間心臟病發死亡多時，遂中止其後續犯罪行為，依刑法第 26 條之規定，二人之行為係屬不能未遂，即其犯罪之客體非有生命之自然人，縱使二人有擄人之意圖與行為，因犯罪之客體不存在，仍不負擄人勒贖之罪責，故甲乙二人不成立刑法第 347 條擄人勒贖罪。甲乙二人成立刑法 306 條侵入住宅罪。

10. 甲冒充警察，夜間於路口實施臨檢，攔下乙所駕汽車，見其車上裝用測速雷達感應器，認屬違規物品，乃將該感應器沒入，並將其持為己用。試問甲應負何刑責？如何處斷？

答：（一）冒充警察執行臨檢

1. 第 158 條：冒充公務員執行職務罪，冒充公務員而行使其職權者。警察為公務員，臨檢為其職權之一，甲冒充警察而執行臨檢，客觀行為已符合第 158 條之構成要件，主觀上亦有故意，違法具有責。

2. 第 159 條：冒用官銜服章罪，公務冒用公務員服飾、徽章或官銜者。題例中雖無說明，但一般而言，欲使民眾誤信其為警察，其服飾必有雷同或冒用之情事，如甲果有此一情形，自應構成本罪。

（二）違法臨檢剝奪乙之行動自由

此時甲之行為，可能觸犯第 302 條剝奪行動自由罪：私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由者。甲既非警察，自無權在職務範圍內臨檢盤查他人，且臨檢，係一剝奪行動自由隻侵害人民基本權利之行為，甲非法為之，當然係侵害乙之行動自由，屬於所謂之非法方法，客觀要件符合，主觀上甲亦有故意，違法且有責。

（三）違法沒收他人之物並持為己用

此時甲之行為，可能觸犯第 339 條詐欺罪：意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者。甲冒充警察，使乙誤信其有合法沒收之權利，係為用詐術，而乙也將該物交付與甲，而甲收受後亦將為己用，客觀上符合本罪之構成要件，主觀上甲亦有故意，違法並有責。

(四) 此數罪之間，應如何處斷

本題中，甲冒充警察執行臨檢應屬於一個犯罪決意下之行為，為行為單數，故冒充公務員執行職務罪、冒用官銜服章罪與剝奪行動自由罪應屬一行為觸犯數法益，應依刑法第 55 條想像競合之規定，從一重處斷；再與詐欺罪數罪併罰。

一、試說明「空白刑法補充規範」的意義，並論述「空白刑法補充規範」之變更所可能存在的刑法意義。

答：

(一) 空白刑法，學說上又有稱為「空白構成要件」，係指立法者僅規定罪名、法律效果以及部分之犯罪構成要素，至於其他之禁止內容則規定於其他法律或是行政命令，亦即必須由其他法律或行政命令補充後，方能明確確定可罰範圍之刑法法規。

我國普通刑法中第一百十七條違背局外中立命令罪與第一百九十二條違背預防傳染病之法令罪即為空白刑法之適例。換言之，若僅有刑法第一百十七條或是第一百九十二條之規定，並無法確定可罰性之範圍，必須有行政命令之補充（例如局外中立命令或預防傳染病之法令），方得確定可罰性之範圍，故為空白刑法。

(二) 空白刑法補充規範之變更，可能會影響到刑法第二條從新從輕原則以及行為人發生錯誤時之適用。

1. 「空白刑法補充規範」之變更，有無刑法第二條第一項從新從輕原則之適用？

(1) 空白刑法補充規範變更為法律之變更：學說上認為，空白刑法補充規範雖不具備法律之形式，且無刑法之實質內涵，但與空白構成要件結合，即成為空白構成要件之禁止內容，而足以影響可罰性之範圍，故此種行政命令之變更與刑罰法律之變更並無不同，故空白刑法補充規範變更應視為為法律之變更。

(2) 空白刑法補充規範變更為事實之變更：實務見解認為，刑法第二條所說之「行為後法律有變更」，係指經立法機關所制訂之「刑罰法律」本身有變更而言。空白刑法補充規範並無刑罰之規定，並非刑法第二條所稱之法律，故其變更並非法律觀念之改變，純為反應社會事實變遷之現象。故空白刑法補充規範變更應視為事實之變更。

(3) 小結：本文認為空白刑法補充規範之變更，因足以影響可罰性之範圍，而具有規範性，故屬法律之變更，而有刑法第二條第一項之適用。

2. 「空白刑法補充規範」之變更，而行為人發生錯誤時之處理？

依通說見解，空白刑法之補充規範乃空白構成要件不可或缺之部分，倘若欠缺補充規範之禁止內容，則空白刑法根本無法運作，而失卻其存在價值，故行為人對於補充規範之不瞭解而形成之錯誤，即有如對於具體描述行為之客觀不法構成要件之錯誤。因此，刑法對於此等錯誤行為即可適用一般之錯誤規則，加

以評價，亦即：行為人對補充規範之客觀不法構成要件要素之錯誤，即適用構成要件錯誤之評價規則，而對於行為人因錯誤致不知有補充規範之存在，或誤認其行為係補充規範所不禁止者，則適用禁止錯誤之評價規則

二、下列情形，主張正當防衛是否有理由？

- (一)甲於路上，遭乙所飼養之狼犬狂咬時，乃持路旁之木棍，擊打該狗死亡。
- (二)身材嬌小之甲女，出手毆打體格壯碩之乙男，詎乙竟持鐵條反擊，把甲女打成重傷。

答：

- (一) 行為人欲主張正當防衛以阻卻違法，必須其所該當之犯罪構成要件，符合刑法第二十三條之規定：對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為。換言之，該行為必須出於防衛意思，且是在防衛情狀下的防衛行為。

本題中之甲，持路旁之木棍將乙所飼養之狼犬擊斃，主客觀均該當毀損罪之構成要件(刑§354)，而是否得主張正當防衛以阻卻違法，關鍵在於乙之狼犬對甲狂咬，是否為「不法之侵害」？通說認為，法條所稱之不法之侵害，必須是人為的，且構成要件該當而具違法性之侵害。因此，若乙所飼養之狼犬對甲狂咬，是出於乙之挑撥，則此時乙之行為對甲成立傷害罪，為人為且構成要件該當、違法之侵害，該狼犬僅為乙不法侵害之工具，對甲而言屬於現在不法之侵害，故甲將該狼犬擊斃，主張正當防衛以阻卻違法為有理由。假如乙所飼養之狼犬，並無人挑撥之，乃是出於自發而對甲狂咬，此時對甲而言並非不法之侵害，僅為一類似天災之自然危難而已，甲擊斃該狼犬，即不得主張正當防衛，頂多僅能主張緊急避難。

- (二)本題中，乙把甲打成重傷，該當重傷罪之構成要件(刑§278 I)，而乙得否主張正當防衛，關鍵在於乙之反擊行為是否為適當且必要之防衛行為。學說上認為正當防衛之防衛行為，必須符合適當性、必要性的要件，且僅有例外在輕重極為失衡之情形，才考慮衡平性的問題。依題示，甲出手毆擊乙，乃是對甲實施「現在不法侵害」之行為，乙之反擊行為的確能達到排除當下不法侵害之目的，故具有適當性。然而依題示乙男體格壯碩，甲女身材嬌小，可認為乙男持鐵條反擊並非在眾多具有相同效果手段中，造成損害最小的手，例如乙可以將甲女抓住扭送警局即可，並無將甲女打成重傷之必要，故不符合必要性之要件。因此，乙男之行為應不得主張正當防衛阻卻違法，頂多僅能成立防衛過當而減免其罪責(刑§23 但)。

三、甲男乙女係屬夫妻，乙因賭博輸錢負債累累，甲乃對之冷嘲熱諷並教唆乙女自殺，惟乙拒絕，問甲犯何罪？

答：

甲對乙冷嘲熱諷並教唆乙女自殺，可能成立刑法第二百七十五條之加工自殺罪。該條規定，教唆或幫助他人使之自殺，或受其囑託或得其承諾而殺之者，成立加工自殺罪。甲教唆乙自殺而乙拒絕之，客觀上並未生死亡結果，客觀構成要件不該當。惟甲主觀上應有教唆乙自殺並死亡之認識與意欲，故主觀構成要件該當。此時應檢討是否成立未遂犯。

刑法第二百七十五條第二項有處罰加工自殺罪未遂犯之明文，而甲是否成立加工自殺罪之未遂犯，關鍵在於其行為著手與否。對於加工自殺罪之著手標準，學說上有兩種不同見解，分述如下：

(一)有學者認為，行為人基於使他人自殺之犯意，而開始實施教唆或幫助行為時，即為加工自殺罪之著手。即使被教唆人尚未有自殺之行為，教唆人仍成立加工自殺罪之未遂犯。若依此見解，被教唆人乙即使拒絕甲之教唆，並未自殺，甲仍然成立加工自殺罪之未遂。

(二)另有學者認為，加工自殺罪之未遂犯必須是被害人已為自殺行為，而未生死亡結果，若行為人已為教唆行為，但被教唆人尚未進行自殺之行為者，教唆人不成立本條之未遂犯。若依此見解，由於乙對於甲之教唆加以拒絕，並未進入自殺之階段，故甲尚未著手，並不成立加工自殺罪之未遂犯。

四、甲於便利商店購物結帳時，見店員背後之置物架上販售一小巧可愛的玩偶，竟一時心起貪念，佯稱有意購買並請店員將玩偶取下而假意賞玩。此時甲見左右無人，竟當著店員的面，帶著玩偶飛快離開便利商店，臨走前並回頭向店內監控之攝影機招手說再見，等店員回過神時，甲已經逃逸無蹤。問甲的行為依刑法應如何論處。

答：

甲趁店員不備，帶著玩偶飛快離開便利商店之行為，可能成立之刑法上犯罪，依實務或不同之學說見解，會有不同。茲分述如下：

(一)實務見解認為，搶奪行為係趁人不備而公然掠取他人之財物。而搶奪罪與竊盜罪之區分則在於公然與否，若行為人公然取走他人財物，則為搶奪；若行為人非公然取走他人財物，則為竊盜。故本題中之甲當著店員的面飛快離開便利商店，即是趁店員不及防備，而便利商店亦為公眾得出入之場所，亦屬公然，因此依實務見解甲應成立刑法第三百二十五條之搶奪罪。

(二)學說認為，詐欺罪乃是行為人行使詐術使相對人陷於錯誤而將物交付，本題中甲佯稱有意購買並請店員將玩偶取下而假意賞玩，乃是詐術之行使，惟學說上認為此時店員將玩偶交給甲，並無移轉其所有權之意思，故尚不該當詐欺罪中「交付」之要件，故甲不成立刑法第三百三十九條之詐欺取財罪。此外，強取財物之行為，相對於竊盜罪而言，除非可能造成其他利益的損害，否則就沒有獨立為犯罪類型之必要。故搶奪行為指的應該是以身體的攻擊所進行的竊取行為，也就是可能同時造成被害人身體傷害的竊取行為，或是對於他人緊密持有的動產所為之強取行為，因為此種奪取往往會造成被害人身體上的傷害，故相對於竊盜罪有加重處罰之必要。若依此見解，甲雖公然趁店員不及防備，將玩偶強取而去，惟該玩偶已由店員交至甲手上賞玩，店員對於該玩偶僅存有一寬鬆的持有，並非緊密持有之動產，且甲亦未對店員進行身體的攻擊。故甲亦不成立第三百二十五條之搶奪罪。由是可知，甲僅因破壞店員對玩偶的持有而建立自己的持有，成立第三百二十條之竊盜罪。

(三)另有不同見解認為，搶奪乃是行為人以當場直接侵害持有人或輔助持有人自由意思之手段，破壞持有人對物之監督支配關係，其與強盜之區分，在於搶奪行為對於被害人自由意思之侵害，尚未達抑制持有人或輔助持有人自由意思之程度。至於實務見解所主張之公然、秘密等要件，則非所問。因此，本題中之甲當著店

員的面將玩偶取走，破壞店員對於該玩偶之監督支配，且其使用之手段，當場直接的侵害店員之自由意志，惟其尚未達足以抑制該店員自由意思之程度，故甲應成立第三百二十五條之搶奪罪。

五、甲與乙商議買通黑道分子 A 將 B 殺害，經策劃後，由甲出資，乙則負責買通工作。某日，A 持槍埋伏於路旁，擬俟 B 經過時，將其槍殺。惟因形跡可疑，尚未動手前，即為巡邏警察所逮獲。試問甲、乙各應負何刑責？
答：

(一)乙買通 A 之行為，可能成立刑法第二百七十一條第二項與第二十九條第三項之教唆殺人未遂罪：

1. A 為殺人罪之正犯，主觀上有殺害 B 之故意，惟並未殺害 B，客觀構成要件未該當。由於尚未動手即被逮獲，未至著手之時點，不成立殺人未遂罪。然 A 已持槍埋伏於路旁，應可認為其已為相當危險之準備行為，成立預備殺人罪。

2. 刑法上之教唆，指喚起正犯決意之行為，本題中乙買通 A 殺 B，乃是喚起 A 殺 B 之犯罪決意，故乙之行為為教唆行為。

甲主觀上之認知亦有教唆故意與教唆既遂故意。然而正犯 A 之行為已進入預備階段已如前述，且殺人罪有處罰形式預備犯之規定，因此乙應成立教唆殺人預備罪（刑法第二十九條第二項）或是殺人罪之未遂教唆（刑法第二十九條第三項）則有疑問。通說與實務見解認為，為避免輕重失衡，正犯越接近犯罪既遂之時點，教唆犯之處罰反而越輕，故乙應論以教唆殺人未遂罪始為妥當。

3. 乙無阻卻違法、罪責事由，成立教唆殺人未遂罪。

(二)甲出資之行為，可能成立刑法第二百七十一條第二項與第二十九條第三項之教唆殺人未遂罪：

1. 教唆指喚起正犯之犯罪決意之行為，而幫助為便利正犯犯罪、使正犯更容易實現犯罪之行為。本題中甲與乙決意共同買通殺手殺害 B 並實施之，乃共同教唆行為，實務見解認為，此時不適用刑法第二十八條之規定，但仍應為他參與犯之行為負責。因此，甲雖僅出資，未實際接觸殺手 A，然其行為對正犯 A 而言，亦為喚起正犯犯罪決意之行為，故甲應論以教唆犯，並非幫助犯。

2. 由於正犯 A 成立預備殺人罪，故與乙相同，會有教唆殺人預備罪或教唆殺人未遂罪之爭議。通說與實務見解認為應成立教唆殺人未遂罪（刑法第二十九條第三項）。

3. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立教唆殺人未遂罪。

六、甲因事與 A 結怨，乃唆使乙將 A 殺害，經乙首肯後，復遞給乙手槍一把。乙某日埋伏於 A 平日返家之途中，嗣見 A 走進手槍射程範圍內，即開槍射擊，惟子彈打偏，未射中 A，反將路過行人 B 射殺斃命。試問甲、乙各應負何刑責？

答：

(一)乙之刑事責任

1. 乙開槍射擊之行為，可能成立刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪：

(1)殺人罪以殺人行為、死亡結果與因果關係為要件。乙開槍射擊，該當殺人行為。惟子彈打偏，未射中 A，未生死亡結果，故客觀構成要件不該當。然乙

主觀上應有將 A 殺害之認知，故主觀構成要件該當。並且乙已開槍，依主客觀混合理論認定，已為著手行為，乙成立殺人未遂罪。

(2) 乙無阻卻違法、罪責事由，成立殺人未遂罪。

2. 乙開槍射擊之行為，可能成立刑法第二百七十六條之過失致死罪：

(1) 乙開槍射擊，子彈打偏打中路過行人 B 致 B 死亡，客觀上有死亡結果，該結果亦與乙之開槍行為有因果關係與客觀歸責。而乙如果細心一點，應該可以留意到在路上開槍，流彈很有可能擊中其他用路人，有預見可能性，乙成立過失致死罪。

(2) 乙無阻卻違法、罪責事由，成立過失致死罪。

3. 競合：乙一個開槍行為，成立殺人未遂罪及過失致死罪，侵害不同法益，故成立想像競合犯，從一重之殺人未遂罪處斷。

(二) 甲之刑事責任

1. 甲唆使乙將 A 殺害之行為，可能成立第二百七十一條與第二十九條第二項之教唆殺人未遂罪：

(1) 乙成立殺人未遂罪已如前述。而乙殺害 A 之犯意乃甲所喚起，故甲成立教唆犯。而因乙僅成立未遂犯，故依刑法第二十九條第二項規定「教唆犯，依其所教唆之罪處罰之」，甲成立教唆殺人未遂罪。

(2) 甲無阻卻違法、罪責事由，成立教唆殺人未遂罪。

2. 甲提供乙手槍之行為，可能成立第二百七十一條與第三十條第二項之幫助殺人未遂罪：

(1) 幫助行為指便利正犯犯罪或使正犯更容易實現犯罪之行為。本題中甲提供手槍一把給乙，即為便利乙犯罪之行為，故成立幫助犯。而因乙僅成立殺人未遂罪，依刑法第三十條第二項規定「幫助犯得依正犯之刑減輕之」，故甲成立幫助殺人未遂罪。

(2) 甲無阻卻違法、罪責事由，成立幫助殺人未遂罪。

3. 競合：甲之唆使行為與提供手槍之行為，乃出於一個意思決定，為一行為。而成立教唆殺人未遂罪與幫助殺人未遂罪，侵害法益同一，成立法條競合之補充關係，優先適用參與程度較重之教唆殺人未遂罪論罪即可。

七、甲因 A 欠其一筆鉅款，屢催不還，乃打電話威脅 A，倘未即日還款，將予以殺害。嗣見 A 迄無反應，遂趁其返家途中，將其綁架至山上某棟空屋，以鐵棍將其毆得遍體鱗傷。甲見 A 已奄奄一息，仍將其棄置於空屋內，不顧而去，A 終因傷重而告斃命。試問甲應負何刑責？

答：

(一) 甲威脅 A 之行為，可能成立刑法第三百零五條之恐嚇危害罪：

1. 以惡害告知他人，致生危害於安全者，為恐嚇危害罪。甲威脅 A 倘未即日還款將予以殺害，乃惡害之告知，為恐嚇行為。亦使 A 心生畏懼，該當生危害於安全。甲主觀上之認知亦該當上述要件，故甲成立恐嚇危害罪。

2. 甲無阻卻違法、罪責事由。

(二) 甲威脅 A 之行為，可能成立刑法第三百四十六條之恐嚇取財罪：

1. 甲威脅 A 之行為為恐嚇行為已如上述。然而未能使 A 交付財物，故客觀構成要件不該當。且甲主觀上雖有恐嚇 A 使其畏懼並交付財物之認知，但由於其認知乃行使債權，並非不法意圖，故主觀構成要件亦不該當，不成立恐嚇取財罪。
2. 小結：甲不成立恐嚇取財罪。

(三) 甲綁架 A 之行為，可能成立第三百零二條之私行拘禁罪：

1. 刑法第三百零二條規定，私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由者，為私行拘禁罪。本題中之甲綁架 A，由於其目的並非取財，故不成立強盜罪或擄人勒贖罪。甲綁架 A 至山上空屋，僅剝奪 A 行動自由之行為，客觀上該當私行拘禁罪之構成要件。甲主觀上之認知亦該當私行拘禁罪之要件，故甲成立私行拘禁罪。
2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立私行拘禁罪。

(四) 甲毆打 A 之行為，可能成立第二百七十一條之殺人罪：

1. 殺人罪以殺人行為、死亡結果與因果關係為要件。甲毆打 A 致 A 因傷重而斃命，客觀構成要件該當。然而主觀上是否該當殺人罪之構成要件則有疑問。按題意所指，甲在先前威脅 A 時，即以殺害 A 為惡害之告知，故可認為甲毆打 A 時，應有殺害 A 之故意，即使未有直接故意，應該也有間接故意，故主觀構成要件亦該當。
2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立殺人罪。

(五) 甲棄置 A 之行為，可能成立第二百九十四條之遺棄罪：

1. 刑法第二百九十四條規定，對於無自救力之人依法令或契約應扶助、養育或保護，而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護，為遺棄罪。本題中甲並未積極移置 A，並未有遺棄之行為。而單純消極的不救助，僅可能成立「不為其生存所必要之保護」。然而對於具有殺人故意之行為人，無法期待其救助，故行為人應無作為義務，故甲縱未為 A 生存所必要之保護，但仍不成立遺棄罪。
2. 小結：甲不成立刑法第二百九十四條之遺棄罪。

(六) 競合：甲所犯之私行拘禁罪與殺人罪，有行為部分合置而為一行為，侵害不同法益成立想像競合犯，從一重處斷。然後再與恐嚇危安罪數罪併罰。

八、甲與其妻 A 因故爭執甚烈，一時氣憤，遂打開廚房用之瓦斯鋼瓶，並點火燃燒，企圖同歸於盡。因火勢猛烈，除甲屋外，鄰屋亦受波及，約有十餘家均被燒燬。同時，甲與 A 因均陷身火海，致 A 當場被燒死，甲則身受重傷，經延醫急救，倖而未死。試問甲應負何刑責？

答：

(一) 甲點火燃燒之行為，可能成立刑法第一百七十三條第一項之放火罪：

1. 第一百七十三條第一項規定，放火燒燬現供人使用之住宅或現有人所在之建築物等等者，為放火罪。甲點火燃燒之行為，燒燬數個現供人使用之住宅，而實務見解認為放火罪之罪數以行為數為準，故甲僅成立一個放火罪。
2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立第一百七十三條第一項之放火罪。

(二) 甲點火燃燒之行為，可能成立第二百七十一條之殺人罪：

1. 殺人罪以殺人行為、死亡結果與因果關係為要件。甲點火燃燒，致 A 當場被燒死，殺人罪之客觀構成要件該當。而甲主觀上之認知是想要與 A 同歸於盡，故亦有致 A 死亡之認識，主觀構成要件亦該當。
2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立殺人罪。

(三)甲點火燃燒之行為，可能成立第三百五十三條之毀損建築物罪：

1. 毀棄、損壞或致令建築物不堪用者，成立刑法第三百五十三條之毀損建築物罪。甲點火燃燒之行為，造成十餘家被燒毀，故客觀構成要件該當。而甲主觀上亦有毀棄建築物之認知，故主觀構成要件亦該當。
2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立毀損建築物罪。
3. 附帶一提的是，由於甲對A成立故意殺人罪，並非僅為過失致死，故不成立第三百五十三條第二項之加重結果犯。

(四)競合：甲一個放火行為，成立放火罪、殺人罪與毀損建築物罪。侵害不同法益，成立想像競合犯，從一重之殺人罪處斷。

九、公務員的職務行為有時會符合刑法所規定的犯罪構成要件，對此，刑法第二十一條第二項規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」試就「服從義務的對象」以及「所服從的命令內容」二方面，說明該規定的意義。

答：

關於公務員服從義務的建立，主要以公務員服務法第二條為依據。該條規定：「長官就其監督範圍以內，所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」一般認為，為了建立整體公務效率以及維繫官僚體系指揮監督之順暢，就職務範圍內有上下隸屬之關係時，下級公務員應就職務上之行為，以上級公務員為服從義務之對象。而學說上即認為公務員依上級命令之職務行為堪當為「間接依法令之行為」，自應阻卻違法。是故，刑法第二十一條第二項之規定，無異明文肯認了公務員服從義務的地位。

申言之，就服從義務的對象而言，必須發佈命令者為上級公務員，兩者間具有上下隸屬關係，並且有發佈命令權限者，下級公務員才有服從遵守的義務。另外，就服從的命令內容而言，該命令之內容必需皆屬於上下級公務員職權範圍內之事項，始有適用阻卻違法事由的餘地。其目的亦在於確保公務員服從義務的不罰規定不至於成為下級公務員濫用職權的保護傘。

另外，該條但書規定「明知命令違法」不得阻卻違法，學說解釋上認為，違法與否的判斷，若採實質審查說，將妨礙行政效率、紊亂行政體系，並使權責混淆；一般認為，應以形式審查說為佳。亦即，下級公務員僅負有對命令發佈之形式合法性進行審查，如有無違背法定程式或期限等，而不就命令內容進行實質上合法性或目的性的判斷。因此，一旦命令形式上違法，下級公務員即屬明知命令違法，但若命令內容實質上違法，則需看下級公務員知情與否來決定。就此，有少數意見認為，應配合公務員服務法第二條但書之「陳述義務」來解釋，亦即所謂「明知命令違法」應僅限於下級公務員明知其違法卻未盡忠誠義務以陳述反對意見之情形。換言之，若下級公務員雖認知到上級交辦內容有實質違法之情形，只要為此曾經陳述反對意見，即可適用刑法第二十一條本文以阻卻違法。

十、追訴時效與行刑時效經過的法律效果有何不同？

答：

追訴時效乃指犯罪發生後，因一定期間之經過而為追訴者，對於該等犯罪之追訴權即歸於消滅者而言。追訴權時效的規定，一方面基於程序法上犯罪證明的困難度隨著時間而增加，另一方面基於實體法上對於犯罪處罰必要性亦隨時間而減

少。一旦追訴時效經過，即為程序上的障礙事由，追訴權即因而喪失，對該行為人即不得開啟偵查程序，檢察官不得提起公訴，被害人亦不得提起自訴。若在偵查中，應為不起訴處分（刑事訴訟法第 252 條第二款），若在審判中應諭知免訴之判決（刑事訴訟法第 302 條第二款）。而若以判決但為確定者，則得為上訴之理由，至若已判決確定，則得為再審之理由（刑事訴訟法第 420 條第一項第六款）。行刑時效乃指科刑裁判確定後，因一定期間之經過而未執行其刑，則行刑權即歸於消滅者而言。行刑權時效的規定，所考量者亦為刑事政策上欠缺刑罰必要性的問題，然而行刑時效經過並非成為程序上的障礙事由，而是刑的執行權消滅。裁判確定之科刑，若於行刑時效期間內未執行者，則行刑權即罹於行刑時效而消滅，故該確定判決之刑即不得執行，然而該確定裁判對於罪與刑之宣告則不受影響，仍具效力。易言之，行刑時效經過並不得作為再審之理由。

一、甲燒燬情書引起火災，打破鄰居窗戶接引自來水滅火，甲的行為是否構成犯罪？

答：（一）某甲燒燬情書，可能構成刑法一七五條二項的放火燒燬自己所有物罪

客觀構成要件上，某甲燒燬情書，情書非屬住宅、建築物或交通工具，而該情書之所有權就題意言之，亦為某甲所有，故其客體為一七五條二項所規制之自己所有物。就通說而言，本罪在法條中明文規定須有「致生公共危險」，故為具體危險犯，就其是否有公共危險須為具體性的判斷，所謂公共危險係指不特定多數人生命或身體法益的危險，就題旨觀之，因火災的程度已經達到必須為救助之階段，可認為有公共危險存在，某甲客觀構成要件該當。主觀上某甲須對客觀構成要件要素有故意，但就本題觀之，某甲只是想燒情書，難以肯認對公共危險具有認識，故某甲不具主觀構成要件該當。不構成本罪。

（二）某甲燒燬情書，可能構成刑法一七五條三項的失火燒燬自己所有物罪

客觀構成要件上，情書為本項所規制之物，就之前的討論亦可肯認某甲的行為發生公共危險，故具有客觀構成要件該當，主觀構成要件上，某甲須有過失存在，就通說之立場而言，某甲違背生活上用火的注意義務，且有客觀的預見可能及迴避可能性，故主觀構成要件亦該當，無其他阻卻違法事由，罪責上亦有主觀的預見可能存在，故某甲構成本罪。

（三）某甲打破鄰人窗戶，可能構成刑法三五四條之毀損器物罪

客觀構成要件上，某甲的行為造成鄰人窗戶的損壞有害於鄰人的所有權，故客觀構成要件該當，某甲對系爭行為亦有故意存在，主觀構成要件亦該當，有問題者係就違法性之層次而言，某甲可否主張其為緊急避難而阻卻違法，蓋緊急避難之要件為危難之存在，而該危難具有緊急性，避難行為與救助法益間具有法益上的均衡，行為人對該危難具有避難意思。就本題而言，有疑問者為該危難係為某甲所自行造成。可否主張緊急避難？此即學說上所稱之「自招危難」的問題，就此問題而言，學說上有肯定說、否定說與折衷說，肯定說以為，不論危難是否為自招，只要有危難即可行避難行為，否定說則以為既為行為所自行招致之危難，自不得再行為緊急避難而阻卻違法，折衷說則認為不可一概而論，應區分自招之危難為故意或過失而定，倘為故意，原則上不得阻卻違法，因危難之引致大部分可歸責於行為人，除非行為人所為之避難行為具有相當大的優越利益存在。倘為過失，則行為人原則上可以之為阻卻違法事由，但仍須考量是否有較大的利益存在。以上三說管見以折衷說為可採，蓋其就類型上為分類之思考，處理上較有彈性，通說亦採之。就本題而言，某甲危難自招時只有過失，

- 而其又欲救助其他財產或不特定人的生命身體而為毀損行為，法益衡量上具有優越性存在，而某甲亦有避難意思，得主張緊張避難而阻卻違法。
- (四)某甲進入他人屋內，可能構成刑法三〇六條一項之侵入住居罪某甲無故侵入鄰人家中，對其行為又有認識及意欲，故某甲具構成要件該當，唯因某甲係為緊急避難行為，雖屬自招危難，但因所招危難係出於過失，故仍可主張緊急避難，就法益衡量上亦具有優越利益存在，不具違法性，不構成本罪。
- (五)某甲使用他人的水，可能構成三二〇條一項的普通竊盜罪自來水為可支配之物，某甲未得鄰人同意而使用之，其認識行為並具不法所有意圖，但其係緊急避難行為，故某甲可以之阻卻違法，不構成本罪。
- (六)結論：某甲構成刑法一七五條三項之失火燒燬自己所有物罪。

二、甲拿兩筒針劑擬到病房為乙和丙打針，其中一針混有瀉劑，本擬注射平日喜歡對自己動手動腳的病人乙，到了病房門口突然忘記那一針有瀉劑，想起丙平日不太合作，以乙丙任何一人被注射瀉劑皆可的意思注射，丙因而腹瀉兩日，應如何論斷甲的罪責？)

答：(一)甲原本要將具有瀉劑的針筒注射於乙，但是卻在注射之前忘記那一個針筒有瀉劑，之後其心中所思考者為無論乙丙之任一人注射到瀉劑均可以，就題意觀之，甲應考慮成立傷害罪，因就客觀上而言，甲注射瀉劑會造成他人腹瀉，係屬身體機能之影響，即為傷害罪所保護之法益。事實上甲之注射行為亦造成丙之腹瀉，因果關係上亦無問題。

- (二)有問題者係甲之主觀心態，因甲在注射之前已忘記那一隻針筒具有瀉劑存在，是否可論為傷害丙之故意，即有問題。惟甲既然認識到有一支針筒會讓其中一個人腹瀉，且祇會發生在一個人身上，應具有傷害之擇一故意。
- (三)承上所述，某甲對於其中只有一人會受害有所認識，但無論是那一個人均無所謂，此種心態為擇一故意，甲基於擇一故意而對乙、丙為注射行為，最後造成丙的腹瀉，此事實並未超出甲傷害擇一故意之範圍，故甲就本題的情形，因其行為造成丙的腹瀉二日，有身體機能的受損，亦有因果關係，主觀上對丙的身體機能受損有擇一故意存在，又無其他阻卻違法或阻卻責任事由，故成立刑法二七七條一項的傷害既遂罪。惟對於乙之部分，甲對乙亦有注射之行為，且注射時甲亦有傷害之擇一故意，應成立傷害未遂，然傷害罪並未罰及未遂，故甲對乙部分，應不成立犯罪。

三、甲在捷運車站等車，發覺乙正伸手扒取自己的皮夾，乃將乙扭住，正要將乙送交車站站務員，發現乙是小學同學，於是教訓乙幾句之後放掉乙，甲乙各應成立何罪？

答：(一)乙的部分

1. 乙扒取甲的皮夾，可能構成刑法三二〇條三項的普通竊盜未遂罪
乙扒取甲的皮夾並未成功，故直接討論普通竊盜未遂罪的問題，合先敘明。未遂罪的討論上以主觀要件為先，乙對於破壞甲對皮夾的持有而建立自己持有的行為有所認識，有竊盜故意，乙知其行為不合法，有不法意圖，對於持續性破壞他人持有及一時性建立自己持有有所認識，故有所有意圖。主觀構成要件該當，未遂罪的客觀上以著手為要件，乙「正伸手扒取」，可認為已經著手，故構成要件該當。唯在違法性的層次上，要討論乙的行為可否因甲之後的放掉乙而因被害人承諾阻卻違法？雖甲對其財產法益有處分權限，惟學說上認為所謂的被害人承諾必須在行為人實施構成要件行為之前即已為之，不能在實施之後才主張以被害人承諾阻卻違法，蓋因其法益侵害在行為時已然存在，故具有違法性，只不過因事後的承諾可以在刑事訴訟法上得為不起訴或是在量刑上之考量，但無法以被害人承諾而阻卻違法。就本題觀之，甲並未於行為之前為任何之承諾放棄法益的意思，故乙無法以之而主張阻卻違法。又無其他阻卻違法或罪責事由，乙成立本罪。
2. 乙扒取甲的皮包，可能構成刑法三二一條二項的加重竊盜未遂罪
乙可能該當的加重事由在於三二一條一項的第六款事由，在車站或埠頭犯之，問題是乙在捷運站內為之，可否認為屬於車站就立法的旨趣而言，車站埠頭之所以要加重的理由在於其為供旅客上下或聚集之地，因人潮眾多易造成大量的損害，就捷運站而言，其人潮之多不比火車站為少，故亦為車站之概念所包含，學者見解亦同此，故乙在主觀上認為其在車站內為之，其他要件亦已該當，成立本罪。
3. 結論：乙成立刑法三二〇條三項的普通竊盜未遂罪，和三二一條二項的加重竊盜未遂罪，一行為侵害一法益，法條競合，論以三二一條二項的加重竊盜未遂罪。

(二)甲的部分

1. 甲放走乙，可能構成刑法一六二條一項的縱放依法逮捕之人罪
客觀上乙為現行犯，甲依刑事訴訟法八八條一項及二項的規定得為逮捕，故乙為依法被逮捕之人，問題是甲在放走乙的行為是不是本罪所要規制的行為類型，通說認為本罪的行為主體不限於公務員，一般人亦得為本罪的

行為主體，但是本罪保護的是國家的公權力作用，某程度上必須已經進入國家的公權力範圍之內才能成為本罪所要保護的對象，沒有進入公權力的作用外所為的釋放，應該不是本罪所要規制的對象所在，實務見解同此，故甲在未將乙送到機關之前的釋放都是不該當本罪，未遂行為亦同，均非立法上所要禁止者。故甲不成立本罪，其就一六二條三項的未遂亦不構成，蓋其本非本罪所要處罰的行為類型。

2. 結論：甲無罪。

四、甲擬偽造中央銀行甫發行的千元鈔票，許乙以高酬請乙為其調製色墨，乙為了表現高超的技藝而提供色墨，甲開工第一天即被警察查獲，應如何論斷甲乙的罪責？

答：(一)甲的部分

1. 甲偽造貨幣，可能構成刑法一九五條一項的偽造貨幣既遂罪

客觀構成要件上，甲為偽造行為，但本罪所要處罰的是既遂階段的行為態樣，而通說上認為所謂偽造行為的既遂必須達到使一般人誤信為真幣的程度，只要有一枚即為已足。就本題觀之，甲只是開工第一天，難認為已經完成使人誤信為真幣的階段，故其行為階段應屬未達既遂，不該當客觀構成要件。

2. 甲偽造貨幣，可能構成刑法一九五條二項的偽造貨幣未遂罪

本罪主觀要件上須有偽造故意和行使意圖，所謂偽造故意是指知其所為者為偽造貨幣的行為，行使意圖為其偽造後欲為行使的認識。就本題而言，甲知其為偽造行為，蓋因已開工一天，已開始行偽造行為，至少可認為其有供將來行使的意圖存在，故甲具主觀構成要件該當。客觀上本罪須已達著手的階段，甲已經開工一天，可認為已經著手。無其他阻卻違法或責任事由，甲成立本罪。

3. 甲收受乙提供的色墨，可能構成刑法一九九條的預備偽造貨幣罪

客觀構成要件上色墨為偽造貨幣的原料，某甲收受之，具客觀構成要件該當，主觀上對收受行為有故意，亦有供偽造的意圖，無其他阻卻違法或責任事由，成立本罪。

4. 競合

某甲收受和偽造可認為係屬一行為，一行為侵害一個公共信用的法益而該當數罪名，法條競合，只論以一九五條二項的偽造貨幣未遂罪。

(二)乙的部分

1. 乙提供色墨給甲，可能構成刑法一九九條的預備偽造貨幣罪

客觀要件上，色墨為偽造貨幣的原料，乙的提供行為係屬交付，客觀構成要件該當，主觀上乙須有交付的故意和供偽造的意圖，就交付的故意而言，乙知其交付色墨給甲即為已足，色墨是否為偽造行為所用，係為供偽造意圖的問題，就本題觀之，乙為了表現高超的技藝而提供色墨，似乎只是乙的「動機」，乙還是有認識到甲有偽造貨幣的事實，是以應具備供偽造貨幣之用的意圖，乙應成立§199之預備偽造貨幣罪。

2. 乙提供色墨給甲，可能構成刑法一九五條二項的幫助偽造貨幣未遂罪

幫助犯的處罰以為幫助行為和幫助故意為要件，乙提供甲色墨，就偽造貨幣而言係屬不可或缺之物理上助力，且如前所述，乙之主觀上為表現自己高超的技藝而提供色墨祇是乙的動機，乙應有認識到甲有偽造貨幣的事實及行使之用的意圖，而具備幫助故意，是以應成立偽造貨幣未遂罪之幫助犯。

3. 結論：本質上交付偽造貨幣之原料原本就是對偽造貨幣的幫助，是上述二罪為法條競合關係，故應只論以預備偽造貨幣罪。

五、何謂直接故意與間接故意？試各舉一實例說明之。

一、直接故意之論述：

依照刑法第 13 條第 1 項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生，為故意」，可知直接故意係指行為人對於犯罪事實不僅知道可能發生，甚且希望發生之謂。例如，張三朝著李四射出一箭，欲置李四於死地，即為直接故意之明證。

二、間接故意之論述：

而依照刑法第 13 條第 2 項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而不違背本意者，以故意論」，間接故意其行為人在主觀上並未希望事實發生，僅容認事實之發生而已；易言之，行為人對於事實之發生無所謂。例如張三做射箭練習時見有李四正接近靶心，張三雖未朝李四射箭，但心裡想萬一射中李四亦無所謂。此種心理事實即係間接故意。

三、直接故意與間接故意有無區別必要：

通常情形，無論直接故意或間接故意均可成立故意犯罪。不過如在條文中出現「明知」之規定，例如刑法第 213 條規定公務員登載不實罪，行為主體之公務員必須是直接故意登載不實，才能成立犯罪。若僅出於間接故意，該罪並不處罰。此時始有區別實益

六、假釋的要件為何？設立假釋制度的目的何在？

一、設置假釋制度之目的：

一個人犯罪遭法院論罪科刑判決確定後，如係自由刑，應入監獄服刑。無論刑期長短，如均需執行全部刑期完畢始能出獄，則對於長期自由刑之受刑人將產生一種不利情況。即長期自由刑之受刑人心理無法產生任何期待，心知肚明反正刑期屆滿即可出獄，何必懺悔犯行？何必改過向善？則監獄之教化功能將無法發揮。是以為期長期自由刑之受刑人心理上有「提前出獄、重獲自由」之盼望，特設以假釋之制度，由外塑內，終能達成教化功能。此即為假釋制度最主要之目的。

二、現行刑法假釋之要件：

依照刑法第 77 條第 1 項規定，假釋之要件如下：

1. 受徒刑之執行，
2. 有懺悔實據者，
3. 無期徒刑逾 15 年、累犯逾 20 年；有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，但有期徒刑之執行應在 6 個月以上，符合上述三個要件後，由監獄報請法務部，得許可假釋。

三、修正刑法假釋之要件：

而依 94 年 1 月 7 日立法院三讀通過、94 年 2 月 2 日總統公佈、95 年 7 月 1 日施行之刑法第 77 條第 1 項及第 2 項規定，對於假釋之要件有部分修正：

1. 無期徒刑無論累犯與否，均需執行逾 25 年，
2. 除有期徒刑之執行應在 6 個月以上始能假釋之消極條件未修正外，增訂 2 個消極條件：(1) 引進「三振條款」，即犯重罪（最輕本刑五年以上）之累犯短期內再

犯重罪。(2) 經依刑法第 91 條之 1 規定為強制治療後再評估仍不適合假釋者。

七、甲已滿二十歲，因向養父乙索錢不遂，頓生殺意，夥同十九歲友人丙，將乙殺死，試問甲、丙之行為應如何論處？

(一) 甲之行為可能該當刑法(以下稱本法)第二百七十二條第一項之殺直系血親尊親屬罪：1、(1) 殺直系血親尊親屬者，為殺直系血親尊親屬罪，本法第二百七十二條第一項著有明文。

(2) 本題，甲主觀上具有構成要件殺人故意，且亦認識乙係自己之法定直系血親尊親屬。另本法第二百七十二條第一項法文所稱「直系血親尊親屬」，依通說見解，其包含自然血親及法定血親，故養父母亦是其所稱之直系血親尊親屬。

(3) 甲之行為客觀上已著手實行殺人行為，已生行為客體乙死亡結果，且行為與結果間具有因果關係及客觀歸責性並實質侵害乙之個人生命法益。

(4) 以上所述，甲之行為已該當本法第二百七十二條第一項之殺直系血親尊親屬罪。

2、甲之行為依題旨顯具違法性及罪責，洵無疑義。

小結：甲之行為成立本法第二百七十二條第一項之殺直系血親尊親屬罪。

(二) 丙之行為可能該當本法第二百七十一條第一項之普通殺人罪：

1、(1) 丙主觀上具有構成要件主觀殺人故意，並已為殺人行為之著手實行，就乙死亡之結果，客觀上具有因果關係及客觀可歸責性。

(2) 丙之行為已實質侵害乙之生命，故其行為已該當本法第二百七十一條第一項之普通殺人既遂罪。

2、依題旨，丙之行為具有違法性及罪責。

小結：丙之行為成立本法第二百七十一條第一項之普通殺人既遂罪。

(三) 1、按二人以上共同實行犯罪者，皆為正犯，本法第二十八條定有明文。

2、甲、乙二人依題意，彼此間具有犯意聯絡，行為共同之共同正犯關係，其已實行於殺人之構成要件內行為，故屬於本法第二十八條所指之共同正犯。

3、惟甲乙之行為，因本法第二百七十一條及第二百七十二條之刑罰科處輕重不同，故依本法第三十一條第二項規定，其應科於輕重及普通之刑罰。

結論：本題，甲之行為與丙之行為依本法第三十一條第二項規定，應論以殺人之共同正犯而科其第二百七十二條第一項及第二百七十一條第一項之刑罰。

八、丙為在我國投資居住之外商，家境極為富裕，其家屬仍留居於外國。甲、乙二人曾於丙之公司服務，對丙之財產覬覦已久，基於共同犯罪決意，計劃於某假日深夜趁丙熟睡後，帶頭罩侵入丙之住宅，對丙強灌安眠藥使其昏迷，將其綁架並藏匿於預定之住所，藉此向其家屬勒贖。計劃犯罪當日，警方從治安情報得知甲、乙之犯罪計劃，急速通知丙多次未果，遂派出多名便衣刑警埋伏於丙宅附近，俾能保護丙並伺機逮捕人犯。當日深夜，甲乙計劃侵入丙住宅，合力將躺在床上之丙加以壓制，於對丙強灌安眠藥之時，始發現丙已因日間心臟病發作死亡多時，遂放棄後續之犯罪計劃，正欲離開現場時，為警逮捕。問甲乙兩人之行為如何處罰？

甲乙二人可能構成刑法第 306 條侵入住宅罪、第 347 條擄人勒贖未遂罪。原因分述如下：

- 甲乙二人基於共同犯罪之決意，共同實行構成要件之行為，二人皆為正犯。
- 刑法第 306 條侵入住宅罪係保護個人居住自由之權利，客觀上甲乙二人無故進入丙之住宅，妨害其個人生活安寧，客觀構成要件該當；主觀上二人係基於犯罪之目的而故意為之，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻責任事由，甲乙二人皆成立刑法第 306 條侵入住宅罪。
- 刑法第 347 條擄人勒贖罪，客觀上需有擄人之行為，且將被害人置於行為人之實力支配下，主觀上需有因勒贖而擄人之故意，但甲乙二人於著手實行犯罪行為之際，始發覺丙已於日間心臟病發死亡多時，遂中止其後續犯罪行為，依刑法第 26 條之規定，二人之行為係屬不能未遂，即其犯罪之客體非有生命之自然人，縱使二人有擄人之意圖與行為，因犯罪之客體不存在，仍不負擄人勒贖之罪責，故甲乙二人不成立刑法第 347 條擄人勒贖罪。

結論：甲乙二人成立刑法 306 條侵入住宅罪。

九、不動產可否成為侵占罪的客體？甲與在私人公司擔任意納的好友乙意共謀協議利用乙的身份、盜位共同侵占乙業務上所掌管的金錢五萬元意甲係犯普通侵占罪或業務侵占罪？

答：不動產可否為侵占罪的客體，目前法調並未排除不動產，因此不動產亦可成為侵占罪的客體，但不動產必須經登記才產生移轉效果，因此侵占不動產的行為既遂，即必須以是否完成登記為必要。

甲所犯之罪業務侵占罪，以侵占業務上所持有之物為構成要件，即係因其業務上的持有關係所成立的犯罪，與僅因身份關係而致刑罰有輕重不同，因此，無業務關係者與有業務關係者共同侵占，依據刑法第 31 條第 1 項規定，仍應以業務侵占的共同正犯論，因此，甲成立業務侵占罪。

十、甲違規超車意致鄰車駕駛乙緊急煞車受有輕傷意交意丙前往處理簽發違規超車罰單意甲懼而將丙簽寫中意罰單搶下撕毀意問甲應負何刑責？

答：刑法第 138 條所謂公務員職務上掌管之文書，以該文書由公務員本於職務上之關係所掌管者為限，又所謂損壞，亦係指該文書之全部或一部因其損壞致喪失效用者而言。警察所開具的罰單，在交予相對人後，即非屬於公務員所掌管的文書，而在未交予相對人前，即加以撕毀，仍必須視其是否喪失效用而定。丙在警察未交予他時加以撕毀，自然可成立毀損文書罪。至於丙是否成立妨害公務，因依據刑法第 135 條第 1 項，其必須以強暴、脅迫的手段為之，丙的行為尚未達此程度，因此尚不成立本罪。

一、A、B、C 三人在台中市區駕車閒逛時，看見穿著時髦的少女甲獨自行走路上，於是三人商議之後，強行將甲拉上車，打算載往市郊的山區強制性交，卻因違規

超速而在半途被警察攔下並逮捕。由於甲發育快，三人都誤以為她已有十六、七歲，事實上年僅十四歲而已。試問A、B、C之行為應如何處斷？

【擬答】：

A、B、C三人將甲拉上車的行為，係以私行拘禁或其他非法方法，剝奪甲的行動與意思決定自由，得逕依刑法第三〇二條剝奪他人行動自由罪論罪；不另成立刑法第三〇四條強制罪。(29上3757判例)至於行為人所為是否同時成立較重之刑法第二九八條略誘婦女罪，而得逕依該條處罰(71台上280判例參照)，因甲僅係十四歲之未成年少女，對此等犯罪事實的是否存在，宜採否定見解；普通傷害罪的討論亦同。(後段若時間不足，可不予著墨)

題示情形，關鍵在於行為人上述強制行為，究應評價為強制性交罪之著手，抑或先行成立剝奪被害人行動自由罪？

依六十八年台上字第一九八號判例：「強姦婦女而剝奪婦女之行動自由時，是否於強姦罪外，另成立妨害自由罪，須就犯罪行為實施經過之全部情形加以觀察，除該妨害自由之行為已可認為強姦行為之著手開始，應成立單一之強姦罪外，應認係妨害自由罪及強姦罪之牽連犯。」據此，於新刑法施行後，即應就犯罪行為實施經過之全部情形加以觀察，以決定成立數罪或一罪。然而，究係成立實質競合而數罪併罰，或是一行為觸犯數罪名的想像競合從一重處斷，甚至僅成立單純一罪？前揭實務意見並未清楚交代。管見以為，關鍵在於剝奪行動自由行為，於具體案例事實有無另外評價的必要？就此而言，行為人的犯意(是否個別)，亦為進一步決定的判準。A、B、C主觀上既係為將甲載往山區強制性交，則依其犯罪計畫，應可認為係強制性交罪之著手。

依題旨，A、B、C三人既係以強制手段欲對甲為性交，其所為即非屬刑法第二二七條「對未成年人性交」罪之規範對象，而係會否成立刑法第二二二條加重強制性交罪的問題，討論如下：同法第二二二條第一項第一款係規定「二人以上共同犯之」，依六十五年台上字第二〇六四號判例：「刑法第二百二十二條之輪姦罪，必須參與行為人均姦淫既遂始能成立。其中如有人姦淫未遂，除姦淫既遂者有二人以上以均構成輪姦罪外，其姦淫未遂之人，仍應繩以同法第二百二十一條第三項之強姦未遂罪，觀於同法第二百二十二條無處罰未遂犯之規定，此為當然之解釋。」則現行法既已於第二百二十二條第二項設有未遂犯處罰規定，A、B、C三人所為應成立共同性交未遂罪；至未遂規定於本款適用的當否，係另一問題。

A、B、C三人誤以為甲已十六、七歲，事實上年僅十四歲，則A、B、C三人所為應如何評價？

按於新刑法施行前，由於同法第二二二條第一項第二款係規定「對『十四歲以下』之男女犯之者」，三人所為可成立該款；惟新刑法施行後，該款已改為「對『未滿』十四歲之男女犯之者」，A、B、C三人所為不成立本款；據此，行為人是否具備本款故意，無庸討論。

依題旨，A、B、C三人在台中市區駕車閒逛，無法推論其係「利用駕駛『供公眾或不特定人』運輸之交通工具之機會」而犯之，故亦不成立同法第二二二條第一項第六款。結論：A、B、C三人成立加重強制性交未遂罪。(刑法第二二二條第一項第一款、第二項)

二、甲為某市政府公務員，懷疑鄰居乙偷竊腳踏車，趁乙外出，欺騙其年幼的兒子，指稱得到乙的同意入室察看，乙的兒子不疑，任由甲入內，甲於是在臥室、浴室、陽台各處搜查，但毫無所獲，問：甲是否有罪？

擬答：

(一)甲未得乙的同意進入乙宅之行為，可能成立無故侵入住居罪(刑法 306):

1. 多數見解解釋本罪的無故，為無正當理由，屬違法性要素，故是否同意他人進入他人屋內，實際上為法益持有人處份其受法律所保護之法益，性質上應係阻卻違法的承諾。

2. 題示情形，甲即未得乙之承諾而進入乙宅，縱乙年幼之子亦為乙宅之居住權人，然其承諾應屬無效，甲違反居住人之意思而進入，主觀上，復具有侵入之故意，別無其他阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

3. 又甲為公務員，但其侵入乙宅之行為並非假借職務上權利之行為，不得依刑法第 134 條加重其刑至二分之一，併予說明。

(二)甲在乙宅各處搜查的行為可能成立違法搜索罪(刑法 307):

1. 依 32 年非用第 265 號判例，實務上似乎認為本罪的行為主體以有搜索權限之人為限，如：法官、檢察官。本題中，甲為市府的公務員，依法並無搜索權限，即不成立本罪。

2. 學說上則認為，本罪並非列在瀆職罪章，行為主體應無任何限制，僅需為自然人，且具有意思能力與行動能力者，即足當之；推敲其原因，主要在於實務限縮解釋的依據不明，若於條文不依法令作形式解讀，而非實質理解為非法，此邏輯，刑法第 21 條所謂依法令的行為，非只限於公務員身份者，才能主張，違論一般人違法侵入住宅搜索，若僅成立較輕的第 306 條，置更嚴重侵擾居家自由安寧的搜索行為不論，更可能造成法益保護的疏漏。

3. 據上，甲得為本罪的主體，本題中，甲無法令上之依據，擅行搜索乙宅，縱使甲係懷疑乙竊取其腳踏車而為取得犯罪證據為搜索，亦不得主張阻卻違法與罪責，甲成立本罪。

(三)結論：

甲分別成立無故侵入住居罪與違法搜索罪，得視其具體情形，論以刑法第 55 條規定想像競合，從一重處斷或以刑法第 50 條規定實質競合，兩罪併合處罰。

三、甲誤將稻草人當做仇人乙，開槍射擊之。

擬答：

(一)、『甲誤稻草人為乙之槍擊行為，可能構成刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪？』：

1 查刑法第二十六條第一項但書明定：『行為不能發生犯罪之結果，又無危險者』學理稱之為『不能未遂犯』，此『又無危險』係規範性要件，其內涵有待理論充實，學說上對於『又無危險』有重大爭執，修法前本於分類，通說咸認『主體不能』與『幻覺犯』為絕對不能而不罰，但『客體不能』與『手段不能』兩者是否要罰，在舊法時代並無爭執俱認要處罰，但在新法下，則有爭議，茲扼要述之如下：

(1)『抽象危險理論』：此說強調以客觀事實考察行為有無危險性，此說以為凡已著手行為之實施者，則屬有危險，為普通障礙未遂，若無，則為不能未遂不罰。

(2)『具體危險說』：此說強調以客觀事實考察行為有無危險性，此說以為凡已著手行為之實施者，尚須觀察有無引發『具體危險之事實』，如有『具體危險之事實』，則屬有危險，為普通障礙未遂，若無，則為不能未遂不罰。故『客體不能』與『手段不能』，依此說均屬要罰之普通未遂。新刑法認為本於行為刑法及謙抑思想應採此說，惟此理論有經驗及推理上之重大缺陷，

試問經驗上危險既為實害之前階，若外在世界，最終為無實害，則又何來可推求出實害之前階危險可言，危險之存在，不過是虛擬之假設，因之此說有邏輯上倒果為因之重大論證瑕疵，早為識者所批評，新法之立法者顯未見及此，此說拙意以為實待商榷。

(2)『重大無知理論』：此理論認定危險之有無，並不在客觀事實，而在行為人主觀犯意有無出現與法敵對之想法，且一般人俱認其具法秩序之威脅性者，如有，並非重大無知，則有危險，應論以普通未遂犯，如無，即為重大無知，則無危險，則為不能未遂不罰，此說缺點確如新刑法之立法理由所指，有處罰思想之嫌。故『客體不能』與『手段不能』，依此說均屬要罰之普通未遂。

(3)『事實欠缺理論』：此理論認定危險之有無，應論危險發生於何種構成要件故故『客體不能』與『手段不能』，依此說均屬要罰之普通未遂，此為最高法院向來所採之見解。

- 3 準此以言，甲誤稻草人為乙之槍擊行為事實，係客體不能，依『重大無知說』，其犯意引發一般人危懼感，非重大無知，係有危險，無刑法第二十六條但書之不能未遂，應論以刑法第二十五條及第二十六條第一項本文及刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪。

四、甲於卡拉 OK 餐廳中遭 A 羞辱，乃返家約乙、丙二人持武士刀一把前往尋仇。甲乙二人由前門進入，丙則守在後門，防 A 脫逃。甲、乙二人入內後，甲誤 B 為 A，砍其肩部一刀，致 B 流血過多，送醫不治。問：甲、乙、丙各有何罪責？為何？應如何處斷？

擬答：

依題旨，甲於卡拉 OK 餐廳遭 A 羞辱，乃返家約乙、丙二人持武士刀一把前往尋仇，致發生誤 B 為 A 傷害致死的事實，甲固為正犯，乙、丙亦為共同正犯，茲析述三人之罪責，處斷如下：

(一) 甲的部分：

1. 甲遭 A 羞辱，乃返家約乙、丙前往尋仇，其應為正犯。卻誤 B 為，將 B 砍傷致死，雖然甲欲尋仇之客體-A，與被害現實客體-B 並不相同，此即「客體錯誤」(目的錯誤)，但是侵害事實則一樣，均具備法定要件，我國在實務對此錯誤，採「法定符合說」，依犯罪事實結果處斷，亦即甲雖誤殺 B，其砍傷致死之對象不論 A 或 B，均同有侵害性，應依犯罪事實結果處斷，不能因此項錯誤結果，而阻卻故意。
2. 甲砍 B 肩一刀，肩雖非致命部位，且止一刀，顯然甲並沒有殺死之犯意，然而致 B 流血過多，送醫不治死亡，B 之死亡，與甲之傷害事實顯然具有「相當因果關係」，甲應對此加重結果負責，因此：甲尋仇之犯意，旨在傷害 A，卻誤傷，致 B 流血過多死亡，甲應付刑法第二七七條第二項傷害致人於死之加重結果之罪責。如果甲尋仇之犯意，在於重傷害 A，則應付刑法第二七八條第二項重傷致人於死之加重結果之罪責。
3. 本題並未述明甲尋仇之犯意，如果甲原犯意在殺死 A，雖誤為 A，未砍致命部位，且只一刀，致 B 流血過多，送醫不治。甲既有殺

人之犯意，又有殺人行為，且已發生死亡之結果，雖然客體錯誤，依法定符合說，仍應論以刑法第二七一條第一項殺人既遂之罪。

(二) 乙的部分：

1. 乙與丙受甲之約，彼此已有犯意之聯絡，與甲兩人共同入餐廳內，參與實施犯罪構成要件之行為，縱使乙只是幫助甲之意思參與，且未下手砍傷B致死或是由乙親自下手，乙亦應為實施共同正犯，與甲負(一)項所示相同之罪責。
2. 惟假若乙與甲之約，只在於傷害，而甲行兇時之犯意在致B於死地，逾越共同之犯意時，致B死亡，則乙僅負刑法第二七七條第一項傷害之罪責，不負第二七一條殺人之罪責。

(三) 丙的部分：

1. 丙與乙受甲之約，彼此有犯意之聯絡，前往餐廳尋仇，雖然只有甲、已由前門入內，實施犯罪行為，丙則「守在後面，防A脫逃」，此已為犯罪行為之分擔，故不論其為共同參與或幫助甲的意思而參與，均不失其為共同正犯，視其犯意之聯絡，與甲、乙負相同之罪責。
2. 丙與甲、乙尋仇之犯意在傷害或重傷害，詎料甲、乙入餐廳內行凶，致B死亡，此加重結果應為丙有預見之可能，丙應與甲、乙負共同傷害致人於死罪或共同重傷致人於死之罪責。
3. 如果丙與甲、乙相約尋仇之犯意社在傷害或重傷害，甲、乙自另起意，殺死B，逾越共同犯意時，丙社負傷害或重傷害罪，而不負殺人之罪責。

五、警員甲趕去酒店要逮捕通緝犯乙。正好乙走出酒店，一發現甲，乙即掏出手槍對甲射擊，甲也開槍還擊。甲連開數槍，一槍打中乙胸部，致乙死亡，另一槍不知何故，誤中路人丙，致丙重傷。試問甲的罪責。

擬答：

(一) 甲對乙之刑責

- 1、依題所示，甲出於殺乙之故意，著手實行開槍乙之行為，且致生乙死亡之結果，故甲之行為該當刑法第271條第1項殺人既遂罪之構成要件。
- 2、刑法第23條規定，對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。按正當防衛之成立，在客觀上必須存在正當防衛狀態，防衛者主觀上須出於防衛意思，且其防衛行為須為客觀必要，始足當之。本題中，乙被甲發現後，立即掏出手槍射擊甲，核其情形，應屬現在不法之侵害而存在正當防衛狀態，而甲開槍還擊，審酌乙侵害之方法、輕重緩急與危險性等因素，及甲當時可資運用之防衛措施等一切客觀情狀而做綜合判斷，甲之防衛行為仍屬客觀必要。又實務及通說均認為，防衛行為所採取之手段，不必考慮利益間之「法益權衡」問題，故甲為防衛自己生命法益而侵害乙之生命權，仍屬正當防衛行為。
- 3、綜據上述可知，甲之行為雖該當刑法第271第1項殺人未遂罪之構成要件，惟可成立第23條之正當防衛而阻卻其行為違法性，故不成立犯罪。

(二) 甲對丙之刑責

- 1、甲開槍還擊乙時誤中路人丙，致丙重傷。核其情形，丙受重傷之結果與

甲開槍之行為具有相當因果關係，且甲之行為係違反客觀必要之注意義務而具有行為不法；又丙受重傷結果之發生，在客觀上應屬可預見且可避免，故具結果不法。準此而言，甲之行為應該當刑法第284條第1項過失重傷罪之構成要件。

- 2、由於丙對甲此無現在不法之侵害行為，故甲對丙該當過失重傷罪之構成要件行違，不得主張正當防衛而阻卻違法。又核其情形，甲遭受乙攻擊時雖處於生命之緊急危難，惟過失傷害他人，並非客觀上不得已之避難行為，故甲亦不成立緊急避難。準此而言，甲對丙之行為成立過失重傷罪。

六、甲乙是鄰居，某日甲溜狗經乙家，為了報復乙老是給他錯誤明牌，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。甲打破門窗聲音正好驚動在旁持刀修剪花草之鄰居丙，丙欲探究竟，甲以為丙之持刀係來找碴，遂縱狗咬丙，致丙受傷，請問甲對丙之刑責為何？

擬答：

(一)、「甲縱狗咬丙之行為可能構成刑法上第二七七條之傷害罪？」

1 查刑法第十六條明定：「不得因不知法律而免除刑事責任」，核其條文所指『知法律』，通說咸認即指『不法意識』（或稱違法性認識），乃規範性要件，其內涵有待理論充實，『不法意識』其所認識之對象原則應以規範為本，惟其認識之範圍應否包括『容許構成要件之事實』學理已生爭議，如為肯定，則一旦行為人不法意識對『容許構成要件之事實』認識上有所欠缺，其法律效果為何，因涉及不法意識與犯罪成立階層理論之變遷，學說有重大爭執，茲扼要分述如下：

1「故意說」：此說立於古典三階層理論，依此說不法意識不過係有責性中故意成立要件之一，故意說即取此義，因之欠缺不法意識，其效果為故意不成立，從而責任不成立，詳言之，一旦行為人不法意識對『容許構成要件之事實』認識上有所欠缺，責任不成立，古典三階層理論現無人採，從而故意說亦不可採。

2『二階層理論』：此理論以負面構成要件概念為本，簡化犯罪成立要件或階數，以「整體不法構成要件」為第一階，此理論之優點係：既可解決不法意識應否認識『容許構成要件之事實』之問題，又能明確以構成要件不該當阻其犯罪成立，在說理上一箭雙鵰，頗受學界重視，但此看法顯不為新刑法第十六條之立法理由所採用。

3『罪責說』：此說以新古典三階層理論為本，故意有雙重機能，構成要件故意與不法意識各有所司，不法意識欠缺，本於規範責任論，又係規範要件，並非單純經驗事實之有無，因之，應考察其欠缺是否有正當理由可以避免，而按其情節，有責任上之不同，故新刑法第十六條明示：『除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節，得減輕其刑』其理在此。準此以言，一旦行為人不法意識對『容許構成要件之事實』認識上有所欠缺，則非單純責任不成立，而要依其情節論其欠缺認識可否避免，而定其責任，此說新法採之，拙見以為此說與通說見解若合符節，應以其為本。

4 準此以言，依題旨，甲以為丙之持刀係來找碴，遂縱狗咬丙之行為，客觀上並無『不法之侵害事實』，甲不法意識對正當防衛之要件事實認識有所欠缺，即學理所稱之誤想防衛，甲以為丙之持刀係來找碴事實，並非事出急迫，甲有足夠時間可供查證，自不宜冒然縱狗傷人，甲對正當防衛之要件事實認識欠缺，實有正當理由可以避免，按其情節，不得免除刑事責任，應論以刑法

第二七七條傷害罪為當。

5 據上論結，甲縱狗傷丙之行為，應成立刑法第二七七條之傷害罪。

七、警員甲、乙夜間巡邏，將車停放路邊小睡。勤務指揮中心通報，某街巷發生凶殺案，應速救援。甲、乙誤聽地址，前往察看，發現無異狀，亦未回報指揮中心。半小時後，指揮中心再度催促，甲、乙駛往正確地址，發現一傷重被害人，即刻送醫救治。被害人由於遲延送醫，失血過多死亡。醫師認為，早五分鐘送來，被害人極可能不死。問甲、乙有罪否？

擬答：

本題爭點乃在甲、乙對被害人是否具有不作為行為；以及甲、乙是否違反注意義務：

(一)就不作為行為手段之審查：

1. 甲、乙依題旨，並未有迅速確實之救援行為(無效救助)。
2. 甲、乙有防止被害人死亡之防果可能性。
3. 甲、乙就被害人應具備準因果關係：按題旨，若甲、乙早五分鐘救助被害人，被害人極可能不死而存活。故準因果關係成立。
4. 甲、乙被害人應具備保證人地位：
(1)甲、乙於夜間值勤，任務目的乃在排除隨時可能出現的危難。民眾受到凶殺侵害，值勤員警應毫無遲疑的救助。其於自願承擔義務或基於警察法規授權，甲、乙具有保證人地位。

(2)值勤員警應隨時警戒，保持最清醒的狀態，與各警察單位緊密聯繫。依現實狀況，甲、乙的救援行動，有期待可能性，而且可以切實為之。

(二)就注意義務之審查：

1. 甲、乙值勤睡覺，錯聽凶殺案的地址，已經破壞小心謹慎的警察應有的注意義務。
2. 錯聽後，不立即回報指揮中心，已經破壞小心謹慎的義務，使被害人的生命危險狀態不斷升高，甲、乙的過失因此足堪認定。

(三)結論：

1. 甲、乙在主觀違反注意義務，且客觀違反保證地位下之救助義務之審查結構下，自應成立過失不純正不作為犯，而應論以不作為的業務過失致死罪。
2. 對於過失致死一事，甲、乙並無意思聯絡，應各自成立業務過失致死罪。

八、甲某日路過某巷道時，突有精神病患A持木棒對其毆擊，甲為免被打傷，匆忙間急推路人B之身體抵擋，致B被毆擊成傷。試問甲應否負何刑責。

擬答：

甲急推路人B之身體，以抵當精神病患A之攻擊，致B遭A毆打成傷，則甲行為是否成立輕傷罪之間接正犯。茲討論說說如下：

(一)構成要件該當性：

- 1、甲於精神病患A持木棒將對其毆擊之際，急推路人B之身體，以抵擋A之攻擊，致B遭到A毆傷。依此事實可知，客觀上，甲有著手實行急推B身體之行，並致B遭到A毆打或輕傷之結果，且甲急推B身體之行為，與B受輕傷之結果間亦具有相當因果關係；另甲在主觀上亦認識，其急推B之身體，將可能造成B遭到A毆打成傷之結果，並決意之，故甲具有輕傷故

意。

- 2、由於A為精神病患(題示情形A應屬刑法第19條第1項之無責任能力人)，故其毆傷他人之行為並不成立輕傷罪，而甲急推B之身體，致其遭A毆打成輕傷，應屬利用責任能力人之行為，而為自己實現輕傷罪之犯罪構成要件，因此，甲之行為應評價為輕傷罪之間接正犯，且應當刑法第277條第1項輕傷罪之構成要件。

九、甲與乙因開車擦撞而發生口角，繼而在毆。突然，甲從路旁撿起長約6尺之鐵管猛打乙之頭部與身體，導致乙頭破血流，肋骨亦被打斷兩根。當時，乙以為將被甲打死，故為求自衛，乙乃趕緊從其車門內側置物袋中捉起修車用之螺絲起子，朝甲之胸膛用力刺進，而使甲因流血過多死亡。試問：乙之行為是否得攝針正當防衛？其理由何在？

擬答：

正當防衛(第23條)以對現在不法侵害之必要合宜的防衛手段為客觀阻卻違法要件。依事實所示，乙的殺人行為是否符合正當防衛要件，可能情況如下：甲在猛打乙之頭部與身體後，若繼續攻擊，則其不法侵害尚在持續中。依乙所面臨的危險急迫程度，以及可能已因傷勢而難以其他方式自救觀之，其殺人應是最後的有效防衛手段。主觀上，乙具防衛意思，則得主張正當防衛。若甲在乙殺人之際已停止攻擊，則其不法侵害業已結束，乙即不得主張正當防衛以阻卻違法性。此時，若乙係因誤認甲將繼續攻擊而殺人，則其具防衛意思，屬於誤想防衛。依限制法律效果罪責理論，乙至多成立過失致死罪(第276條第1項)。若乙已確知甲不再繼續攻擊，卻仍出於恐懼而殺人，則成立普通殺人罪(第271條第1項)。簡言之，互毆雙方在符合正當防衛的要件下，仍可能阻卻違法性。我國實務見解強調：「至彼此互毆，又必以一方初無傷人之行為，因排除對方不法之侵害而加以還擊，始得以正當防衛論。故侵害已過去後之報復行為，與無從分別何方為不法侵害之互毆行為，均不得主張正當防衛權。」(30上1040判例)，意旨相同。原則上不考慮利益均衡依據通說見解，正當防衛之目的在保護個人利益及維護法秩序，因此不以所保護利益優越於被反擊之利益為必要。亦即，正當防衛權的行使，使從事不法侵害者可能因自身遭受更大的損害，而選擇不為不法侵害，以達一般預防的效果。但是，正當防衛權不得濫用。若是保全利益與被反擊利益間顯然輕重失衡，則不必以攻擊性防衛手段達成保護個人利益的目的，應受合宜性限制。例如：對竊取一張影印紙者，不得施以殺人的防衛手段。

十、地方土豪甲的公子乙，與丁因爭奪歡場女子有嫌隙。某日二人又因該女子吵架，乙氣不過，提了一桶汽油想放火燒丁的公寓，在到達丁的公寓時，乙發覺不得其門而入，只好將汽油在公寓騎樓的兩三輛摩托車上。稍灑完汽油後，乙想在放火前抽跟煙平息一下激動的心情，不料剛叨根煙點了打火機時，因先前先灑的汽油汽化，沾滿汽油的摩托車立即起火，乙心慌之下逃逸，火災也因騎樓沒大其他易燃物，在燒燬摩托車後自然熄滅。此事全被攝影機錄下來，不久警察找上門來。甲心疼乙，找上平日都已經打點好的地方議員丙，想將事情掩飾下來。丙因甲素來在政治獻金毫不吝嗇，找上警方關說要求息事寧人。正當警方感到為難之際，丙恰巧在選舉中連任失敗，鬆了一口氣的警方於是將乙送檢法辦。問：甲、乙、丙各犯何罪。

答：

一. 乙部份

(一) 就乙點燃打火機的行為

1. 是否成立刑法一百七十五條第一項之放火既遂罪？

乙潑汽油後而點火欲抽煙，致使氣化的汽油引燃，而將沾滿汽油的摩托車燒毀，客觀上，該燒燬之摩托車既非住宅、建築物或其他供公眾運輸之交通工具，自屬刑法第一百七十五條所欲規範之客體。另外，就本罪「致生公共危險」之要件而言，乃指有延燒至「他人所有物」之具體危險性（延燒可能性）而，言本題之行為應屬致生公共危險。然問題在於乙點燃打火機時是否具備放火之故意？固然按題意以觀，乙自準備汽油潑灑汽油一直到欲燒燬公寓的犯罪計畫當中，皆具備點火引燃汽油的想法，然而遂行前發生意料外的狀況，亦即因果歷程與想像中產生不一致，學說稱此情形為「過早實現結果」之因果歷程錯誤。就此，雖有少數看法認為行為人既然究要實現犯罪結果，則該意料外的歷程根本不會妨害故意的成立。然而，多數看法認為縱或行為人終究要實現該結果，但只為之際，對該行為欠缺隨後因果程的認知，即屬欠缺故意，因此本題乙點燃打火機之時，根本沒有認知到該舉動會引燃汽油，故欠缺故意，乙不成立本罪。

2. 可否成立刑法第 175 條第三項之失火既遂罪？

依前述，乙雖欠缺故意，則應退而求其次檢討可否成立同條之失火既遂罪。本題乙就點火而引燃汽油之行為，不論對過失的認定採取新說或舊說，抑或不論是預見可能性或注意義務的判斷，結論上皆應相同，亦即乙有過失。乙成立罪。

3. 可否成立刑法第 354 條第一項之普通毀損罪？

由於毀損罪並不處罰過失犯，因此由前述檢討可知，乙欠缺火燒燬摩托車之故意，故不成立犯罪。

4. 可否成立刑法第 173 條第三項之放火未遂罪？

本罪之行為客體為現供人使用住宅或建築物等，按題意，原先的犯罪計畫是藉由引燃摩托車之火進而達到燒毀丁公寓的目的，然而依前述討論，乙於點火抽煙之際根本未具備燒燬摩托車之認知，更遑論對丁宅放火的認知，故亦無故意。故乙不成立本罪。

(二) 就乙潑灑汽油之行為

1. 可否成立刑法第 173 條第三項之放火未遂罪？

就「過早實現結果」因果歷程錯誤之事例，有學說認為固然於點火階段不能成立放火既遂，但就法益侵害已具有具體的危險性之際，若行為人具有對隨後法益侵害的預見，則仍可成立未遂犯；例如行為僅於物色財物階段即可成立竊盜未遂罪，即屬適例。若採此看法，本題乙潑灑汽油之際，即已預見隨後將進一步引燃汽油，似乎已構成未遂犯。然而，若考慮到未遂犯之成立，必須以客觀上具有法益侵害之具體危險性來看，既丁宅騎樓根本無其他助燃物，則意味著潑灑汽油進而引燃摩托車根本無延燒到住宅危險性的潑灑行為而言，根本不應成立未遂犯。故乙不成立本罪。

2. 可否成立刑法第 173 條第四項之預備放火罪？

通說一般認為只要行為人以放火燒燬為目的準備助燃物如購買汽油等而具有相當的危險性者，即屬放火罪之預備犯。故乙成立本罪。

二. 丙的部分

(一) 就丙接受甲之政治獻金之行為

首先就收受賄賂罪的檢討，丙雖收受甲素來提供之政治獻金，然而賄賂罪之成立需以該財物與某特定之職務上違背職務行為具有「對價關係」。同時，行為人主觀上亦需對該對價關係有所認知。則本題丙在接受甲之獻金之際，既無要求特定作為或不作為，似難認定與關說行為具有對價關係。另就圖罪而言，若未涉及其

他不法情事。僅就政治上的捐獻或資助而言，並無圖利可言。

(二)就丙找警方關說之行為

因其具有請求之意思，故構成刑法第 122 第三項違背職務行賄罪，且本例中其無任何阻卻違法，罪責事由，故成立本罪。

三. 甲的部分

(一)就甲交付政治獻金予丙之行為依前所述，既然交付政治獻金之際並無約定相對應之行為，則此等給予政治資助之行為並無交付賄賂罪之問題。另就圖罪而言，既然丙不成立圖利罪，則甲亦無可能成立圖利罪之共犯可言。

(二)就甲要求丙向警方關說之行為

甲雖要求丙向警方關說，似符合教唆行為，而丙成立本法 122 第三項之第三項之罪，依共犯從屬性理論，甲亦成此罪之教唆犯。

四. 結論

乙成立刑法第 175 條第三項之失火燒毀罪及本法第 173 之預備放火罪；丙成立本法第 122 第三項之罪；甲成立本法第 122 第三項之教唆犯。

一、

(一) 刑法規定之文書與有價證券如何區別？

(二) 偽造他人銀行信用用卡並行使之或偽造高速公路回數票並行使之，各應成立何罪名？

【擬答】：

※刑法規定之文書與有價證券如何區別？

(一) 所謂有價證券，係指表彰一定財產價值（財產權）的證券，在性質上是文書的一種，其特徵在於：財產權之發生、移轉或行使須以占有該證券為要件。若證券上所表示的內容，僅係證明某種權利的存在（如債權證書），或不占有該證券亦得行使權利時，則屬一般「文書」的範圍，而非有價證券。有爭議的是，有價證券是否須具有流通性？

實務早期認為，有價證券須以具有流通性為必要，否則即屬於一般文書（31 上 1918，35 院解 3291，43 台非 45），但晚近態度則採否定說，其認為證券有無市場價格，是否具備一般流通性，並非所問。45 台上字 1118 號判謂：「有價證券並不以流通買賣為必要條件，苟證券上權利之發生移轉或行使，有其一以證券之占有為要件時，均屬有價證券之範圍，公教人員之實物配給票，於領取實物時以配給票之占有為前提，一旦喪失占有，即不能享有配給票上之權利，實為政府對所屬公教人員一種實物待遇之證券，其本身即與現金待遇之幣券並無二致，縱係禁止轉讓亦不得謂非有價證券，原審徒以其不能在市面流通，即認為係刑法第 212 條之一種證書，見解殊有未合」。

※偽造他人銀行信用用卡並行使之或偽造高速公路回數票並行使之，各應成立何罪名？

(一) 1. 按信用卡係屬代替現金支付之工具，本身表彰特定之財產（金錢）價值，其性質與有價證券相同，持偽造之信用卡向商店職員購買商品，應屬行使詐術之行為，商家倘因之詐術行為而陷於錯誤，並將商品交付，應成立 201 條之 1 第 2 項行使偽造信用卡罪與第 339 條第 1 項之詐欺取財罪。所犯二罪屬於一行為觸犯數罪名，應依想像競合從一重之行使偽造信用卡罪處斷。2. 簽帳單之主要功能在於使特約商店能確認持卡人與提示之人是否為同一人，屬於私文書之一種。於簽帳單上偽簽之姓名，足

生損害於他人，故應成立刑法第210條之偽造私文書罪（偽造署押之部分不另論罪）。又簽名後交予，係屬於對該簽帳單上之法律關係有所主張，故應成立刑法第216條之行使偽造私人文書罪。所犯之偽造私文書罪與行使偽造私文書罪，具有保護法益之同一性，偽造私文書罪屬與罰之前行為，故僅論刑法第216條之行使偽造文書罪為已足。

2. 所犯之偽造信用卡罪與行使偽造信用卡罪，亦具有保護法益之同一性，故僅適用偽造信用卡罪處罰為已足。又偽造信用卡與行使偽造私文書，雖屬先後二個獨立之行為，惟均屬保護同一法益（之公共信用）之犯罪，依法規競合之法理，行使偽造私文書應屬與罰之後行為，故僅適用偽造信用卡罪處罰為已足（註：實務論牽連犯）。

（二）高速公路回數票衡諸上開見解應屬公務員職務上製作之公文書，故偽造該票並持以行使，俾得免除交付過路費之義務，應成立刑法第二一一條之偽造公文書罪（進而行使之低度行為為其偽造之高度行為所吸收，不另論罪），又偽造公文書罪復與同法第三三九條第二項之詐欺得利罪有方法目的原因結果之牽連關係，依同法第五十五條規定從較重之偽造公文書罪處斷。

二、A政黨支持者甲未經合法申請集會遊行即率乙、丙、丁及其他數十名群眾至立法院前為院內正在進行審查之法案抗議，並與B政黨之支持群眾即將發生衝突。轄區內警察出面維持秩序並舉牌且透過麥克風發布解散命令，促群眾民眾解散離去。

試問：

（一）甲、乙、丙、丁四人在轄區警察下達解散命令三次後，因恐遭警方逮捕，故解散群眾離去。則甲、乙、丙、丁四人是否成立犯罪？試申論之。（15分）

（二）如甲、乙、丙、丁四人在轄區警察下達解散命令三次後，仍不肯率眾離去，轄區警察當時因考慮現場群眾擁擠，情緒激動，恐操之過急，反釀暴動，會造成更大之危害，故並未逮捕民眾，而繼續再發布解散命令，勸令民眾離去，一直到轄區警察下達第六次解散命令之後，甲始率乙、丙、丁悻悻然解散群眾，各自返家。

上開甲、乙、丙、丁四人所為是否成立犯罪？試申論之。（15分）

【擬答】：

※甲、乙、丙、丁四人在轄區警察下達解散命令三次後，因恐遭警方逮捕，故解散群眾離去。則

甲、乙、丙、丁四人是否成立犯罪？試申論之。

（一）唯有以「不作為」的行為方式，才能實現不法構成要件的不作為犯，亦即此種犯罪的不法構成要件係以「不作為」的形式而為規定。

純正不作為犯，係以「不作為」的方式抵觸刑法「命令規範」的犯罪類型。「命令規範」係要求行為人必須履行一定之「作為義務」，而行為人祇要不作為（亦即無須任何結果的發生），即已充足該規範的不法內涵。換言之，純正不作為犯係違犯「法律明定以不作為之行為方式為構成要件」的犯罪類型。例如聚眾不解散罪（§149）、消極留滯住宅罪（§306 II）

※如甲、乙、丙、丁四人在轄區警察下達解散命令三次後，仍不肯率眾離去，轄區警察當時因考

慮現場群眾擁擠，情緒激動，恐操之過急，反釀暴動，會造成更大之危害，故

並未逮捕民眾，

而繼續再發布解散命令，勸令民眾離去，一直到轄區警察下達第六次解散命令之後，甲始率

乙、丙、丁悻悻然解散群眾，各自返家。

(一) 刑法第149條：公然聚眾，意圖為強暴、脅迫，已受該管公務員解散命令三次以上，而不解散者，在場助勢之人，處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金；首謀者，處三年以下有期徒刑。

(二) 犯罪構成要件

1. 行為主體：

本罪為一般犯，惟其性質上屬聚眾犯，因此必須具備多數人之要素。

2. 行為：

(1) 本罪之行為乃公然聚眾，於已受該管公務員解散命令三次以上，而仍不遵令解散。本罪在性質上屬於「純正不作為犯」，行為人祇須消極地不為解散（不作為），即足成立本罪。

(2) 所謂解散，須出於任意性，若因公力驅散，或為避免逮捕而被迫逃走，即非解散，仍應成立本罪。

(3) 法律之以課予聚眾行為人解散之義務，乃在於行為人公然聚眾之事實，已達足以危害公共秩序或地方安寧之程度，故行為人對於造成公共秩序法益侵害之危險，係在不解散之前的公然聚集狀態，而解散之目的，乃在消弭此一妨害社會秩序之狀態。

3. 主觀要件：

本罪之主觀要件要素有二：一為構成要件故意（不解散之故意），一為強暴脅迫之意圖。若欠缺強暴脅迫之意圖，即屬憲法上所保障之集會遊行自由，當然不成立本罪。又強暴脅迫之意圖，得於公然聚眾之前或之初形成，即使於聚眾過程之中，甚至在聚眾之後始生此意圖，均無不可。

※公然聚眾，意圖為強暴脅迫，受該管公務員解散命令四、五次以上始行解散，是否成立本罪？

(一) 肯定說：

若已受解散命令三次而不解散，即應成立本罪，縱令受更多次以上之命令始告解散，對於已成立之本罪亦不應生任何影響。

(二) 否定說（多數說）：

本罪為純正不作為犯，以不解散為要件，如已解散，縱超過三次命令以上，其於公共秩序既無重大之妨害，自不應處罰。蓋本罪之設，旨在維持秩序，參以該管公務員於下達解散命令三次以後，仍再命令解散，顯係考慮人數擁擠，即行解散勢或不能，為免操之過急，反足釀成大變而忍讓相勸之情節，社會秩序既因解散而恢復，自無處罰之必要（司法院76廳刑一字第1669號函之13）。

三、請回答下列問題：

(一) 我國刑法中設有刑罰與保安處分，試說明兩者在本質上有何差異？(15分)

(二) 我國刑法中所規定之保安處分有那些種類？(10分)

(三) 法院在何情況下得以保安處分代替刑罰之執行，請依我國現行之刑法規定，試舉出一例並附理由說明之。(15分)

【擬答】：

※我國刑法中設有刑罰與保安處分，試說明兩者在本質上有何差異？

(一) 國家為了維護社會安定的必要性，對於無責任能力人、限制責任能力人或具有特殊危險性的有責任能力人，在刑罰制裁之外，復以矯治、感化、醫療、禁戒等方法所為具有司法處分性質的特別預防措施。

刑法的法律效果除刑罰之外，尚須建立其他的特別法律效果，用以達成預防危險的目的。此等特別的法律效果即係以社會危險性為基礎的保安處分。因此，保安處分與刑罰遂成為刑法的「法律效果雙軌制」。

此外，兩者尚有如下區別：

1. 刑罰是對犯罪的一種責任非難，保安處分則不以責任非難為要素。

2. 刑罰是以犯罪行為為前提所科的效果，保安處分則是以行為人將來危險性為處分要件。

3. 刑罰是對過去犯罪的應報，保安處分則是為除去行為人將來的危險性。

※我國刑法中所規定之保安處分有那些種類？

(一) 運用保安處分，是為了防止犯罪人再度犯罪，因此不是所有犯罪人都會被宣告保安處分。保安處分有七種 (§86~89)：感化教育、監護處分、禁戒處分、強制工作、強制治療、保護管束、驅逐出境。各種保安處分有其各自的目的：感化教育用以對付少年犯 (§86)；監護處分用以對付精神疾病犯罪人 (§87)；禁戒處分用以對付毒癮或酒癮的犯罪人 (§88~89)；強制工作用以對付習慣犯 (§90)；強制治療用以對付傳染性病的犯罪人 (§91) 以及性犯罪人 (§91-1)；保護管束用以對付假釋的出獄人與受緩刑宣告的人 (§93)；驅逐出境當然是對付外國人 (§95)。

※法院在何情況下得以保安處分代替刑罰之執行，請依我國現行之刑法規定，試舉出一例並附理由說明之。

(一) 依第86條第2項（因未滿18歲犯罪而施以感化教育）、第87條第2項（因有第19條第2項及第20條之原因而施以監護處分）規定宣告之保安處分，其先執行徒刑者，於刑之執行完畢或赦免後，認為無執行之必要者，法院得免其處分之執行；其先執行保安處分者，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。

(二) 依第88條第1項、第89條第1項（禁戒處分）、第90條第1項（強制工作）、第91條第2項（強制治療）規定宣告之保安處分，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。

四、A 與B 共謀殺甲，某日深夜趁甲睡覺時侵入甲宅，共同以頭悶死甲。事實上，當時甲僅是昏迷而已，A、B 卻誤以為甲已經死亡，而將甲丟入河裡，甲因此弱死。試問A、B 之行為應如何處斷？

【擬答】：

本題屬於因果歷程錯誤之題型，因果歷程錯誤之法律評價，依通說見解應是錯誤是否具有重要性而斷，若錯誤具重要性，則中斷原因果關係之歷程，不成立既遂，反之倘錯誤不具重要性，則不影響既遂之成立，本題即屬不重要之因果歷程錯誤，AB 應成立共同殺人既遂罪。

五、C 唆使D 殺乙，當D 埋伏在乙宅附近等待乙返家時，D 遭警察逮捕。試問C、D 之行為應如何處斷？

【擬答】：

本題涉及刑法第二十九條教唆犯之修正，新法已對教唆犯改採限制從屬性說，以被教唆者實行犯罪（構成要件該當且違法）為教唆犯成罪之前提要件，D 埋伏等待即為警察逮捕，依著手理論（通說之主客觀混合理論或實務之形式客觀理論），D 僅成立預備殺人罪。至教唆者C，如依D 尚未達著手實行犯罪階段而言，C 不成立教唆犯。然有不同見解認為，所謂實行犯罪僅需被教唆者實現刑法處罰之犯罪即可，故本題D 已成立預備殺人罪，C 應論以教唆預備殺人罪。

六、丙從二樓將皮包丟給樓下的丁，當丁正打算彎腰從地上拾起該皮包時，E 正巧經過而先拾起該皮包後即逃走。事後，E 發現皮包裡有一萬元現金、信用卡、提款卡等，於是又以該提款卡到銀行提款機提領八萬元現金。試問E 之行為應如何處斷？

【擬答】：

本題應討論E 所為究成立侵占遺失物罪或搶奪罪，因丙將皮包丟給丁，丁正彎腰欲拾取，該皮包並未脫離丙丁之持有關係，故以論搶奪罪為宜。另E 再持提款卡盜領八萬元現金，並非以不正方法領款，故未成立不正方法自付款設備詐取罪，而應論竊盜罪，惟此與前揭搶奪罪乃二行為侵害同一法益（財產法益）屬不罰後行為，故僅論搶奪罪已足。

七、F 男（十七歲）結識戊女（十四歲）後，經常與戊發生性行為。不久，F 得知戊已懷孕，於是說服戊離家與自己同居生活。試問F 之行為應如何處斷？

【擬答】：

本題戊女乃十四歲以上未滿十六歲之人，為刑法第二二七條第三項準強制性交罪之客體，故F 男即成立該罪，惟因其未滿十八歲，依同法第二二八條規定得減免其刑。另F 男說服戊女離家同居，戊女顯非無家庭之人，則F 男另成立同法第二四〇 條第一項之和誘罪。兩罪應併罰之。

八、何謂「陷害教唆」？請予以闡述及舉例加以說明。並且論述陷害教唆者是否應負教唆犯之刑責？（30 分）

【擬答】：

（一）陷害教唆的意義

陷害教唆又稱虛偽教唆，係指教唆人主觀上欠缺教唆既遂故意，經常發生於臥底警察偵查的情況。例如，臥底警探誘使犯罪集團到銀樓行竊，並安排警方於行竊之際加以逮捕；又如，臥底警察向販毒集團接觸，表示要購買毒品，於販毒集團交付毒品之後，立刻逮捕。在上述情形中，雖然臥底警探主觀上認識形式上已經實現構成要件，由於其仍能控制法益侵害不發生，因此欠缺利益侵害的認識，不具備教唆既遂故意。

（二）陷害教唆者不負教唆犯之刑責

實質上，由於教唆行為之處罰基礎在於其透過他人製造法益侵害，故而教

唆人之主觀不法也應以對法益侵害有預見為必要。所以，教唆人雖然預見其行為使他人產生犯罪決意，但是不可能達於既遂時，即欠缺主觀不法。由此可知，教唆犯的主觀要件為「雙重教唆故意」，包括「教唆故意」與「教唆既遂故意」，教唆故意係指行為人對於其行為會引起他人犯罪決意至少有或然認識；教唆既遂故意則係指促使被教唆人實現構成要件之意思。綜上，陷害教唆因欠缺教唆既遂故意，不構成教唆犯。

九、刑法第九十條第一項規定：「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作」。此乃強制工作之保安處分規定。請由保安處分制度之目的與功能，評斷以強制工作此一手段作為保安處分之妥適性。（35 分）

【擬答】：

（一）保安處分之目的與功能

1. 保安處分與「刑罰」異，並非以罪責，而是以社會危險性為基礎。簡之，刑罰權的發動是

在回顧過去，以發生過的犯罪行為作基礎來量定罪責，而受到罪責原則的制約；保安處分

的使用，則是在「前瞻未來」，以行為人本身所具有的危險性為考慮，兼重社會防衛。也

因此，雖然手段強弱與時間久暫處於不確定狀態，只能以比例原則加以約束。

2. 誠如92年台非字第338號判決所言：「保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束

其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度」。其手段既多具有

（病態）矯治的意義，復不以罪責原則為基礎，無所謂罪罰相當的問題，自得不受算定責

任所必須的「行為時」限制，而得隨時就措施的種類與方式做出變更，以「即時有效」的

治療等措施，預防未來再犯。

（二）強制工作」保安處分之妥適性

1. 關於強制工作，大法官會議於釋字第五二八號解釋固曾指出：「刑事法保安處分之強制工作，旨在對有犯罪習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或怠惰成習而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的。」惟在其與改善危險性（尤其是組織犯罪的危險性）間的因果關係仍欠缺實證下，刑事政策上應檢討的，是立法必要性與功能性問題；如果必須養成這類人的勞動習慣，也應當屬於社會法的範疇，而非刑法。

2. 將之視為特殊的刑法「制裁」手段，再以此拘束人身自由的保安處分具有類似刑罰的作用（strafähnliche Wirkung），以罪刑法定原則予以保護（2005年刑法修正第一條後段），主張禁止溯及，根本已與保安處分特別預防的制度目的背離。

十、某甲深夜騎機車不慎撞到乙致乙當場死亡後，並未離開現場，但卻以目擊者身分打電話報警，

而向前來處理事故的員警謊稱自己是目擊者，見到乙是遭不明車輛撞及。然而後經警察局調閱路口監視器始發現，乙是遭甲之機車所撞，當時根本沒有其他車輛。故除了甲撞傷乙的過失致死罪名外，警察局又以肇事逃逸罪名移送甲。試問警察局以肇事逃逸罪名移送甲是否正確？請由刑法第一八五條之四肇事逃逸罪之立法目的論述上揭問題。（35分）

【擬答】：

警察局以本罪移送甲是否正確與刑法第185條之4所保護的法益有關，以下分述之：

（一）生命身體安全的保障

本罪立法理由提到，為維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護，特增設本條，刑度並參考遺棄罪之規定。因而實務上均認為本罪保護的法益為生命、身體安全的保障，為遺棄罪的特別規定。本題中，甲不慎撞到乙後，並未離開現場，雖以目擊者身份報警處理，仍不違本罪之立法目的，警察局之移送應屬有誤。然就乙當場死亡的部分，有學者認為，對於已經死亡之人，不再有施救的意義，條文以被害人死亡為要件的部分，為矛盾立法。

（二）公共安全的保障

從本條所在的立法章節而言，應是保護公共安全，因為大部分車禍都會留下殘破、混亂的現場讓人驚懼，也會引發後續的公共危險，任何肇事者都有義務監控這種公共危險狀態，不讓實際的侵害發生。本題中，甲肇事後，並未逃離，雖以目擊者身份報警，對公共安全的保障尚無違反，警察局的移送應屬有誤。

（三）民事請求權的保障

學說上有認為本條是參考德國刑法第一四二條之規定，立法目的在排除交通事故證據消失之危險，而使交通事故原因之調查，不致限於困境重重之境，其利益兼及交通事故之雙方參與者，係用以確保民事損害之請求權，故屬抽象之財產危險。本題中，甲雖未逃離現場，但以目擊者的身份報警，謊稱乙係遭不明車輛撞及，有礙乙之家屬的民事求償權，警察局將甲移送的行為並無不法。

（四）確認利益

新近文獻，確認本條結構上參考了德國刑法第142條與第323c條消極不為救助罪，指出本罪所保護法益在於肇事參與者「停留現場以便確認事故發生相關事項」之義務：交通工具的使用雖為容許風險範圍，但交通事故的參與人應理解為危險共同體，藉由事故發生後，於現場留滯適當期間陳述與報告，使有調查或確認事故權責者（含事故參與人、行政機關或司法機關），釐清事故因果關係及確認法律責任歸屬之可能，此可稱之為「確認利益」，併予說明。

一、

（一）刑法規定之文書與有價證券如何區別？

（二）偽造他人銀行信用用卡並行使之或偽造高速公路回數票並行使之，各應成立何罪名？

【擬答】：

※刑法規定之文書與有價證券如何區別？

- (一) 所謂有價證券，係指表彰一定財產價值（財產權）的證券，在性質上是文書的一種，其特徵在於：財產權之發生、移轉或行使須以占有該證券為要件。若證券上所表示的內容，僅係證明某種權利的存在（如債權證書），或不占有該證券亦得行使權利時，則屬一般「文書」的範圍，而非有價證券。有爭議的是，有價證券是否須具有流通性？

實務早期認為，有價證券須以具有流通性為必要，否則即屬於一般文書（31上1918，35院解3291，43台非45），但晚近態度則採否定說，其認為證券有無市場價格，是否具備一般流通性，並非所問。45台上字1118號判謂：「有價證券並不以流通買賣為必要條件，苟證券上權利之發生移轉或行使，有其一以證券之占有為要件時，均屬有價證券之範圍，公教人員之實物配給票，於領取實物時以配給票之占有為前提，一旦喪失占有，即不能享有配給票上之權利，實為政府對所屬公教人員一種實物待遇之證券，其本身即與現金待遇之幣券並無二致，縱係禁止轉讓亦不得謂非有價證券，原審徒以其不能在市面流通，即認為係刑法第212條之一種證書，見解殊有未合」。

※偽造他人銀行信用用卡並行使之或偽造高速公路回數票並行使之，各應成立何罪名？

- (一) 1. 按信用卡係屬代替現金支付之工具，本身表彰特定之財產（金錢）價值，其性質與有價證券相同，持偽造之信用卡向商店職員購買商品，應屬行使詐術之行為，商家倘因之詐術行為而陷於錯誤，並將商品交付，應成立201條之1第2項行使偽造信用卡罪與第339條第1項之詐欺取財罪。所犯二罪屬於一行為觸犯數罪名，應依想像競合從一重之行使偽造信用卡罪處斷。2. 簽帳單之主要功能在於使特約商店能確認持卡人與提示之人是否為同一人，屬於私文書之一種。於簽帳單上偽簽之姓名，足生損害於他人，故應成立刑法第210條之偽造私文書罪（偽造署押之部分不另論罪）。又簽名後交予，係屬於對該簽帳單上之法律關係有所主張，故應成立刑法第216條之行使偽造私人文書罪。所犯之偽造私文書罪與行使偽造私文書罪，具有保護法益之同一性，偽造私文書罪屬與罰之前行為，故僅論刑法第216條之行使偽造文書罪為已足。
2. 所犯之偽造信用卡罪與行使偽造信用卡罪，亦具有保護法益之同一性，故僅適用偽造信用卡罪處罰為已足。又偽造信用卡與行使偽造私文書，雖屬先後二個獨立之行為，惟均屬保護同一法益（之公共信用）之犯罪，依法規競合之法理，行使偽造私文書應屬與罰之後行為，故僅適用偽造信用卡罪處罰為已足（註：實務論牽連犯）。
- (二) 高速公路回數票衡諸上開見解應屬公務員職務上製作之公文書，故偽造該票並持以行使，俾得免除交付過路費之義務，應成立刑法第二一一條之偽造公文書罪（進而行使之低度行為為其偽造之高度行為所吸收，不另論罪），又偽造公文書罪復與同法第三三九條第二項之詐欺得利罪有方法目的原因結果之牽連關係，依同法第五十五條規定從較重之偽造公文書罪處斷。

- 二、A政黨支持者甲未經合法申請集會遊行即率乙、丙、丁及其他數十名群眾至立法院前為院內正在進行審查之法案抗議，並與B政黨之支持群眾即將發生衝突。轄區內警察出面維持秩序並舉牌且透過麥克風發布解散命令，促群眾民眾解散離去。

試問：

- (一) 甲、乙、丙、丁四人在轄區警察下達解散命令三次後，因恐遭警方逮捕，故解散群眾離去。則甲、乙、丙、丁四人是否成立犯罪？試申論之。(15分)
- (二) 如甲、乙、丙、丁四人在轄區警察下達解散命令三次後，仍不肯率眾離去，轄區警察當時因考慮現場群眾擁擠，情緒激動，恐操之過急，反釀暴動，會造成更大之危害，故並未逮捕民眾，而繼續再發布解散命令，勸令民眾離去，一直到轄區警察下達第六次解散命令之後，甲始率乙、丙、丁悻悻然解散群眾，各自返家。
上開甲、乙、丙、丁四人所為是否成立犯罪？試申論之。(15分)

【擬答】：

※甲、乙、丙、丁四人在轄區警察下達解散命令三次後，因恐遭警方逮捕，故解散群眾離去。則

甲、乙、丙、丁四人是否成立犯罪？試申論之。

- (一) 唯有以「不作為」的行為方式，才能實現不法構成要件的不作為犯，亦即此種犯罪的不法構成要件係以「不作為」的形式而為規定。
純正不作為犯，係以「不作為」的方式抵觸刑法「命令規範」的犯罪類型。「命令規範」係要求行為人必須履行一定之「作為義務」，而行為人祇要不作為（亦即無須任何結果的發生），即已充足該規範的不法內涵。換言之，純正不作為犯係違犯「法律明定以不作為之行為方式為構成要件」的犯罪類型。例如聚眾不解散罪 (§149)、消極留滯住宅罪 (§306 II)

※如甲、乙、丙、丁四人在轄區警察下達解散命令三次後，仍不肯率眾離去，轄區警察當時因考

慮現場群眾擁擠，情緒激動，恐操之過急，反釀暴動，會造成更大之危害，故並未逮捕民眾，

而繼續再發布解散命令，勸令民眾離去，一直到轄區警察下達第六次解散命令之後，甲始率

乙、丙、丁悻悻然解散群眾，各自返家。

- (一) 刑法第149條：公然聚眾，意圖為強暴、脅迫，已受該管公務員解散命令三次以上，而不解散者，在場助勢之人，處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金；首謀者，處三年以下有期徒刑。

(二) 犯罪構成要件

1. 行為主體：

本罪為一般犯，惟其性質上屬聚眾犯，因此必須具備多數人之要素。

2. 行為：

- (1) 本罪之行為乃公然聚眾，於已受該管公務員解散命令三次以上，而仍不遵令解散。本罪在性質上屬於「純正不作為犯」，行為人祇須消極地不為解散（不作為），即足成立本罪。
- (2) 所謂解散，須出於任意性，若因公力驅散，或為避免逮捕而被迫逃走，即非解散，仍應成立本罪。
- (3) 法律之以課予聚眾行為人解散之義務，乃在於行為人公然聚眾之事實，已達足以危害公共秩序或地方安寧之程度，故行為人對於造成公共秩序法益侵害之危險，係在不解散之前的公然聚集狀態，而解散之目的，乃在消弭此一妨害社會秩序之狀態。

3. 主觀要件：

本罪之主觀要件要素有二：一為構成要件故意（不解散之故意），一為強暴脅迫之意圖。若欠缺強暴脅迫之意圖，即屬憲法上所保障之集會遊行自由，當然不成立本罪。又強暴脅迫之意圖，得於公然聚眾之前或之初形成，即使於聚眾過程之中，甚至在聚眾之後始生此意圖，均無不可。

※公然聚眾，意圖為強暴脅迫，受該管公務員解散命令四、五次以上始行解散，是否成立本罪？

（一）肯定說：

若已受解散命令三次而不解散，即應成立本罪，縱令受更多次以上之命令始告解散，對於已成立之本罪亦不應生任何影響。

（二）否定說（多數說）：

本罪為純正不作為犯，以不解散為要件，如已解散，縱超過三次命令以上，其於公共秩序既無重大之妨害，自不應處罰。蓋本罪之設，旨在維持秩序，參以該管公務員於下達解散命令三次以後，仍再命令解散，顯係考慮人數擁擠，即行解散勢或不能，為免操之過急，反足釀成大變而忍讓相勸之情節，社會秩序既因解散而恢復，自無處罰之必要（司法院76廳刑一字第1669號函之13）。

三、請回答下列問題：

（一）我國刑法中設有刑罰與保安處分，試說明兩者在本質上有何差異？（15分）

（二）我國刑法中所規定之保安處分有那些種類？（10分）

（三）法院在何情況下得以保安處分代替刑罰之執行，請依我國現行之刑法規定，試舉出一例並附理由說明之。（15分）

【擬答】：

※我國刑法中設有刑罰與保安處分，試說明兩者在本質上有何差異？

（一）國家為了維護社會安定的必要性，對於無責任能力人、限制責任能力人或具有特殊危險性的有責任能力人，在刑罰制裁之外，復以矯治、感化、醫療、禁戒等方法所為具有司法處分性質的特別預防措施。

刑法的法律效果除刑罰之外，尚須建立其他的特別法律效果，用以達成預防危險的目的。此等特別的法律效果即係以社會危險性為基礎的保安處分。因此，保安處分與刑罰遂成為刑法的「法律效果雙軌制」。

此外，兩者尚有如下區別：

1. 刑罰是對犯罪的一種責任非難，保安處分則不以責任非難為要素。

2. 刑罰是以犯罪行為為前提所科的效果，保安處分則是以行為人將來危險性為處分要件。

3. 刑罰是對過去犯罪的應報保安處分則是為除去行為人將來的危險性。

※我國刑法中所規定之保安處分有那些種類？

（一）運用保安處分，是為了防止犯罪人再度犯罪，因此不是所有犯罪人都會被宣告保安處分。保安處分有七種（§86~89）：感化教育、監護處分、禁戒處分、強制工作、強制治療、保護管束、驅逐出境。各種保安處分有各自的目的：感化教育用以對付少年犯（§86）；監護處分用以對付精神疾病犯罪人（§87）；禁戒處分用以對付毒癮或酒癮的犯罪人（§88~89）；強制工作用以對付習慣犯（§90）；強制治療用以對付傳染性病的犯罪人（§91）以及性犯罪人（§91-1）；保護管束用以對付假釋的出獄人與受緩刑宣告的人（§93）；驅逐出境當然是對付外國人（§95）。。

※法院在何情況下得以保安處分代替刑罰之執行，請依我國現行之刑法規定，試舉出一例並附理由說明之。

- (一) 依第86條第2項（因未滿18歲犯罪而施以感化教育）、第87條第2項（因有第19條第2項及第20條之原因而施以監護處分）規定宣告之保安處分，其先執行徒刑者，於刑之執行完畢或赦免後，認為無執行之必要者，法院得免其處分之執行；其先執行保安處分者，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。
- (二) 依第88條第1項、第89條第1項（禁戒處分）、第90條第1項（強制工作）、第91條第2項（強制治療）規定宣告之保安處分，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。

四、A與B共謀殺甲，某日深夜趁甲睡覺時侵入甲宅，共同以而頭悶死甲。事實上，當時甲僅是昏迷而已，A、B卻誤以為甲已經死亡，而將甲丟入河裡，甲因此弱死。試問A、B之行為應如何處斷？

【擬答】：

本題屬於因果歷程錯誤之題型，因果歷程錯誤之法律評價，依通說見解應是錯誤是否具有重要性而斷，若錯誤具重要性，則中斷原因果關係之歷程，不成立既遂，反之倘錯誤不具重要性，則不影響既遂之成立，本題即屬不重要之因果歷程錯誤，AB應成立共同殺人既遂罪。

五、C唆使D殺乙，當D埋伏在乙宅附近等待乙返家時，D遭警察逮捕。試問C、D之行為應如何處斷？

【擬答】：

本題涉及刑法第二十九條教唆犯之修正，新法已對教唆犯改採限制從屬性說，以被教唆者實行犯罪（構成要件該當且違法）為教唆犯成罪之前提要件，D埋伏等待即為警察逮捕，依著手理論（通說之主客觀混合理論或實務之形式客觀理論），D僅成立預備殺人罪。至教唆者C，如依D尚未達著手實行犯罪階段而言，C不成立教唆犯。然有不同見解認為，所謂實行犯罪僅需被教唆者實現刑法處罰之犯罪即可，故本題D已成立預備殺人罪，C應論以教唆預備殺人罪。

六、丙從二樓將皮包丟給樓下的丁，當丁正打算彎腰從地上拾起該皮包時，E正巧經過而先拾起該皮包後即逃走。事後，E發現皮包裡有一萬元現金、信用卡、提款卡等，於是又以該提款卡到銀行提款機提領八萬元現金。試問E之行為應如何處斷？

【擬答】：

本題應討論E所為究成立侵占遺失物罪或搶奪罪，因丙將皮包丟給丁，丁正彎腰欲拾取，該皮包並未脫離丙丁之持有關係，故以論搶奪罪為宜。另E再持提款卡盜領八萬元現金，並非以不正方法領款，故未成立不正方法自付款設備詐取罪，而應論竊盜罪，惟此與前揭搶奪罪乃二行為侵害同一法益（財

產法益)屬不罰後行為，故僅論搶奪罪已足。

七、F 男(十七歲)結識戊女(十四歲)後，經常與戊發生性行為。不久，F 得知戊已懷孕，於是說服戊離家與自己同居生活。試問F 之行為應如何處斷？

【擬答】：

本題戊女乃十四歲以上未滿十六歲之人，為刑法第二二七條第三項準強制性交罪之客體，故F男即成立該罪，惟因其未滿十八歲，依本法第二二八條規定得減免其刑。另F男說服戊女離家同居，戊女顯非無家庭之人，則F男另成立本法第二四〇條第一項之和誘罪。兩罪應併罰之。

八、何謂「陷害教唆」？請予以闡述及舉例加以說明。並且論述陷害教唆者是否應負教唆犯之刑

責？(30分)

【擬答】：

(一) 陷害教唆的意義

陷害教唆又稱虛偽教唆，係指教唆人主觀上欠缺教唆既遂故意，經常發生於臥底警察偵查的情況。例如，臥底警探誘使犯罪集團到銀樓行竊，並安排警方於行竊之際加以逮捕；又如，臥底警察向販毒集團接觸，表示要購買毒品，於販毒集團交付毒品之後，立刻逮捕。在上述情形中，雖然臥底警探主觀上認識形式上已經實現構成要件，由於其仍能控制法益侵害不發生，因此欠缺利益侵害的認識，不具備教唆既遂故意。

(二) 陷害教唆者不負教唆犯之刑責

實質上，由於教唆行為之處罰基礎在於其透過他人製造法益侵害，故而教唆人之主觀不法也應以對法益侵害有預見為必要。所以，教唆人雖然預見其行為使他人產生犯罪決意，但是不可能達於既遂時，即欠缺主觀不法。由此可知，教唆犯的主觀要件為「雙重教唆故意」，包括「教唆故意」與「教唆既遂故意」，教唆故意係指行為人對於其行為會引起他人犯罪決意至少有或然認識；教唆既遂故意則係指促使被教唆人實現構成要件之意思。綜上，陷害教唆因欠缺教唆既遂故意，不構成教唆犯。

九、刑法第九十條第一項規定：「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作」。此乃強制工作之保安處分規定。請由保安處分制度之目的與功能，評斷以強制工作此一手段作為保安處分之妥適性。(35分)

【擬答】：

(一) 保安處分之目的與功能

1. 保安處分與「刑罰」異，並非以罪責，而是以社會危險性為基礎。簡之，刑罰權的發動是

在回顧過去，以發生過的犯罪行為作基礎來量定罪責，而受到罪責原則的制約；保安處分

的使用，則是在「前瞻未來」，以行為人本身所具有的危險性為考慮，兼重社會防衛。也

因此，雖然手段強弱與時間久暫處於不確定狀態，只能以比例原則加以約

束。

2. 誠如92年台非字第338號判決所言：「保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束

其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度」。其手段既多具有

(病態)矯治的意義，復不以罪責原則為基礎，無所謂罪罰相當的問題，自得不受算定責

任所必須的「行為時」限制，而得隨時就措施的種類與方式做出變更，以「即時有效」的

治療等措施，預防未來再犯。

(二) 強制工作」保安處分之妥適性

1. 關於強制工作，大法官會議於釋字第五二八號解釋固曾指出：「刑事法保安處分之強制工作，旨在對有犯罪習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或怠惰成習而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的。」惟在其與改善危險性(尤其是組織犯罪的危險性)間的因果關係仍欠缺實證下，刑事政策上應檢討的，是立法必要性與功能性問題；如果必須養成這類人的勞動習慣，也應當屬於社會法的範疇，而非刑法。

2. 將之視為特殊的刑法「制裁」手段，再以此拘束人身自由的保安處分具有類似刑罰的作用(strafähnliche Wirkung)，以罪刑法定原則予以保護(2005年刑法修正第一條後段)，主張禁止溯及，根本已與保安處分特別預防的制度目的背離。

十、某甲深夜騎機車不慎撞到乙致乙當場死亡後，並未離開現場，但卻以目擊者身分打電話報警，

而向前來處理事故的員警謊稱自己是目擊者，見到乙是遭不明車輛撞及。然而後經警察局調閱路口監視器始發現，乙是遭甲之機車所撞，當時根本沒有其他車輛。故除了甲撞傷乙的過失致死罪名外，警察局又以肇事逃逸罪名移送甲。試問警察局以肇事逃逸罪名移送甲是否正確？請由刑法第一八五條之四肇事逃逸罪之立法目的論述上揭問題。(35分)

【擬答】：

警察局以本罪移送甲是否正確與刑法第185條之4所保護的法益有關，以下分述之：

(一) 生命身體安全的保障

本罪立法理由提到，為維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護，特增設本條，刑度並參考遺棄罪之規定。因而實務上均認為本罪保護的法益為生命、身體安全的保障，為遺棄罪的特別規定。本題中，甲不慎撞到乙後，並未離開現場，雖以目擊者身份報警處理，仍不違本罪之立法目的，警察局之移送應屬有誤。然就乙當場死亡的部分，有學者認為，對於已經死亡之人，不再有施救的意義，條文以被害人死亡為要件的部分，為矛盾立法。

(二) 公共安全的保障

從本條所在的立法章節而言，應是保護公共安全，因為大部分車禍都會留下殘破、混亂的現場讓人驚懼，也會引發後續的公共危險，任何肇事

者都有義務監控這種公共危險狀態，不讓實際的侵害發生。本題中，甲肇事後，並未逃離，雖以目擊者身份報警，對公共安全的保障尚無違反，警察局的移送應屬有誤。

(三) 民事請求權的保障

學說上有認為本條是參考德國刑法第一四二條之規定，立法目的在排除交通事故證據消失之危險，而使交通事故原因之調查，不致限於困境重重之境，其利益兼及交通事故之雙方參與者，係用以確保民事損害之請求權，故屬抽象之財產危險。本題中，甲雖未逃離現場，但以目擊者的身份報警，謊稱乙係遭不明車輛撞及，有礙乙之家屬的民事求償權，警察局將甲移送的行為並無不法。

(四) 確認利益

新近文獻，確認本條結構上參考了德國刑法第142條與第323c條消極不為救助罪，指出本罪所保護法益在於肇事參與者「停留現場以便確認事故發生相關事項」之義務：交通工具的使用雖為容許風險範圍，但交通事故的參與人應理解為危險共同體，藉由事故發生後，於現場留滯適當地期間陳述與報告，使有調查或確認事故權責者（含事故參與人、行政機關或司法機關），釐清事故因果關係及確認法律責任歸屬之可能，此可稱之為「確認利益」，併予說明。

一、試問{裁判確定後}刑法法律發生變更，對受刑人及保安處分之人發生何種效力？

答：(一)對受刑人之效力：依刑法第二條第三項規定，處罰之裁判確定後，未執行或執行位完畢，而法律有變更，不處罰其行為者，免其行之執行。

(二)對受保安處分之人之效力：依九十四年修正前之舊法規定，判決確定後，刑法法律發生變更，對受保安處分之人不發生任何效力。但依刑法修正第二條第三項之規定，若裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更，不施以保安處分者，免其保安處分之執行。

二、何謂純正身分犯？何謂不純正身分犯？

答：身分犯，又稱特別犯，其意義為行為人必須特定身分或資格，始得成立之犯罪。身分犯又可分為純正身分犯及不純正身分犯，分述如下：

(一)純正身分犯：純正身分犯是指行為人須具備特定的身分或資格，始得成立之犯罪，若不具備此等資格，無法獨自為犯此等犯罪，而必須參與具有特定資格或條件者所為犯之行為，始能成立該罪之唆犯或幫助犯。例如：不具公務員身分之妻子，無法獨立成立公務員收賄罪，但若其與有公務員身分的丈夫一同

收賄，則可成立公務員收賄罪的教唆犯或幫助犯。簡言之，在純正身分犯的部分，特定的身分或資格具有創設刑罰之意義。

(二)不純正身分犯：不純正身分犯是指行為人必須具備特定的身分或資格，始得成立之犯罪，若不具備此等資格，則只成立基本構成要件之犯罪。例如：甲與乙共同殺害乙父，甲因為不具備與被害人的直系血親尊親屬關係，因此不成立殺害直系血親尊親屬罪，只成立殺人罪。

三、何謂故意？何謂動機？兩者有何不同？

答：(一)故意之意義：所謂故意，係指明知犯罪之構成事實，且進而決定為其行為之意。可知其成立要件有二：其一為必須有構成犯罪事實之認識，此為知的要素。其二則必須有行為之決意，此乃卻的要素。

(二)動機之意義：所謂動機，又稱為犯罪之遠因，乃決定犯罪意思之間接原動力，例如：迫於飢寒而行竊，此飢寒即為動機。

(三)兩者之區別：

- 1、故意依刑法分則各條條文之規定，可作抽象之存在故意與否之認：而動機則須就所犯之各罪，為個別具體審查。
- 2、故意為成立犯罪之主觀構成要件，動機則非犯罪成立之要件，而刑法第五十七條的量刑時應審酌之事由之一，因為科刑標準上應考量到行為人的應刑罰性，其動機之良善與否，與科刑之高低必有影響。

四、緊急避難成立要件為何？如果行為人所為之行為，具有緊急避難的條件，則其究竟是阻卻違法之事由，抑或是阻卻責任之事由？

答：(一)緊急避難的成立要件：依刑法第二十四條第一項規定，「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」，第二項規定，「前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。」依此分析，可知緊急避難之成立要件如下：

- 1、避難行為必須是出避難意思。
- 2、緊急危難之存在。
- 3、危難所針對法益之範圍，以生命、身體、自由、財產等四項為限。如果危難所影響到的僅僅是自己或他人之名譽則不屬之。
- 4、危難必須緊急：所謂緊急危難必須是一種突發事件，若非立即採取挽救行為，則法益之受侵害即無法排除者即屬緊急。
- 5、緊急避難行為：
 - (1)避難行為須具有適當性、必要性及衡平性：換言之，避難行為所侵害的法益，必須是在緊急危難的情狀下，避

難人別無他法而不得不加以犧牲的。同時，避難行為所破壞之法益，如果反而大於所保全的法益，也算是避難行為過當。因此避難行為所保全的法益必須顯大於所侵害的法益，始足以符合衡平性之要求。

(2)避難人必須未負有特別義務：在公務上或業務上負有特別義務者，如果能夠在緊急情形下利用緊急避難的藉口，則其職務之執行根本就無法期望其達成，故而特設例外，不許有特別義務者主張緊急避難。

(二)合乎緊急避難條件之行為係阻卻違法事由，刑法第二十四條第一項所稱者，乃是「不罰」。不罰在我國刑法上所指涉者雖有「阻卻違法」與「阻卻責任」兩種用法，但緊急避難行為在其本質上並不與法律規範價值相衝突，亦即不具有實質的違法意識與客觀法價值之違反性，所以應認定其為阻卻違法行為。至於過當之避難行為，始屬減輕或免除刑罰之情形。

五、不純正不作為犯之成立，以有防止結果發生之義務為前提，何種情形下始有防止之義務？

答：依刑法第十五條之規定，對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。是必須在法律上防止結果發生義務之人不防止特定之法益侵害結果發生，始應負不純正不作為犯之責任。而所謂之防止結果發生之義務，即所謂的保證人地位，依學說之見解有下列為種情形：

(一)法令之規定：例如依民法第一零八四條規定，父母對於未成年子女有保護教養義務。

(二)自願承擔義務：例如：游泳池裡的救生員開始值勤時，即開始承擔保護泳客在游泳池中安全的義務，有義務去救護溺水之泳客。

(三)危險共同體：指為了達到特定目的而組成之彼此信賴互助並互負排除危難義務之團體，例如：登山探險隊的隊員之間。

(四)最近親屬關係：例如配偶、父母子女等，相互對彼此生命、身體法益居於保證人地位。

(五)危險源監督義務：所謂危險源是指具有發生破壞法益之較高危險之物，例如飼養鱷魚之人，對於他人不因其飼養之鱷魚而遭受危險，居於保證人地位。

(六)危險前行為：刑法第十五條第二項規定，「因自己行為致有發生一定結果之危險者，負防止其發生之義務。」例如：甲駕車時闖紅燈撞傷過馬路的行人乙，此時甲對乙的生命身體法益負有救助的作為義務。

六、未遂犯與既遂犯如何區別？未遂犯之構成要件為何？

答:(一)區別：未遂犯乃是著手於犯罪行為之實行而不遂之謂。具體來說，如果行為人著手於犯罪行為之實行，並且完全實現犯罪構成要件，則為犯罪刑之既遂。反之，如果行為人已著手於犯罪行為之實行而未完全實現構成要件要素，則為犯罪之未遂，至於未被實現的構成要件要素則未必是構成要件結果，也可能是因果關係或其他構成要件要素。例如：甲出於殺人故意，對乙開槍，結果未打中要害，未發生乙死亡之結果，此時甲的開槍行，成立殺人未遂罪，或例如甲出於殺人故意，對乙開槍，結果子彈未射中乙之前，乙就突然心臟病發死亡，雖然仍然發生乙死亡之事實，但並非甲開槍行為所造成，欠缺因果關係，此時甲亦是成立殺人未遂罪。

(二)未遂犯之構成要件：依刑法第二十五條第二項前段規定，未遂犯之處罰，以有特別規定者為限。換言之，未遂犯成立之前提是法對該罪的未遂行為設有處罰之規定。

1、主觀構成要件：行為人主觀上具有實現犯罪之故意，換言之，成立遂犯之主觀要件，與成立既遂犯罪之主觀要件並無差異。

2、客觀構成要件：

(1)著手實行犯罪行為：依學說上多數說法，著手之標準採取主客觀混合理論，即行為人直接依其對於行為之認識，而開始實行足以實現構成要件之行為，依一般人之客觀觀察，亦足以為行為人已開始實足以實現構成要件之行為，即可認定行為已達著手實行的行為階段。

(2)未完全實現犯罪構成要件，若行為人之行為已完全實現犯罪構成要件，則此時已為犯罪之既遂。

3、違法且有責。

七、何謂間接正犯？在何種情形下可成立間接正犯？何種犯罪類型不能成立間接正犯？

答:(一)意義：所謂的間接正犯是指居於意思支配地位，利用他人不成立犯罪的行為，以達到自己的犯罪目的。被利用之該他人可能因為構成要件不該當，不具違法性或無責任能力而不成立犯罪。

(二)成立間接正犯的情形：

1、利用他人構成要件不該當的行為：

(1)該他人欠缺故意之行為：例如甲意圖殺死乙，乃郵寄炸彈包裹一個，由郵差投遞，於乙接獲包裹拆卸時果然被炸身亡，郵差對其所投遞之物為炸彈並無認識，因此不具有故意。

(2)利用他人不具備要件該當性之行為：例如甲為了殺盲人乙，而誘引乙觸摸高壓電，此時乙的行為為自殺行為，不具有構成要件該當性。

2、利用他人不具違法性的行為：例如甲與乙交惡，得知乙與殺

手丙有不睦，因此從中挑撥，告訴乙說丙計畫乙，乙一氣之下，提刀卻殺丙，反被丙反擊而死。此時丙的行為為正當防衛，不具有違法性，不成立犯罪。

3、利用他人無罪責之行為：例如甲教唆十二歲之乙潑灑汽油焚燒丙所開設之 KTV。此時因為乙是刑法無責任能力人，不成立犯罪。

(三)不能成立間接正犯之犯罪類型包括以下三種：

- 1、無身分之人，利用有身分之人違犯純正身皆犯之構成要件，在純正身分犯的部，立法者認為若無身分則不具備不法性，因此在無身分之人以間接正犯的方式，為純正身分犯的構成要件行行為，仍不會成立該罪。例如無公務員身分之妻子甲，要具公務員身分之丈夫乙向丙收取會款，但實際上該筆款項是賄款，甲因為不具有公務員身分，仍不成立公務員收賄罪。
- 2、親手犯：親手犯的不法性在於行為人親手實行該犯罪行為，若非親手實施，則非立法者所欲規制之對象，因此利用他人實現親手犯的構成要件，仍不會成立間接正犯。例如甲媒和失散多年的兄妹使之性交，甲不會成立血親性交罪。
- 3、過失犯：間接正犯是基於意思支配地位，利用他人實現犯罪，而實現過失犯構成要件之行為人，本身對於不法結果並無預見，無法去自己之意思予以操控，更遑論被他人意思支配，因此過失犯不可能成立間接正犯。

八、何謂幫助犯？其構成要件及其處罰規定如何？

答：(一)幫助犯又稱從犯，其意義為「幫助他人犯罪」之人。析言之，於他人實施犯罪之前或犯罪中予以助力，使其易於實施或完成犯罪行為，即屬幫助犯。雖然他人不知其幫助之情形，但是在實際上已為幫助行為者，亦為幫助犯。

(二)成立要件：

- 1、幫助行為：不論於事前或犯罪行為進行中，予以物質或精神上的助力均可。不論正犯知情與否。
- 2、被幫助之正犯成立犯罪：這是基於從犯的從屬性的當然結果。
- 3、幫助故意：是以幫助他人犯罪之意思而為幫助行為，否則即係共同正犯。

(三)法律效果：我國刑法採取相對減輕原則。依刑法第三十條第二項規定「幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之」。

九、緩刑期滿後，緩刑之宣告未經撤銷，五年內再故意犯有期徒刑以上之罪，是否成立累犯？假釋期滿後，假釋未經撤銷，五年內再故意犯有期徒刑以上之罪，是否成立累犯？

答:(一)累犯成立之要件

(二)緩刑期滿後，緩刑之宣告未經撤銷者：由於我國對於緩刑制度採取「附條件罪刑宣告主義」，因此，如果在緩刑期滿時其緩刑仍未被撤銷者，則其罪刑之宣告失其效力，即一如自始未曾受到有罪判決一般。因此即使行為人在五年內再故意犯有期徒刑之罪，因其未滿足「曾受徒刑之執行」及「執行完畢或一部執行經赦免」之要件，故不能成立累犯。

(三)假釋期滿，未經撤銷假釋者：假釋係對於入獄受徒刑執行之犯人，因其在執行中已有具體事實足以認定其知悔改，而於未達刑滿出獄之時期，附條件暫先許其出獄之制度，依刑法第七十九條第一項本文規定，假釋期滿未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論。故假釋期滿，未經撤銷假釋之人，其仍曾受徒刑之執行，而未執行之部分依刑法第七十九條之規定，視為執行完畢，故若其於假釋期滿五年內故意再犯有期徒刑以上之罪者，成立累犯。

十、何謂保安處分？其與刑罰性質有何不同？

答:(一)保安處分之意義：保安處分為現行刑法中，除了刑罰外的另一種法律效果。其為基於社會保安之必要性，對於犯罪行為人或其他具有一定對社會危險性之人，以特別預防為目的，防止其再犯或對於社會造成犯罪人出獄後之危險，對其所施予之矯治、教育、醫療或保護等由法院所宣告之司法處分。刑法上的保安處分包括：感化教育、監護、禁戒、強制工作、強制治療、驅逐出境及保護管束。

(二)保安處分之立法理由：刑法於刑罰之外，另行採保安處分為其法律效果之一，其理由主要在於罪責原則之限制。依罪責原則刑罰是以行為人有罪責為前提，對無不具罪責之人，縱對社會具有極高的危險性，仍不得施以刑罰，故需要以其他的手段來去除危險性。此外，就特定的犯罪人，雖然有罪責得科以刑罰，但單純的刑罰並不足以去除其危險性，故需另以保安處分的方式，改善行為人犯罪之根源，如疾病、酗酒、毒癮等。

(三)保安處分與刑罰性質的相異點

- 1、目的與功能不同：刑罰是基於行為人的罪責，對其施以刑事制裁，保安處分則是基於行為或行為人的危險性，對其所為之司法處分。
- 2、痛苦性不同：刑罰以剝奪法益為內容，具有痛苦的本質，但保安處分雖然實質上可能造成被處分人之痛苦，但並非本質上有所欲施加與被處分人，而僅是附帶作用。
- 3、懲罰性與社會倫理之非難性不同：刑罰為制裁手段，是非難

行為人之行的表現，而保安處分並非在非難、制裁被處分人，而只在對受處分人之社會危險性所為的防衛措施。

一、試問{裁判確定後}刑法法律發生變更，對受刑人及保安處分之人發生何種效力？

答：(一)對受刑人之效力：依刑法第二條第三項規定，處罰之裁判確定後，未執行或執行位完畢，而法律有變更，不處罰其行為者，免其行之執行。

(二)對受保安處分之人之效力：依九十四年修正前之舊法規定，判決確定後，刑法法律發生變更，對受保安處分之人不發生任何效力。但依刑法修正第二條第三項之規定，若裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更，不施以保安處分者，免其保安處分之執行。

二、何謂純正身分犯？何謂不純正身分犯？

答：身分犯，又稱特別犯，其意義為行為人必須特定身分或資格，始得成立之犯罪。身分犯又可分為純正身分犯及不純正身分犯，分述如下：

(一)純正身分犯：純正身分犯是指行為人須具備特定的身分或資格，始得成立之犯罪，若不具備此等資格，無法獨自為犯此等犯罪，而必須參與具有特定資格或條件者所為犯之行為，始能成立該罪之唆犯或幫助犯。例如：不具公務員身分之妻子，無法獨立成立公務員收賄罪，但若其與有公務員身分的丈夫一同收賄，則可成立公務員收賄罪的教唆犯或幫助犯。簡言之，在純正身分犯的部分，特定的身分或資格具有創設刑罰之意義。

(二)不純正身分犯：不純正身分犯是指行為人必須具備特定的身分或資格，始得成立之犯罪，若不具備此等資格，則只成立基本構成要件之犯罪。例如：甲與乙共同殺害乙父，甲因為不具備與被害人的直系血親尊親屬關係，因此不成立殺害直系血親尊親屬罪，只成立殺人罪。

三、何謂故意？何謂動機？兩者有何不同？

答：(一)故意之意義：所謂故意，係指明知犯罪之構成事實，且進而決定為其行為之意。可知其成立要件有二：其一為必須有構成犯罪事實之認識，此為知的要素。其二則必須有行為之決意，此乃卻的要素。

(二)動機之意義：所謂動機，又稱為犯罪之遠因，乃決定犯罪意思之間接原動力，例如：迫於飢寒而行竊，此飢寒即為動機。

(三)兩者之區別：

- 1、故意依刑法分則各條條文之規定，可作抽象之存在故意與否之認；而動機則須就所犯之各罪，為個別具體審查。
- 2、故意為成立犯罪之主觀構成要件，動機則非犯罪成立之要件，而刑法第五十七條的量刑時應審酌之事由之一，因為科刑標準上應考量到行為人的應刑罰性，其動機之良善與否，與科刑之高低必有影響。

四、緊急避難成立要件為何？如果行為人所為之行為，具有緊急避難的條件，則其究竟是阻卻違法之事由，抑或是阻卻責任之事由？

答：(一)緊急避難的成立要件：依刑法第二十四條第一項規定，「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」，第二項規定，「前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。」依此分析，可知緊急避難之成立要件如下：

- 6、避難行為必須是出避難意思。
- 7、緊急危難之存在。
- 8、危難所針對法益之範圍，以生命、身體、自由、財產等四項為限。如果危難所影響到的僅僅是自己或他人之名譽則不屬之。
- 9、危難必須緊急：所謂緊急危難必須是一種突發事件，若非立即採取挽救行為，則法益之受侵害即無法排除者即屬緊急。
- 10、緊急避難行為：

(3)避難行為須具有適當性、必要性及衡平性：換言之，避難行為所侵害的法益，必須是在緊急危難的情狀下，避難人別無他法而不得不加以犧牲的。同時，避難行為所破壞之法益，如果反而大於所保全的法益，也算是避難行為過當。因此避難行為所卻保全的法益必須顯大於所侵害的法益，始足以符合衡平性之要求。

(4)避難人必須未負有特別義務：在公務上或業務上負有特別義務者，如果能夠在緊急情形下利用緊急避難的藉口，則其職務之執行根本就無法期望其達成，故而特設例外，不許有特別義務者主張緊急避難。

(二)合乎緊急避難條件之行為係阻卻違法事由，刑法第二十四條第一項所稱者，乃是「不罰」。不罰在我國刑法上所指涉者雖有「阻卻違法」與「阻卻責任」兩種用法，但緊急避難行為在其本質上並不與法律規範價值相衝突，亦即不具有實質的違法意識與客觀法價值之違反性，所以應認定其為阻卻違法行為。至於過當之避

難行為，始屬減輕或免除刑罰之情形。

五、不純正不作為犯之成立，以有防止結果發生之義務為前提，何種情形下始有防止之義務？

答：依刑法第十五條之規定，對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。是必須在法律上防止結果發生義務之人不防止特定之法益侵害結果發生，始應負不純正不作為犯之責任。而所謂之防止結果發生之義務，即所謂的保證人地位，依學說之見解有下列為種情形：

- (一)法令之規定：例如依民法第一零八四條規定，父母對於未成年子女有保護教養義務。
- (二)自願承擔義務：例如：游泳池裡的救生員開始值勤時，即開始承擔保護泳客在游泳池中安全的義務，有義務去救護溺水之泳客。
- (三)危險共同體：指為了達到特定目的而組成之彼此信賴互助並互負排除危難義務之團體，例如：登山探險隊的隊員之間。
- (四)最近親屬關係：例如配偶、父母子女等，相互對彼此生命、身體法益居於保證人地位。
- (五)危險源監督義務：所謂危險源是指具有發生破壞法益之較高危險之物，例如飼養鱷魚之人，對於他人不因其飼養之鱷魚而遭受危險，居於保證人地位。
- (六)危險前行為：刑法第十五條第二項規定，「因自己行為致有發生一定結果之危險者，負防止其發生之義務。」例如：甲駕車時闖紅燈撞傷過馬路的行人乙，此時甲對乙的生命身體法益負有救助的作為義務。

六、未遂犯與既遂犯如何區別？未遂犯之構成要件為何？

答：(一)區別：未遂犯乃是著手於犯罪行為之實行而不遂之謂。具體來說，如果行為人著手於犯罪行為之實行，並且完全實現犯罪構成要件，則為犯罪刑之既遂。反之，如果行為人已著手於犯罪行為之實行而未完全實現構成要件要素，則為犯罪之未遂，至於未被實現的構成要件要素則未必是構成要件結果，也可能是因果關係或其他構成要件要素。例如：甲出於殺人故意，對乙開槍，結果未打中要害，未發生乙死亡之結果，此時甲的開槍行，成立殺人未遂罪，或例如甲出於殺人故意，對乙開槍，結果子彈未射中乙之前，乙就突然心臟病發死亡，雖然仍然發生乙死亡之事實，但並非甲開槍行為所造成，欠缺因果關係，此時甲亦是成立殺人未遂罪。

(二)未遂犯之構成要件：依刑法第二十五條第二項前段規定，未遂犯之處罰，以有特別規定者為限。換言之，未遂犯成立之前提是

法對該罪的未遂行為設有處罰之規定。

1、主觀構成要件：行為人主觀上具有實現犯罪之故意，換言之，成立遂犯之主觀要件，與成立既遂犯罪之主觀要件並無差異。

2、客觀構成要件：

(1)著手實行犯罪行為：依學說上多數說法，著手之標準採取主客觀混合理論，即行為人直接依其對於行為之認識，而開始實行足以實現構成要件之行為，依一般人之客觀觀察，亦足以為行為人已開始實足以實現構成要件之行為，即可認定行為已達著手實行的行為階段。

(2)未完全實現犯罪構成要件，若行為人之行為已完全實現犯罪構成要件，則此時已為犯罪之既遂。

3、違法且有責。

七、何謂間接正犯？在何種情形下可成立間接正犯？何種犯罪類型不能成立間接正犯？

答：(一)意義：所謂の間接正犯是指居於意思支配地位，利用他人不成立犯罪的行為，以達到自己的犯罪目的。被利用之該他人可能因為構成要件不該當，不具違法性或無責任能力而不成立犯罪。

(二)成立間接正犯的情形：

1、利用他人構成要件不該當的行為：

(1)該他人欠缺故意之行為：例如甲意圖殺死乙，乃郵寄炸彈包裹一個，由郵差投遞，於乙接獲包裹拆卸時果然被炸身亡，郵差對其所投遞之物為炸彈並無認識，因此不具有故意。

(2)利用他人不具備要件該當性之行為：例如甲為了殺盲人乙，而誘引乙觸摸高壓電，此時乙的行為為自殺行為，不具有構成要件該當性。

2、利用他人不具違法性的行為：例如甲與乙交惡，得知乙與殺手丙有不睦，因此從中挑撥，告訴乙說丙計畫乙，乙一氣之下，提刀卻殺丙，反被丙反擊而死。此時丙的行為為正當防衛，不具有違法性，不成立犯罪。

3、利用他人無罪責之行為：例如甲教唆十二歲之乙潑灑汽油焚燒丙所開設之KTV。此時因為乙是刑法無責任能力人，不成立犯罪。

(三)不能成立間接正犯之犯罪類型包括以下三種：

1、無身分之人，利用有身分之人違犯純正身皆犯之構成要件，在純正身分犯的部，立法者認為若無身分則不具備不法性，因此在無身分之人以間接正犯的方式，為純正身分犯的構成要件行為，仍不會成立該罪。例如無公務員身分之妻子甲，要具公務員身分之丈夫乙向丙收取會款，但實際上該筆款項是賄款，甲因為不具有公務員身分，仍不成立公務員收賄罪。

- 2、親手犯：親手犯的不法性在於行為人親手實行該犯罪行為，若非親手實施，則非立法者所欲規制之對象，因此利用他人實現親手犯的構成要件，仍不會成立間接正犯。例如甲媒和失散多年的兄妹使之性交，甲不會成立血親性交罪。
- 3、過失犯：間接正犯是基於意思支配地位，利用他人實現犯罪，而實現過失犯構成要件之行為人，本身對於不法結果並無預見，無法去自己之意思予以操控，更遑論被他人意思支配，因此過失犯不可能成立間接正犯。

八、何謂幫助犯？其構成要件及其處罰規定如何？

答：(一)幫助犯又稱從犯，其意義為「幫助他人犯罪」之人。析言之，於他人實施犯罪之前或犯罪中予以助力，使其易於實施或完成犯罪行為，即屬幫助犯。雖然他人不知其幫助之情形，但是在實際上已為幫助行為者，亦為幫助犯。

(二)成立要件：

- 1、幫助行為：不論於事前或犯罪行為進行中，予以物質或精神上的助力均可。不論正犯知情與否。
- 2、被幫助之正犯成立犯罪：這是基於從犯的從屬性的當然結果。
- 3、幫助故意：是以幫助他人犯罪之意思而為幫助行為，否則即係共同正犯。

(三)法律效果：我國刑法採取相對減輕原則。依刑法第三十條第二項規定「幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之」。

九、緩刑期滿後，緩刑之宣告未經撤銷，五年內再故意犯有期徒刑以上之罪，是否成立累犯？假釋期滿後，假釋未經撤銷，五年內再故意犯有期徒刑以上之罪，是否成立累犯？

答：(一)累犯成立之要件

(二)緩刑期滿後，緩刑之宣告未經撤銷者：由於我國對於緩刑制度採取「附條件罪刑宣告主義」，因此，如果在緩刑期滿時其緩刑仍未被撤銷者，則其罪刑之宣告失其效力，即一如自始未曾受到有罪判決一般。因此即使行為人在五年內再故意犯有期徒刑之罪，因其未滿足「曾受徒刑之執行」及「執行完畢或一部執行經赦免」之要件，故不能成立累犯。

(三)假釋期滿，未經撤銷假釋者：假釋係對於入獄受徒刑執行之犯人，因其在執行中已有具體事實足以認定其知悔改，而於未達刑滿出獄之時期，附條件暫先許其出獄之制度，依刑法第七十九條第一項本文規定，假釋期滿未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論。故假釋期滿，未經撤銷假釋之人，

其仍曾受徒刑之執行，而未執行之部分依刑法第七十九條之規定，視為執行完畢，故若其於假釋期滿五年內故意再犯有期徒刑以上之罪者，成立累犯。

十、何謂保安處分？其與刑罰性質有何不同？

答：(一)保安處分之意義：保安處分為現行刑法中，除了刑罰外的另一種法律效果。其為基於社會保安之必要性，對於犯罪行為人或其他具有一定對社會危險性之人，以特別預防為目的，防止其再犯或對於社會造成犯罪人出獄後之危險，對其所施予之矯治、教育、醫療或保護等由法院所宣告之司法處分。刑法上的保安處分包括：感化教育、監護、禁戒、強制工作、強制治療、驅逐出境及保護管束。

(二)保安處分之立法理由：刑法於刑罰之外，另行採保安處分為其法律效果之一，其理由主要在於罪責原則之限制。依罪責原則刑罰是以行為人有罪責為前提，對無不具罪責之人，縱對社會具有極高的危險性，仍不得施以刑罰，故需要以其他的手段來去除危險性。此外，就特定的犯罪人，雖然有罪責得科以刑罰，但單純的刑罰並不足以去除其危險性，故需另以保安處分的方式，改善行為人犯罪之根源，如疾病、酗酒、毒癮等。

(三)保安處分與刑罰性質的相異點

- 1、目的與功能不同：刑罰是基於行為人的罪責，對其施以刑事制裁，保安處分則是基於行為或行為人的危險性，對其所為之司法處分。
- 2、痛苦性不同：刑罰以剝奪法益為內容，具有痛苦的本質，但保安處分雖然實質上可能造成被處分人之痛苦，但並非本質上有所欲施加與被處分人，而僅是附帶作用。
- 3、懲罰性與社會倫理之非難性不同：刑罰為制裁手段，是非難行為人之行的表現，而保安處分並非在非難、制裁被處分人，而只在對受處分人之社會危險性所為的防衛措施。

一、甲垂涎乙家富有，欲往行竊，某日夜間甲逾越乙別墅之牆垣，在庭院中由透明玻璃看見乙擺設在客廳一角之名貴古典花瓶，決意竊取，遂以鎖匙開啟房門入內，正伸手但尚未竊取到手時，適乙返家撞見，報警查獲。問甲成立何罪？

答：甲之行為可能構成刑法§321 I 第二款之加重竊盜罪：

甲垂涎乙家富有，欲往行竊，於夜間逾越乙別墅牆垣之行為，係甲利用逾越牆垣之行為以為竊盜之手段，應該當刑法§321 I 第二款毀越門扇、牆垣或其他安全設備之加重竊盜罪。惟甲正伸手竊取財物尚未到手時，適乙返家撞見，遭報警查獲，甲之竊取行為雖已著手，但尚未既遂，故應論以刑法§321 I 第二款、II 加重竊盜未遂罪。

甲之行為可能構成刑法§321 I 第一款之加重竊盜罪：

甲於夜間侵入乙之別墅，並以鎖匙開啟房門入內，係於夜間未經他人同意而侵入他人住宅，應該當刑法§321 I 第一款夜間侵入住宅之加重竊盜罪。惟甲正伸手竊取財物尚未到手時，適乙返家撞見，遭報警查獲，甲之竊取行為雖已著手，但尚未既遂，故應論以刑法§321 I 第一款、II 加重竊盜未遂罪。

甲之行為可能構成刑法§306 I 侵入住居罪：

甲以侵入住宅作為行竊之手段，應同時該當刑法§306 I 侵入住居罪。

競合：

甲基於一個行竊故意，同時該當上述三個構成要件，而因刑法§321 I 第一款之加重竊盜罪與刑法§306 I 之侵入住居罪，二者具保護法益同一性，應屬法條競合，故僅論以刑法§321 I 第一款之罪即可。

且實務上認為，刑法§321 I 各款為竊盜罪之加重要件，如犯竊盜罪兼具數款加重情形時，因竊盜行為僅有一個，仍只成立一罪，不能認為係屬法律競合或犯罪競合，但判決主文應將各種加重事由順序揭明，理由並應引用各款，俾相適應（69台上3945）。

故甲應依刑法§321 I II 論以一個加重竊盜未遂罪，惟於判決主文及理由中應將第一款、第二款事由揭明引用。

二、甲意圖供行使之用，於民國九十年六月二十五日以新台幣（下同）五千元之代價購入偽造之信用卡一張，在該信用卡之背面任意偽簽「張三」之署名，再於同日至特約商店某電話通信設備公司刷卡消費購買行動電話一支，並於店員提出之簽帳單上偽簽「張三」名字，不知情之店員即交付行動電話一支予甲，問對甲應如何論罪？

答：甲之行為可能構成刑法§201-1 II 收受偽造支付工具罪：

甲意圖供行使之用而購入偽造之信用卡一張，該當刑法§201-1 II 之「收受」行為，因本項所謂之「收受」，係指一切收歸自己持有支配之行為，不論是有償、無償、合法、違法之方式，皆無不可。

甲之行為可能構成刑法§201-1 II 行使偽造支付工具罪：

甲在偽造之信用卡上簽名，並依該偽造信用卡通常使用之方式加以利用，即持卡刷卡簽帳消費，該當刑法§201-1 II 行使偽造支付工具罪。

甲之行為能構成刑法§201-1 之偽造支付工具罪：

甲在購入之信用卡上偽簽張三姓名，係無製作權人假冒他人名義作成該支付工具之行為，係意圖供行使之用而偽造信用卡之行為，故該當刑法§201-1 I 偽造支付工具罪。

甲之行為可能構成刑法§217 之偽造署押罪：

甲在購入之信用卡上偽簽張三姓名，係無製作權人假冒他人名義簽名署押，故亦同時該當刑法§217 之偽造署押罪。

甲之行為可能構成刑法§210 偽造私文書罪：

甲在刷卡簽帳單上偽簽張三之姓名，表示已收受特約商店所交付之消費標的物，有如收據憑證，具表示證明之意，屬刑法§220 之準私文書，故不論張三是否真有其人，甲之行為可成立刑法§210 之偽造私文書罪。

甲之行為可能構成刑法§339 I 詐欺取財罪：

甲無付款之意思而行使偽造之信用卡，且冒簽他人姓名於簽帳單上（使用詐術），使特約商店限於錯誤，誤以為甲即係原持卡人，而交付行動電話一支予甲，此一過程與詐欺取財罪之構成要件相符，故甲之行為該當刑法§339 I 詐欺取財罪。

競合：

甲在偽造信用卡上偽簽張三姓名，參考實務上就偽造署押與偽造有價證券之處

理，應認為偽造署押罪應為偽造支付工具罪所吸收，僅論以偽造支付工具罪。甲意圖供行使之用，先為收受行為，復持以行使，一般認為應依吸收之原理，收受之前行為應為行使之後行為所吸收，故僅論以一個行使偽造支付工具罪。甲偽簽張三姓名於簽帳單上之偽造私文書行為，係為詐騙特約商店藉以取財之方法手段，二者間具牽連關係，依刑法§55 後段從一重之詐欺取財罪處斷。由於行使偽造信用卡之行為在構造上原具以偽充真之欺罔本質，因此，實務上認為於行使之外，不另成立詐欺罪名。偽造貨幣後加以行使，偽造罪之法定刑較行使罪為重，按低度行為吸收於高度行為之原則，自應依刑法§301-1 I 偽造支付工具罪處斷。

三、甲、乙兩人為男女朋友，甲與乙從事親密行為時，均隱瞞乙而將過程竊錄下來。其後，乙認為與甲志趣不合，乃向甲表明分手之意。甲此時告知乙竊錄私密活動之事，並威脅乙需交付一百萬元，否則將公開其竊錄之內容，乙不從，甲乃複製錄影之內容多份，分送乙之同事及朋友，終於成為眾所皆知之事。問甲之行為應如何處罰？

答： 甲的行為可能構成刑法§315-1 第二款妨害私生活秘密罪：

甲於與乙從事親密行為時，均隱瞞乙而將過程竊錄下來，係在未經乙之同意下，無故以錄影設備竊錄其與乙（他人，行為人以外之人）非公開之活動，故該當刑法§315-1 第二款妨害私生活秘密罪。且甲之竊錄行為，就題意觀之可知不止一次，甲在長時期內利用錄影設備，連續竊錄他人非公開活動，構造上與接續犯要件不符，應依連續犯之規定，就其所成立之數罪，適用§56 處斷。

甲的行為可能構成刑法§346 III 恐嚇取財未遂罪：

當乙欲與甲分手時，甲告知乙竊錄私密活動一事，並威脅乙須交付100 萬，否則將公開其竊錄內容。甲以散布其竊錄內容，威脅乙須交付100 萬元，係意圖為自己不法之所有，以恐嚇手段使乙為財物之交付。雖甲之恐嚇行為，依一般社會通念，足以使人心生畏怖；惟乙卻不為所動，並不因而畏怖而交付100 萬元，但不能因此認為甲尚未著手實行恐嚇犯行，故仍應成立恐嚇取財罪之未遂犯（刑法§346 III）。

甲的行為可能構成刑法§315-2 III 加重妨害私生活秘密罪：

因乙不遵從甲之恐嚇指示，甲即將其竊錄內容複製多份並分送乙之親友。就題意觀之，甲在竊錄之初，似尚無散布之意圖，而係在乙提出分手後始因威脅不成而將竊錄內容複製、散布，故與§315-2 II 之要件未合。但甲將其竊錄內容予以複製，係屬刑法§315-2 III 所謂之「製造」行為，且無償分送乙親友之行為，亦該當同項之「散布」行為，故甲之行為該當刑法§315-2 III 散布竊錄內容罪。甲之行為雖同時合致§315-2 III 之「製造」、「散布」二行為，但僅論以一個加重妨害私生活秘密罪即可。

競合：

甲之行為所成立之三罪間，並無方法結果之牽連關係，亦非屬一行為所造成，應屬刑法§§51、55 所規定之實質競合。故應先依刑法§§315-1、56 論妨害私生活秘密罪之連續犯加重處罰後，再與§§346 III、315-2 III 依數罪併罰處理之。

四、甲、乙兩人沈溺聲色場所，需錢孔急，乃基於共同犯罪之決意，由甲出面，向乙之父佯稱乙之人身自由已受其控制，若欲乙能平安返家，丙須支付一百萬元。丙擔心乙受害，乃如數支付，甲、乙兩人平分其不法所得。問：甲、乙之行為應如何處罰？

答： 甲之罪責：

甲乙二人沈溺聲色場所，需錢孔急，遂基於共同犯罪之決意，由甲出面，向乙

之父佯稱乙之人身自由已受其控制，若欲乙平安返家，丙須支付100萬元。然實際上乙之自由未受到限制，亦即，實際上甲乙二人並無勒贖而擄人之意圖，故無法該當刑法§347 擄人勒贖罪。

甲乙藉由佯稱乙之自由已受控制，而使乙父丙擔心害怕，而支付100萬元予甲，其行為可能構成刑法§346 I 恐嚇取財得利罪與§339 I 詐欺取財罪。

實務上認為恐嚇罪質，不免含有詐欺性，其與詐欺罪之區別，端在行為人對被害人使用之手段究僅係使被害人陷於錯誤，抑除錯誤外並進而心生畏怖以區分之；若僅使其陷於錯誤者為詐欺，使發生畏懼心者則屬恐嚇（28 上1238、30 上668）。

本案中，甲之行為實已構成乙父丙之畏懼，故而為金錢之支付，故應成立§346 I 恐嚇取財得利罪，而非詐欺罪。乙之罪責：本案中，乙出於共同犯罪之決意，由甲出面向其父丙恐嚇取財得利，雖乙實際上並未實施恐嚇取財之犯罪構成要件，然其係出於自己犯罪之意思，故應可與甲成立刑法§346 I 恐嚇取財得利罪之共謀共同正犯（釋字109）。綜上，甲乙二人應分別依刑法§346 I 恐嚇取財得利罪論處。

五、有關刑法之「時之效力」的學說有那些？我國刑法第二條如何規定？試分別說明之。

答：

立法例

同一犯罪行為因新法與舊法各有不同之可罰性範圍或處罰規定，應適用何規定處斷，有下述立法例之不同：

從舊原則

在罪刑法定原則下，行為既完成於舊法時期，自應依舊法（即行為時之法律）論斷；且為保障人權計，更不宜適用行為後之新法（即裁判時之法律），制裁舊法時期之行為。亦即，不問新法或舊法之輕重，一概依舊法處斷。

從新原則

惟另有立法例認為，新法之制訂即在補充舊法之缺失，且較舊法更能適應目前社會之需要。因此，新法既已公佈施行，不論新舊法之輕重，皆應以新法作為論斷之依據。本法關於保安處分之可處，即採此立法例（刑法§2 II）。

從輕原則

有立法例認為應比較新法與舊法之輕重，而適用最有利於行為人之輕法。日本、德國即採此種立法例。

折衷原則

從舊原則固較能符合罪刑法定原則之精神；惟新法係修正舊法不合時宜之規定，較符合時代之需要，若仍適用舊法，即與刑法修正之本旨不符。且舊法因新法之公布施行而失效，從舊原則顯不當之處。反之，在從新原則下，不問新舊法孰對行為人較有利，蓋依新法處斷，若舊法輕於新法時，從新原則即有相當不利於行為人，故從新原則亦有不妥之處。因此，乃有折衷原則之提出。折衷原則可分為：從舊從輕原則與從新從輕原則。前者係指原則上依舊法處斷，以符合罪法定原則之精神，惟若新法輕於舊法時，則適用較輕之新法；後者係指原則上依新法處斷，以符刑法修正之本旨，惟為免行為人受到不可預見之刑罰，若舊法之處罰較新法為輕時，則例外適用較輕之舊法處斷，本法即採此種立法例。無論從舊從輕或從新從輕，結果均是從輕。

我國刑法第二條之規定

刑法修正變更某一可罰行為之處罰範圍，或加重或減輕刑度規定，使同一犯罪行

為，在修正前後各有不同之可罰性範圍或法律效果，依刑法§2係採取從新從輕原則，分述如下：

行為後法律有變更：

係指犯罪行為已終了，法律才發生變更。繼續犯、連續犯、接續犯、牽連犯等，如行為實施之際，法律變更者，因行為不能割裂，應認為係「行為中」法律有變更，而非「行為後」法律有變更。亦即，需犯罪行為完全終了後所發生之法律變更，始有刑法§2 I之適用，此種「行為中」法律有變更，無刑法§2 I之適用，而應適用「行為完成時」之法律。

法律有變更：

法律有變更，係指足以影響行為之可罰性範圍與其法律效果之法律修正而言。

適用裁判時之法律或最有利於行為人之法律：

不論是從新或從舊，法律之適用應顧及法律之整體性，不可割裂而分別適用有利於行為人之條文。故如依原則適用新法，則應全部從新；若依例外而適用舊法，則應全部從舊，不得部分從新，部分又從舊。新法或舊法孰較有利於行為人，主要係比較可罰性之範圍以及刑罰之輕重。此外尚比較是否為告訴乃論、有無免除其刑、係得免或必免等。所謂刑罰之輕重，依本法§35規定，係依主刑之輕重定之。

保安處分適用從新原則：

保安處分乃為防衛社會及矯治行為人而設立之社會保安措施，為符合實際需要，故應適用新法，毋庸比較新舊法孰對行為人有利，此於刑法§2 II定有明文。此規定亦為刑法禁止溯及既往原則之例外。惟保安處分亦可能拘束行為人之自由而與刑罰中自由刑相近，因此刑法修正草案§2 II但書擬對拘束自由之保安處分，準用從新從輕原則，以禁止對不利於受處分人之保安處分規定具有溯及既往之效力，以符罪刑法定原則之要求。

六、某甲覬覦甲父某乙的親友某丙寄託在甲父處的鑽石項鍊已久，某日趁某乙國外出差的機會，盜取了該當鑽石項鍊，試問某甲該當何罪。

擬答：

某甲應成立刑法§320 I之竊盜罪，同時依§324 I得免除其刑。由題意觀之，某甲在未得該鑽石項鍊持有人—其父某乙—之同意下，出於竊取之故意與不法為自己所有之意圖，破壞某乙對該動產之持有關係，重新建立起自己之持有關係。另該項鍊雖非屬某乙所有，但確實在某乙之支配管領下，亦得為竊盜罪之行為客體。故某甲之行為該當刑法§320 I之竊盜罪。惟是否得依刑法§324 I親屬間竊盜罪而免除其刑，多數說主張因竊盜罪所注重之法益在於「持有」，故行為人與被害人之間有無親屬關係，應以物之持有人為準，而與所有人無關。故甲竊取其父某乙所持有，而屬第三人丙所有之寄託物，亦須告訴乃論，並得免除其刑。

七、某甲恐嚇某乙將金錢匯入自己的戶頭，某乙心生恐懼按其指示將錢匯入了某甲的戶頭，不過同時也向警方報案。警方指示銀行當某甲前來提款時不得將該款項交給某甲。數日後某甲前往銀行提領款項，而正在寫領款單時，即遭到警方逮捕。試問某甲觸犯何罪，其犯行是否已經既遂。

擬答：

某甲應成立刑法§346 I、III之恐嚇取財未遂罪。依題意觀之，某乙受某甲恐嚇而將金錢匯入某甲之戶頭，某乙心生恐懼，雖有向警方報案，但亦依照某甲指示將金錢匯入某甲戶頭。然而，因警方指示銀行不得將該款項交予某甲，使某甲尚未

確實取得該筆金額。亦即，某乙對該筆金錢之支配管領狀態雖已遭瓦解，但某甲就該物尚未建立新持有關係。而恐嚇取財罪，於被害人心生畏怖而交付（即行為人取得）財物時，方足為既遂之斷定，故本例中某甲因尚未取得該款項，應屬恐嚇取財未遂罪。

八、何謂共同正犯？甲、乙、丙、丁四人在公共場所打麻將賭博財物，是否構成共同正犯？

答：

共同正犯係與單獨正犯相對的一種正犯，係指兩個以上行為人，基於共同之行為決意，各自分擔犯罪行為之一部，而共同實現構成要件之參與犯。易言之，即兩個行為人，形成一個犯罪共同體，各個行為人彼此以其行為互為補充，而在犯罪行為之分工與角色分配之協力合作下，共同完成犯罪，達成共同之犯罪目的。因此，每一行為人均係共同決意之實踐者，故在刑法評價上，應相互承擔彼此之刑事責任。

刑法規定處罰之故意犯罪，原則上係就單獨一個行為人之違犯所架構而成之構成要件。因此，僅需一人違犯即可實現構成要件，而成立單獨犯。然而，少數故意犯罪之構成要件實現，係以兩個以上行為人參與為必要，關於此種構成要件之犯罪類型，學說上稱為必要之參與犯（必要共犯）。必要共犯依犯罪之性質，尚可分為「聚合犯」與「對向犯」。聚合犯，又稱聚眾犯，係指兩人以上朝同一之目標共同參與實施所實現之犯罪，亦即在構成要件上對於同一目標之多眾共同行為為必要之犯罪。例如：內亂罪、公然聚眾妨害公務罪，其本質上係屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰規定時，各猜與不同程度犯罪行為者之間，不能適用刑法§28之規定外，其餘均應引用§28共同正犯之規定。而對向犯係指在構成要件設計上，雖僅預定一人之行為，但為了實現構成要件內容，必須有對向關係之他方一定之行為協力之必要，如賄賂、賭博、重婚罪等均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，故無適用刑法§28共同正犯之餘地（81台非233例）。

九、甲開車超速不慎撞傷乙，緊急閃避之際又不慎撞傷丙，乃緊急煞停，又使丁反應不及而自後追撞受傷，三次過失傷害應如何處罰？可否論以連續犯？

答：

本法§56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。」一般稱為連續犯。連續犯之成立，在客觀上須具備數行為、觸犯同一罪名，而數行為必須具備特定之主觀要件，始得以構成連續行為。學說上對此等主觀要件之內容有不同意見，又可分為：

整體故意說（概括犯意說）

行為人主觀上必須具備整體故意，才可能構成連續犯。亦即行為人必須在第一個單一行為結束之前，即對於導致整體犯罪結果之個別行為之時間、地點、違犯方式以及被害人等均有所認識，並且決意經由數個同樣之單一行為，一個接一個地實現犯罪目的，始具有整體故意。例如：行為人決意利用適當之機會，在特定之工廠竊取三部腳踏車，即具整體故意。

連續故意說

並不要求行為人自始即對各個單一行為具有具體概括之整體故意，僅要求各個單一行為之實施係基於連續故意即可。亦即，若在後之行為故意可顯現出連續之意思（次行為之決意是上一行為決意之連續），稍後之決意即為先前決意之延續，

構成一條心理上之延長線，即可構成連續犯。例如：甲偷乙東西得手後，決定下一次有機會也要以同樣方式繼續竊盜。

本題所涉及者，在於過失犯可否成立連續犯？

依通說見解，連續犯因為必須具備整體故意（概括犯意）。所以過失犯並無成立連續犯之可能。實務上亦認為過失犯無犯罪之故意，不發生連續犯之問題（67•6 決議）。亦即，過失連續行為，行為人在主觀上並非基於一個犯罪決意，而一次規範意識之違反，實質上，連續數個過失行為，行為人在主觀上係為多次規範意識之違反，故在責任評價上，應依數罪併罰予以處理。

故本例中甲連續三次之過失傷害行為，無法適用連續犯之規定「以一罪論」，應依刑法§50、§51實質競合之規定數罪併罰。

十、試就理論與實務論述刑事案件犯罪事實同一性質應有之標準？

答：

犯罪事實，係刑罰權之客觀對象，依訴訟主義不告不理原則，法院應以起訴事實定其審判範圍，且判決事實，應予起訴事實維持同一性，此即犯罪事實同一性之意義。關於犯罪事實是否同一，其情形有二，即事實上同一與法律上同一。

事實上同一

案件因先後起訴致有訴訟繫屬先後之不同，形成先後數訴訟關係，但如其刑罰權對象之客觀事實為同一時，即係事實上同一之案件。

學說上見解

a基本的事實關係同一說

此說主張數訴之是十及起訴事實與判決事實是否同一，以其自然的社會事實關係（基本之事物、重要之事實關係）是否相同為斷，如其自然的社會事實關係相同，雖其他枝節上有所差異，仍可認為具有同一性。

b罪質同一說

此說認為，基本的事實關係同一說所主張之「自然的社會事實」未經法律評價是不正確的，自然的社會事實關係，不易作統一之判斷，所謂起訴事實，應係經過一定法律評價的事實，該事實應受罪責（犯罪構成要件之類型本質）之制約，如其罪質不同時，即不具同一性。此說係以基本知識時關係同一說為前提，加上法律評價（罪質）之制約而成，非僅以罪質之同一即可謂事實同一。

c構成要件共同說

此說認為罪質同一說在判斷罪質是否相同時頗有困難，過於嚴格，適用可能性不高，遂提出構成要件共通說。此說主張，檢察官起訴書記載之犯罪事實，該當於甲罪之構成要件，經法院審理後判明之犯罪事實，該當於乙罪之構成要件，若法院審理後判明之犯罪事實，就甲罪之構成要件，亦有相當程度之符合，即可認為起訴事實與判決事實具有同一性。所謂構成要件有相當程度之符合（共通概念），係指抽象的觀察二構成要件相互間是否有相當程度之符合，並不以有同一罪質為必要，亦即，不以二者必須有其共通之特徵為必要，如此即可緩和罪質說判斷之嚴格與困難。

d指導形象類似說

此說亦在緩和罪質說之嚴格與困難，此說主張，起訴事實事由事實觀點及法律觀點組成，故在判定是否有同一性時，應考慮事實觀點與法律觀點兩個層次，即在「事實面」有行為態樣之共通性，在「法律面」有指導形象之類似性（即構成要件定型之共通性），即可認為具有事實同一性。

實務上見解

我國實務上通說係採「基本事實關係同一說」，惟最高法院已逐漸改採「訴之目的

的」及「侵害性行為之內容」是否同一作為判斷之基準，分述如下：

a基本的事實關係同一說

數訴之事實是否同一及起訴事實與判決事實是否同一，以其基本的事實關係是否同一為準，至於其基本的事實關係是否同一，則以社會事實是否同一為準。如數訴之事實及起訴事實與判決事實，其社會事實關係相同，縱犯罪之日時、處所、方法、被害物體、行為人人數、犯罪之形式（共犯態樣或既遂未遂）、被害法益、程序、罪名雖有差異，仍不影響於事實同一性之認定。

b訴之目的及侵害性行為之內容是否同一說

基本的事實關係同一說，因社會的自然事實範圍太大，隨便起訴均會在社會的自然事實之內，於檢察官或自訴人固稱便利但對被告防禦權之行使則有所缺憾；且基本的社會事實關係同一說，容許法院在社會事實同一之範圍自由認定事實，法院之職權有濫用之嫌，故實務上逐漸改採「訴之目的及侵害性行為內容是否同一說」，此說主張案件是否同一，應從訴之目的及侵害性行為之內容是否同一而定，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準。因此，數訴之事實及起訴之事實與判決之事實，其基本的社會事實關係並不相同，固非同一事實；如其基本的社會事實雖然相同，惟訴之目的並不相同時，即非同一事實。例如：將檢察官起訴之搶奪事實變更為強制猥褻，即判決事實與起訴事實非屬同一，法院變更起訴書所引應適用法條，則法有違。

法律上同一

實質上或裁判上一罪，其基本之事實，雖屬互異，惟其犯罪之構成，有由於一個行為者，有由於數個行為者，有屬於一個構成要件者，有屬於數個構成要件者，依刑法之規定，列為一個犯罪構成要件之定型，即所謂實質上一罪，在實體法上僅構成一罪，刑罰權即係一個，在訴訟法為一個訴訟客體，無從分割，自屬單一之犯罪事實；或雖具備數個犯罪構成要件，因出於一個行為（如想像競合犯），或因牽連之意思，或本其概括之犯意，擇其一重處斷或一罪論。此類犯罪即所謂裁判上一罪，因法律規定「從一重處斷」或「以一罪論」，在科刑上僅作為一個刑罰權處置，在訴訟法上僅為一訴訟客體，無從分割，故其法律上之事實關係仍屬一個，具有不可分性，就其中一部起訴，其效力及於全部，亦屬於同一案件。

一、甲垂涎乙家富有，欲往行竊，某日夜間甲逾越乙別墅之牆垣，在庭院中由透明玻璃看見乙擺設在客廳一角之名貴古典花瓶，決意竊取，遂以鎖匙開啟房門入內，正伸手但尚未竊取到手時，適乙返家撞見，報警查獲。問甲成立何罪？

答：甲之行為可能構成刑法§321 I 第二款之加重竊盜罪：

甲垂涎乙家富有，欲往行竊，於夜間逾越乙別墅牆垣之行為，係甲利用逾越牆垣之行為以為竊盜之手段，應該當刑法§321 I 第二款毀越門扇、牆垣或其他安全設備之加重竊盜罪。惟甲正伸手竊取財物尚未到手時，適乙返家撞見，遭報警查獲，甲之竊取行為雖已著手，但尚未既遂，故應論以刑法§321 I 第二款、II 加重竊盜未遂罪。

甲之行為可能構成刑法§321 I 第一款之加重竊盜罪：

甲於夜間侵入乙之別墅，並以鎖匙開啟房門入內，係於夜間未經他人同意而侵入他人住宅，應該當刑法§321 I 第一款夜間侵入住宅之加重竊盜罪。惟甲正伸手竊取財物尚未到手時，適乙返家撞見，遭報警查獲，甲之竊取行為雖已著手，但尚未既遂，故應論以刑法§321 I 第一款、II 加重竊盜未遂罪。

甲之行為可能構成刑法§306 I 侵入住居罪：

甲以侵入住宅作為行竊之手段，應同時該當刑法§306 I 侵入住居罪。

競合：

甲基於一個行竊故意，同時該當上述三個構成要件，而因刑法§321 I 第一款之加重竊盜罪與刑法§306 I 之侵入住居罪，二者具保護法益同一性，應屬法條競合，故僅論以刑法321 I 第一款之罪即可。

且實務上認為，刑法§321 I 各款為竊盜罪之加重要件，如犯竊盜罪兼具數款加重情形時，因竊盜行為僅有一個，仍只成立一罪，不能認為係屬法律競合或犯罪競合，但判決主文應將各種加重事由順序揭明，理由並應引用各款，俾相適應（69台上3945）。

故甲應依刑法§321 I II 論以一個加重竊盜未遂罪，惟於判決主文及理由中應將第一款、第二款事由揭明引用。

二、甲意圖供行使之用，於民國九十年六月二十五日以新台幣（下同）五千元之代價購入偽造之信用卡一張，在該信用卡之背面任意偽簽「張三」之署名，再於同日至特約商店某電話通信設備公司刷卡消費購買行動電話一支，並於店員提出之簽帳單上偽簽「張三」名字，不知情之店員即交付行動電話一支予甲，問對甲應如何論罪？

答：甲之行為可能構成刑法§201-1 II 收受偽造支付工具罪：

甲意圖供行使之用而購入偽造之信用卡一張，該當刑法§201-1 II 之「收受」行為，因本項所謂之「收受」，係指一切收歸自己持有支配之行為，不論是有償、無償、合法、違法之方式，皆無不可。

甲之行為可能構成刑法§201-1 II 行使偽造支付工具罪：

甲在偽造之信用卡上簽名，並依該偽造信用卡通常使用之方式加以利用，即持卡刷卡簽帳消費，該當刑法§201-1 II 行使偽造支付工具罪。

甲之行為能構成刑法§201-1 之偽造支付工具罪：

甲在購入之信用卡上偽簽張三姓名，係無製作權人假冒他人名義作成該支付工具之行為，係意圖供行使之用而偽造信用卡之行為，故該當刑法§201-1 I 偽造支付工具罪。

甲之行為可能構成刑法§217 之偽造署押罪：

甲在購入之信用卡上偽簽張三姓名，係無製作權人假冒他人名義簽名署押，故亦同時該當刑法§217 之偽造署押罪。

甲之行為可能構成刑法§210 偽造私文書罪：

甲在刷卡簽帳單上偽簽張三之姓名，表示已收受特約商店所交付之消費標的物，有如收據憑證，具表示證明之意，屬刑法§220 之準私文書，故不論張三是否真有其人，甲之行為可成立刑法§210 之偽造私文書罪。

甲之行為可能構成刑法§339 I 詐欺取財罪：

甲無付款之意思而行使偽造之信用卡，且冒簽他人姓名於簽帳單上（使用詐術），使特約商店限於錯誤，誤以為甲即係原持卡人，而交付行動電話一支予甲，此一過程與詐欺取財罪之構成要件相符，故甲之行為該當刑法§339 I 詐欺取財罪。

競合：

甲在偽造信用卡上偽簽張三姓名，參考實務上就偽造署押與偽造有價證券之處理，應認為偽造署押罪應為偽造支付工具罪所吸收，僅論以偽造支付工具罪。甲意圖供行使之用，先為收受行為，復持以行使，一般認為應依吸收之原理，收受之前行為應為行使之後行為所吸收，故僅論以一個行使偽造支付工具罪。甲偽簽張三姓名於簽帳單上之偽造私文書行為，係為詐騙特約商店藉以取財之方法手段，二者間具牽連關係，依刑法§55 後段從一重之詐欺取財罪處斷。由於行使偽

造信用卡之行為在構造上原具以偽充真之欺罔本質，因此，實務上認為於行使之外，不另成立詐欺罪名。偽造貨幣後加以行使，偽造罪之法定刑較行使罪為重，按低度行為吸收於高度行為之原則，自應依刑法§301-1 I 偽造支付工具罪處斷。

三、甲、乙兩人為男女朋友，甲與乙從事親密行為時，均隱瞞乙而將過程竊錄下來。其後，乙認為與甲志趣不合，乃向甲表明分手之意。甲此時告知乙竊錄私密活動之事，並威脅乙需交付一百萬元，否則將公開其竊錄之內容，乙不從，甲乃複製錄影之內容多份，分送乙之同事及朋友，終於成為眾所皆知之事。問甲之行為應如何處罰？

答： 甲的行為可能構成刑法§315-1 第二款妨害私生活秘密罪：

甲於與乙從事親密行為時，均隱瞞乙而將過程竊錄下來，係在未經乙之同意下，無故以錄影設備竊錄其與乙（他人，行為人以外之人）非公開之活動，故該當刑法§315-1 第二款妨害私生活秘密罪。且甲之竊錄行為，就題意觀之可知不止一次，甲在長時期內利用錄影設備，連續竊錄他人非公開活動，構造上與接續犯要件不符，應依連續犯之規定，就其所成立之數罪，適用§56 處斷。

甲的行為可能構成刑法§346 III 恐嚇取財未遂罪：

當乙欲與甲分手時，甲告知乙竊錄私密活動一事，並威脅乙須交付100 萬，否則將公開其竊錄內容。甲以散布其竊錄內容，威脅乙須交付100 萬元，係意圖為自己不法之所有，以恐嚇手段使乙為財物之交付。雖甲之恐嚇行為，依一般社會通念，足以使人心生畏怖；惟乙卻不為所動，並不因而畏怖而交付100 萬元，但不能因此認為甲尚未著手實行恐嚇犯行，故仍應成立恐嚇取財罪之未遂犯（刑法§346 III）。

甲的行為可能構成刑法§315-2 III 加重妨害私生活秘密罪：

因乙不遵從甲之恐嚇指示，甲即將其竊錄內容複製多份並分送乙之親友。就題意觀之，甲在竊錄之初，似尚無散布之意圖，而係在乙提出分手後始因威脅不成而將竊錄內容複製、散布，故與§315-2 II 之要件未合。但甲將其竊錄內容予以複製，係屬刑法§315-2 III 所謂之「製造」行為，且無償分送乙親友之行為，亦該當同項之「散布」行為，故甲之行為該當刑法§315-2 III 散布竊錄內容罪。甲之行為雖同時合致§315-2 III 之「製造」、「散布」二行為，但僅論以一個加重妨害私生活秘密罪即可。

競合：

甲之行為所成立之三罪間，並無方法結果之牽連關係，亦非屬一行為所造成，應屬刑法§§51、55 所規定之實質競合。故應先依刑法§§315-1、56 論妨害私生活秘密罪之連續犯加重處罰後，再與§§346 III、315-2 III 依數罪併罰處理之。

四、甲、乙兩人沈溺聲色場所，需錢孔急，乃基於共同犯罪之決意，由甲出面，向乙之父佯稱乙之人身自由已受其控制，若欲乙能平安返家，丙須支付一百萬元。丙擔心乙受害，乃如數支付，甲、乙兩人平分其不法所得。問：甲、乙之行為應如何處罰？

答： 甲之罪責：

甲乙二人沈溺聲色場所，需錢孔急，遂基於共同犯罪之決意，由甲出面，向乙之父佯稱乙之人身自由已受其控制，若欲乙平安返家，丙須支付100 萬元。然實際上乙之自由未受到限制，亦即，實際上甲乙二人並無勒贖而擄人之意圖，故無法該當刑法§347 擄人勒贖罪。

甲乙藉由佯稱乙之自由已受控制，而使乙父丙擔心害怕，而支付100 萬元予甲，其行為可能構成刑法§346 I 恐嚇取財得利罪與§339 I 詐欺取財罪。

實務上認為恐嚇罪質，不免含有詐欺性，其與詐欺罪之區別，端在行為人對被害人使用之手段究僅係使被害人陷於錯誤，抑除錯誤外並進而心生畏怖以區分之；若僅使其陷於錯誤者為詐欺，使發生畏懼心者則屬恐嚇（28 上1238、30 上668）。

本案中，甲之行為實已構成乙父丙之畏懼，故而為金錢之支付，故應成立§346 I 恐嚇取財得利罪，而非詐欺罪。乙之罪責：本案中，乙出於共同犯罪之決意，由甲出面向其父丙恐嚇取財得利，雖乙實際上並未實施恐嚇取財之犯罪構成要件，然其係出於自己犯罪之意思，故應可與甲成立刑法§346 I 恐嚇取財得利罪之共謀共同正犯（釋字109）。綜上，甲乙二人應分別依刑法§346 I 恐嚇取財得利罪論處。

五、有關刑法之「時之效力」的學說有那些？我國刑法第二條如何規定？試分別說明之。

答：

立法例

同一犯罪行為因新法與舊法各有不同之可罰性範圍或處罰規定，應適用何規定處斷，有下述立法例之不同：

從舊原則

在罪刑法定原則下，行為既完成於舊法時期，自應依舊法（即行為時之法律）論斷；且為保障人權計，更不宜適用行為後之新法（即裁判時之法律），制裁舊法時期之行為。亦即，不問新法或舊法之輕重，一概依舊法處斷。

從新原則

惟另有立法例認為，新法之制訂即在補充舊法之缺失，且較舊法更能適應目前社會之需要。因此，新法既已公佈施行，不論新舊法之輕重，皆應以新法作為論斷之依據。本法關於保安處分之可處，即採此立法例（刑法§2 II）。

從輕原則

有立法例認為應比較新法與舊法之輕重，而適用最有利於行為人之輕法。日本、德國即採此種立法例。

折衷原則

從舊原則固較能符合罪刑法定原則之精神；惟新法係修正舊法不合時宜之規定，較符合時代之需要，若仍適用舊法，即與刑法修正之本旨不符。且舊法因新法之公布施行而失效，從舊原則顯不當之處。反之，在從新原則下，不問新舊法孰對行為人較有利，蓋依新法處斷，若舊法輕於新法時，從新原則即有相當不利於行為人，故從新原則亦有不妥之處。因此，乃有折衷原則之提出。折衷原則可分為：從舊從輕原則與從新從輕原則。前者係指原則上依舊法處斷，以符合罪法定原則之精神，惟若新法輕於舊法時，則適用較輕之新法；後者係指原則上依新法處斷，以符刑法修正之本旨，惟為免行為人受到不可預見之刑罰，若舊法之處罰較新法為輕時，則例外適用較輕之舊法處斷，本法即採此種立法例。無論從舊從輕或從新從輕，結果均是從輕。

我國刑法第二條之規定

刑法修正變更某一可罰行為之處罰範圍，或加重或減輕刑度規定，使同一犯罪行為，在修正前後各有不同之可罰性範圍或法律效果，依刑法§2係採取從新從輕原則，分述如下：

行為後法律有變更：

係指犯罪行為已終了，法律才發生變更。繼續犯、連續犯、接續犯、牽連犯等，如行為實施之際，法律變更者，因行為不能割裂，應認為係「行為中」法律有變

更，而非「行為後」法律有變更。亦即，需犯罪行為完全終了後所發生之法律變更，始有刑法§2 I之適用，此種「行為中」法律有變更，無刑法§2 I之適用，而應適用「行為完成時」之法律。

法律有變更：

法律有變更，係指足以影響行為之可罰性範圍與其法律效果之法律修正而言。

適用裁判時之法律或最有利於行為人之法律：

不論是從新或從舊，法律之適用應顧及法律之整體性，不可割裂而分別適用有利於行為人之條文。故如依原則適用新法，則應全部從新；若依例外而適用舊法，則應全部從舊，不得部分從新，部分又從舊。新法或舊法孰較有利於行為人，主要係比較可罰性之範圍以及刑罰之輕重。此外尚比較是否為告訴乃論、有無免除其刑、係得免或必免等。所謂刑罰之輕重，依本法§35規定，係依主刑之輕重定之。

保安處分適用從新原則：

保安處分乃為防衛社會及矯治行為人而設立之社會保安措施，為符合實際需要，故應適用新法，毋庸比較新舊法孰對行為人有利，此於刑法§2 II定有明文。此規定亦為刑法禁止溯及既往原則之例外。惟保安處分亦可能拘束行為人之自由而與刑罰中自由刑相近，因此刑法修正草案§2 II但書擬對拘束自由之保安處分，準用從新從輕原則，以禁止對不利於受處分人之保安處分規定具有溯及既往之效力，以符罪刑法定原則之要求。

六、某甲覬覦甲父某乙的親友某丙寄託在甲父處的鑽石項鍊已久，某日趁某乙國外出差的機會，盜取了該當鑽石項鍊，試問某甲該當何罪。

擬答：

某甲應成立刑法§320 I之竊盜罪，同時依§324 I得免除其刑。由題意觀之，某甲在未得該鑽石項鍊持有人—其父某乙—之同意下，出於竊取之故意與不法為自己所有之意圖，破壞某乙對該動產之持有關係，重新建立起自己之持有關係。另該項鍊雖非屬某乙所有，但確實在某乙之支配管領下，亦得為竊盜罪之行為客體。故某甲之行為該當刑法§320 I之竊盜罪。惟是否得依刑法§324 I親屬間竊盜罪而免除其刑，多數說主張因竊盜罪所注重之法益在於「持有」，故行為人與被害人之間有無親屬關係，應以物之持有人為準，而與所有人無關。故甲竊取其父某乙所持有，而屬第三人丙所有之寄託物，亦須告訴乃論，並得免除其刑。

七、某甲恐嚇某乙將金錢匯入自己的戶頭，某乙心生恐懼按其指示將錢匯入了某甲的戶頭，不過同時也向警方報案。警方指示銀行當某甲前來提款時不得將該款項交給某甲。數日後某甲前往銀行提領款項，而正在寫領款單時，即遭到警方逮捕。試問某甲觸犯何罪，其犯行是否已經既遂。

擬答：

某甲應成立刑法§346 I、III之恐嚇取財未遂罪。依題意觀之，某乙受某甲恐嚇而將金錢匯入某甲之戶頭，某乙心生恐懼，雖有向警方報案，但亦依照某甲指示將金錢匯入某甲戶頭。然而，因警方指示銀行不得將該款項交予某甲，使某甲尚未確實取得該筆金額。亦即，某乙對該筆金錢之支配管領狀態雖已遭瓦解，但某甲就該物尚未建立新持有關係。而恐嚇取財罪，於被害人心生畏怖而交付（即行為人取得）財物時，方足為既遂之斷定，故本例中某甲因尚未取得該款項，應屬恐嚇取財未遂罪。

八、何謂共同正犯？甲、乙、丙、丁四人在公共場所打麻將賭博財物，是否構成共同正犯？

答：

共同正犯係與單獨正犯相對的一種正犯，係指兩個以上行為人，基於共同之行為決意，各自分擔犯罪行為之一部，而共同實現構成要件之參與犯。易言之，即兩個行為人，形成一個犯罪共同體，各個行為人彼此以其行為互為補充，而在犯罪行為之分工與角色分配之協力合作下，共同完成犯罪，達成共同之犯罪目的。因此，每一行為人均係共同決意之實踐者，故在刑法評價上，應相互承擔彼此之刑事責任。

刑法規定處罰之故意犯罪，原則上係就單獨一個行為人之違犯所架構而成之構成要件。因此，僅需一人違犯即可實現構成要件，而成立單獨犯。然而，少數故意犯罪之構成要件實現，係以兩個以上行為人參與為必要，關於此種構成要件之犯罪類型，學說上稱為必要之參與犯（必要共犯）。必要共犯依犯罪之性質，尚可分為「聚合犯」與「對向犯」。聚合犯，又稱聚眾犯，係指兩人以上朝同一之目標共同參與實施所實現之犯罪，亦即在構成要件上對於同一目標之多眾共同行為為必要之犯罪。例如：內亂罪、公然聚眾妨害公務罪，其本質上係屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰規定時，各猜與不同程度犯罪行為者之間，不能適用刑法§28之規定外，其餘均應引用§28共同正犯之規定。而對向犯係指在構成要件設計上，雖僅預定一人之行為，但為了實現構成要件內容，必須有對向關係之他方一定之行為協力之必要，如賄賂、賭博、重婚罪等均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，故無適用刑法§28共同正犯之餘地（81台非233例）。

九、甲開車超速不慎撞傷乙，緊急閃避之際又不慎撞傷丙，乃緊急煞停，又使丁反應不及而自後追撞受傷，三次過失傷害應如何處罰？可否論以連續犯？

答：

本法§56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。」一般稱為連續犯。連續犯之成立，在客觀上須具備數行為、觸犯同一罪名，而數行為必須具備特定之主觀要件，始得以構成連續行為。學說上對此等主觀要件之內容有不同意見，又可分為：

整體故意說（概括犯意說）

行為人主觀上必須具備整體故意，才可能構成連續犯。亦即行為人必須在第一個單一行為結束之前，即對於導致整體犯罪結果之個別行為之時間、地點、違犯方式以及被害人等均有所認識，並且決意經由數個同樣之單一行為，一個接一個地實現犯罪目的，始具有整體故意。例如：行為人決意利用適當之機會，在特定之工廠竊取三部腳踏車，即具整體故意。

連續故意說

並不要求行為人自始即對各個單一行為具有具體概括之整體故意，僅要求各個單一行為之實施係基於連續故意即可。亦即，若在後之行為故意可顯現出連續之意思（次行為之決意是上一行為決意之連續），稍後之決意即為先前決意之延續，構成一條心理上之延長線，即可構成連續犯。例如：甲偷乙東西得手後，決定下一次有機會也要以同樣方式繼續竊盜。

本題所涉及者，在於過失犯可否成立連續犯？

依通說見解，連續犯因為必須具備整體故意（概括犯意）。所以過失犯並無成立連續犯之可能。實務上亦認為過失犯無犯罪之故意，不發生連續犯之問題（67• 6

決議)。亦即，過失連續行為，行為人在主觀上並非基於一個犯罪決意，而一次規範意識之違反，實質上，連續數個過失行為，行為人在主觀上係為多次規範意識之違反，故在責任評價上，應依數罪併罰予以處理。

故本例中甲連續三次之過失傷害行為，無法適用連續犯之規定「以一罪論」，應依刑法§50、§51實質競合之規定數罪併罰。

十、試就理論與實務論述刑事案件犯罪事實同一性質應有之標準？

答：

犯罪事實，係刑罰權之客觀對象，依訴訟主義不告不理原則，法院應以起訴事實定其審判範圍，且判決事實，應予起訴事實維持同一性，此即犯罪事實同一性之意義。關於犯罪事實是否同一，其情形有二，即事實上同一與法律上同一。

事實上同一

案件因先後起訴致有訴訟繫屬先後之不同，形成先後數訴訟關係，但如其刑罰權對象之客觀事實為同一時，即係事實上同一之案件。

學說上見解

a基本的事實關係同一說

此說主張數訴之是十及起訴事實與判決事實是否同一，以其自然的社會事實關係（基本之事物、重要之事實關係）是否相同為斷，如其自然的社會事實關係相同，雖其他枝節上有所差異，仍可認為具有同一性。

b罪質同一說

此說認為，基本的事實關係同一說所主張之「自然的社會事實」未經法律評價是不正確的，自然的社會事實關係，不易作統一之判斷，所謂起訴事實，應係經過一定法律評價的事實，該事實應受罪責（犯罪構成要件之類型本質）之制約，如其罪質不同時，即不具同一性。此說係以基本知識時關係同一說為前提，加上法律評價（罪質）之制約而成，非僅以罪質之同一即可謂事實同一。

c構成要件共同說

此說認為罪質同一說在判斷罪質是否相同時頗有困難，過於嚴格，適用可能性不高，遂提出構成要件共通說。此說主張，檢察官起訴書記載之犯罪事實，該當於甲罪之構成要件，經法院審理後判明之犯罪事實，該當於乙罪之構成要件，若法院審理後判明之犯罪事實，就甲罪之構成要件，亦有相當程度之符合，即可認為起訴事實與判決事實具有同一性。所謂構成要件有相當程度之符合（共通概念），係指抽象的觀察二構成要件相互間是否有相當程度之符合，並不以有同一罪質為必要，亦即，不以二者必須有其共通之特徵為必要，如此即可緩和罪質說判斷之嚴格與困難。

d指導形象類似說

此說亦在緩和罪質說之嚴格與困難，此說主張，起訴事實事由事實觀點及法律觀點組成，故在判定是否有同一性時，應考慮事實觀點與法律觀點兩個層次，即在「事實面」有行為態樣之共通性，在「法律面」有指導形象之類似性（即構成要件定型之共通性），即可認為具有事實同一性。

實務上見解

我國實務上通說係採「基本事實關係同一說」，惟最高法院已逐漸改採「訴之目的」及「侵害性行為之內容」是否同一作為判斷之基準，分述如下：

a基本的事實關係同一說

數訴之事實是否同一及起訴事實與判決事實是否同一，以其基本的事實關係是否同一為準，至於其基本的事實關係是否同一，則以社會事實是否同一為準。如數訴之事實及起訴事實與判決事實，其社會事實關係相同，縱犯罪之日時、處所、

方法、被害物體、行為人人數、犯罪之形式（共犯態樣或既遂未遂）、被害法益、程序、罪名雖有差異，仍不影響於事實同一性之認定。

b訴之目的及侵害性行為之內容是否同一說

基本的事實關係同一說，因社會的自然事實範圍太大，隨便起訴均會在社會的自然事實之內，於檢察官或自訴人固稱便利但對被告防禦權之行使則有所缺憾；且基本的社會事實關係同一說，容許法院在社會事實同一之範圍自由認定事實，法院之職權有濫用之嫌，故實務上逐漸改採「訴之目的及侵害性行為內容是否同一說」，此說主張案件是否同一，應從訴之目的及侵害性行為之內容是否同一而定，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準。因此，數訴之事實及起訴之事實與判決之事實，其基本的社會事實關係並不相同，固非同一事實；如其基本的社會事實雖然相同，惟訴之目的並不相同時，即非同一事實。例如：將檢察官起訴之搶奪事實變更為強制猥褻，即判決事實與起訴事實非屬同一，法院變更起訴書所引應適用法條，則法有違。

法律上同一

實質上或裁判上一罪，其基本之事實，雖屬互異，惟其犯罪之構成，有由於一個行為者，有由於數個行為者，有屬於一個構成要件者，有屬於數個構成要件者，依刑法之規定，列為一個犯罪構成要件之定型，即所謂實質上一罪，在實體法上僅構成一罪，刑罰權即係一個，在訴訟法為一個訴訟客體，無從分割，自屬單一之犯罪事實；或雖具備數個犯罪構成要件，因出於一個行為（如想像競合犯），或因牽連之意思，或本其概括之犯意，擇其一重處斷或一罪論。此類犯罪即所謂裁判上一罪，因法律規定「從一重處斷」或「以一罪論」，在科刑上僅作為一個刑罰權處置，在訴訟法上僅為一訴訟客體，無從分割，故其法律上之事實關係仍屬一個，具有不可分性，就其中一部起訴，其效力及於全部，亦屬於同一案件。

一、逛街的甲女，為防扒手，而緊緊夾住所背的皮包。乙女自背後衝向前去，強扯甲的皮包，由於甲夾得甚緊，乙並未得手，但使甲失去重心，跌趴在地上，皮包正好為其身體壓住。接著，乙強扯仍露在外的皮包肩帶，將皮包搶走。甲由於重跌，一時全身疼痛，無力抗拒。問：本案如何論處？

【擬答】：

本題爭點，應在搶奪及強盜罪間之構成要件該當性；

若依實務上向來奉行之辦案口訣，對搶奪罪之標準版本為：「行為人乘（被害人）人不備而公然掠取他人財物」（一九上五三三及三二上二一八一參照）。若行為人以非暴力之手段，而於乘人不知情狀下為之者，此為竊盜。又若行為人雖為暴力手段，但其度已達仗人無法抗拒之境，此為強盜，而非搶奪。

本題中，被害人甲女雖然為防扒手而作出防備動作，然而行為人乙女仍以乘甲不及防備地以「暴力手段掠取皮包」之行為對甲女達成財產法益之侵害。又甲女因此暴力掠取之手段跌點在地「無力反抗」，以實務言，此種客觀情狀已反應出被害人於「至使不能抗拒」之程度而遭財產法益之侵害，行為人應，透過刑法第三二九條，以「介於強盜與搶奪間之一種處斷上之強盜罪，以性質上屬單純一罪，逕自提升為強盜罪」（86 台上 3603 判決）。

惟依學理言之，單純僅從客觀上能否達成「不能抗拒」以為強盜及搶奪，甚或強盜與恐嚇之區別，似乎欠缺妥當性：蓋構成要件除客觀要素外，尚有主觀要存在，行為人自始即僅具乘人不備掠取他人財物之犯意而為攻擊被害人之行為，在客觀上難免出於暴力手段，甚或造成被害人倒地等情，亦在暴力行為之客觀顯現情狀，是否因此逕認強盜，應屬可議。

行為人若依，此被害人倒地之行為，仍應在綜合主觀要素下，認以搶奪罪。

另依刑法第三二九條，因搶而為防護贓物，為免逮捕，湮滅證據，而為強暴協迫，以強盜論之規定，予以進入準強盜罪之審，查較為可採，至少比實務逕以提升為強盜罪，更具說理性。

二、甲行經小巷返家時，甲的仇人A怒目而視地迎面而來，當甲與A正要擦身而過時，甲見A將手伸入衣內掏東西，而誤以為A正在掏槍要殺他，就拿起隨身帶著的球棒擊向A的頭部，A因此倒地身亡。事實上，A所掏的是衣內裡的一條手帕而已。試問：根據不同的學說見解，甲的行為應如何處斷？並說明理由。

【擬答】：本題之行為人甲誤認A欲殺己，因而下手將A殺死，而可能構成刑法第二百七十一條第一項之殺人罪。惟，甲既誤認A欲殺己，亦即誤認客觀上有防衛情狀之存在，此即學說上所謂「誤想正當防衛」，屬於容許構成要件錯誤類型之一。則關於容許構成要件錯誤究應如何評價，學說及實務有不同見解：

學說見解可分為以下各說：

甲說：故意理論—故意內涵包括對構成犯罪事實之知與欲，以及不法意識。行為人誤認其

行為欠缺違法性時，即欠缺不法意識，亦即阻卻故意，而只成立過失犯罪。如依此

說，甲不成立殺人罪，而僅可能成立過失致人於死罪。

乙說：嚴格罪責理論—此說認為不法意識乃獨立的罪責要素，容許構成要件錯誤僅能排除

不法意識，依錯誤發生之能否避免，決定阻卻或減免行為人之罪責。如依此說，應

先判斷甲之錯誤是否為不可避免；若係可避免者，甲即成立殺人罪，而得減免罪責；若係不可避免者，甲即因阻卻罪責而不成立犯罪。

丙說：限制罪責理論—容許構成要件錯誤在性質上是行為人對事實之誤認，與構成要件錯

誤類似，因此應類推適用構成要件錯誤之處理方式，阻卻構成要件故意。若行為人

有注意義務之違反，則構成過失犯。如依此說，甲不成立殺人罪，而僅可能成立過

失致人於死罪。

丁說：限制法律效果之罪責理論—容許構成要件錯誤既非構成要件錯誤，亦非禁止錯誤，

而是一種獨立的錯誤類型。此種錯誤不足以影響構成要件故意及不法意識，而僅影

響罪責型態之故意（即故意罪責），而不成立故意犯罪。若該錯誤出於行為人注意上之瑕疵，則可能成立過失犯。如依此說，甲不成立殺人罪，而僅可能成立過失

致人於死罪。

戊說：負面構成要件要素理論—故意的成立要件在二階層理論中，必須是行為人預見正面

構成要件要素之事實存在，與負面構成要件要素之事實不存在。則行為人主觀上誤

認存在阻卻不法事由之事實，即欠缺構成要件故意，而不成立故意犯。如依此說，甲不成立殺人罪，而僅可能成立過失致人於死罪。

實務見解：我國實務見解不一，早期認為仍成立故意犯罪（二十年非字九四號判例），後

來則改必見解，認為容許構成要件錯誤應阻卻故意，惟若行為經認定為過失行為時，則應

論以過失犯（二九年上字五〇九號判例）。

依上開學說可知，故意理論與嚴格罪責理論將容許構成要件錯誤視為禁止錯誤，忽略二者性

質上之差異，其理論構成即有不當。而限制罪責理論在犯罪結構上產生自相矛盾之判斷（以

發生在違法性層次的錯誤排除構成要件故意），亦不足採。至於負面構成要件要素理論，將

構成要件該當性與違法性視為一體，忽略阻卻違法事由的容許規範的獨立存在意義，與通說所採取之三階層理論有所不合。因此，惟有限制法律效果之罪責理論，較能符合三階層理論

之立論，此亦為目前學說上之通說，結論上亦與後期實務見解之結論相同。

綜上，甲誤以為 A 欲殺己，因而拿出球棒將 A 擊斃之行為，依限制法律效果之罪責理論判

斷，並不成立殺人罪。惟，A 僅欲掏出手帕，而非欲掏槍殺甲，依題意所示，甲應屬有注意

上之瑕疵，而成立刑法第二百七十六條第一項之過失致人於死罪。

三、乙唆使丙殺 B。於是，當丙至 B 宅附近埋伏等待 B 返家時，丙改變殺 B 的心意，僅將 B 打成輕傷。試問乙、丙的行為應如何處斷？並詳細說應如何適用刑法第二十九條教唆犯的規定。

【擬答】：

丙埋伏 B 宅附近之行為可能構成預備殺人罪（刑法第二七一條第三項）？所謂預備行為係指行為人為了實現其犯意，在著手實行犯罪行為前所為之準備行為而言。則丙為了殺死 B，先行於 B 宅附近埋伏等待 B 返家，客觀上即屬預備行為。丙主觀亦對上開事實有認識，是有故意。故丙構成本罪。

丙將 B 打成輕傷之行為可能構成普通傷害罪（刑法第二七七條第一項）？客觀上丙將 B 打成輕傷，客觀構成要件該當。丙一開始雖然受到乙之唆使，而欲殺 B，然，

故意之判斷係以「行為時」為斷。丙既然已改變心意，僅欲傷害 B，則丙行為時之故意，依其所認識之事實，僅為傷害故意。又，丙無任何阻卻違法及阻卻罪責事由，丙構成本罪。丙構成預備殺人罪與普通傷害罪，惟此二罪係出於乙所教唆而產生之同一犯罪決意，依法條競合應論以普通傷害罪。

乙唆使丙殺 B 之行為可能構成教唆殺人未遂罪（刑法第二七一條第三項、第二九條第三項）？

客觀上乙唆使丙殺 B，係一引起他人犯罪決意之行為。主觀上乙對其行為會引起他人犯罪決意有認識，且有促使丙實現構成要件之意思，意即具備雙重教唆故意。

惟有疑問者在於，乙教唆丙之內容係「殺人」，丙所實現之犯罪僅為「傷害」，則應如何論

斷乙之行為？

針對乙唆使丙殺B之部分而言，雖然乙的行為使丙產生殺人之犯罪決意，但實際上丙並未真正將B殺死，亦未著手實行殺B之行為，而僅為預備殺人之行為。此係屬刑法第二九條第三項之「未遂教唆」類型，刑法第二九條第三項規定「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論」，則乙應論以教唆殺人未遂罪。

針對丙傷害B之部分而言，學說上有認為，乙主觀上之教唆殺人故意包含了教唆傷害故意，丙客觀上實現了傷害行為，依刑法第二九條第二項規定「教唆犯依其所教唆之罪處罰之」，乙應論以教唆傷害罪。

乙以一個教唆行為該當教唆殺人未遂罪及教唆傷害罪，依法條競合應論以教唆殺人未遂罪

（此係刑法第二九條第三項之「未遂教唆」）。

四、甲四層樓別墅位於荒郊野外之山區，某日深夜該別墅樓下發生火災，甲為避免財物之損失，竟將內裝珠寶之保險箱從四樓窗口往地面推落，適乙騎車從樓下經過，竟被該保險箱擊中不治死亡，檢察官追究刑責時，甲主張緊急避難有無理由？

【擬答】：

按行為人具有犯罪構成要件之該當行為，如具備阻卻違法事由，即不成立犯罪，刑法第二十四條規定，因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。即屬法定阻卻違法事由之一緊急避難之相關規定。而欲主張此項緊急避難之事由，應具備如下要件 客觀上有避難狀態存在 主觀上行為人為避難之意思 客觀上行為人為避難行為。

茲分別就緊急避難之前揭應具備之要件內涵，詳述於后：

客觀上有避難狀態：指客觀上須有對自己或他人生命、身體、自由、財產之危險狀態存

在，不論人為之故意或過失造成抑或天災不可抗力。又此危難狀態需為緊急始可。主觀上有避難意思：行為人需認識到客觀危難狀態之存在，並基於避難意思為避難行為。

客觀上有避難行為：行為人所為之避難行為即屬侵害他人而具有構成要件該當性之行為，

此避難行為須為客觀上不得已者，亦即須為避免上揭法益遭受侵害在客觀上最後且唯一之

手段，易言之，避難行為所侵害之他人法益與所欲保護之法益間，具有不可避免之衝突，

而捨此方法別無他途方得為之。又此避難方法本於利益橫量之比例原則，應具有相當性不得過當。

本題甲四層樓別墅位於荒郊野外之山區，因深夜該別墅樓下發生火災，甲為避免財物之損失，乃將內裝珠寶之保險箱從四樓窗口往地面推落，適乙騎車從樓下經過，竟被該保險箱擊中不治死亡。本此以觀，甲當時確有生命與財產之緊急危難存在，其為避免危難自得為避難行為，有爭議者乃其將保險箱自四樓推下而擊斃乙之過失致死行為（如甲之行為有應注意而為注意之情形），是否符合避難行

為之要件，應視當時尚無其他得避免財產危難而無須侵害他人之方法，若有，則甲所為即非為客觀上最後且唯一之手段，應不得主張緊急避難，而論以過失致死罪。

五、甲經商失敗，積欠高利貸鉅額之借款，乃暗中將含有劇毒之物質，注入某大賣場貨架上由某廠商生產之數個紙裝飲料，並打電話向該廠商勒索鉅款，未久顧客乙、丙、丁三人，購買該飲料喝完後，一人毒發斃命，另二人送醫急救幸無大礙。試論甲之罪責。

【擬答】：

甲將有毒飲料注入大賣場貨架上之行為，可能成立毒化飲食物品罪（刑法第一百九十一條之一第一項）刑法第一百九十一條之一第一項規定：「對他人公開陳列、販賣之飲食物品或其他物品滲入、添加或塗抹毒物或其他有害人體健康之物質者，處七年以下有期徒刑。」甲滲入毒物於飲食物品，成立本罪。又放置數個紙裝飲料之行為乃接續犯，係數個密切不可分的動作，基於單一犯意而為之一行為的接續實施，應包括的視為一罪。

甲放置有毒飲料導致顧客死亡之結果，難認為成立毒化飲食物品罪之加重結果犯（刑法第一百九十一條之一第三項）毒化飲食物品罪之加重結果犯，其立法目的在於對抗毒化食品行為同時伴隨著發生死亡結果之「特有危險」。題示情形，顧客之死亡結果與甲之下毒飲食物品行為間，不但有條件的因果關係且客觀上可歸責。主觀上，甲亦認識到其於飲料中注入「劇毒」之行為，有可能造成潛在消費者生命的危害，對潛在消費者死亡之結果應能預見。據此，「基本犯罪」與「加重結果」間具可認為有「直接關係」，下毒行為本身的固有危險實現，成為死亡結果。

死亡結果固屬基本構成要件本身所有之固有的內在危險之實現，惟甲下「劇毒」之行為，應可肯認其殺人故意，復因通說認為加重結果犯僅限於「故意基礎行為」加上「對於重結果的發生限於過失」，難認為成立毒化飲食物品罪之加重結果犯（刑法第一百九十一條之一第三項）。甲欠缺阻卻違法事由，具備罪責，應成立殺人既遂罪。

據上，甲成立殺人既遂罪，與毒化飲食物品罪想像競合¹，從一重論以殺人既遂罪。

甲放置有毒飲料導致顧客中毒之結果，可能成立殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項）

甲具有殺人之不確定故意，已如前述，其客觀上既已著手實施下毒行為，對於生命法益造成直接危險，應成立殺人未遂罪。

甲所為可能成立恐嚇取財未遂罪（刑法第三四六條第三項）

依題意，甲打電話向廠商勒索鉅款，應可認為主觀上具備恐嚇取財之故意與不法所有意圖，

客觀上亦已著手實施恐嚇取財行為。惟甲是否因恐嚇行為而取得財物，題意未明，應僅成立恐嚇取財未遂罪（刑法第三四六條第三項）。

結論：甲所為者，係犯刑法第一百九十一條之一第一項之毒化飲食物品罪與刑法第二百七十一條第一項之殺人既遂罪。依想像競合，從一重論以殺人既遂罪。

六、甲、乙二人於某日傍晚分別攜其飼犬於社區道路上散步時，不期而遇，兩犬發生激烈打鬥，甲為免其飼犬被咬傷，乃以其手持柺杖猛擊乙犬之頭部，致

乙犬當場被格斃。嗣後，乙因屢向甲求償未果，遂花費鉅資僱請丙將甲殺害，以平心中之憤。某日，丙見甲自遠處蹣跚而來，乃躲於街角暗處舉槍瞄準，俟甲走進射程內，即開槍射殺，子彈貫穿甲之脖子後，復打中騎自行車路過丁之腹部。甲及丁經他人報警延醫救治，甲倖而未死，丁則傷重斃命。試問甲、乙、丙三人之刑事責任各如何？

【擬答】：

甲的刑責：甲擊斃乙犬，可能成立普通毀損罪。客觀上甲以柺杖猛擊乙犬頭部致死，係毀棄他之物，且致生乙之財產損害。主觀上甲依其生活經驗應能預見此行為對乙犬的致命效果，具毀損故意。惟其可能阻卻違法性之事由為正當防衛(§23)與緊急避難(§24)。依題意，由於乙之飼犬非出於乙之挑唆而攻擊甲犬，故僅係單純動物之攻擊，不具行為品質，非現在不法侵害，不得主張正當防衛；儘管乙犬對於甲犬之攻擊係對於甲之財產的緊急危險，惟甲擊斃乙犬所保全之財產利益，並未顯然優越於所犧牲之他人財產利益，故避難行為不符合衡平性，亦不得主張緊急避難。此外無其他阻卻違法事由。就罪責而言，以現實情況中甲未採取抱走甲犬或請求乙阻止乙犬攻擊等可能迴避危難的手段，其避難過當應屬可避免，故至多僅能減輕罪責(§24 但書)。

結論：普通毀損罪

丙的刑責：槍殺甲可能構成殺人未遂罪(§271II)。主觀上其應預見子彈貫穿脖子之致命效果，故具殺人故意。客觀上亦著手實行殺人構成要件行為。無阻卻違法性及罪責事由，成立本罪。由於甲之未死非出於丙之防果，故無中止犯之適用。

槍殺丁可能構成殺人既遂罪(§271I)。客觀上如無丙開槍即無丁之死亡，且子彈射穿被害人後再擊中其他人的情形儘管少見，惟仍屬彈道鑑識知識能解釋之範圍，應非反常因果歷程，故具客觀可歸責性。惟依題意，丙開槍之際應未預見其子彈將同時命中另一被害人，故對死亡欠缺預見，阻卻殺人故意。

槍殺丁可能構成過失致死罪(§276I)。客觀上丙槍殺丁，以其認識行為地點位於有其他人車往來的街道、子彈可能穿透被害人等知識推論，應可能預見同時擊斃另一人，故具有過失。無阻卻違法性與罪責事由，成立本罪。

競合(代結論)：殺人未遂罪(§271II)與過失致死罪(§276I)成立想像競合(§55前)。

乙的刑責：乙收買丙，使丙產生殺人決意後著手殺甲，成立教唆殺人未遂罪(§271III, 29I, II)。乙收買丙，使丙過失致丁於死，基於教唆對象僅限於故意行為之原則，不成立教唆殺人既遂罪(§§271I, 29I, II)。由於乙並未認識丙執行殺人計畫之環境，亦難以認定乙就(超出教唆故意範圍之)丁之死亡有預見可能性，故不成立過失致死罪(§276I)。結論：教唆殺人未遂罪(§§271III, 29I, II)。

七、設甲前因犯竊盜罪經法院判處有期徒刑一年，緩刑三年。在緩刑期間內，又與十七歲已婚婦女乙有染，嗣又另行起意，慫恿乙脫離家庭，在台北租屋同居月餘，並有性行為多次。問甲之刑責應如何處斷？倘本案於上述緩刑期滿後才告判處徒刑，應否撤銷其緩刑？理由何在？

【擬答】：

「以暫不執行為適當者」之涵義：緩刑制度之精神是，如僅透過刑罰宣告即足以達成刑罰之再社會化目的，無執行刑罰之必要，且短期自由刑之執行亦弊多於利，故對於初犯者或過失犯暫緩刑之執行。基於此目的，如受判決人無累犯之虞，或僅受刑罰宣告即足以策其自新，即屬本條所稱「以暫不執行為適當者」。

就此，我國實務曾頒布「法院加強緩刑宣告實施要點」，列舉數項認定為暫不執行為當的事由，如：(1) 初犯。(2) 因過失犯罪。(3) 激於義憤而犯罪。(4) 非為私利而犯罪。(5) 自首或自白犯罪，且態度誠懇或因而查獲其他共犯或重要物證。

(6) 犯罪後因向被害人或其家屬道歉、出具悔過書或給付合理賠償，經被害人或其家屬表示宥恕。(7) 犯罪後入營服役。(8) 現正就學中。(9) 身罹疾病必須長期醫療，顯不適

於受刑之執行。(10) 如受刑之執行，將使其家庭生活陷於困境。(11) 依法得免除其

刑，惟以宣告刑罰為適當。(12) 過境或暫時居留我國之外國人或居住國外之華僑。

甲之刑責：與十七歲已婚婦女乙有染，成立通姦罪(§239)。其後租屋同居，成立加重和誘已婚婦女脫離家庭罪(§240III)。多次性行為則成立連續通姦罪(§§239, 56)。依實務見解，加重和誘罪(§240III)與連續通姦罪(§§239, 56)屬牽連犯，與和誘前之通姦罪(§239)則成立數罪併罰(§50)。如行為人於緩刑期內因此受有期徒刑以上之宣告，則應撤銷緩刑(§75)。

依刑法第 75 條第 1 項第 1 款「緩刑期內更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者」應撤銷其緩刑宣告。如甲係於緩刑期滿後始受徒刑之宣告，則不符本款撤銷要件，且依據第 76 條：「緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。」，罪刑之宣告已經失

效，自無所謂撤銷緩刑宣告可言。依此，甲之竊盜罪罪刑宣告於緩刑期滿時失其效力，此

後即無緩刑撤銷之問題。不過，若慮及緩刑制度之精神，受緩刑宣告之人在緩刑期間再度

犯罪，或已有嚴重的前科事實，無論其罪刑判決確定是否在緩刑期間內，均應將緩刑撤

銷。如果依據法條文字作解釋，將有可能使受緩刑宣告之人利用上訴制度，使判決確定時

間拖延至緩刑期滿後，以避免緩刑之撤銷。因此，宜在立法上再予規範。

八、某甲請搬家公司代為搬家，搬家公司工人某乙前往搬運東西時，誤把某甲之室友某丙的電視機也一併搬上貨車。某甲見狀，由於平時和某丙感情不睦，所以也不聲張，任由某乙將電視機運往新家。某甲刑事責任如何？

【擬答】：

甲於其雇用之搬運工人乙誤搬室友丙之電視機時，因其與丙素有嫌隙而故不告知實情，任乙將該電視機搬入甲新宅，就此甲應負刑責，學說有不同見解：甲可能成立詐欺取財罪，甲於其雇用之搬運工人乙誤搬丙之電視機時，因甲對雇用人乙居於監督管理之義務人地位。

通說見解：甲則居於保證人地位，詎其竟以不告知事實之不作為為其詐術方法，致搬運工人乙陷於錯誤而交付丙之財物(電視機)予甲，則甲應成立刑法第三三九條第一項詐欺取財罪之不純正不作為犯。

甲可能成立侵占脫離持有物罪：搬運工人乙誤搬丙之電視機時，該電視機即已脫離丙之持有，甲故不告知乙，任其將之搬入甲新宅，即有侵占該脫離丙持有物之不法所有意圖，故甲成立刑法第三三七條之侵占脫離持有物罪。

甲可能成立普通侵占罪：搬運工人乙誤搬丙之電視機時，因乙為甲所雇用之人，該電視機即屬甲所持有中，甲卻仍不告知乙該事實，任令乙將電視機搬入甲

新宅，即有易持有為所有之不法意圖，應成立刑法第三三五條第一項普通侵占罪之間接正犯。

甲可能成竊盜罪：按利用他人無故意之行為犯罪者為間接正犯，本題搬運工人誤搬丙之電視機時，甲故不告知事實，任令乙將之搬入甲新宅，顯係利用乙無故意行為(乙為其利用之工具)以遂其在和平秘密方式下竊取丙電視機之犯罪目的，故甲應成立刑法第三二一條第一項普通竊盜罪之間接正犯)。

九、甲與乙商議買通黑道分子A將B殺害，經策劃後，由甲出資，乙則負責買通工作。某日，A持槍埋伏於路旁，擬俟B經過時，將其槍殺。惟因形跡可疑，尚未動手前，即為巡邏警察所逮獲。試問甲、乙各應負何刑責？

【擬答】：

甲乙共同謀議殺害B，由甲出資，乙負責買通A執行，甲乙二人顯係使原無殺人犯意之A產生殺B之決議，依刑法第二十九條第一項"教唆他人犯罪者，為教唆犯"之規定，二人均應成立教唆犯。

A受甲乙教唆後，即持槍埋伏於路旁預備殺B，惟尚未動手之前即由巡警逮獲，則A之行為應尚未達著手殺人之階段，僅該當刑法第二百七十一條第三項之預備殺人罪。

承上所述，甲乙二人已完成教唆行為，正犯A則尚未著手實施教唆內容，依通說見解，本於

刑法第二十九條第三項之規定，渠等所教唆之罪有處罰未遂犯之規定時，教唆犯仍負未遂之

刑責，故本題甲乙均應論以教唆殺人未遂罪。

十、A、B、C三人在台中市區駕車閒逛時，看見穿著時髦的少女甲獨自行走路上，於是三人商議之後，強行將甲拉上車，打算載往市郊的山區強制性交，卻因違規超速而在半途被警察攔下並逮捕。由於甲發育快，三人都誤以為她已有十六、七歲，事實上年僅十四歲而已。試問A、B、C之行為應如何處斷？

【擬答】：

A、B、C三人將甲拉上車的行為，係以私行拘禁或其他非法方法，剝奪甲的行動與意思決定自由，得逕依刑法第三〇二條剝奪他人行動自由罪論罪；不另成立刑法第三〇四條強制罪。(29上3757判例)至於行為人所為是否同時成立較重之刑法第二九八條略誘婦女罪，而得逕依該條處罰(71台上280判例參照)，因甲僅係十四歲之未成年少女，對此等犯罪事實的是否存在，宜採否定見解；普通傷害罪的討論亦同。(後段若時間不足，可不予著墨)

題示情形，關鍵在於行為人上述強制行為，究應評價為強制性交罪之著手，抑或先行成立剝奪被害人行動自由罪？

依六十八年台上字第一九八號判例：「強姦婦女而剝奪婦女之行動自由時，是否於強姦罪外，另成立妨害自由罪，須就犯罪行為實施經過之全部情形加以觀察，除該妨害自由之行為已可認為強姦行為之著手開始，應成立單一之強姦罪外，應認係妨害自由罪及強姦罪之牽連犯。」據此，於新刑法施行後，即應就犯罪行為實施經過之全部情形加以觀察，以決定成立數罪或一罪。然而，究係成立實質競合而數罪併罰，或是一行為觸犯數罪名的想像競合從一重處斷，甚至僅成立單純一罪？前揭實務意見並未清楚交代。管見以為，關鍵在於剝奪行動自由行為，於具體案例事實有無另外評價的必要？就此而言，行為人的犯意(是否個別)，亦為進

一步決定的判準。A、B、C 主觀上既係為將甲載往山區強制性交，則依其犯罪計畫，應可認為係強制性交罪之著手。

依題旨，A、B、C 三人既係以強制手段欲對甲為性交，其所為即非屬刑法第二二七條「對未成年人性交」罪之規範對象，而係會否成立刑法第二二二條加重強制性交罪的問題，討論如下：

同法第二二二條第一項第一款係規定「二人以上共同犯之」，依六十五年台上字第二〇六

四號判例：「刑法第二百二十二條之輪姦罪，必須參與行為人均姦淫既遂始能成立。其中

如有人姦淫未遂，除姦淫既遂者有二人以上均構成輪姦罪外，其姦淫未遂之人，仍應繩以

同法第二百二十一條第三項之強姦未遂罪，觀於同法第二百二十二條無處罰未遂犯之規

定，此為當然之解釋。」則現行法既已於第二百二十二條第二項設有未遂犯處罰規定，A、

B、C 三人所為應成立共同性交未遂罪；至未遂規定於本款適用的當否，係另一問題。

A、B、C 三人誤以為甲已十六、七歲，事實上年僅十四歲，則 A、B、C 三人所為應如何評價？

按於新刑法施行前，由於同法第二二二條第一項第二款係規定「對『十四歲以下』之男女犯之者」，三人所為可成立該款；惟新刑法施行後，該款已改為「對『未滿』十四歲之男女犯之者」，A、B、C 三人所為不成立本款；據此，行為人是否具備本款故意，無庸討論。

依題旨，A、B、C 三人在台中市區駕車閒逛，無法推論其係「利用駕駛『供公眾或不特定

人』運輸之交通工具之機會」而犯之，故亦不成立同法第二二二條第一項第六款。結論：A、B、C 三人成立加重強制性交未遂罪。（刑法第二二二條第一項第一款、第二項）

一、甲乙是鄰居，某日甲溜狗經乙家，為了報復乙老是給他錯誤明牌，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。甲打破門窗聲音正好驚動在旁持刀修剪花草之鄰居丙，丙欲探究竟，甲以為丙之持刀係來找碴，遂縱狗咬丙，致丙受傷，請問甲對丙之刑責為何？

解題提示一：因應九十四年一月七日新刑法之修正，刑法第十六條不知法律之錯誤已明示錯誤不可避免之條文依據及其法律效果。

民國九十四年一月七日公布之新刑法則規定為：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節，得減輕其刑」

擬答：

(一)、「甲縱狗咬丙之行為可能構成刑法上第二七七條之傷害罪？」

1 查刑法第十六條明定：「不得因不知法律而免除刑事責任」，核其條文所指『知法律』，通說咸認即指『不法意識』（或稱違法性認識），乃規範性要件，其內涵有待理論充實，『不法意識』其所認識之對象原則應以規範為本，惟其認識之範圍應否包括『容許構成要件之事實』學理已生爭議，如為肯定，則一旦行為人不法意識對『容許構成要件之事實』認識上有所欠缺，其法律效

果為何，因涉及不法意識與犯罪成立階層理論之變遷，學說有重大爭執，茲扼要分述如下：

- 1「故意說」：此說立於古典三階層理論，依此說不法意識不過係有責性中故意成立要件之一，故意說即取此義，因之欠缺不法意識，其效果為故意不成立，從而責任不成立，詳言之，一旦行為人不法意識對『容許構成要件之事實』認識上有所欠缺，責任不成立，古典三階層理論現無人採，從而故意說亦不可採。
- 2『二階層理論』：此理論以負面構成要件概念為本，簡化犯罪成立要件或階數，以「整體不法構成要件」為第一階，此理論之優點係：既可解決不法意識應否認『容許構成要件之事實』之問題，又能明確以構成要件不該當阻其犯罪成立，在說理上一箭雙鵰，頗受學界重視，但此看法顯不為新刑法第十六條之立法理由所採用。
- 3『罪責說』：此說以新古典三階層理論為本，故意有雙重機能，構成要件故意與不法意識各有所司，不法意識欠缺，本於規範責任論，又係規範要件，並非單純經驗事實之有無，因之，應考察其欠缺是否有正當理由可以避免，而按其情節，有責任上之不同，故新刑法第十六條明示：『除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節，得減輕其刑』其理在此。準此以言，一旦行為人不法意識對『容許構成要件之事實』認識上有所欠缺，則非單純責任不成立，而要依其情節論其欠缺認識可否避免，而定其責任，此說新法採之，拙見以為此說與通說見解若合符節，應以其為本。
- 4準此以言，依題旨，甲以為丙之持刀係來找碴，遂縱狗咬丙之行為，客觀上並無『不法之侵害事實』，甲不法意識對正當防衛之要件事實認識有所欠缺，即學理所稱之誤想防衛，甲以為丙之持刀係來找碴事實，並非事出急迫，甲有足夠時間可供查證，自不宜冒然縱狗傷人，甲對正當防衛之要件事實認識欠缺，實有正當理由可以避免，按其情節，不得免除刑事責任，應論以刑法第二七七條傷害罪為當。
- 5據上論結，甲縱狗傷丙之行為，應成立刑法第二七七條之傷害罪。

二、母親甲為哺乳方便，於就寢前將剛出生不久之嬰兒置於身旁，甲於熟睡翻身之際，乳房壓住乙之口鼻，致乙窒息死亡試問甲的可罰性？

解題提示：因應九十四年一月七日新刑法之修正，刑法第十九條增設第三項明示行為人因故意或過失自行招致之原因自由行為，具有可罰性。

(一)、查刑法第十九條第一項明文：「心神喪失人之行為，不罰」，條文所謂『心神喪失之行為』，為學理上之『行為與責任能力同時存在原則』之明文依據，惟心神喪失之狀態如係可歸責於行為人之故意過失所致者，則法無明文，此即學理上所謂之「原因自由行為」，故新刑法第三項增列規定為：「前兩項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」，此新法規定即係明文填補此漏洞。舊法時代因故意或過失自行招致之原因自由行為，欠缺明文，學理上遂以『心神喪失之行為』為本，對原因自由行為可罰之要否有以下數說，茲扼要述之如下：

- 1『例外說』：此說認為舊法第十九條所指之『心神喪失之行為』，確無明文規定，因行為人可歸責所致之心神喪失行為，是否具有可罰性，本於罪刑法定主義之派生原則，禁止類推創設可罰性要件，故在立法者修法前，原因自由行為應解為不罰。
- 2『間接正犯說』：此說略以為間接正犯不論係舊法與新法時代，均具備可罰

性，在不法內涵上，雖在行為主體上與原因自由行為有所不同，但因同時具有雙行為構造則兩者一致，本於平等原則，可歸責之原因自由行為自應屬可罰。

3 『前置理論』：此說強調原因自由行為之因果歷程，係行為人精心控制之因果歷程，行為人既有能力支配因果自應具有可罰性。

4 『構成要件說』：此說略以原因自由行為，就不法行為之評價上，不過為雙階斷之整體不罰行為，且『行為與責任能力同時存在原則』並未要求『責任能力』應從行為伊始，始終存在，故責任能力僅須在原因階段存在，即與『行為與責任能力同時存在原則』無違，而無刑法第十九條之適用，其行為具可罰性。拙意以為此說可採。

4 準上以言，『母親甲將嬰兒置於身旁致嬰兒死亡之行為』係製造法所不許之風險，甲為風險製造者理應控制風險免實現成實害，甲不予降低或排除任令風險實現，因果歷程客觀上可歸責，甲主觀上對因果歷程之事實具預見可能性，自屬刑法第十四條第一項所指之『應注意而不注意』，而應成立刑法上所指之過失，核其客觀致人於死之行為，不論係依新刑法第十九條第三項或依前揭『構成要件說』，其於原因階斷既有責任能力，縱其熟睡翻身行為時無責任能力且係過失行為所招，仍無刑法第十九條第一項不罰可資主張，實可斷言。

5 據上論結，甲置嬰於身旁之行為應可成立刑法第二七六條過失致人於死罪。

三、甲誤將稻草人當做仇人乙，開槍射擊之。

解題提示：因應九十四年一月七日新刑法之修正，刑法第二十六條第一項明定就不能未遂理論採行『客觀未遂理論』。

(一)、『甲誤稻草人為乙之槍擊行為，可能構成刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪？』：

1 查刑法第二十六條第一項但書明定：『行為不能發生犯罪之結果，又無危險者』學理稱之為『不能未遂犯』，此『又無危險』係規範性要件，其內涵有待理論充實，學說上對於『又無危險』有重大爭執，修法前本於分類，通說咸認『主體不能』與『幻覺犯』為絕對不能而不罰，但『客體不能』與『手段不能』兩者是否要罰，在舊法時代並無爭執俱認要處罰，但在新法下，則有爭議，茲扼要述之如下：

(1) 『抽象危險理論』：此說強調以客觀事實考察行為有無危險性，此說以為凡已著手行為之實施者，則屬有危險，為普通障礙未遂，若無，則為不能未遂不罰。

(2) 『具體危險說』：此說強調以客觀事實考察行為有無危險性，此說以為凡已著手行為之實施者，尚須觀察有無引發『具體危險之事實』，如有『具體危險之事實』，則屬有危險，為普通障礙未遂，若無，則為不能未遂不罰。故『客體不能』與『手段不能』，依此說均屬要罰之普通未遂。新刑法認為本於行為刑法及謙抑思想應採此說，惟此理論有經驗及推理上之重大缺陷，試問經驗上危險既為實害之前階，若外在世界，最終為無實害，則又何來可推求出實害之前階危險可言，危險之存在，不過是虛擬之假設，因之此說有邏輯上倒果為因之重大論證瑕疵，早為識者所批評，新法之立法者顯未見及此，此說拙意以為實待商榷。

(2) 『重大無知理論』：此理論認定危險之有無，並不在客觀事實，而在行為人主觀犯意有無出現與法敵對之想法，且一般人俱認其具法秩序之威脅性

者，如有，並非重大無知，則有危險，應論以普通未遂犯，如無，即為重大無知，則無危險，則為不能未遂不罰，此說缺點確如新刑法之立法理由所指，有處罰思想之嫌。故『客體不能』與『手段不能』，依此說均屬要罰之普通未遂。

(3)『事實欠缺理論』：此理論認定危險之有無，應論危險發生於何種構成要件故故『客體不能』與『手段不能』，依此說均屬要罰之普通未遂，此為最高法院向來所採之見解。

- 3 準此以言，甲誤稻草人為乙之槍擊行為事實，係客體不能，依『重大無知說』，其犯意引發一般人危懼感，非重大無知，係有危險，無刑法第二十六條但書之不能未遂，應論以刑法第二十五條及第二十六條第一項本文及刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪。

- 四、 甲與張三因宿怨難釋，早存有伺機殺害對方之意。某日，二人於途中邂逅，即一言不發，動手互毆。嗣甲雖拾起地上石頭將張三打傷，但兩人仍扭在一起纏鬥不休，未久，甲之友人乙適巧路過，目睹此情，為助甲一臂之力，即以身上所懷水果刀往張三腹部猛刺，張三負傷倒地，呻吟不已，乙見張三痛苦狀，頗為自己之孟浪舉動不安，遂央請旁觀之陌生人李四代為電請救護車來救，甲、乙見已闖禍，則匆忙相偕逃逸，惟在救護車到來前，適有王五駕車經過，乃自動將張三載赴醫院急救，張三幸而未死，請問甲乙兩人應負何刑責？

解題提示：因應九十四年一月七日新刑法之修正，刑法第二十七條第二項增列準中止犯，同條第三項增列共犯一人中止，如確能阻其結果發生者，全體共享中止利益。

- (一)、乙以水果刀猛刺張三腹部之行為，可能構成刑法第二七一條第二項殺人未遂及第二十七條之中止未遂而不罰？

1 查刑法第二十六條第一項但書明定：『行為不能發生犯罪之結果，又無危險者』學理稱之為『不能未遂犯』，此『又無危險』係規範性要件，其內涵有待理論充實，學說上對於『又無危險』係採『重大無知理論』，此理論認定危險之有無，故以行為人主觀犯意有無出現與法敵對之想法為本，但其想法之有無，仍應以行為為本，且應由一般人觀點認依其犯意，如無錯誤，果令實現，是否引起危懼感作為認定危險之有無，拙意以為此說既不背離『行為刑法』，又無『論理矛盾』，足可凸顯『不能未遂之非價內涵』應屬確論。果如此，依題示，早既存伺機殺害對方之意，其以石猛擊張三之行為事實，確引起一般人之危懼感，確有危險，雖張三未死，仍應成立刑法第二十六條第一項本文之障礙未遂犯，殆無可疑。

- 2 次查刑法第二十七條第一項：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意而中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」，條文所謂『因己意而中止』即學理上所稱『中止未遂犯』之明文依據，『己意』為係規範性要件，其內涵有待理論充實，學理上通說見解認為『己意』僅須行為人本於真摯之意思而中止犯罪行為，而非『風吹花草動誤為警察來』之非任意性下犯意之放棄，至於其動機為何則在所不問，少數說則認為，應本於中止犯之刑事政策係本於特別預防之觀點，若其動機具道德性，出於真誠悔意，則行為人之應刑罰性不復存在，自得予以免除刑罰，惟如其旨在倖獲刑法寬點而非真心悔悟，則行為人社會危險性未除，焉能謂已符防衛社會之立法目的，拙意肯認少數說看法，次者，就既了未遂以言，中止未遂之成立，除已

意中止外，尚須防果行為確令結果不發生，舊法時代對結果之不發生，若係本於其它事實原因時，行為人仍否可主張中止未遂，法無明文，通說均予肯認，故新法於第二十七條第一項後段明示：「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦同。」。

3 準此以言，乙見張三痛苦狀，頗為自己之孟浪舉動不安，遂央請旁觀之陌生人李四代為電請救護車來救之行為，已屬具誠摯悔意為中止行為，至於其結果之不發生，縱係肇因於王五駕車經過，乃自動將張三載赴醫院急救，張三幸而未死，亦不妨其主張中止之利益，故乙可主張其殺人未遂行為可免除刑罰。

(二)、甲以石塊攻擊張三之行為，可能構成刑法第二七一條第二項殺人未遂及第二十七條之中止未遂而不罰？

1 按刑法第二十八條明定：『兩人以上共同實施犯罪者，皆為正犯』，通說見解認為就共同正犯之主觀要件部份，承認「相續之共同正犯」，簡言之，無須自行為伊始，雙方即須有所聯絡，後行為人就其參與後之行為事實，亦可成立共同正犯。

2 次就中止利益之主張以言，共犯一人為中止行為，如確能阻其結果之發生，則共犯間是否均可主張中止利益，舊法時代未予明文，惟實務見解院字第七八五號向予以肯認，故新法於第二十七條第三項明示：「前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生，或結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之。」，本條所指共犯，從廣義解，包括共同正犯。

3 準此以言，依題示，乙既可主張中止利益，甲見已闖禍，則匆忙相偕逃逸，亦符己意中止之要件，按依世界人權宣言規定，刑事被告無須自證己罪，故匆忙相偕逃逸之行為，並無法義務之違反，故甲亦可就其殺人未遂行為主張中止利益而免刑。

五、甲為謀取甲父之高額保險金，竟與乙、丙三人共同謀議殺害生父甲，由丙負責提供兇槍，乙於甲父回家途中予以持槍殺害，請問甲、乙、丙之可罰性？
解題提示：因應九十四年一月七日新刑法之修正，刑法第二十八條條文所指之「實施」已改為「實行」。

(一)、『乙持槍殺害甲父之行為，可能構成刑法第二七一條第一項之殺人罪？』：

1 查刑法第三十一條第二項明定：「因身份或特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係者，科以通常之刑。」，條文所謂「因身份或特定關係致刑有重輕或免除者」通說認係『不純正特別犯』之明文依據，簡言之，特定身份之有無，以此類犯罪而言，並非創設可罰之身份，僅係加減之身份，刑法第二七二條殺害直系血親尊親屬罪，無直系血親卑親屬身份者，僅係科以普通殺人罪之刑，並非不得成為殺人罪之正犯。

2 準此以解，乙持槍殺害甲父之行為，乙縱無直系血親卑親屬之身份，亦不妨其成立普通殺人罪之正犯。

(二)、『甲為謀取甲父之高額保險金，竟與乙、丙三人共同謀議殺害生父甲，可能構成刑法第二十八條及第二七一條所指之殺人共同正犯？』：

1 查刑法第二十八條第一項明定：「兩人以上共同實施犯罪行為者，皆為正犯」，條文所謂「共同實施犯罪行為」係係規範性要件，其內涵有待理論充實，學說咸認，此係共同正犯之客觀要件，惟此要件事實，除行為外，仍否包括共同謀議之事實，大法官釋字第一〇九號解釋肯認『共同謀議之事

實』，亦無礙於共同正犯客觀要件之充實，稱此共同正犯為「共謀共同正犯」，惟學說對此不能認同，其論理係本於「行為刑法」之理念，『共同謀議之事實』核其本質，係思想耳，共謀共同正犯若具可罰性，則豈非得處罰思想，「行為刑法」之理念豈不蕩然無存，背離現代刑法思潮莫此為甚，實務執意擴大正犯，難謂具有正當性，苟若不能就『共同謀議之事實』認其為正犯，其『共同謀議之事實』要非不能以教唆行為相繩，其處罰上並無漏洞可言，依刑法第二十九條第二項：「教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之」可以明瞭，惟依釋字第一八五號解釋所示：「大法官依憲法第八十七條所為之解釋，有拘束全國機關人民之效力」，本於此，大法官釋字第一〇九號縱有不當，在未予補充前，仍應以其為本。

2 準此以言，甲與乙丙『共同謀議之事實』，應該當第二十八條所指之「共同實施犯罪行為」，甲可成立殺人之共謀共同正犯。

(三)、『丙負責提供兇槍之行為，可能構成刑法第二十八條及第二七一條所指之殺人共同正犯？』：

1 查刑法第二十八條明定：「兩人以上共同實施犯罪行為者，皆為正犯」，條文所謂「實施」二字究其範圍為何，有無包括陰謀與預備行為，實務院字第二四〇四號解釋明示「實施」不以「實行」為限，包括陰謀與預備。惟新法則認預備與陰謀可罰性之承認，畢竟欠缺構成要件之定型，應為例外，共同預備正犯更為例外之例外，故將實施改為實行，限制擴大正犯範圍，惟在新法生效前，仍應本於院字第二四〇四號解釋及釋字第一〇九號解釋『以自己共同犯罪之意思，參與實施構成要件以外之行為』而肯認『共同預備行為』具可罰性。

2 準上以言，丙負責提供兇槍之行為，可構成刑法第二十八條及第二七一條所指之殺人共同正犯。

六、關於教唆犯之處罰規定如何試申論之。

解題提示：因應九十四年一月七日新刑法之修正，刑法第二十九條已改採共犯從屬性說及限制從屬形式。

(一)、「新法下教唆犯之處罰基礎，業已揚棄共犯獨立性之理由，改採共犯從屬性之觀點」：

學界向來就教唆犯之處罰基礎究採『共犯獨立性說』抑或是『共犯從屬性說』，新法立法理由，從德日立法體例，明示採共犯從屬性，並將第二十九條第二項未遂教唆予以廢止，基此，共犯從屬性說應可確認為新刑法對教唆犯之處罰基礎。

(二)、「新法下對教唆犯從屬之程度，明示採行限制從屬形式」：

舊法時代，刑法第二十九條第一項明定：「教唆他人犯罪者為教唆犯」，條文所謂『他人犯罪』，通說咸認係採「嚴格從屬形式」，為杜間接正犯類型所生之可罰性漏洞，學理極力主張應放寬教唆犯從屬程度以對，簡言之，應以限制從屬形式擴大其處罰之範圍，為此，新法採之，規定為：「教唆他人使之實行犯罪行為者」，條文所謂『使之實行犯罪行為』正係對教唆犯採限制從屬之具體明文，殆無可疑。

七、何謂信賴原則，其適用範圍有何限制？

答：

- (一)、所謂「信賴原則」係指：「依規定行車者，除有其它顯然例外，得以信賴他人亦當如此而為」，依此定義可知，信賴原則主要係適用於交通事件，例如有優先權的司機，可以合理信賴他人會尊重其優先權，無庸在路口放緩速度而行，因之如果發生互撞，則責任自因由不尊重優先權之他司機承擔。信賴原則依通說看法已不限於交通事件可以主張，通說看法認為在一般生活領域中，凡具有「分工合作之領域」，例如醫事行為。再者，信賴原則也可以適用在『信賴他人不會為犯罪行為』，例如賣菜刀之人，可以信賴購買者不會用來殺人，但這樣的信賴有其界限，也就是如相對人「具顯然之犯罪傾向時，日常行為又具有激化傾向之效用時」不能主張信賴原則。
- (二)、信賴原則係西元一九三〇年代由德國帝國法院所創設，創設之宗旨，旨在促進高科技下順暢之交通成為可能，高速公路之設計即本此理念，無庸隨時保持緊急煞車之狀態。行為如果符合信賴原則，則意味行為所製造之風險，是「容許之風險」。
- (三)、交通上信賴原則主張上有其界限，凡無遵守交通規則能力之人例如小孩與老人、六神無主之人或酒醉開車之人等不得對其主張信賴原則。
- (四)末者，違反交通規則之人可否主張信賴原則，通說看法否定，但學界看法則認為要看互撞行為之發生，是否具有不可避免性，否則縱使不違規亦生損害時，仍可主張信賴原則。

八、何謂刑法之期待可能性？

答：

甲、期待可能性之定位與定義：

(一) 定位與效果：

(1) 是犯罪第三成立要件『罪責』之生效要件之一。

(2) 本要件在刑法總則沒有統一規定，而是散見在：

二十三條防衛過當與刑法第二十四條避難過當與十六條之誤想防衛。

(3) 本要件在刑法分則之規定散見在：

犯人藏匿犯人親屬、湮滅證據、便利親屬脫逃或收受親屬贓物

本要件欠缺時之法律效果有三：

(1)、『無』期待可能性時：法律效果為：『罪責受阻卻』(第三成立要件不生效；犯罪不成立)。

(2)、『低』期待可能性時：法律效果為：『罪責受減輕』(第三成立要件生效；犯罪成立；『刑罰效果』可能為『免刑』或『減刑』)。

(3)、『高』期待可能性時：法律效果為：『罪責生效』(第三成立要件生效；犯罪成立；『刑罰效果』逕依刑法分則該罪法定刑之效果)。

(二) 定義：

期待可能性之意義：

在規範責任論的看法下，法律對行為人有一種期待，這種期待的內容為：「選擇放棄犯罪行為」，法律不強人所難，所以對『行為人的期待』會有三種『可能程度的期待』，分別就是『無』、『低』、『高』期待可能性。

『無』期待可能性：這是指規範責任論下，行為人『選擇犯罪』是『唯一的選擇』，任何一般人都會這樣選擇，則法律要求行為人『放棄犯罪』就是強人所難，此時『選擇犯罪』就不被認為違反規範，因此，罪責不生效。

『低』期待可能性：這是指規範責任論下，行為人『選擇犯罪』不是『唯一的選擇』，則法律要求行為人『放棄犯罪』祇是有點困難，此時『選擇犯罪』就會被認為違反規範。

『高』期待可能性：指規範責任論下，法律要求行為人『放棄犯罪』非常簡單，此時『選擇犯罪』就會被認為違反規範，完全不可以原諒，因此，罪責生效。

(三) 歷史緣起『德國麻馬案』：

甲是一名馬車車夫，其所負責駕駛的馬車上配置的馬匹，有一種不良的癖好，就是習慣將馬尾纏繞在繮繩上，使馬車夫不能正常以繮繩控制行動，馬車夫多次向車行老闆要求換馬，車行老闆總以省錢為由拒絕，某日，馬車行經繁忙路段，該馬又再次以馬尾纏住繮繩，車夫欲拉緊繮繩控制馬匹，反而激怒該馬，該馬在街上狂奔，終致路人乙因而被撞傷骨折，路人乙認為馬夫甲應負過失傷害責任，德國聯邦最高法院首次以『馬車車夫既然沒有換馬的權利，則駕駛該馬所生之過失傷害無期待可能性故不處罰。』，這就是期待可能性的來源

(一)、「乙在泰國殺甲之行為，我國法院仍有審判權，縱業已於泰國服刑期滿，僅得免其刑之全部或一部之執行。」：

查刑法第三條：「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之。」，足證我國刑法原則係採屬地主義，刑法效力原則僅在中華民國領域內，惟如行為人所犯之罪，依其罪名，如非刑法第五條所指之各罪，例如非保護主義所指之偽造貨幣罪、世界主義下所指之海盜罪，又行為人之身份，並非第六條所指之公務員時，則應視行為人所犯罪名之法定本刑其最低度是否為三年以上有期徒刑，如果為肯定，且該犯罪地亦有處罰之規定，依刑法第七條之規定，則中華民國法院仍得依法審判，就行為人之行為，依法處斷，殆無疑義，惟同法第九條亦謂一事不二罰之原理，原則僅限於國內法領域，但實質上如果受刑之一部或全部宣告，仍得免除全部或一部之執行。

準此以言，乙既犯殺人罪，依法第二七一條規定其最輕本刑為十年以上有期徒刑，已逾三年，依前揭第七條之規定，我國法院自得依法處斷乙之犯行，逕為刑之宣告，惟得斟酌其已服之徒刑而免其全部或一部之執行。

小結：我國法院對乙殺人行為仍得處斷，並得免其刑全部或一部執行。

(二)、「乙在泰國殺甲之行為，我國法院無審判權。」：

依前述第七條之規定，領域外所犯之罪，其有期徒刑之法定本刑不得低於有期徒刑三年，查刑法第三五四條毀損罪最低本刑有期徒刑一年以下，故中華民國法院依法不得審判。

九、甲於自家倉庫引火燃燒至燒毀倉庫後不幸延燒至燒毀乙家住宅，應論何罪？

解答：

(一)、「甲於自家倉庫引火燃燒至燒毀倉庫之行為，可能構成刑法第一七三條第二項之失火罪。」

查刑法第一七三條第二項所指『現有人所在之建築物』，條文所指之『人』，判例認為：『刑法第一七三條之被害客體必須與第一七四條被害客體有所不同，第一七三條之客體限於行為人以外之人。』，學者通說認為判例長期以

來對刑法第一七三條，過於拘泥於形式文義，反而對本條立法目的有重大誤解，本條可罰之目的，在於放火行為對現有人使用之住宅之危險性，故重點應在『住宅是否正在使用中之狀態』，而不是『何人在使用？』，本罪是抽象危險犯，本來其可罰之重心即應落在『行為是否具有高度危險性』，而不是「被害客體之身份」。判例見解沿用至今，未有更替，誠屬遺憾。

次查，若行為人引火行為出於過失自應論以刑法第一七三條第二項之失火罪殆無可疑。

(二)、『甲於自家倉庫引火燃燒至燒毀倉庫之行為，不構成刑法第三五四條之毀損罪。』：

失火行為若令倉庫毀棄或損壞不堪使用者，是否成立刑法上第三五四條毀損罪，應注意刑法第十二條第二項之規定：「過失行為之處罰，以有特別規定者為限。」。本法第三五四條之毀損罪處罰，並未設有過失處罰之特別明文規定。故行為人出於不慎之失火行為，客觀上縱有毀棄損壞，亦不具有可罰性，實可斷言。

準此以言，甲既因不慎而引發火災，其應注意能注意而不注意殆無可疑，自不成立毀損罪。

(三)、「甲於自家倉庫引火燃燒至燒毀乙家住宅之行為，構成刑法第一七三條第二項之失火罪。」：

查刑法第一七三條第二項之被害客體限於『現供人使用之住宅』，乙家住宅自己該當上揭客體之規定，從而自應論處甲成立刑法第一七四條第二項之罪。

(四)、競合：

甲一放火行為同時成立刑法第一七四條第二項兩罪，一行為觸犯數罪名，從一重論以刑法第一七四條第二項失火罪。

十、請問刑法第一三四條公務員假借職務上之權力、機會或方法以故意犯本章以外之罪者，加重其刑至二分之一。但因公務員之身份已特別規定其刑者，不在此限，其涵義為何請申述之？

解答：

(一)、查刑法第一三四條第一項明定：「公務員假借職務上之權力、機會或方法以故意犯本章以外之罪者，加重其刑至二分之一。但因公務員之身份已特別規定其刑者，不在此限。」。依前揭規定，公務員若犯第四章以外之罪，若其法律效果加重其刑為二分之一時，其成立條件有三：

1、『須公務員假借職務上之權力、機會或方法』：

其犯罪方式上必須要該行為主體確有該職務權限，至於是假借『權力』、『機會』、『方法』何者？在所不問，任一均可。

2、「須該罪因公務員之身份尚無特別規定其刑者」：例如刑法第二一五條登載不實罪及縱放便利脫逃罪或洩露工商秘密罪均屬對公務員身份犯罪已設有加重其刑之特別規定，此類犯罪均不得再適用本條加重其刑至二分之一，但如公務員假藉職務上機會犯傷害罪者，則可加重其刑至二分之一。

Q. 問題(一)

甲駕車行駛中，不注意撞及路人乙，乙傷勢頗重呈昏迷狀態。試問：(一) 甲立即將乙載往醫院救助，乙最後不治死亡，甲應負何種刑責？

答：

針對乙送醫不治：

1. 依刑法&276I 的規定，具有注意義務身分之人，雖非故意，卻違反能履行的注意義務，應注意且能注意而不注意，而有過失，因之，致人於死，犯過失致人於死罪。
2. 本案，因開車而具有勿撞及行人注意義務身分之人甲，雖非故意，卻違反能履行的勿撞及行人注意義務，應注意且能注意而不注意，而有過失，因之撞及路人乙致其送醫不治死亡。
3. 故甲犯過失致人於死罪。

Q. 問題(二)

公司收帳員甲，替公司收取一筆帳款後，未將該筆帳款繳回公司私自拿去花用，試問甲的刑責？

答：

- A. 依刑法&336II 的規定，意圖為自己或第三人不法之所有，具有業務及持有他人之物雙重身分之人，侵占因業務而持有之他人之物者，犯業務侵占罪。
- B. 本案中，意圖為自己不法之所有，因身為公司收帳員而具有業務身分及替公司收款而具有持有他人之物雙重身分之人甲，未將收取帳款繳回公司，據為己有私自花用，而侵占因業務而持有他人之物。
- C. 故甲犯業務侵占罪。

Q. 問題(三)

甲男強奪乙女財物後，為丙男逮獲。試問：若丙男為警察，受甲男苦苦哀求後釋放了甲男，丙男有無刑責？

答：

1. 依刑法&163I 的規定，具有逮捕或拘禁職務公務員身分的行為人，基於職務縱放或便利脫逃故意而有縱放或便利被依法逮捕或拘禁之人，脫離支配其行動自由實力的行為，致其逃逸者，犯職務縱放罪。
2. 本案中若丙為警察乃屬具有逮捕職務公務員身分的行為人，基於職務縱放故意，放甲一馬而有縱放被依刑事訴訟法&88 規定逮捕搶奪現行犯甲的行為，致其逃逸。
3. 故丙犯職務縱放罪。

Q. 問題四

警員甲，趕去酒店逮捕通緝犯乙，正好乙走出酒店一發現甲，乙即掏出手槍對甲，射擊甲，甲也開槍還擊，問甲有無涉及罪責？

答：

對於通緝犯乙，持槍拒捕之現在不法攻擊警員甲，基於防衛自己生命法益的意思開槍將乙射殺，以刑法&271I 規定的殺人構成要件該當行為當場進行反擊，該反擊立即結束乙之不法攻擊，而具有必要性，且情況如此緊急難謂即濫用防衛權，而具有適當性的防衛行為，依刑法&23 的規定甲的殺人構成要件該當行為因成立為自己正當防衛不具違法性不犯殺人罪。

Q. 問題五

某甲恐嚇某乙，將金錢匯入自己的戶頭，某乙心生恐懼按其指示，將錢匯入某甲的戶頭，不過同時也向警方報案，問某甲犯何罪？

答：

- A. 依刑法&346I 的規定，意圖為自己或第三人不法之所有，以恐嚇使人將本人或第三人之物交付者，犯恐嚇取財罪。
- B. 本案甲，意圖為自己不法之所有，以恐嚇使乙心生恐懼按其指示，將錢匯入了甲的戶頭，而將本人之物交付。
- C. 故甲犯恐嚇取財罪

Q. 問題六

甲、乙、丙、丁四人在公共場所打麻將賭博財物，是否構成共同正犯？

答：

- A. 依刑法&28 的規定，數人基於犯意連絡，分擔行為而共同實現一個刑法分則上單獨正犯構成要件的客觀部分，該數人即為共同正犯。
- B. 本案甲、乙、丙、丁四人在公共場所打麻將賭博財物，並非分擔行為而共同實現一個刑法分則上單獨正犯公然賭博構成要件的客觀部分，而是各自均單獨實現刑法&266I 的公然賭博構成要件，而各自均具有公然賭博構成要件該當性，均犯公然賭博罪。
- C. 故甲、乙、丙、丁四人均並非共同正犯，這種不構成共同正犯，但卻又必須相互依存方有犯罪可能的數人，在學理上稱為必要共犯。

Q. 問題七

某甲，無照駕駛其哥某乙之機車，不慎撞傷路人某丙逃逸，為警員發現捕獲，試問某甲所犯何罪？

答：

A. 撞傷丙的部分：

騎機車而具有審慎駕車注意義務身分之人甲雖非故意但違反能履行的審慎駕車注意義務應注意且能注意而不注意因之而有過失不慎將丙撞傷致其受傷害依刑法&284I 前段的規定甲犯過失傷害罪。

B. 未停留肇事現場的部分：

甲駕駛動力交通工具機車撞傷丙肇事，未停留在肇事現場而逃逸，依刑法&185 之4 的規定甲犯車禍肇事逃逸罪。

C. 甲的處罰：

甲犯已為被害人丙提出告訴的過失傷害罪，與其另犯的車禍肇事逃逸何二罪，依刑法&50 的規定，併罰之。

Q. 問題八

甲竊取乙之財務後，教唆其妻丙出售其所竊取財物，而丙將其出售於知情之丁。試問丙、丁應如何處斷？

答：

丙的部分：

1. 丙明知為其夫甲竊取乙之贓物，居間介紹而出賣之，依刑法&349II的規定，丙犯牙保贓物罪。
2. 但依刑法&351的規定，配偶間犯此罪，得免除其刑。

丁的部分：

丁明知為竊取之贓物，故買之，依刑法&349II的規定，丁犯故買贓物罪。

Q. 問題九

D經營職業賭場為警方查獲，D為逃避刑事追訴，要C出面頂替，問C犯何罪？

答：

C所犯之罪：

1. 出面頂替的部分

C意圖藏匿犯圖利供給賭博所罪之人D而出面頂替者依刑法&164II的規定C犯頂替罪。

2. 製作警訊筆錄的部分：

C明知自己非犯罪人D，卻使公務警員A和B登載於職務上所掌之公文書警訊筆錄，足以生損害於公眾，依刑法&214的規定，C犯使公務員登載不實罪。

3. C之罪名及處罰：

C雖犯二罪，但二罪間具有方法目的的牽連關係，依&55後段的規定，以一罪論，從重成立使公務員登載不實罪名，依此罪名處罰之。

Q. 問題十

某甲於公務員某以執行公務時，當場予以毆打，致某乙受普通傷害。試問某甲應負何刑責？

答：

A. 甲對於依法執行公務員乙，當場予以毆打，而施強暴，依刑法&135I的規定，甲實現施強暴於執行職務之公務員構成要件。

B. 甲基於傷害故意，毆打乙而有傷害行為，致乙受普通傷害，依刑法&277I的規定，甲實現傷害構成要件。

甲所犯之罪

甲雖然同時實現施強暴於執行職務之公務員構成要件和傷害構成要件，但不能二者均成立構成要件該當性，否則將就毆打事實部份，發生一事二罰，依從重擇一關係，僅從重適用傷害構成要件而成立傷害構成要件該當性，而犯傷害罪。

一、試說明超法規阻卻違法事由中的「義務衝突」得要件？

答：行為人須同時履行二個不能相容之義務時，因無法權不履行而僅履行其中之一者，對於未履行之義務，不處罰其不作為者，稱為義務衝突。對於義務衝突應視為阻卻違法事由或阻卻責任事由，學者見解不一。適用義務衝突之情況，皆是處於緊急狀態，苟非如此，則乃應克盡其所負之義務，不得規避。因此負有多種義務之行為人祇有符合一定要件，始可依義務衝突而阻卻其責任。其要件有四：

- (一) 需同時發生兩個之衝突義務。

- (二) 需行為人已履行其中一個義務。
- (三) 需行為人對義務之衝突之惹起不必負責。
- (四) 需其他義務不履行出於不得已。

二、何謂告訴乃論？

答：刑法第二三六條規定：「第二三〇條之罪，需告訴乃論。」所謂告訴乃論，即需被害人或有告訴權人之告訴，使得追訴論罪也。

三、何謂累犯？其成立要件如何？

答：(一) 係指受刑罰執行之人，於刑罰執行完畢或赦免後，於一定期間內，另犯一定之罪。因此等人經刑罰執行後而再犯，顯然為除去其主觀上惡性，故加重其刑。

(二) 成立之要件：

- 1、行為人須受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後。
- 2、受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪。
- 3、需前犯之罪非於外國法院受審判。

四、某甲將公務員製作之公文書原本與以影印後，將影印本之部分內容竄改，重加影印後，持以行使，應成立何罪？

答：依題意某甲將公務員製作之公文書原本予以影印後，將影本之部分內容竄改，重加影印。此為公文書，觸犯刑法第 211 條變造公文書罪，並進而持以行使，應成立刑法第 216 條之行使變造公文書罪，依實務見解，應由高度之行使行為吸收低度之變造行為，故僅以第 216 條規定之行使變造公文書罪。

五、某甲意圖為自己不法之所有，對乙實施強暴，某乙雖未至不能抗拒之程度，但為免惹不必要之麻煩，即將某甲所要求之款項如數支付，某甲應成立何罪？

答：依題意，某甲意圖為自己不法之所有，對乙實施強暴，某乙雖未至不能抗拒之程度，但為免惹不必要之麻煩，即將某甲所要求之款項如數支付，某甲應成立刑法第 346 條之恐嚇取財罪。

六、某甲於白晝，損壞門上之鎖，進入乙開設之畫廊，竊取名畫一幅，某甲應成立何罪？

答：依題意，某甲於白晝，損壞附加於門上之鎖，以進入乙開設之畫廊，竊取名畫一幅，其侵入店內與竊取名畫之行為該當刑法第 321 條之加重竊盜罪和刑法第 306 條侵入住居罪，二者間應屬一行為觸犯數罪名，應依刑法第 55 條之想像競合犯，從一重之加重竊盜罪處斷。

七、何謂保護主義？

答：(一) 刑法的「空間效力」

「屬地主義(原則)」(Territorialitätsprinzip)，指凡於我國領域內所發生之犯

罪行為，無論行為人及受害人是何國人，均可以我國刑法處斷。「屬人主義(原則)」(Personalitätprinzip)，指我國國民無論身處我國領域內或領域外，凡觸犯我國刑法之內容者，均可以我國刑法處斷。刑法以「屬地主義為主，屬人主義為輔」之意義，在於刑法乃是國家刑罰權發動之依據，具有強烈之國家主權色彩，自然以國家領域內為主要的適用範圍，又國民屬於國家組成份子之一，受到國家主權統治本屬自然。但如果國家刑罰權不受到領域之限制或不以國民為主要適用對象，恐有侵犯他國主權之疑慮，因此，國家刑罰權之發動，主要還是依據「屬地主義」，輔以約制國民行為之「屬人主義」，再加上基於保護國家與國民法益所衍生出之「保護主義」與基於普世價值理念下之「世界法主義」，形成一套有系統且適當的刑法適用範圍，以期達成實現公平正義、保障人性尊嚴之法價值思想。

(二) 刑法的「時間效力」

刑法的時間效力，主要的是在處理刑法經過變更或修改後，應該如何適用的問題。根據現行刑法第2條：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更，不處罰其行為或不施以保安處分者，免其刑或保安處分之執行。」，可知目前我國刑法在法律變更或修改之情形下，針對刑法之適用主要採行三種見解：「從舊原則」、「從輕原則」、「從新原則」。「從舊原則」，指刑法第2條第一項前段：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。」；「從輕原則」，指刑法第2條第一項但書：「但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」及同條第三項：「處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更，不處罰其行為或不施以保安處分者，免其刑或保安處分之執行。」；「從新原則」，指刑法第2條第二項：「非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」但本原則僅針對「非拘束人身自由之保安處分」適用。或有學者將前述之「從舊原則」與「從新原則」結合，稱之為「從舊從輕原則」。無論如何，我國刑法主要以「從舊從輕原則」為主，「從新原則」為例外。

八、何謂世界法主義？

答：所謂「世界法主義(原則)」(Weltrechtsprinzip)，要言之，基於維護世界上共同的法秩序整體性(不妨將之認為是一種刑法的普世價值)，對於特定犯罪，不論行為人之國籍、犯罪地是否在領域內，任何國家之刑法均可以適用處罰之。由於刑法具有強烈國家主權性，如果刑法的「地之效力」以此為主，恐有違「不干涉他國內政(主權)」之國際法理，因此，此項原則，通常限定在國際犯罪。

九、犯罪成立要件包含3個要素：構成要件該當性, 違法性, 有責性, 試問此3要素如何解釋及說明？

答：(一) 構成要件該當性(Tatbestandsmäßigkeit)

由於我國刑法在架構上，主要係採取古典主義以「行為」作為主要規範對象之理論。因此，刑法中將犯罪行為(事實)經過抽象化、概念化、類型化與規範化的處理後，規定於刑法典中，成為構成犯罪行為與處罰根據之要件，便稱之為「構成要件」(Tatbestand)。若將「構成要件」作更加具體詳盡的分類，便成

為「構成要件要素」之概念。當一個犯罪行為，符合刑法典上關於該犯罪之構成要件規定時，我們便認為該犯罪行為即具有「構成要件該當性」。

(二) 違法性(Rechtswidrigkeit)

行為人的行為，雖然在客觀上具有構成要件該當性，但並不能單就此而加以定罪，尚須討論其行為是否具有「違法性」。「違法性」是一個抽象概念，扼要的說，違法性的主要任務，在於「評價」；易言之，所謂「違法性」，乃指當行為與法價值發生衝突時，法價值是否對於此一行為採取非價(否定評價)的立場；如果法價值對該行為採取非價，那麼這樣的行為在內涵上，便具有「違法性」；反之，若法價值認為該行為是可容許的，此行為便不具違法性。

(三) 罪責(Schuld)

雖然在不法——前述之「構成要件該當性」加上違法性即是不法(Unrecht)——階段中，便討論過是否有關責任的問題，但是在不法階段所討論的，乃是客觀行為上，行為人是否該對行為負責，然而在有責性(即罪責)階段，主要討論的，乃是討論行為人在主觀上——即自行為人之角度出發——是否應該對整個犯罪行為負責的問題。因此，在罪責階段，我們會自行為人之責任能力、不法意識、期待可能性等方面，針對行為人作刑法上的評價(非難)。

十、甲利用無責任能力乙殺丙，而乙誤丁為丙而殺死丁，甲、乙應如何處斷？

答：(一) 甲之刑責：此為間接正犯中行為工具之客體錯誤案例。依通說見解，就間接正犯之利用支配關係而言，由他人所擔任之人之工具，有如他人使用之機械性工具，故意無辨認行為客體之必要，其現象有如打擊錯誤，故依打擊錯誤處理。因此，甲對丙應成立殺人未遂罪，對丁成立過失致死罪，二者成立想像競合，從一重處。

(二) 乙之刑責：乙係無責任能力之人，欠缺責任能力，阻卻罪責，其不法之行為均不構成犯罪。

一、試述刑法主刑的種類？

答：

主刑之種類如下：

1. 死刑。
2. 無期徒刑。
3. 有期徒刑：二月以上十五年以下。但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年。
4. 拘役：一日以上，六十日未滿。但遇有加重時，得加至一百二十日。
5. 罰金：新臺幣一千元以上，以百元計算之。

二、試述刑法重傷害之定義？

答：

稱重傷者，謂下列傷害：

- 一、毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。
- 二、毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。
- 三、毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅能。
- 四、毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。

五、毀敗或嚴重減損生殖之機能。

六、其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。

三、試述刑法之保安處分之種類？

答：

一、（感化教育處分）

因未滿十四歲而不罰者，得令入感化教育處所，施以感化教育。

因未滿十八歲而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入感化教育處所，施以感化教育。但宣告三年以下有期徒刑、拘役或罰金者，得於執行前為之。

感化教育之期間為三年以下。但執行已逾六月，認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。

二、（監護處分）

因第十九條第一項之原因而不罰者，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時，令入相當處所，施以監護。

有第十九條第二項及第二十條之原因，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時，於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護。但必要時，得於刑之執行前為之。

前二項之期間為五年以下。但執行中認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。

三、（禁戒處分）

施用毒品成癮者，於刑之執行前令入相當處所，施以禁戒。

前項禁戒期間為一年以下。但執行中認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。

四、（禁戒處分）

因酗酒而犯罪，足認其已酗酒成癮並有再犯之虞者，於刑之執行前，令入相當處所，施以禁戒。

前項禁戒期間為一年以下。但執行中認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。

五、（強制工作處分）

有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作。

前項之處分期間為三年。但執行滿一年六月後，認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。

執行期間屆滿前，認為有延長之必要者，法院得許可延長之，其延長之期間不得逾一年六月，並以一次為限。

六、（強制治療處分）

犯第二百八十五條之罪者，得令入相當處所，強制治療。

前項處分於刑之執行前為之，其期間至治癒時為止。

七、（代替保安處分之保護管束）

第八十六條至第九十條之處分，按其情形得以保護管束代之。

前項保護管束期間為三年以下。其不能收效者，得隨時撤銷之，仍執行原處分。

八、（驅逐出境處分）

外國人受有期徒刑以上刑之宣告者，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。

四、刑罰刑之酌科及加減應注意之事項？

答：

科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：

- 一、犯罪之動機、目的。
- 二、犯罪時所受之刺激。
- 三、犯罪之手段。
- 四、犯罪行為人之生活狀況。
- 五、犯罪行為人之品行。
- 六、犯罪行為人之智識程度。
- 七、犯罪行為人與被害人之關係。
- 八、犯罪行為人違反義務之程度。
- 九、犯罪所生之危險或損害。
- 十、犯罪後之態度。

五、試述數罪並罰的方法？

答：

數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依下列各款定其應執行者：

- 一、宣告多數死刑者，執行其一。
- 二、宣告之最重刑為死刑者，不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。
- 三、宣告多數無期徒刑者，執行其一。
- 四、宣告之最重刑為無期徒刑者，不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。
- 五、宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾三十年。
- 六、宣告多數拘役者，比照前款定其刑期。但不得逾一百二十日。
- 七、宣告多數罰金者，於各刑中之最額以上，各刑合併之金額以下，定其金額。
- 八、宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之。
- 九、宣告多數沒收者，併執行之。
- 十、依第五款至第九款所定之刑，併執行之。但應執行者為三年以上有期徒刑與拘役時，不執行拘役。

六、試述國人在國外犯那些罪，可用刑法訴追？

本法於凡在中華民國領域外犯下列各罪者，適用之：

- 一、內亂罪。
- 二、外患罪。
- 三、第一百三十五條、第一百三十六條及第一百三十八條之妨害公務罪。
- 四、第一百八十五條之一及第一百八十五條之二之公共危險罪。
- 五、偽造貨幣罪。
- 六、第二百零一條至第二百零二條之偽造有價證券罪。
- 七、第二百十一條、第二百十四條、第二百十八條及第二百十六條行使第二百十一條、第二百十三條、第二百十四條文書之偽造文書罪。
- 八、毒品罪。但施用毒品及持有毒品、種子、施用毒品器具罪，不在此限。
- 九、第二百九十六條及第二百九十六條之一之妨害自由罪。

十、第三百三十三條及第三百三十四條之海盜罪。

七、試述緩刑的要件？

受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：

- 一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。
- 二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。

緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人為下列各款事項：

- 一、向被害人道歉。
 - 二、立悔過書。
 - 三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。
 - 四、向公庫支付一定之金額。
 - 五、向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。
 - 六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。
 - 七、保護被害人安全之必要命令。
 - 八、預防再犯所為之必要命令。
- 前項情形，應附記於判決書內。
第二項第三款、第四款得為民事強制執行名義。
緩刑之效力不及於從刑與保安處分之宣告。

八、試述假釋的要件？

（假釋之要件）

受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。

前項關於有期徒刑假釋之規定，於下列情形，不適用之：

- 一、有期徒刑執行未滿六個月者。
 - 二、犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。
 - 三、犯第九十一條之一所列之罪，於徒刑執行期間接受輔導或治療後，經鑑定、評估其再犯危險未顯著降低者。
- 無期徒刑裁判確定前逾一年部分之羈押日數算入第一項已執行之期間內。

九、試述刑法追訴權的時間？

（追訴權之時效期間）

追訴權，因下列期間內未起訴而消滅：

- 一、犯最重本刑為死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之罪者，三十年。
- 二、犯最重本刑為三年以上十年未滿有期徒刑之罪者，二十年。
- 三、犯最重本刑為一年以上三年未滿有期徒刑之罪者，十年。
- 四、犯最重本刑為一年未滿有期徒刑、拘役或罰金之罪者，五年。

前項期間自犯罪成立之日起算。但犯罪行為有繼續之狀態者，自行為終了之日起算。

十、試述累犯的定義？

(累犯)

受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。

第九十八條第二項關於因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論。

一、瀆職罪之立法理由何在？其所侵害的法益為何？

答 (一)瀆職罪的立法理由 公務員應遵守誓言，忠心努力，依法律命令所定，執行其職務。公務員既須依法執行其職務，則其所執行之職務須符公正清廉之原則，若其執行職務不公不正或收受不法報酬，則其濫用職權或貪得之行為，匪獨有損人民權益，且政府之威信亦受嚴重之損失。為敬正官邪，刑法遂設瀆職罪章，用以處罰不法利用公務原地位，以損害公務信用之公務員。(二)侵害之法益 瀆職罪所侵害之對象，為國家法益，有時並及於個人法益。此不但在非純粹瀆職罪有此情形，即在純粹瀆職罪亦無不然。例如，公務員利用職務上權力機會傷害人之身體或健康者，除違背職務而外，同時妨害個人法益，其受妨害之個人自亦係犯罪之直接被害人。但自瀆職罪規定之性質而言，仍以保護國家法益為主，縱係同時侵及個人法益，尚不失其為妨害國家法益之罪。

二、刑法瀆職罪章所定之犯罪類型可概分為幾種

答 (一)濫用職權罪 包括枉法裁判或仲裁罪、濫用職權追訴處罰罪，凌辱人犯罪、違法行刑罪、越權受理訴訟罪、違法徵收罪、妨害郵電秘密罪等。(二)賄賂罪 包括不背職務之收賄賂罪、違背職務之受賄罪、準收賄罪、行賄罪等。(三)違背忠實或廉潔之義務罪 包括委棄守地罪、廢弛職務成災罪，公務員圖利罪、洩漏秘密罪。

三、瀆職罪中之要求與行求之區別如何

答 刑法第一二二條第一項 公務員或仲裁人對於違背職務之行為要求期約或收受賄賂或其他不正利益者，處三年以上十年以下有期徒刑成立因收賄賂而違背職務罪，第三項對於公務員或仲裁人關於違背職務之行為，行求期約或收受賄賂或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑。成立行賄罪。前者為公務員要求期約，後者為一般人行求期約，要求與行求是有區別的。所謂要求，係指請求給付賄賂成不正利益之意思表示，係出於公務員之本意。所謂行求，是行賄人指定賄賂，以備交付，係出於行賄人之本意，由此可見要求與行求不同之所在。

四、試述下列各罪之構成情形 聚眾妨害公務罪、妨害考試罪、侮辱公務員及公署罪、侵害文告罪。

答 (一)聚眾妨害公務罪 多數人同時聚集於一地，以對於執行職務公務員施以強暴脅迫，或強制公務員執行或辭職者，為公然聚眾妨害公務罪。本罪在性質上屬於必要共犯。本罪之首謀及下手實施強暴脅迫者，法定刑為一年以上七年以下有

期徒刑。在場助勢之人法定刑為一年以下有期徒刑，拘役或三百元以下罰金。犯本罪因而致公務員於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。然負此結果加重責任者，僅以首謀及下手實施強暴脅破之人為限，其在場助勢者，不得據以加重。(二)妨害考試罪 考試權為國家治權之一，故國家舉行之考試應以尊重，倘有人對於依法考試舉行之以詐術或其他非法之方法，使其發生不正確之結果，則成立妨害考試罪。(三)侮辱公務員及公署罪 刑法一四零條規定對於公務員依法執行職務時，當場侮辱或對於依法執行之職務公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。對於公然侮辱者亦同。此即侮辱公務員及公署罪。(四)侵害文告罪 以侮辱公務員或公署之目地，損壞、除去或汙穢實貼公眾場所之文告者，成立妨害文告罪。本罪為妨害封印及查封效力罪之一般規。

五、刑法一五七條挑唆或包攬訴訟罪之構成要件為何?以此為常業者，加重處罰，試一併說明之。

答(一)挑唆或包攬訴訟罪 意圖漁利，挑唆或包攬他人訴訟者，成立挑唆或包攬訴訟罪。應處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。本罪在性質上屬於營利犯，為包括一罪，故雖有多數行為之實施，仍只成立一罪。其構成要件有二 1 須挑唆或包攬他人訴訟 2 其挑唆或包攬他人訴訟須出於意圖漁利。

六、下列行為是否成立犯罪 監獄主管人員因憐憫某囚犯蒙冤入獄，私許其回家養病，致該囚犯遁逸，監獄官私放三親等內姻親之人犯。

答(一)監獄主管人員如因囚犯染有疾病而有外出就醫之必要者，應即呈報主管長官核定，方為正當。乃監獄主管人員竟私許其回家養病，致令遁逸，雖出於憐憫善意，要亦難辭刑法第一百六十三條第二項因過失脫逃之罪責。(二)監獄官私放三親等內的人犯，公務員縱放職務上依法逮捕拘禁之人，或便利其脫逃者，處一年以上七年以下有期徒刑。為刑法第一百六十三條第一項所明定。今監獄官為有監守依法逮捕拘禁人犯職務之公務員，又縱放職務上依法逮捕拘禁之人，自應負刑法第一百六十三條公務員縱放囚人或便利脫逃罪之刑責。囚犯罪主體不同，自不能援用同法第一百六十二條五項，配偶、五親等內之血親或三親等內之姻親犯第一項之便利脫逃罪者，得減輕其刑，之規定而減輕其刑事責任。

七、刑法對偽證罪及誣告罪設有處罰規定，立法理由何在?其罪質如何?試分別述之。

答(一)立法理由 出為虛偽證，甚至或挾嫌誣控，顛倒黑白，貽當事人以無窮之害，故文明國家法律為偽證及誣告，咸明定罪刑，以示制裁。(二)罪責 偽證及誣告罪之罪質，同為侵害國家司法權之罪。誣告既不足據為他人負擔刑責或懲處之證據，是則審判機關因之而誤判，當屬絕無可能，受其妨害者，為國家機關開始刑事偵查或調查程序之適當性而已。

八、設有人意圖供行使之用，而偽造新台幣，又進而行使之者，應如何認罪?

答 依題目所示以分別觸犯刑法一百九十五條一項及一百九十六條一項之罪責。但因為行使偽造的高度行為，應吸收偽造的低度行為。故應該處以刑法一百九十六

條一項的行使偽造貨幣罪，為因偽造貨幣罪有特別規定，依司法院釋字九九號解釋，也應依妨害國幣懲治條例第三條一規定論科。

九、甲不是本大學畢業，為謀事需要，私造某大學畢業證書一紙，並私刻教育部公印蓋在該證書上，向某機關提出，事被發掘，應如何認定其刑責。

答 應成立刑法第兩百十二條及同法第兩百十八條第一項之罪，並依同法第五十五條從一重處斷。又刑法上行使偽造文書罪，只須提出偽造文書，本於該文書內容有所主張就已成立。現題意所載，甲不是本大學畢業，為謀事需要，私造某大學畢業證書一紙，畢業證書屬於特種文書，甲應負刑法第兩百十二條刑責。又因偽造公印的行為，於偽造文書有方法結果的關係，偽造公印刑法第兩百十八條設有獨立處罰的規定，且較同法第兩百十二條為重，故應依同法第五十五條從一重處斷。

十、何謂強姦罪？何謂準強姦罪？何謂輪姦罪？何謂強姦殺人罪？試依刑法規定說明之。

答 (一)強姦罪 對於婦女以強暴、脅破、藥劑、催眠術或他法，致使不能抗拒而姦淫之者。(二)準強姦罪 姦淫未滿十四歲之女子，以強姦論，此稱準強姦罪。(三)輪姦罪 兩人以上犯刑法第兩百二十一條第一項強姦罪或第二項準強姦罪，而共同輪姦者，構成本罪者，應處無期徒刑或七年以上有期徒刑。(四)強姦故意殺人罪 犯強姦罪而故意殺被害人成立本罪，應處死刑。

1、何謂「具體危險犯」與「抽象危險犯」？試各舉一例說明之。

(一)具體危險犯係指有侵害法益之具體危險，對危險之有無須為確實之判斷，故危險狀態為構成要件要素。亦即，具體危險犯係指構成要件除了規定一定之行為方式外，並以危險狀態作為構成要件要素。現行法公共危險罪章中規定「致生公共危險」者均屬之。例如：刑法一百七十四條第二項放火罪之成立，行為人須故意放火燒毀現未有人所在之自己建築物，且放火行為須具體產生公共危險，若該建築物位於人煙稠密處，法官依事實具體認定已生公共危險者，則該放火行為該當刑法一百七十四條第二項之放火罪。

(二)抽象危險犯係指符合構成要件之中所預定抽象危險之危險犯，行為只要符合構成要件所描述之事實，即可認定有此等危險，無待法官就具體情節作認定，即不需證明是否發生危險。亦即，抽象危險犯係指危險狀態並非構成要件要素之危險犯。例如：刑法一七三條放火罪之成立，行為人僅需故意放火燒毀現供人使用之住宅，即可成立。因行為人放火燒毀現供人使用之住宅，存有發生焚斃人命之抽象危險，而放火時住宅內是否有人，則非所問，法官無需就具體案情做有無危險存在的認定。

2、不作為犯有純正與不純正之分，試舉例說明二者之區別？

所謂不作為犯乃指由於不作為而構成的犯罪，刑法第十五條規定：對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而步防止者，與因積極行為發生結果者同。因自己行為至有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。

(一) 純正不作為犯：指構成要件之內容，以不做為形式規定之犯罪。亦即，法律規定一定的作為義務，單純違反此義務及構成犯罪之純正不作為犯，如刑法一四九條聚眾不解散罪，即在法律上應負解散之作為義務，行為人若未解散，則構成此作為義務之違反。

(二) 不純正不作為犯：指構成要件之內容，原以做為形式規定的犯罪，而已不作為的方式犯之。亦即，以作為之手段而犯通常作為犯所能犯之罪者，如殺人罪，原以積極的殺人行為犯之，如父母對其子女，負扶養義務，不給飲食以達餓死嬰兒之目的，即以消極之不作為，實行作為之犯罪。不純正不作為犯之成立，以有作為之義務（具保證人地位）為其前提。

3、何謂間接正犯？

間接正犯者，以自己犯罪之意思，利用無責任能力之人、無故意之人、阻卻違法之行為人之行為，而實現自己犯意之人。亦即，故意已被利用者為工具，藉由因果關係之控制而產生犯罪之結果。

4、甲利用無責任能力乙殺丙，以誤丁為丙殺之，丁死。甲、乙應如何處斷？

(一) 乙之刑責：乙係無責任能力之人，欠缺責任能力，阻卻罪責，其所謂不法行為均不構成犯罪。

(二) 甲之刑責：係間接正犯中行為工具之客體錯誤案例。依通說見解，就間接正犯之利用支配關係而言，由他人（指乙）所擔任之「人之工具」，有如他人使用機械性工具，故亦無辨認行為客體之必要，其彰顯之現象有如打擊錯誤，故依打擊錯誤處理。因此，某甲對丙應成立殺人未遂罪（刑法二七一條第二項），對丁成立過失致死罪（刑法二七六條），二者成立想像競合，從一重處斷。

5、甲、乙二人爭吵，引發甲殺乙之欲念。甲正動手殺乙時，丙見甲居下風，因而拿一把刀跑過來幫忙甲。乙被甲與丙二人各刺三刀，流血過多而死。試問：如何處斷甲和丙之行為？

依實務見解，丙縱使係出於幫助甲之意思，惟其所為者係屬構成要件行為，仍應論以正犯，而非幫助犯。故本題中甲、丙應成立殺人罪之共犯。

6、試述偽造文書罪之構成要件？

我刑法對偽造文書罪之處罰，因其所偽造變造者係私文書、公文書、特種文書而有不同，茲將偽造文書罪之構成要件分述如下：

(一) 行為係偽造變造之行為：偽造乃假冒製造、仿造真物之義，變造則係以真實之原物，加以變更真實內容之謂，二者之差異在於，偽造係無中生有，變造係有而變之。

(二) 行為客體為文書：文書，係其上以文字或符號記載一定之意思表示或思想之有體物，其係以私人資格與名義所製作或為公務員職務上所製作或為旅卷、護照、免許證、特許證等特種文書，均屬之。

(三) 需足以生損害於公眾或他人：他人指行為人以外之自然人或法人、公眾，指不特定之多數人，本罪只要有損害之虞即可成立，不以公眾或他人實際上已遭受損害為必要。

7、某甲於高速公路上超速行駛，警員將之攔下，並填發違反道路管理事件之通知單。某甲為求脫卸責任，意於「收受通知聯者」一欄內偽簽某乙的姓名，表示已收到該通知單後，再交回警員處理。問某甲所為，應如何論罪？

依題意，某甲犯偽造文書罪之刑法二一四條「使公務員登載不實罪」依規定：「明知為不實之事項，而使公務員登在於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」

8、某甲教唆某乙持刀至員林殺害某丙，乙乘車至彰化被警察逮捕，試問甲乙應負何刑責？

殺人未遂之成立，以有戕害他人生命之故意，且著手刺殺之實行而未發生死亡之結果為要件。本題某已受某甲教唆殺害某丙，某乙因對於犯罪事實尚未著手，故僅成立刑法二七一條第二項預備殺人罪。至教唆犯，幫助犯之成立，以被教唆者實施犯罪行為為要件。乙之殺人行為既在預備階段，故甲不成立未遂犯，亦無須負刑責。

9、某甲犯罪後央請鄰居乙向警察報案，然乙因逃債無瑕替其報案，甲於數日後知悉此事，急忙至警局投案，惟此際警方已依被害人之報案而知悉犯罪。甲之行為有無自首之效力？

某甲犯罪後請鄰居乙向警方報案，其所申告之內容固屬自己所犯之罪，且請託鄰居申告，亦符合申告知方式，但乙因逃債無瑕替其報案，故其申告之犯罪之意思表示未達刑事追訴機關，不生自首效力。

甲於知悉後向警局投案，惟此際警發已依被害人報案而知悉犯罪。依實務見解，若警方已明確知悉犯罪事實，但尚未知悉犯罪者為何許人所為，則仍屬未發覺之犯罪，甲之投案可成立自首。反之，若警方已明確知悉犯罪行為人與犯罪事實，則屬已發覺之情形，甲之成立投案即不成立自首。

10、試比較刑罰與保安處分之目的及作用有何不同之處？

刑法乃對於犯罪之處罰。保安處分乃國家為維護社會安全預防犯罪的發生，對於特定之犯人，認為以不科刑為當，而以刑罰以外之方法代替或補充刑罰也。

刑罰與保安處分之目的及作用之不同點為：

(一) 保安處分是預防將來犯罪行為之發生。刑罰則是對已發生的犯罪行為所為制裁。

(二) 保安處分的執行方法依我國刑法之規定可分為七種：感化處分、監護處分、禁戒處分、強制工作處分、強制治療處分、保護管束處分、驅逐出境處分。刑罰種費可分為生命刑、自由刑（包括無期徒刑、有期徒刑、拘役）、財產刑（罰金、沒收）、資格刑（褫奪公權）。

(三) 保安處分的時間長短不受限制。刑罰的輕重時間，審判官只能在法律規定

範圍內裁量。

(四)保安處分無假釋及加重等規定。刑罰則有假釋及加重其行的規定，且可大赦、特赦。

一、某甲恐嚇某乙將金錢匯入自己的戶頭，某乙心生恐懼按其指示將錢匯入了某甲的戶頭，不過同時也向警方報案。警方指示銀行當某甲前來提款時不得將該款項交給某甲。數日後某甲前往銀行提領款項，而正在寫領款單時，即遭到警方逮捕。試問某甲觸犯何罪，其犯行是否已經既遂。

擬答：某甲應成立刑法§346 I、III之恐嚇取財未遂罪。

依(一)題意觀之，某乙受某甲恐嚇而將金錢匯入某甲之戶頭，某乙心生恐懼，雖有向警方報案，但亦依照某甲指示將金錢匯入某甲戶頭。然而，因警方指示銀行不得將該款項交予某甲，使某甲尚未確實取得該筆金額。亦即，某乙對該筆金錢之支配管領狀態雖已遭瓦解，但某甲就該物尚未建立新持有關係。而恐嚇取財罪，於被害人心生畏怖而交付（即行為人取得）財物時，方足為既遂之斷定，故本例中某甲因尚未取得該款項，應屬恐嚇取財未遂罪。

二、甲因生意失敗，窮愁潦倒，遂於民國95年5、6月間，連續侵入A、B兩家行竊；復於民國95年7月間，連續侵入C、D兩家行竊。試問對甲應如何論罪科刑？

(一)自九十五年七月一日施行新刑法，並廢除了刑法第五十六條連續犯之相關規定，依舊法第五十六條之規定，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。依修正理由言，本法規定連續犯以來。實務上之見解對於本條「同一罪名」之認定過寬，所謂「概括故意」，經常可連綿數年之久，且在採證上多趨於寬鬆，每每在起訴之後，最後事實審判決之前，對連續犯同一罪名之罪者，均適用連續犯之規定論處，不無鼓勵犯罪之嫌，亦使國家刑罰權之行使發生

不合理之現象。基於連續犯原為數罪之本質及刑罰公平原則之考量，爰刪除本條有關連續犯之定。

(二)本案例中，甲於九十五年五、六月間，連續侵入A、B兩家行竊，依我國新修正刑法第二條之規定，行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用裁判時之法律。故甲連續侵入A、B兩家行竊，乃係行為後法律有變更者，故適用舊法第五十六條連續犯之規定，較新法之數罪併罰，對行為人較為有利。

(三)而甲於九十五年七月間，連續侵入C、D家行竊之行為，乃新法施行後，依刑法第二條規定，適用行為時之法律，即無適用連續犯規定之逾地。

(四)故甲連續行竊A、B兩家之行為，仍可適用連續犯之規定，甲為竊盜罪之連續犯；其連續侵入C、D家行竊之行為，因連續犯之刪除，依刑法第五十條之規定，數罪併罰之。

三、甲因遊手好閒，不務正業，屢向其父A索錢花用。某日，向其父索錢未果，憤而用手推A撞及牆壁，幸未受傷。次日，甲復向A開口要錢，A仍不給，甲遂拾起桌上煙灰缸砸擲，致將A之頭部打傷。試問甲應負何刑責？

(一)甲用手推A父撞及牆壁未受傷，可能成立刑法第二百八十一條之加暴行於直系血親尊親屬罪：

1·客觀上，甲推A父撞及牆壁，A父並未受傷，即甲實施行為之結果，並未傷害其直系血親尊親屬身體或健康之行為，當屬未遂，惟加暴行於直系血親尊親屬罪之構成要件，不以有傷害之結果該當構成要件；主觀上，甲應認識用手推A父撞牆之行為，可能造成傷害之行為，甲具有傷害故意。

2·甲用手推A父撞及牆壁未受傷，然與刑法第二百八十條之構成要件該當，甲無任何阻卻違法之事由。

3·甲成立刑法第二百八十一條之加暴行於直系血親尊親屬罪。

(二)甲拾起桌上煙灰缸砸擲，致將A之頭部打傷，可能成立刑法第二百八十條之傷害直系血親尊親屬罪：

1·客觀上，甲拾起桌上煙灰缸砸A父，乃是對A父之身體施足以侵害身體之危險的傷害行為，且亦造成A父頭部受傷之結果，具有因果關係；主觀上，甲應認識到拾煙灰缸砸A父，乃是傷害A父之行為，仍決意之，具有傷害故意。惟按刑法第二百八十條之規定，對於直系血親尊親屬之傷害行為，有刑法第二百七十七條傷害罪之構成要件該當，始構成本罪。

2·甲拾煙灰缸砸擲A父，致將A父頭部打傷之行為，無任何阻卻違法之事由。

3·甲成立刑法第二百八十條之傷害直系血親尊親屬罪。

(三)結論：甲的數行為，成立刑法第二百八十一條之加暴行於直系血親尊親屬罪及刑法第二百八十條之傷害直系血親尊親屬罪，依刑法第五十條之規定，數罪併罰之。

四、何謂加重結果犯？依我現行刑法規定意過失犯能否成立加重結果犯？

(一)：加重結果犯的意義

加重結果犯者，乃對於一定犯罪所生之加重結果，科以較重之刑罰之犯罪。換言之，加重結果犯，乃對於一定之犯罪發生加重結果時，使該犯罪與該加重結果相結合，而令行為人負加重之責任。依此，其構成要件有：

1·須因犯罪而生一定之結果：

加重結果犯乃對於因基本犯罪發生一定之結果所設之規定，苟犯罪後無加重結果之發生，即無加重結果犯可言。

2·須加重結果之發生與基本行為有因果關係：

犯罪與結果間如無因果關係，則無由成立犯罪，加重結果犯亦是。

3·須法律有加重其刑之規定：

加重結果犯之處罰以法律有明文規定者為限，若法律無規定，縱因犯罪而生一定之結果，亦只能依想像競合犯、牽連犯或數罪併罰論處，無加重結果犯可言。

4·須行為人能預見其結果之發生：

刑法第17條規定：「因犯罪致生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之。」故加重結果犯之成立，以行為人能預見為要件。至於能否預見，應依客觀事實定之，即對預見之可能性，應以行為當時客觀存在之一般情形，以及行為後可能預見其結果發生之情形斷定，不以行為人個人能力能否預見為斷。

5·須行為人對加重結果之發生並無故意：

若行為人對發生之加重結果，明知並有意使其發生或其發生不違反其本意者，則係故意犯，應依刑法第13條論處，無第17條之適用。

(二)過失犯成立加重結果犯的可能性

1. 以現行法體例而言，加重結果犯的基礎犯罪必須為故意犯，而加重結果部分，條文雖未明文為過失，但依據通說認為，條文所謂以行為人能預見其結果發生，即應為過失犯型態。2. 因此，結果加重犯被認為是屬於故意犯加上過失犯的犯罪類型。至於過失犯加上過失犯的結果加重類型，雖想像上可能，但是因為目前法條並無此類規定，因此無成立結果加重的可能。

五、甲違規超車意致鄰車駕駛乙緊急煞車受有輕傷意交意丙前往處理簽發違規超車罰單意甲懼而將丙簽寫中意罰單搶下撕毀意問甲應負何刑責？

答：(一)刑法第138條所謂公務員職務上掌管之文書，以該文書由公務員本於職務上之關所掌管者為限。

1. 又所謂損壞，亦係指該文書之全部或一部因其損壞致喪失效用者而言。警察所開具的罰單，在交予相對人後，即非屬於公務員所掌管的文書，而在未交予相對人前，即加以撕毀，仍必須視其是否喪失效用而定。

2. 丙在警察未交予他時加以撕毀，自然可成立毀損文書罪。

(二)至於丙是否成立妨害公務，因依據刑法第135條第1項，其必須以強暴、脅迫的手段為之，丙的行為尚未達此程度，因此尚不成立本罪。

六、甲女與丈夫乙情感不睦過乙每遇心情不佳時意盜對甲辱罵與拳打腳踢過長期以來意由盜畏懼身材魁梧的乙會對自己施以更嚴加的暴力行為意甲對乙的拳打腳踢行為總是逆來順受意不加反抗。但長久累月折磨下，甲的身體與精神都已瀕臨崩潰。甲雖有帶小孩離家的念頭，但因本身無謀生能力意也無可依靠的親友而做罷。某日，乙於酒後對甲丟擲碗筷，不過，乙的控制能力因酒精作用受到影響，甲順利躲過此攻擊，但卻惹怒了乙。為了阻止乙繼續施暴，甲在乙起身時順手拿起桌上水果刀在乙面前喝阻乙，乙不怕仍要衝過來打甲，甲在驚慌之餘朝乙胸前連續刺了數刀，致乙流血不止昏迷倒地。雖經甲緊急送醫急救，乙仍因左胸腔刺創大出血，不治死亡。試問：

(一)針對以水果刀刺意乙胸前，造成乙死亡結果，甲是否具備故意？

(二)甲的行為是否為刑法甲23條正當防衛行為？

(三)甲的行為是否甲盜刑法甲23條但書之防衛過當？

答：(一)甲刺乙的行為是否具有故意

1. 依據刑法第13條第1項，行為人對於構成要件事實明知並有意使其發生者，為故意。

2. 甲雖為防衛乙的攻擊而為刺傷行為，但其對於刺甲而造成甲死亡的結果，乃明知並有意使其發生，因此具有殺甲的故意。

(二)是否為正當防衛

1. 依據刑法第23條前段，對於現在不法侵害，而出於防衛自己權利的行為，可以主張正當防衛。因此，得因正當防衛阻卻者，必須主觀上有防衛意思，並對於現在不法侵害為防衛行為。

2. 乙欲傷甲，正屬於現在不法侵害，甲為防衛自己的生命身體權，而所為的刺傷行為，亦屬於對於不法侵害的防衛行為，惟其手段是否符合比例性，乃是衡量是否過當的重要基準，因此乙的行為顯然不符合比例性，而成立正當防衛。

(三)是否防衛過當

依據上述，由於乙的防衛行為逾越比例性，因此屬於防衛過當，因此，依據刑法第24條但書防衛過當者，得減輕或免除其刑。

七、甲任職盜某市政府消防局，不慎遺失自己所保管的一張消防安全檢查紀錄表。他擔心會受到處分，而自行製作另一張紀錄表，並填載與原記錄表相同內容的資料。之後他又委託不知情的刻印業者盜刻乙、丙兩名長官的職銜章，並加蓋在他新製作的紀錄表上。未料，該市政府實施政風業務督考時，政風人員知悉前述行為。此時，甲立即向地方法院檢察署檢察官申告自己的行為。試問：

(一)甲製作紀錄表行為是否成立刑法第211條偽造、變造公文書，足以生損害盜公眾或他人的要件？

(二)甲盜刻與盜蓋長官職銜章行為是否成立刑法第218條第一項偽造公印、公印文罪？

(三)假設甲的行為成立犯罪意甲向檢察官申告自己行為是否符合刑法第62條所規定的自首要件？

答：(一)甲的製表行為

1. 關於偽造文書的處罰方式，有採形式主義與實質主義，前者指無製作權者擅自製作文書，縱其內容屬實，亦成立偽造罪。而若為後者，則認為若內容屬實，即便製作者的名義不實，仍不得稱謂偽造。

2. 我國刑法兼採兩者，即無製作權者所製作的文書，原則上成立偽造文書罪，惟在法條中加上足以是否損害他人或公眾的要件，因此又有實質主義的色彩。

3. 甲無製作權為製作文書，屬於偽造，但因其所載內容屬實，並無損害於他人或公眾之虞。

(二)甲的盜刻行為

雖然甲所製作的公文書內容屬真實，但其偽造公印與公印文部分，因刑法第218條第1項關於偽造公印與公印文罪並無須有足以損害他人的要件，因此，甲即便其內容屬實，仍無礙於成立偽造公印文罪。

(三)甲的自首

1. 所謂自首，乃是在偵查機關尚未發覺犯罪前，行為人向該管機關為申告自己的犯罪事實，而自願接受法院的裁判之謂。

2. 在本題中，雖然政風人員已介入督查，且甲已向其申告犯罪事實，但因政風人員並不具有司法警察的身份，因此非偵查機關，所以仍屬於未發掘的犯罪，因此，甲向檢察官為犯罪申告，仍符合自首要件。

八、甲四層樓別墅位盜荒郊野外整山區。某日深夜該別墅樓下發生火災，甲為避免財物之損失，竟將內裝珠寶之保險箱從四樓窗口往地面推落，適乙騎車從樓下經過，竟被該保險箱擊中不治死亡，檢察官追究刑責時，甲主張緊急避難有無理由？

答：(一)依據刑法第24條第1項前段，因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。因此欲主張緊急避難，必須符合：

1. 法益權衡原則：即欲保全的法益必須高於被犧牲的法益。

2. 補充原則：必須是基於不得已，即最後手段性。

(二)1. 甲將保險箱推落於外，而擊中乙，造成死亡結果，此結果的發生若屬甲可以預見且其發生不違背本意，則屬於不確定故意，成立殺人既遂罪。

2. 而甲乃為防衛其財產所為的避難行為，原本可主張正當防衛，但基於前述要件，甲所犧牲的法益為生命法益，因此高於財產法益，因此僅能依據刑法第24條第1項但書，為減刑。

(三)而若甲對於推落保險箱而擊中乙的行為，乃違背其本意，因此屬於有認識過失，則因其無緊急避難的意思，因此也無主張緊急避難的可能。

九、何謂間接正犯，其類型為何？甲無任何疾病，為圖向服務之公司請假遂至長庚醫院看診，向醫師乙謊稱嚴重暈眩、耳鳴，請求診治並出具證明，乙誤信為真，遂出具記載上開病情之診斷書予甲，甲是否甲盜刑法甲215條的間接正犯？

答：(一)間接正犯

1. 意義

間接正犯是與直接正犯相對的一種正犯，係指行為人利用他人為行為工具，實現構成要件，以遂其犯意的正犯。間接正犯雖未親自實行犯罪，而使行為直接發生結果，但就整個犯罪過程，以及行為與結果的因果歷程以觀，行為人自始至終具有「犯罪支配」的地位，整個犯罪行為均在行為人掌握中，而與親自實行犯罪以實現構成要件之直接正犯無異，故在刑法評價上仍屬正犯。

2. 類型

(1)利用他人的非構成要件行為：

行為人利用對其他人的強烈影響力，或利用他人的不知與無知，使他人受迫或在不知不覺中為不具構成要件該當性的自殺或自傷行為，而遂其殺害他人或傷害他人的犯意。

(2)利用他人無故意的行為：

行為人利用他人無故意的行為，以遂行其故意犯罪。

(3)利用他人的合法行為：

他人的行為雖在主觀上與客觀上均屬合法行為，但經行為人的違法利用，而得遂行其故意犯罪。

(4)利用無責任能力人的行為：

行為人利用無責任能力人，如未滿十四歲的人、心神喪失人等的行為，而實現其犯意。

(5)強制他人為構成要件該當行為：

行為人強制他人為構成要件該當行為，他人因受行為人的強制，而不得受迫為其實現構成要件。

(二)上述的類型，第三人皆為單純的工具身份，即其行為不具可責性，所以為單純的工具，因此假若被利用者具有可責性，則是否仍有成立間接正犯的可能，一般認為此時應依據教唆犯處理，但也有認為正犯之後仍有成立間接正犯的可能，如情報局局長下令情報員殺人，情報局長仍可成為間接正犯。

(三)甲的行為

1.所謂間接正犯，以第三人處於單純工具地位為原則，若第三人非屬於單純工具，則無成立間接正犯的可能。

2.醫師乙對於病情記載，乃必須以自己專業來判斷，而不能專以病人陳述為依據，否則醫師的專業將無意義，因此在本題中，關於病情真假，醫師有實質判斷的權限，因此非可視為單純工具，因此甲尚非可認為屬於間接正犯。

十、某日賽鴿協會舉辦飛鴿競賽，甲於鴿子飛行路徑之某處山區高地，架設網子計畫捕捉賽鴿，試問：

(一)架設網子完成比賽並已開始，但尚未捕到賽鴿即經查獲，係預備竊盜或竊盜未遂？

(二)如同時捕捉到A、B、C 三人的賽鴿，是否成立想像競合？

(三)賽鴿入網是否即屬竊盜既遂？

答：(一)架網行為

關於著手者，實行之開始也。行為已達著手與否，乃預備與實行之分界，學者間對其區別之主張，頗不一致，約可分兩種：

1. 客觀說：

此說注重外部動作方面，就客觀之事實以決定著手之標準，惟其標準，又可分下列四者：

(1)有以著手於犯罪構成要件密切接近於實行行為之各舉動，為犯罪之著手者。例如以放火之意思而購預備物，乃為預備。以火種接近燃料，則為著手矣。

(2)有以著手於犯罪構成要件一部分之行為，乃犯罪之著手者。

(3)有認為始實施與犯罪之完成有必要關係或不可缺少之行為，即為著手者。

(4)有認為著手於足以表示完成犯罪之危險行為，即為犯罪之著手。

2. 主觀說：

此說以為犯罪為犯意之表現，以其行為可以識別是否為犯罪之顯著狀態為準，如足以識別犯意之成立時，即為犯罪行為之著手。例如因欲放火而購汽油，然汽油非專為放火之物，不能謂購油即認為放火，必以火種接觸汽油時，其犯罪之意思，方足以識別，是以識別犯意，為犯罪之著手，否則為預備。

3. 主觀說對於預備與著手之區別，以犯意之能否識別為準，有時頗難以界定。例如未著手前，因有犯意之表示，人人皆知其欲犯罪，則其預備行為亦應認為著手矣，如此，殊難予兩者以實質上之區別。至客觀說之說明方法，種類不一，實用上不免有紛歧，但一般言之，方法仍甚確當。

4. 通說認為：咸以密切接近於犯罪構成要件之行為，認為犯罪之著手。惟犯罪行為至若何程度，始為著手，須就各個犯罪構成事實，運用一般經驗，並從主、客觀層面加以觀察。

5. 因此，雖然架網行為尚未有任何賽鴿接近，但行為主觀上已經有為犯行的意思，且在客觀上，比賽已經開始，因此應屬於著手，而非僅是預備。

(二)是否為想像競合

同時捕捉到三人的賽鴿，就行為數而言，乃屬於行為單數，而因賽鴿分屬於三人所有，因此侵害三個財產法益，成立想像競合。

(三)既遂與否

竊盜既遂與否，有以下說法：

1. 接觸說：即只要接觸即既遂。

2. 支配說：只要置於自己的實力支配之下，才屬於既遂。

3. 移轉現場說：必須將財物轉移至他現場才算既遂。

4. 隱匿說：必須加以隱匿，才屬於既遂。

上述各說，接觸說最寬，隱匿說則過嚴，我國通說採取「支配說」，因此賽鴿已入網，雖尚未轉移至他現場，仍屬於既遂，而非未遂。

壹、

甲、乙相約夜間向丙家行竊，由甲進入丙家，乙在外把風。甲以為丙不在家，甲進入後被丙發現，雙方發生互毆。甲將丙打死後竊得丙之手機兩支，將其中一支交給乙時告知將丙殺害之事實。問甲、乙應如何論罪？

《擬答》

(一) 甲之部分：

1. 甲打死丙之行為，可能構成刑法第二百七十一條第一項之殺人既遂罪。
客觀上甲的行為造成乙死亡之結果，具有因果關係與客觀歸責，主觀上甲亦有殺人之未必故意（題意不清，若無殺人故意則應構成傷害致死罪）。然而於此需討論甲可否主張正當防衛而阻卻違法？正當防衛之要件，在客觀上需有現在不法之侵害以及防衛行為，主觀上需有防衛意思；而本題丙為防止甲入宅行竊得逞而毆打之行為，本即可主張正當防衛而阻卻其違法性（因甲入宅欲行竊之時，對丙而言已符合現在不法侵害之要件），是故，甲於出手毆打丙之時並未存有一現在不法之侵害，職是，甲並不得主張因防衛丙對其人身之侵害而阻卻違法。甲無其他阻卻違法事由，且有罪責，甲成立本罪。
2. 甲可能構成刑法第三百三十條之加重強盜罪。
甲原本欲夜間侵入住宅行竊，竊盜尚為著手前基於殺人故意著手殺人並取走丙之財物，應認為甲對於財產犯罪部分已從竊盜意思轉換為強盜故意，而以殺人之行為作為強盜罪之強制行為，並已使丙不能抗拒，雖丙死後甲才建立財物之持有，但甲既在丙死亡前已著手強盜侵害丙之自由及財產利益，是否丙死後才建立持有並非重點，故甲應成立夜間侵入住宅之加重強盜罪。財產犯罪並非以財物之個數計算罪數，故甲雖強盜二支手機，仍僅構成一個強盜罪。
3. 甲可能構成刑法第三百三十二條第一項之強盜殺人罪
強盜殺人罪之結合犯，不論強盜及殺人行為之先後或同時為之（部分重疊）依通說及實務見解均應論以強盜罪之結合犯，對於結合犯之故意，學說及實務雖有爭議，但於本題並非爭點，故甲應成立強盜殺人之結合犯。
4. 結論（競合）
強盜殺人罪與加重強盜罪及殺人罪，係同一行為且具有法益保護之同一性，為法條競合關係（特別關係）應論以強盜殺人罪。

（二）乙之部分：

1. 乙在丙家外把風之行為，構成刑法第三百二十一條第一項第一款加重竊盜罪之共同正犯。
甲構成強盜殺人罪已如前述。然甲之夜間侵入住宅強盜行為亦同時符合夜間侵入住宅竊盜之要件，只不過對甲而言係屬於法條競合關係。然對乙而言，客觀上，乙雖僅在丙家外把風，不足以單獨實現竊盜罪之構成要件，然而卻對實現竊盜之構成要件行為有助益，學說上有稱此類為「參與實行構成要件以外行為」。由於上述把風行為乃基於甲乙事前共同之角色分配與行為分擔而來，依犯罪支配理論，其對於竊盜之實行具有不可或缺之支配性的地位；而於主觀上，甲乙兩人亦有認識到彼此竊盜行為之謀議與計畫，並有意欲使其發生，具有共同行為之決意。參前所述，乙雖僅在場把風，但仍應成立加重竊盜罪之共同正犯。
2. 乙在丙家外把風之行為，可能構成強盜殺人罪之共同正犯？
本題乙是否成立強盜殺人罪之共同正犯，端視甲乙共同決意犯罪之範圍是否有包括強盜殺人之行為。共同正犯對其他共同正犯所實施之行為所負之責任範圍，以就該行為有共同行為決意為其界限，故若部分行為人所實施之行為超越原有之犯罪決意，而為其他行為人所不認識者，其他行為人僅需就宜所認識之程度負擔刑責。就逾越之部分無庸負責。學說稱此為「共犯之逾越」。依題意，甲乙當初相約行竊，並未約明強盜及殺害他人，同時，從甲事前以為丙不在家，而於得手後始向乙告知丙死亡之結果等語，可以認定乙於共同行為決意形成之時並未認識到將有強盜及死亡結果發生之情

事，故乙欠缺強盜殺人之故意。是乙不成立本罪。

貳、

甲、乙、丙三人計畫在路上恐嚇行人取得財物，某日夜晚，三人約定在某道路準備行動，當甲、乙二人依約定時間到達約定場所後，卻不見丙到來，正不知所措之際，有裝扮入時手提皮包之丁行經該地，甲、乙二人見機不可失，乃趨前出言恐嚇「將錢交出來！否則打死你！」丁見狀迅速逃離現場，甲、乙二人在後追趕，見丁年輕力盛，二人乃經合議後，拾起路上一根木棒，從後毆打丁頭部，導致丁血流滿面臥倒在地。此時，丙到達現場，在了解當時狀況後，從丁身上搜括首飾財物。三人誤認為丁已經死亡，於是合力將丁搬移至附近山林後，一起逃離現場。試問：

- (一) 若丁傷重不治死亡，則甲、乙、丙之行為應如何處斷？
- (二) 若丁被人發現，送醫急救，僥倖未死，則甲、乙、丙之行為應如何處斷？

《擬答》

(一) 若丁傷重死亡之情形：

1. 就甲、乙出言恐嚇丁之部分：

(1) 甲、乙可能成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

主觀上，甲、乙兩人原訂要和丙一起恐嚇取財，唯丙臨時未到場，甲、乙兩人遂先行共同決意對丁恐嚇以取財，且客觀上甲、乙出言恐嚇雖未取財成功，然其行為已達令被害人心生畏懼之程度，該當於恐嚇行為之著手。既無其他阻卻違法或阻卻責任之事由，甲、乙各自成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

(2) 丙可否成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯？

爭點在於丙雖當時未到場，但是否仍須要為甲、乙之行為來共同負責？所應考量者為丙是否就該恐嚇之行為主觀上具有共同行為決意，而客觀上有共同行為之分擔。

或有論者認為，丙雖未到場，但其與甲、乙事前計畫恐嚇之行為即可成立共謀共同正犯。然而，通說認為共謀共同正犯成立之前提，需該謀議之內容於犯罪過程中的貢獻具有犯罪之支配力。若僅僅因為行為人彼此之間事前存有一共同之犯罪意思，即將未具心理因果力或物理因果力之謀議者論斷為共謀共同正犯，未免過於浮濫。且修法後將共同正犯限縮為「共同實行」，更可說明「在陰謀或預備階段互有謀議但對犯罪未提供助力者，不應成立共謀共同正犯」之理。

本題丙由於未提供甲、乙實際犯罪時之助力，故丙不成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

2. 就甲、乙拿木棒毆打丁之部分：

(1) 甲、乙可能成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人既遂罪之共同正犯。

客觀上毆打行為造成丁傷重不治死亡，具有因果關係及客觀歸責，不論毆打行為由誰親手所為，甲、乙之間下手時都應具有欲致人於死地之共同行為決意，客觀上亦有共同行為之實施。既無其他阻卻違法事由及阻卻責任事由，甲、乙皆成立殺人既遂罪之共同正犯。

- (2) 甲、乙可能成立刑法第三二八條第四項及第二十八條之強盜未遂罪之共同正犯。

主觀上甲、乙於恐嚇不成後將犯意從惡害通知變更為實施強暴手段，唯共同取財之意思則一貫。而客觀上毆打丁之強暴行為亦已著手。既無其他阻卻違法事由及阻卻責任事由，甲、乙皆成立強盜未遂罪之共同正犯。

- (3) 丙可否成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人既遂罪之共同正犯？

如前所述，丙由於根本不具對殺_鯨_人之共同行為決意，亦未對犯罪有任何助力可言，故丙不成立殺人既遂罪之共同正犯。

3. 就丙從丁身上搜刮財物之部分：

- (1) 丙可能成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

丙客觀上未經丁之同意而搜刮財物，主觀上有取財之認知及意欲，然而丙卻於甲、乙強制行為完成後始加入進行取財，則丙究竟應論以竊盜抑或強盜，即成為問題。學說上認為若行為人於其他行為人犯罪著手後始加入共同實施犯罪者，應論以「承繼之共同正犯」(或相續之共同正犯)，而多數學說認為承繼之共同正犯既然認識先行行為並利用既成事實來達成犯罪，則除後行為外，應連同介入前之行為一併負責。則本題丙應論以強盜罪之承繼共同正犯。

另有少數說雖認為承繼共同正犯僅需就加入後之行為來負責，但其另行將強盜罪之構成要件解釋為「強制狀態下之取財行為」，則丙本身在丁倒臥在地的狀態下搜刮財物，本即可該當於強盜罪之要件。總之，無論採何說，丙既已瞭解現場狀況後加入甲、乙之行列而取財，成立強盜既遂罪之共同正犯。附帶一提，依實務見解，無論取財時丁是否已經死亡，並不會有剝奪死人持有僅論以侵佔脫離物或竊盜罪之問題，皆論以強盜罪。

- (2) 甲、乙可能成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

如前所述，雖然取財行為委由丙進行，然甲乙丙三人皆具共同行為之決意。故甲、乙二人亦成立強盜既遂罪之共同正犯。

- (3) 甲、乙可能成立刑法第三三二條第一項及第二十八條之強盜殺人罪之共同正犯。

需注意的是，由於甲、乙除強盜罪外，對殺人之部分亦需負責，故尚需討論強盜殺人罪之適用。依實務見解，除「先殺人後生取財之意而取財」不成立強盜殺人罪之外，其他無論取財後殺人或殺人後取財，只要發生在同一盜所，皆可成立強盜殺人罪。甲、乙基於取財之意而下手殺人並進而取財成功，應論以強盜殺人罪。

4. 就甲、乙、丙合力將丁搬移至山林之部分：

- (1) 甲、乙、丙可否成立刑法第二九四條及第二八條遺棄罪之共同正犯？

客觀上丁被甲、乙毆打，血流滿面，陷於無自救能力，而竟被棄置於山林中，該當於遺棄之要件，然由於三人誤認丁已死亡，故欠缺遺棄之故意。故甲乙丙皆不成立遺棄罪。

- (2) 甲、乙、丙三人可能成立刑法第二四七條第三項及第二八條之遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

依實務見解，若殺人後棄而不顧，並不能以本罪相繩，需積極將屍體遺棄他處始能成立(24年上字1519號判例參照)。本題主觀上，三人皆誤認丁已死亡，而將屍體棄置山林，該當於遺棄屍體之故意。雖客觀上丁當時

並未屬「屍體」，然此類對客體的誤認並未出於重大無知，故非不能未遂，而屬普通未遂之情形。故甲乙丙成立遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

5. 競合與結論：

(1) 甲之刑責：甲恐嚇未遂後變更犯意為強盜，通說認為兩罪屬不罰前行為或法條競合，僅需就強盜部分評價即可。另就殺人及強盜之部分，僅需論以強盜殺人罪即可。強盜殺人罪與遺棄屍體未遂罪屬數行為，早期實務採牽連犯之態度，唯目前牽連犯已廢除，故應論以數罪併罰。

(2) 乙之刑責：與甲同。強盜殺人罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

(3) 丙之刑責：強盜既遂罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

(二) 若丁未死之情形

1. 就甲、乙出言恐嚇丁之部分：與前述相同，僅甲、乙成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

2. 就甲乙拿木棒毆打丁之部分：

(1) 甲、乙成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人未遂罪之共同正犯。主觀上甲、乙具有殺人之共同決意；客觀上由於丁未死亡，故不能論以殺人既遂，但既已著手，則應可論以殺人未遂罪之共同正犯。

(2) 竊甲、乙成立刑法第三二八條第四項及第二十八條之強盜未遂罪之共同正犯。

理由同前述。

3. 就丙從丁身上搜刮財物之部分：

(1) 甲、乙丙成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

理由同前述。

(2) 甲、乙可否成立刑法第三三二條第一項及第二十八條之強盜殺人罪之共同正犯？

實務及通說認為，刑法第三三二條第一項所謂「犯強盜罪而故意殺人」，需限於殺人既遂之情形，始得與強盜各罪相結合。而本題丁並未死亡，故甲乙並不能論以強盜殺人罪。

4. 就甲、乙、丙合力將丁搬移至山林之部分：

同前所述，甲、乙、丙成立刑法第二四七條第三項及第二八條之遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

5. 競合與結論：

(1) 甲之刑責：甲恐嚇未遂後變更犯意為強盜，通說認為兩罪屬不罰前行為或法條競合，僅需就強盜部分評價即可。另就殺人未遂及強盜，既屬部分合致的一行為，故論以想像競合。另再與遺棄屍體未遂罪數罪併罰之。

(2) 乙之刑責：與甲同。

(3) 丙之刑責：強盜既遂罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

參、

處罰未遂犯的理由是什麼？

下述事件，應如何處斷甲、丙二人之行為？（必須說明判斷之包攝過程及理由）。

(一) 甲下星期日交不出會錢，因而於星期五晚上到乙家行竊；走到乙家圍牆外，見左右無人，翻牆入庭院後，隨即被屋內猛犬嚇跑。

(二) 丙男某晚翻牆入丁女庭院，欲偷窺丁女入浴。丙等待許久又見丁家無任何人

在，遂起意取走庭院內名貴盆栽。在使用庭院內空肥料袋裝盆栽之際，聽到大門開鎖聲，驚慌之下，立即空手翻牆逃逸。

《擬答》

- (一)未遂犯係指行為人欲實施某既遂犯構成要件，惟在行為人著手為構成要件之實施後，竟發生行為人自始未予預料之事由，致使行為人所欲實現之既遂犯構成要件無法完全實現，此等主觀上有等同於既遂犯故意，但在客觀上已為著手卻未實現既遂犯構成要件的行為人，即為所謂之未遂犯。然而問題在於，對於此等未完全實現構成要件而侵害法益的行為人，是否可以透過刑事制裁的方式加以非難？

就此學說上提出所謂的「未遂理論」以解釋處罰未遂犯的理由，原則上有下列三種見解：

1. 客觀未遂理論：未遂行為之所以可罰，是因為其行為在客觀上具有實現構成要件而侵害法益的高度危險性，因此為求法益保護的充分，必須對有法益侵害危險性但未充足構成要件的未遂行為加以處罰。
2. 主觀未遂理論：未遂行為的可罰基礎在於行為人在犯罪時基於故意侵害法益之主觀心態，此等主觀心態顯現出行為人與法律的敵對意志，自應加以處罰。
3. 印象理論：未遂犯的處罰基礎在於行為人欲實現其主觀上有法律敵對的法益侵害意思，此種法敵對意志會震撼社會大眾對於法秩序的信賴，甚而破壞法律的安定性與和平性。

就上述三說而言，客觀未遂理論過於強調客觀面的危險，忽略行為人主觀面的法敵對意識，主觀未遂理論則未針對行為人行為並未實現構成要件此點加以考量，兩說均有不足之處，因此現行學者之通說係採取印象理論，方兼能對未遂行為之主觀與客觀面予以考量。此外，因為刑法對於未遂犯採印象理論為其處罰根據，所以在未遂犯要件的設計上，其客觀構成要件的「著手」，自然必須以印象理論為基礎而設定其判斷內涵，現行通說就著手理論所採取的「主客觀綜合理論」即導源自印象理論，故可印證現行刑法對於未遂犯的處罰，即以印象理論為整體架構的基本論據。

(二)甲的刑事責任

1. 甲翻牆進入乙家的庭院，可能構成刑法第三〇六條第一項之侵入住居罪：
本罪客觀上以行為人無故侵入他人住宅之附連圍繞之土地為要件，甲在未得乙同意之情況下自行翻牆進入乙家設有圍牆與外界隔離的庭院，乙家庭院依實務及通說見解因有圍牆與外界區隔，故屬附連圍繞之土地，甲在未得同意下即行進入之，應可認該當於本罪的客觀構成要件；主觀上甲對其未得乙同意即進入該庭院有完全的認識，有本罪之故意，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲該當於本罪。
2. 甲行竊而被猛犬嚇跑，可能構成刑法第三二〇條第三項之竊盜未遂罪或刑法第三百二十一條第一、二項第二款之加重竊盜未遂罪：
 - (1) 甲的竊盜行為因乙家育有猛犬而未能順利取得乙之財物，自不成立竊盜既遂罪，然刑法針對竊盜的未遂行為另有處罰，以下即直接討論甲就未成功取得財物之行為是否成立竊盜未遂罪。
 - (2) 竊盜未遂罪主觀上以行為人有竊盜故意、不法意圖與所有意圖為必要，本案甲的犯罪計劃即是侵入乙家而竊取乙家的財物，而甲已開始執行其犯罪計劃，甲亦明確認知此點，因此可肯認甲在主觀上的故意，而甲認知其取得他人財物係屬法律上無權之行為，有不法意圖，甲亦欲破壞乙對財物的持有而建立自己的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。竊盜未遂罪在客觀上以行為人已為著手為必要，按一般通說針對著手所採行之主客觀綜合理論，亦

即以客觀第三人的立場判斷行為人的認知是否發生客體受侵害的危險，甲在主觀上僅認為乙家應有財物，但未明確知悉財物的種類與數量，而甲在進入房子行竊前已經被猛犬嚇跑，因此甲自始至終均未明確知悉其竊盜的對象為何，此項認知以客觀第三人的標準，應可認為尚未對乙的財物已發生危險性，故甲的行為依通說見解並未達到著手的程度；而實務見解以行為人是否以行竊意思接近並加以物色為著手的判斷標準，在本例中因甲並未接近乙家即嚇跑，自無物色之可言，故甲亦未達著手程度。甲不論依學說或實務見解均未著手，自不構成本罪，但學說上有認為刑法第 321 條第一、二款為竊盜罪之加重構成要件，若已為加重構成要件之行為，即可認為著手於加重竊盜罪，故本題甲翻入乙家庭院已符合刑法第 321 條第二款之「逾越牆垣」之要件，故可成立刑法第 321 條第一項第二款、第二項之加重竊盜未遂罪。

(3) 結論：如採取實務見解甲僅成立侵入住居罪。

(三)

1. 丙翻牆進入丁之庭院，係在未得丁同意之情況下進入丁住居而與外界隔離之附連圍繞土地，與上述之甲同，丙就此一行為構成刑法第三〇六條第一項的侵入住居罪。
2. 丙欲偷窺丁洗澡，但因丁不在家而不遂，此一部分的行為因刑法針對偷窺他人非公開活動之處罰條文第三一五條之一第一項，僅針對已經成功地窺視他人非公開活動之既遂犯加以處罰，但條文中並未處罰未成功窺視的未遂犯，故丙未能成功偷窺丁洗澡的行為應屬不罰之行為。
3. 丙可能構成刑法第三二〇條第三項之竊盜未遂罪，丙翻牆入丁女庭院，客觀上雖已符合刑法第 321 條第一項第二款「踰越牆垣」之要件，但丙翻牆入丁女庭院，本欲偷窺丁女入浴，故竊盜行為顯為另行起意，而通說及實務上認為刑法第三二一條第一項第二款之加重竊盜罪必須行為人踰越牆垣之際即有竊盜之意，是以行為人欠缺加重竊盜之故意，而祇具備普通竊盜罪之故意，且丙亦認知其行為，在法律上並無權限，有不法意圖，丙又欲取得該盆栽的持有並破壞原持有人丁對盆栽的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。客觀上行為人必須已行著手，依前述著手判準的主客觀綜合理論審酌本案，丙明確認知其開始裝填丁的盆栽，任何人對丙的主觀上認知亦會認為對丁的財產發生重大的危險性，丙的行為已達到著手的程度，而依實務見解丙亦明確知悉其竊盜的對象為名貴盆栽，物色已行完成，丙並且已開始用肥料袋裝填，故可認達到著手的程度。丙的行為依學說或實務見解均已達著手，又沒有其他阻卻違法及罪責事由，丙應成立普通竊盜罪之未遂。
4. 結論：丙成立侵入住宅罪及竊盜未遂罪，因竊盜未遂罪係另行起意，故二罪間應成立實質競合而非牽連犯。

*上述丙並不會成立夜間侵入住宅竊盜罪第 321 I (1) 因為該罪之範圍並不包括附連圍繞之土地，祇限於住宅及建築物之本體，故翻牆進入庭院並不符合該款之加重條件。

肆、

某甲意圖為自己不法之所有，於某日中午十二時許前往乙家翻越屋後氣窗潛入竊得皮包一只，因屋內沒人，遂大方從前門離開，徒步前往距離約三十公尺遠之公園點數鈔票後，發現僅有新台幣三千元，甲嫌太少，仍前往附近超商購買便當食用，食畢又折返乙家意圖再行偷竊，當伸手打開乙家前門之際，適乙返家發現而大聲喊叫，甲即取出隨身攜帶兩面泛光之水果刀一把，在乙面前左右

搖晃，乙因害怕未將甲逮捕送警，甲並趁乙倒退時順利脫逃，問：

- (一) 甲除第一次行為犯竊盜罪外，其持刀逼退乙而脫逃，是否構成準強盜罪？
- (二) 依題旨所示，如何對甲論罪？
- (三) 假設甲另案犯損、傷害、侵占、竊盜，經判處有期徒刑三月、四月、五月、六月後，因均得易科罰金，惟定應執行刑一年二月，是否仍得易科罰金？現行刑法與預定於 95 年 7 月 1 日施行之修正刑法，在適用上有無不同，請分別說明之。

《擬答》

一、刑事訴訟法第二百八十一條與同法第三百七十一條規定不同之理由：

我國刑法上的準強盜罪，依第三百二十九條之規定，係指竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者而言。是故，若行為人為基礎財產犯罪行為後，而基於防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證之主觀故意在於客觀上而為強制行為，即如同破壞強盜罪（第三百二十八條）之規範意旨（保護自由法益及財產法益），僅係時間順序上之差異爾，故條文另為有別於強盜罪之規範而獨立處罰。

(一) 第一次竊盜行為與準強盜行為之關係：

首先，準強盜罪以「當場」為其客觀構成要件要素，而所謂「當場」，故不以實施竊盜搶奪者尚未離去現場為限，但仍須有「空間與時間上的密接性」，方足當之。本題中某甲以水果刀為強制行為時，已與其第一次的財產犯罪行為欠缺時間上的密接性，故無法該當準強盜罪之客觀構成要件。

(二) 第二次行為與準強盜行為之關係：

準強盜罪之構成不論依學說及實務見解行為人之竊盜犯罪至少需已達未遂程度，方有構成準強盜罪之餘地。按竊盜未遂罪之構成，以行為人主觀上有竊盜故意即不法所有意圖，而客觀上有著手為成立要件。竊盜罪之著手時點，依我國最高法院八十二年刑事庭會議第二次決議之見解，係指行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物之時方屬著手。其後最高法院的補充判決（八四年台上字第 4341 號判決）更指出其行為需是與侵害他人財產間有一貫接連性之密接行為。

本題中某甲第二次偷竊行為，因依題意所示，僅係伸手打開乙家前門，不僅未達接近我國實務上「搜尋、物色財物」之程度，更不符合我國通說（主客觀混合說）之標準，故其客觀上尚未著手，即令主觀構成要件該當，亦不構成竊盜罪未遂。進一步，其後持刀逼退某乙的行為亦不構成準強盜罪。

(三) 結論：某甲不構成準強盜罪。

二、依題旨所示，如何對甲論罪？

(一) 某甲持刀逼退某乙的行為是否構成恐嚇危害安罪（第三百零五條）？

恐嚇危害安罪的保障法益乃係被害者心理安全感的利益，行為人係透過恐嚇行為之實施，而使受惡害通知之被害人心生畏怖、不安，進而導致該法益之侵害。本題中某甲持刀逼退某乙之行為已致某乙產生心理上的不安，故客觀構成要件該當，且某甲具有故意、違法性、罪責，故其行為構成本罪。

(二) 某甲若以所竊得之三千元購買便當可能構成刑法第 335 條第 1 項之侵占罪對於此一爭議問題，學理上可分成「競合解決理論」與「構成要件解決理論」兩種看法，前者認為不法取得財產後之支配行為仍符合侵占之概念，依然構成侵占罪，只不過此侵占行為是前面不法取得財產行為之與罰的後行為（不罰的後行為），而不予處罰。其理由乃在於：

- (1)保護被害人避免繼續受到其他侵害。(2)替後行為的教唆、幫助等共犯行為，建立處罰的依據。

至於構成要件解決理論則認為此處被害人的利益（所有權的事實上機能），早因行為人先前的不法取得行為而破壞，故行為人後續的處分行為不可能再度侵害利益，從而也無從構成侵占罪。

然本題中某甲持竊得財產購買便當之行為，不論在技術上係採取何種理論見解，結論均係不構成侵占罪。

- (三) 結論：

某甲構成一個竊盜罪既遂（第二次如前所述不構成竊盜罪），及恐嚇危害安罪既遂。兩行為係分別起意，而侵害不同法益，乃屬實質競合之關係，應數罪併罰。

三、此題分析如下：

- (一) 舊刑法（現行法）之適用：

關於易科罰金之適用，現行法的要件為 1. 須犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪；2. 須受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告；3. 須因受判決人之特定情狀致執行顯有困難。

其適用上茲有疑義者乃在於，行為人因數罪併罰致其應執行之刑逾六個月的情形，是否仍符合本要件？持否定說之見解認為，因易科罰金之制度目的乃在於避免六個月以下短期自由刑之執行，若因數罪併罰而致宣告之刑（應執行之刑）超過六個月，則已非短期自由刑，不符制度目的，故應執行徒刑。然對此一問題，我國司法院大法官釋字三六六號卻持肯定說之看法，認為本條條文中所稱之「宣告」，應係指「宣告刑」之意。

故若依釋字三六六號之解釋意旨，本題中某甲各案之宣告刑分別為三月、四月、五月、六月，均未逾六個月「宣告刑」之限制，自得適用刑法第四十一條之易科罰金。

- (二) 新法之適用：

然新法針對此一爭議問題，乃係採前述否定說之見解，其修正理由說明：「第一項所謂六個月以下有期徒刑或拘役之「宣告」，基於易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題，應指最終應執行之刑之宣告而言，而非指學理所謂「宣告刑」。數罪併罰之各罪，雖均得合於第一項之要件，惟因其最終應執行之刑之宣告，已逾六個月者，其所應執行之自由刑，既非短期自由刑，自無採用易科罰金之轉向處分的理由」。亦即，其將判斷重心放在「應執行之刑」是否超過六個月。新法第四十一條第二項條文亦修正為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之」。

職此，新法底下，本案中某甲各罪之應執行之刑既已達一年二月，即已不符合易科罰金之制度目的（避免短期自由刑之執行），而不得易科罰金。

- (三) 結論：

舊法（現行法）底下，依大法官釋字三六六解釋意旨，本案某甲得以易科罰金；新法底下，本案某甲不得易科罰金。

伍、

甲、乙二人於某日傍晚分別攜其飼犬於社區道路上散步時，不期而遇，兩犬發生激烈打鬥，甲為免其飼犬被咬傷，乃以其手持拐杖猛擊乙犬之頭部，致乙犬當場被格斃。嗣後，乙因屢向甲求償未果，遂花費鉅資僱請丙將甲殺害，以平心中之憤。某日，丙見甲自遠處蹣跚而來，乃躲於街角暗處舉槍瞄準，俟甲走進射程內，即開槍射殺，子彈貫穿甲之脖子後，復打中騎自行車路過丁之腹部。

甲及丁經他人報警延醫救治，甲倖而未死，丁則傷重斃命。試問甲、乙丙三人之刑事責任各如何？

《擬答》

(一) 甲的部分

甲持柺杖猛擊乙犬之頭的行為，可能構成刑法第三五四條之毀損罪。

客觀上甲持柺杖猛擊乙犬，而導致乙犬當場死亡，已該當於毀損他人之物的構成要件，主觀上甲亦應有認知此舉將使得乙犬死亡並有意欲使其發生，具有故意。然而爭點在於甲出於防免自己飼犬受傷而攻擊乙犬，可否阻卻違法？可茲考慮者，有正當防衛及緊急避難兩種可能。

首先，就正當防衛而言，需客觀上符合現在不法侵害的防衛情狀以及相對應的適當且必要的防衛行為，主觀上並須具有防衛意識，始可阻卻違法。然而本題乙犬對甲犬之打鬥攻擊，可否該當於現在不法之「侵害」？

通說認為，動物之攻擊，除非是遭人利用操縱作為攻擊他人之方法或工具，否則並不能該當於正當防衛所謂的「侵害」。而依題意乙並無特意利用該犬作為攻擊工具的情事，故乙犬對甲犬所做的攻擊動作，並不能該當於現在不法之「侵害」。因此甲不得依刑法第二三條之規定，主張其毀損行為得阻卻違法。

其次，就緊急避難而言，客觀上不限於人為的侵害，只要會對法益造成侵害或危險，皆屬「危難」，因此即便是動物的攻擊也符合避免「危難」的前提。然而緊急避難的核心問題在於利益權衡的判斷準則。

通說認為，避難行為需符合適當性、必要性及衡平性的要求，始可阻卻違法。本題甲雖順利避免自己之物受到侵害，然而其所使用的避難行為（毀損他人之物）是否出於不得已？是否屬最小最溫和？皆有疑問。此外，不論該危難是否屬被避難者（乙）所招致，亦即，不論本題情形是所謂「攻擊型緊急避難」或「防衛型緊急避難」，就衡平性的考量而言，至少都必須要求「所保全的利益」應超過「所犧牲的利益」，而就此，保全甲犬與犧牲乙犬之間，並不能符合緊急避難之衡平性的檢驗。故甲不得依緊急避難之規定阻卻違法。然而，由於其依舊避免了法益的侵害，只不過使用了不衡平的手段（避難過當），故應可適用刑法二四條一項但書減免其罪責。

結論：甲成立毀損罪，但可減免其罪責。

(二) 乙丙的部分

1. 丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪。

主觀上當丙瞄準甲而欲開槍之時，應有認知到此舉將造成他人生命的喪失，並有意欲使其發生，故具有殺人之故意。客觀上，甲果真扣下扳機擊發子彈，無論採何種未遂理論，皆已到達著手階段。丙違法且有責。故丙成立本罪。

2. 丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第一項之殺人既遂罪。

客觀上，丙開槍後，子彈除射中甲之外，還打中丁之腹部，並導致丁送醫不治死亡。然而主觀上丙開槍之時，並無認知到子彈會貫穿並射中路過的丁，換言之，對於被害客體丁之死亡，丙並無故意。故丙不成立殺人既遂罪。

3. 丙開槍的行為，可能構成刑法第二七六條第一項之過失致死罪。

丙瞄準甲開槍後子彈貫穿甲之身體而誤中路過之丁，雖其情形與學說所謂的「打擊錯誤」略有不同，就想像的客體並未發生偏離，而是又連帶牽連到其他客體，但就誤中的客體是否成立犯罪，討論的問題並無不同。由於丙在開槍之際已將被害客體特定化，故就其他誤中的客體，並不具備故意而僅能退而求其次討論是否成立過失犯罪。本題丙誤中丁應具有預見可能性，應成立過失致死罪。

4. 乙僱請丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第二項及第二八條殺人未遂罪之共同正犯。

乙客觀上花錢指使丙殺人，其與丙謀議將甲殺害的行為，依犯罪支配理論，只要具備對法益侵害的功能性的支配關係，縱使並未親自實行或到場參與分擔，依舊得論以正犯；或依實務（釋字 109 號解釋）所採之「共同意思主體說」，雖無到場參與實施犯罪，但只要事前謀議而形成共同犯罪之意思，亦可成立正犯。此種情形即一般所謂「共謀共同正犯」。然而由於共同正犯具有「一部行為全部責任」的特性，乙究竟成立殺人既遂或未遂，需以丙之行為為斷。依前述可知，乙僅成立殺人未遂罪之共同正犯。

5. 乙僱請丙開槍的行為，可能構成刑法第二七六條第一項之過失致死罪。

就子彈誤中路過之丁，而導致丁死亡的部分，由於該被害客體的死亡並非出於事前謀議，或者根本超出謀議的範圍，亦即，乙對於會有無辜路人遭到誤中一事，並無認知，更無意欲使其發生，故不成立故意犯，併先說明。

另外，通說實務認為共同正犯必須數人間有共同之行為決意，過失行為並無成立共同行為決意的可能性，因此僅能討論成立過失之同時犯。因此乙是否成立過失致死罪，必須單獨就乙是否具有預見可能性來判斷是否成罪。依題意，既然當初謀議殺害的計畫是安排在公共街道上實施，那麼應該有可能會發生誤中到其他路人的意外。故乙應具有過失，成立過失致死罪。

6. 競合

就丙的部分，殺人未遂罪與過失致死罪，屬一行為侵害數法益，論以想像競合從一重處斷。就乙的部分，殺人未遂罪與過失致死罪，亦屬一行為侵害數法益，論以想像競合。

陸、

處罰未遂犯的理由是什麼？下述事件，應如何處斷甲、丙二人之行為？（必須說明判斷之包攝過程及理由）

- (一) 甲下星期日交不出會錢，因而於星期五晚上到乙家行竊；走到乙家圍牆外，見左右無人，翻牆入庭院後，隨即被屋內猛犬嚇跑。
- (二) 丙男某晚翻牆入丁女庭院，欲偷窺丁女入浴。丙等待許久又見丁家無任何人在，遂起意取走庭院內名貴盆栽。在使用庭院內空肥料袋裝盆栽之際，聽到大門開鎖聲，驚慌之下，立即空手翻牆逃逸。

《擬答》

- (一) 未遂犯之定義：未遂犯係指行為人欲實行某既遂犯構成要件，惟在行為人著手為構成要件之實行後，竟發生行為人自始未予預料之事由，致使行為人所欲實現之既遂犯構成要件無法完全實現，此等主觀上有等同於既遂犯故意，但在客觀上已為著手卻未實現既遂犯構成要件的行為人，即為所謂之未遂犯。
- (二) 處罰未遂犯之理由：對於此等未完全實現構成要件而侵害法益的行為人，是否可以透過刑事制裁的方式加以非難？就此學說上提出所謂的「未遂理論」以解釋處罰未遂犯的理由，原則上有下列三種見解：
1. 客觀未遂理論：未遂行為之所以可罰，是因為其行為在客觀上具有實現構成要件而侵害法益的高度危險性，因此為求法益保護的充分，必須對有法益侵害危險性但未充足構成要件的未遂行為加以處罰。
 2. 主觀未遂理論：未遂行為的可罰基礎在於行為人在犯罪時基於故意侵害法益之主觀心態，此等主觀心態顯現出行為人與法律的敵對意志，自應加以

處罰。

3. 印象理論：未遂犯的處罰基礎在於行為人欲實現其主觀上有法律敵對的法益侵害意思，此種法敵對意志會震撼社會大眾對於法秩序的信賴，甚而破壞法律的安定性與和平性。

就上述三說而言，客觀未遂理論過於強調客觀面的危險，忽略行為人主觀面的法敵對意識，主觀未遂理論則未針對行為人行為並未實現構成要件此點加以考量，兩說均有不足之處，因此現行學者之通說係採取印象理論，方兼能對未遂行為之主觀與客觀面予以考量。但九十四年刑法修正，於第二十六條立法理由中明示採取客觀未遂理論。

(三) 著手之判斷：著手為未遂犯處罰之始點，其判斷標準在學說上有三種說法：

1. 客觀說：此說又分為實質客觀說及形式客觀說，前者是指行為人必須已開始實行客觀上與構成要件有必要關連性之行為，或對行為客體形成直接危險的行為；後者則以是否實行嚴格意義的構成要件該當行為為標準。
2. 主觀說：以行為人之犯意及其犯罪計畫，已可認開始實行犯罪者。
3. 主客觀混合理論：依此說，著手是指行為人依其犯罪計畫，已開始實行足以實現構成要件之行為。

其中以主客觀混合理論為通說，以下亦以此說為著手之判斷標準。

(四) 甲的刑事責任：

1. 甲翻牆進入乙家的庭院，可能構成刑法第二百零六條第一項之侵入住居罪：本罪客觀上以行為人無故侵入他人住宅之附連圍繞之土地為要件，甲在未得乙同意之情況下自行翻牆進入乙家設有圍牆與外界隔離的庭院，乙家庭院依實務及通說見解因有圍牆與外界區隔，故屬附連圍繞之土地，甲在未得同意下即行進入之，應可認該當於本罪的客觀構成要件；主觀上甲對其未得乙同意即進入該庭院有完全的認識，有本罪之故意，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲該當於本罪。
2. 甲行竊而被猛犬嚇跑，可能構成刑法第三百二十條第三項之竊盜未遂罪或刑法第三百二十一條第一、二項第二款之加重竊盜未遂罪：
 - (1) 本案甲未取得財物，不成立竊盜既遂罪。而竊盜未遂罪主觀上以行為人有竊盜故意、不法意圖與所有意圖為必要，本案甲的犯罪計畫即是侵入乙家而竊取乙家的財物，而甲已開始執行其犯罪計畫，甲亦明確認知此點，因此可肯認甲在主觀上的故意，而甲認知其取得他人財物係屬法律上無權之行為，有不法意圖，甲亦欲破壞乙對財物的持有而建立自己的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。
 - (2) 竊盜未遂罪在客觀上以行為人已為著手為必要，本案甲在主觀上僅認為乙家應有財物，但未明確知悉財物的種類與數量，而甲在進入房子行竊前已經被猛犬嚇跑，因此甲自始至終均未明確知悉其竊盜的對象為何，此項認知以客觀第三人的標準，應可認為尚未對乙的財物已發生危險性，故甲的行為依通說見解並未達到著手的程度；而實務見解以行為人是否以行竊意思接近並加以物色為著手的判斷標準，在本例中因甲並未接近乙家即嚇跑，自無物色之可言，故甲亦未達著手程度。甲不論依學說或實務見解均未著手，自不構成本罪。
 - (3) 但學說上有認為刑法第三百二十一條第一、二款為竊盜罪之加重構成要件，若已為加重構成要件之行為，即可認為著手於加重竊盜罪，故本題甲翻入乙家庭院已符合刑法第三百二十一條第二款之「逾越牆垣」之要件，故可成立刑法第三百二十一條第一項第二款、第二項之加重竊盜未遂罪。
3. 結論：如採取實務見解甲僅成立侵入住居罪。

(五) 丙的刑事責任：

1. 丙翻牆進入丁之庭院，係在未得丁同意之情況下進入丁住居而與外界隔離之附連圍繞土地，與上述之甲同，丙就此一行為構成刑法第三百零六條第一項之侵入住居罪。
2. 丙欲偷窺丁洗澡，但因丁不在家而不遂，此一部分的行為因刑法針對偷窺他人非公開活動之處罰條文第三百十五條之一第一項，僅針對利用工具且已經成功地窺視他人非公開活動之既遂犯加以處罰，但條文中並未處罰未成功窺視的未遂犯，故丙未能成功偷窺丁洗澡的行為應屬不罰之行為。
3. 丙可能構成刑法第三百二十條第三項之竊盜未遂罪，丙翻牆入丁女庭院，客觀上雖已符合刑法第三百二十一條第一項第二款「踰越牆垣」之要件，但丙翻牆入丁女庭院，本欲偷窺丁女入浴，故竊盜行為顯為另行起意，而通說及實務上認為刑法第三百二十一條第一項第二款之加重竊盜罪必須行為人踰越牆垣之際即有竊盜之意，是以行為人欠缺加重竊盜之故意，而祇具備普通竊盜罪之故意，且丙亦認知其行為，在法律上並無權限，有不法意圖，丙又欲取得該盆栽的持有並破壞原持有人丁對盆栽的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。客觀上行為人必須已行著手，依前述著手判準的主客觀綜合理論審酌本案，丙明確認知其開始裝填丁的盆栽，任何人對丙行為的主觀上認知亦會認為對丁的財產發生重大的危險性，丙的行為已達到著手的程度，而依實務見解丙亦明確知悉其竊盜的對象為名貴盆栽，物色已行完成，丙並且已開始用肥料袋裝填，故可認達到著手的程度。丙的行為依學說或實務見解均已達著手，又沒有其他阻卻違法及罪責事由，丙應成立普通竊盜罪之未遂。
4. 結論：丙成立侵入住宅罪及竊盜未遂罪，因竊盜未遂罪係另行起意，故二罪依刑法第五十條，數罪併罰。

【註】上述丙並不會成立夜間侵入住宅竊盜罪第三百三十一條第一項第一款因為該罪之範圍並不包括附連圍繞之土地，祇限於住宅及建築物之本體，故翻牆進入庭院並不符合該款之加重條件。

柒、

甲為某綜合醫院家庭醫學科主任，與其妻妹乙發生戀情，瞞著妻丙將乙金屋藏嬌，某日丙因頸部有硬塊到醫院向甲求診，甲懷疑丙罹患淋巴癌，陪同丙至另一較大型醫院一般外科求診，聯絡資料填寫乙之住址、電話，切片結果證實丙罹患淋巴癌，甲乙攔截外科醫師回診通知，甲並且告訴丙已打過電話查問切片結果，其頸部硬塊為良性淋巴瘤，過些日子可能會自動消失，不必擔心，乙亦勸丙寬心，並邀丙出國旅遊三個星期，回國途中丙深感不適，返家後再度掛號求診，始知淋巴癌已轉為鼻咽癌，緊急安排開刀和化療，丙於二個月後病逝。試說明丙之死亡可否歸責於甲乙。

《擬答》

(一) 甲的部分：

1. 甲是否能被歸責，必須先討論甲是那一部分的行為應該受到歸責，甲在本案中的行為有：最初的陪同行為、進一步的故填乙之資料行為、攔截回診通知的行為、告知為良性之行為，原則上最初甲之所以要陪同丙去找外科醫師是因他只是家醫科醫師，無法作癌症的進一步判斷，不是對丙的法益在社會上有意義的侵害行為，至於進一步的填資料行為，甲只要在事後將資料轉交，對於丙的法益也不會有任何侵害的社會意義。重點在於甲進一步的攔截行為和其後的欺騙行為，那麼

這兩部分是一行為還是兩行為，是作為還是不作為？就第一個問題而言，管見以為應屬一行為，因為這是甲在想要透過不讓丙得知其病情而侵害她生命法益的想法下所作出來前後接續為之的動作，因此只能論以一行為；就第二個問題而言，管見以為必須從作為和不作為的區別理論看起，通說對其區別理論採「社會事實評價重點為何」作判斷，在此評價重點應該是在於「不告知」的行為，而不是「積極的欺騙」，因為法所期待的是甲在此對乙為告知，而不是單純的不欺騙，因此屬於不作為。

2. 甲對於丙死亡必須透過他的「不告知」(欺騙只是進一步的不告知)有可能受到歸責，擔負不作為殺人的責任，以下即就是否構成不作為殺人罪進行討論：

(1)客觀構成要件上，甲是丙的丈夫，是刑法上保證人地位所謂密切生活關係的類型，具保證

人地位；甲有不作為的不告知，丙也已經死亡，問題是不告知和死亡間有無因果關係，通說上對於不作為犯的因果關係稱之為「假設的因果關係」，其判斷標準是以幾近確定之可能性來看，如果已為告知時，丙就可免於死亡時，甲的不告知就有因果關係，就丙原先只是淋巴癌的初期(頸部硬塊)，現在醫學對於淋巴瘤有相當高的治癒率，初期的病人有很高的康復比率，因此如果甲有告知時，丙應該是不會死亡的，所以不告知和丙的死亡有因果關係。此外甲在當時，也有作為的可能性，因此甲的不作為的行為手段與作為之方式是等價的，所以客觀構成要件該當。

(2)主觀上甲本就是想要透過不告知而造成丙的死亡，因此有殺人故意，沒有其他阻卻違法和罪責事由，甲構成本罪(當然如甲只有重傷的故意，則應該成立重傷致死罪)。

(3)丙的死亡，甲必須加以歸責，其罪名是不作為殺人既遂罪。

(二)乙的部分：

1. 乙對於丙的死亡，歸責的考量應該先討論她的行為那部分要歸責，在此乙的行為包含了與甲一同的攔阻回診信件、約丙出國，但是就社會意義而言，真正對於乙的生命法益有意義的，仍是在攔阻信件時的不告知行為，後來的約丙一同出國都只是踐行不告知的接續行為而已，因此乙在歸責上還是必須回到不告知的部分。

2. 因此，乙對於丙的死亡要討論的是可不可能構成不作為殺人既遂罪：

(1)本罪在客觀構成要件上必須行為人有保證人地位，乙是丙的妹妹，通說上認為姐妹間就生命、

身體法益有「密切共同生活關係」的保證人地位，此外就假設因果關係的討論上和甲相同，而乙當時也有作為可能性，因此，乙的不作為和作為等價，所以客觀構成要件該當。主觀上乙對於丙的死亡也有認識和意欲，有故意，沒有其他阻卻違法和罪責事由，乙構成本罪。但是另一個問題是，乙是否可能和甲一同成立共同正犯，在此因為甲、乙兩人的行為都是不純正不作為犯，學說上有將不純正不作為犯歸類為「義務犯」的類型，就義務犯類型上是不適用共同正犯在「功能支配」的法理而認定正犯的，而只要行為人違背了他的義務，就可以論以正犯，換言之，不適用共同正犯的規定，因此甲、乙都是不純正不作為犯的情況，不可能構成共同正犯。但國內通說認為具有作為義務之行為人，共同決意不作為，亦可成立不作為犯之共同正犯。

(2)丙的死亡，乙必須加以歸責，其罪名是不作為殺人既遂罪。

捌、

甲因經濟不景氣，公司裁員，致失業多時。某日，見鄰近公園有一神智失常男子 A 手指上帶有一枚鑽戒，遂花言巧語將其騙走；嗣至附近 B 餐館用餐，飽餐一頓後，藉口如廁，而逃之夭夭；未久，行至陋巷，見有一打扮入時婦女 C 獨自蹣跚而行，乃趨前奪其項上珍珠項鍊，得手後正擬逃逸，因 C 緊拉其衣服不放，甲遂將其推倒於地，致 C 手腳多處擦傷；甲急於逃逸，在路旁隨手攔下一部計程車，即搭車遠颺。惟行至某偏遠處，甲對司機 D 出言威脅，不但拒付車資，且喝令 D 將身上現金全部掏出，得款後揚長而去。

試問對甲應如何論罪科刑？

《擬答》

- (一) 甲騙走 A 的鑽戒，可能構成刑法第三三九條第一項的詐欺取財罪：詐欺取財罪客觀上以行為人行使詐術致他人陷於錯誤，而為財物之交付致生被害人財產損害為要件。本例中甲以詐術使 A 陷於錯誤，而令 A 將其持有的鑽戒交付於甲，雖然 A 為神智失常的男子，但只要其確係因為甲的詐術而陷於錯誤，仍可該當於本罪之客觀要件，依題意所示，甲應係客觀構成要件該當。主觀上甲對其行為有認知，有詐欺故意，知道其無法律權源以取得該鑽戒，有不法意圖，甲欲該行為以得利，有得利意圖，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲成立本罪。
- (二) 甲進入 B 餐館用餐嗣尿遁的行為，可能構成刑法第三三九條第一項及第二項的詐欺取財及得利罪：系爭二罪客觀要件原則上同上所述，僅第一項被詐欺人是交付財物，而第二項的行為人是取得利益，依題意所示甲進入餐廳時即無任何支付餐費的意思，而依社會慣例進入餐廳可被認為是「有支付意思及能力」的默示通知，因此甲進入餐廳的行為顯係詐術的行使，B 餐廳誤甲為有支付之意願而為食品(財物)及服務(利益)之給付，而甲嗣後尿遁，使餐廳發生財產上的損害，客觀構成要件該當，主觀上甲對上開事實均有認識，亦有不法意圖及獲利意圖，沒有其他阻卻違法事由，甲成立上開二罪。
- 另外學說上對於此種白吃白喝的法律效果係分為「自始即無支付意願」與「嗣後另生無支付意願」兩種不同類型，前者係指自始即無意給付，其法律效果學者均認為成立詐欺罪，本例與前者的類型相同，亦成立詐欺罪。
- (三) 甲奪取 C 的項鍊，得手後又將 C 推倒，可能構成刑法第三二九條的準強盜罪：準強盜罪客觀上以行為人先為竊盜或搶奪的行為，嗣後為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證等事由而施強暴脅迫為必要，本案甲以不法腕力奪取 C 的項鍊，並建立自己對項鍊的持有，係屬搶奪的行為，後來因 C 緊拉衣服而為保有其取得的項鍊(贓物)，而將 C 推倒於地，係為防護贓物而施強暴行為，客觀構成要件該當，主觀上甲對上開事實均有明確認知，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。
- (四) 甲推倒 C 的行為，可能構成刑法第二七七條第一項的普通輕傷罪：客觀上甲推倒 C 致 C 手腳多處擦傷，主觀上甲亦明知此部分事實，甲成立本罪。
- (五) 甲出言威脅拒付車資，可能構成刑法第三二八條第二項的強盜得利罪：本罪客觀上以行為人施強制行為至令被害人陷於不能抗拒，而取得被害人的財產利益，致生財產損害為要件，本案甲在偏僻的地方拒絕給付司機 D 車資，應可認甲係以脅迫的方式使身處於偏僻地點的 D 心理狀態恐懼至不能抗拒，而使 D 免除甲對 D 負有的車資債務，致生 D 之損害，甲在主觀上明知此事，亦明知其法律上不得向 D 為車資的要求免除，甲有強盜故意與不法得利意圖，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

- (六) 甲要求 D 將身上的現金全部交付予甲，可能構成刑法第三二八條第一項的強盜取財罪：強盜取財罪客觀上以行為人施強制行為致被害人無法抗拒而為財物之交付，承前，甲在偏僻的地方要求 D 將身上全部的現金交付給甲，應可認甲係以脅迫的方式至 D 不能抗拒而取得現金，致生 D 財產上損害，甲對其行為有認識，有不法所有意圖，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。
- (七) 競合：依題示中並未指出甲係基於詐欺或強盜的連續故意，因此甲的四部分犯罪行為原則上應該是四個獨立的行為，分述如下：
1. 甲騙走 A 的鑽戒成立詐欺取財。
 2. 至 B 餐廳用餐嗣尿遁的行為成立詐欺取財及詐欺得利，法條競合。
 3. 甲搶 C 項鍊並推倒 C 成立準強盜及輕傷害罪，想像競合，依準強盜罪處斷。
 4. 甲拒付車資並強令 D 交付現金，分別構成強盜得利及強盜取財罪，法條競合。
- 上述四部分再數罪併罰。

玖、

甲告訴乙想找人殺丙，乙告訴丙不如先下手為強，並介紹丙買槍。行兇之日，丙錯拿珍藏玩具槍，甲毫髮未傷。從此丙日日隨身攜帶真槍，某日於酒店門口遇見甲，丙朝甲開槍，卻中泊車小弟丁，丁不治。請就本題所設案情，找出犯罪行為人，並論斷其罪責。

《擬答》

以下僅檢討刑法典上之罪名，至於其他特別法(如槍砲彈藥刀械管制條例)中之規定，則不列入討論，合先敘明。

(一) 某甲部分：

1. 某甲欲找人殺害丙，案例事實中，只有甲將此一想法告知乙，並無另為其他特別之籌備行為(如購買凶器、洽詢殺手、安排犯罪計畫等)，因此就殺人罪而言，其非但不構成刑法(以下同)第二百七十一條第二項之殺人未遂罪，甚且亦不構成同條第三項之預備殺人罪。
2. 惟若甲係希望透過此一告知行為恐嚇丙，亦即利用乙實行恐嚇，以加害生命之事讓乙轉知丙，使丙心生畏怖致生危害於安全，則構成刑法第三百零五條之恐嚇危害安罪。

(二) 某丙部分：

1. 因甲並未為任何對丙現在正持續中的不法行為，因此丙不得對甲主張正當防衛以阻卻下列所討論之各罪名的違法性，合先敘明。
2. 丙第一次對甲行兇，錯拿玩具槍，未殺死甲，因其主觀上具有殺人之構成要件故意，且亦於客觀上已著手實行(依照通說主客觀折衷理論的標準)，故成立刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪。
3. 有疑問者，乃是此時之未遂究係應適用刑法第二十六條但書「不能發生犯罪之結果又無危險」的「必減免」規定，抑或與普通未遂相同，僅適用第廿六條本文的「得減」規定？在此有兩種不同之立場：

(1) 依照我國實務與部分學者之看法，只要客觀上自始注定不能達於既遂，便可適用該條但書必減

免之規定，則本例中丙持玩具槍當然係自始注定不能殺死他人，應屬該條但

書之不能未遂。

(2)然另亦有學者主張得否適用該條但書，關鍵不在於能不能達於既遂，而是在於其不能既遂是否

出於行為人對於一般周知之因果歷程為完全偏離的想像，亦即，是否出於重大無知，此一立場為德國法典及學說與實務所採取。依此，則丙係誤以為自己所持為真槍，並非出於重大無知，故不能適用該條但書之必減免規定。

(3)上述兩種立場，以第二種立場為宜，故丙係構成殺人罪之普通未遂。

4. 丙於失手後，因仍想殺甲而攜帶真正之槍械，為意圖供犯罪之用而持有槍砲，構成刑法第一百八十七條之加重危險物品罪。

5. 丙在酒店前遇見甲，開槍卻誤中丁之部分，為學說上所稱的「打擊錯誤」(又稱打擊失誤或方法錯誤)，係指行為人所為之攻擊行為，由於實行失誤至其所損傷之客體與行為人原所欲損傷之客體不同。本案例中，甲與丁對於殺人罪而言，都是適格的行為客體，所以是一種「等價的打擊錯誤」，究應如何處理，學說上有不同看法：

(1)甲說：只要是打擊錯誤就不用區分等價或不等價，一律成立未遂(原欲損傷之客體)與過失(實

際損傷之客體)，兩罪想像競合。在等價的打擊錯誤，既然行為人主觀上的目標並沒有受到傷害，就不能算是行為人犯罪既遂，因為此時行為人之故意只具體地針對特定攻擊客體，而不包含其他行為客體。

(2)乙說：與客體錯誤為相同之處理(視是否等價而定)。換句話說，在等價的打擊錯誤，處理的方式也應該和等價的客體錯誤一樣，論以犯罪既遂。以殺人罪為例，法律概念上應該只有殺人的故意，而無所謂殺死哪一個人的故意可言。殺死哪一個人的故意，是一個事實上存在，但是就其被害客體的特定化，在法律的評價上並沒有意義。

(3)上述兩說，甲說為通說所採，若依此，則丙此部分之行為，對甲應成立殺人未遂，對丁，因在酒店門口開槍會誤中他人並不離奇，應該可以預見及避免，故成立過失致人於死罪(刑法第二百七十六條)，兩罪係一行為所違犯，侵害數獨立法益，形成想像競合(刑五五前段)之關係，從一重處斷。

6. 綜上所述，丙係違犯第一次的殺人未遂、加重危險物品罪、第二次的殺人未遂以及過失致人於死罪，此數罪名間的競合關係如下：

(1)第二次的殺人未遂與過失致人於死罪為想像競合的關係，已如前述，而加重危險物品罪與第

二次的殺人未遂的關係，通說與實務認係屬牽連犯(刑五五後段)，但亦有學者參考德國學說而強調加重危險物品罪為繼續犯，應與殺人未遂成立一行為之想像競合。

(2)又，第一次的殺人未遂與第二次的殺人未遂，究係數罪併罰抑或連續犯，涉及案例事實與對於成立連續犯之要件的要求，後者包括了整體故意或連續故意之爭，以及對於個人高度專屬法益的侵害是否亦得成立連續犯的問題。從案例事實觀之，丙第二次殺害甲的行為似屬偶然臨時起意，而非計畫中的行為，故兩次之殺人未遂應為數罪併罰(實質競合)，而非連續犯。

(3)結論：第二次的殺人未遂先與過失致死罪想像競合，此部分再與相牽連的加重危險物品罪從一重，最後再和第一次的殺人未遂實質競合(數罪併罰)。

(三) 某乙部分：

1. 乙唆使丙殺害甲，成立教唆殺人罪。因丙已著手為殺人之主行為，但終未將甲殺害，故乙應論以教唆殺人未遂罪。至於主行為人(丙)先後曾為兩次的殺人行為，以及發生打擊錯誤等情事，在本案例中對於乙的責任均不生影響。

2. 乙介紹丙買槍，應構成幫助殺人未遂罪(刑三〇I、II、二七一II)。
3. 關於共犯競合的問題，乙先教唆丙殺人再從事幫助乙買槍之行為為共同競合。依照實務見解，先教唆後幫助為法條競合之吸收關係，僅成立教唆犯，但學說上則有包括一罪、補充關係、單純一罪、數罪、想像競合各種見解。
4. 小結：依目前實務見解，乙僅成立教唆殺人未遂。

拾、

甲曾犯貪污罪，入獄執行，尚餘二年徒刑時，因合假釋條件，經假釋出獄後，在某私人並業任職。惟因先前之貪污事件，屢受同事乙、丙、丁三人之冷嘲熱諷，心頗憤懣，乃思加以殺害。某日，持刀侵入乙宅，將乙殺害後，旋開車馳赴丙宅，見丙與其妻A正於門前路旁洗車，乃持刀猛刺，因丙躲閃，致誤刺A之腹部，頓時鮮血如注，經送醫急救，仍告藥石罔效。甲殺人後立即開車逃逸，至某路口時，忽見B之背影酷似丁，遂加足馬力衝撞，致B當場死於非命。試問對甲應如何論罪科刑？

《擬答》

- (一) 甲侵入乙宅，可能構成刑法三〇六條一項侵入住居罪。
- (二) 甲殺乙，可能構成刑法二七一條一項的殺人既遂罪。
- (三) 甲持刀刺丙，可能構成刑法二七一條第二項之殺人未遂罪。
甲持刀刺丙時，誤刺A，因為丙並未死亡，故不符合殺人既遂之構成要件，但甲基於殺人故意已著手殺害丙，但客觀構成要件並未實現，故應具備了殺人未遂之構成要件該當，且無阻卻違法及罪責之事由，故應成立殺人未遂罪。
- (四) 甲持刀誤刺A，可能構成刑法二七六條第一項之過失致死罪。
甲持刀誤刺A導致A送醫後死亡，具有因果關係，且甲的行為也製造了法律所不容許的風險，該風險也實現了結果，所以客觀構成要件該當，而甲當時是要刺丙，因丙閃躲而誤刺A，此種情形學說上稱為「打擊錯誤」，通說認為打擊錯誤對於誤中之客體應阻卻故意，且甲當時見A與丙在路旁洗車，對於誤刺A的情形，應有預見的可能性，故甲應已具備了過失致死罪的構成要件該當性，且無阻卻違法及罪責的事由，應成立過失致死罪。
- (五) 甲開車撞B，可能構成刑法二七一條一項的殺人既遂罪。
客觀上甲如果不撞B，B不會死亡，有因果關係及客觀歸責，故客觀構成要件該當。主觀上，甲雖然心裏想殺害的是丁，卻殺了甲以為是丁的B，此種情形學說上稱為「客體錯誤」，而因為殺人故意是對於他人生命侵害的認識，在行為人對於行為客體是他人認識無誤的情況下，縱使該特定者的身分不是行為人原先所設想的身分時，只要行為人所侵害的特定者始終是同一人，即可論為有故意。所以，本題中甲誤B為丙，仍有殺人故意，此外並沒有其他阻卻違法和罪責事由，甲構成本罪。
- (六) 競合：甲第一個行為構成殺人和侵入住居，應該是牽連關係，但是甲在進行第一個殺人時，已經對於他要連殺乙、丙、丁有了整體故意，因此甲在其後的殺人罪部分，只要在時間上不相隔過遠的前提下，均可以透過連續犯的規定處理；甲在第二個行為構成殺人未遂和過失致死的想像競合，但是殺人未遂部分和第一個殺人既遂是連續犯；而第三個殺人既遂也和第一、二個殺人罪是連續犯的關係，在此種第一、二的連續關係又和其他犯罪競合的狀況稱為科刑一罪的競合，其如何處理有不同見解，唯管見以為宜先處理連續犯，再處理想象競合，最後處理牽連犯。因此本案中甲三個殺人依五十六條構成

一個連續殺人罪，然後和過失致死想像競合，從一重連續殺人，最後再和侵入住居論以牽連關係，從一重連續殺人罪，因此甲只按一個連續殺人罪處斷。
(七)因此甲連續殺人部分應就殺人罪之法定刑得加重二分之一來量刑；此外，甲就之前的貪污還有二年的刑期而假釋出獄，其期間未滿而犯故意之罪，因此依七十八條撤銷假釋，至於撤銷後應如何論處，依七十九條之一第五項的規定，甲必須先執行二年的假釋殘餘刑期，再執行依本案所討論之犯罪所科予的執行刑。

一、甲於某日參加友人婚宴，飲酒過量，吐氣後酒精濃度達每公升一點五毫克，仍自行駕車返家，途中撞傷成人A，甲害怕而逃逸，經A 記下車號向警提出告訴而為警查獲，試請論處甲之罪責。

【擬答】：

(一)甲飲酒過量，吐氣後酒精濃度達每公升一點五毫克（實務上之標準為零點五五毫克，若超過此一標準則認為屬於「不能安全駕駛」之程度），仍自行駕車返家。就此客觀上甲合致刑法第一百八十五條之三醉態駕車罪之客觀構成要件，且主觀上，亦具有故意，又無阻卻違法或阻卻罪責之事由，故甲構成刑法第一百八十五條之三醉態駕車罪。

(二)甲途中撞傷成人A，因害怕而逃逸之行為，須討論者有二：

1.甲客觀上駕駛交通動力工具肇事，致A 受傷而逃逸，合致刑法第一百八十五條之四交通肇事逃逸罪之客觀構成要件，且主觀上，亦具有逃逸之故意，又無阻卻違法或阻卻罪責之事由，故甲構成刑法第一百八十五條之四交通肇事逃逸罪。

2.就撞傷A 之部分，甲應注意能注意而不注意，係違反其注意義務，又無阻卻違法或阻卻罪責之事由，故甲該當刑法第二百八十四條過失傷害罪。

(三)綜上所述，甲之一連串行為，同時構成刑法第一百八十五條之三醉態駕車罪、刑法第一百八十五條之四交通肇事逃逸罪、刑法第二百八十四條過失傷害罪，惟實務認為交通肇事逃逸罪，乃係行為人於肇事之後為規避責任，另行起意，其與肇事之原因事實難認有方法結果之牽連關係（89 台上2157 判決）。又刑法第一百八十五條之三醉態駕車罪為故意犯，而刑法第二百八十四條過失傷害罪為過失犯，兩罪間無必然關連（89 台上1942 判決），故甲應就三罪，依刑法第五十條之規定，論以數罪併罰。

※有關刑法第五十五條「牽連犯」之規定，已於民國94 年2 月2 日公布之新刑法刪除，民國95 年7 月1 日開始實施。故修正後應論以數罪併罰。

二、何謂「陷害教唆」？請予以闡述及舉例加以說明。並且論述陷害教唆者是否應負教唆犯之刑責？

【擬答】：

(一)陷害教唆的意義

陷害教唆又稱虛偽教唆，係指教唆人主觀上欠缺教唆既遂故意，經常發生於臥底警察偵查的情況。例如，臥底警探誘使犯罪集團到銀樓行竊，並安排警方於行竊之際加以逮捕；又如，臥底警察向販毒集團接觸，表示要購買毒品，於販毒集團交付毒品之後，立刻逮捕。在上述情形中，雖然臥底警探主觀上認識形式上已經實現構成要件，由於其仍能控制法益侵害不發生，因此欠缺利益侵害的認識，不具備教唆既遂故意。

(二)陷害教唆者不負教唆犯之刑責

實質上，由於教唆行為之處罰基礎在於其透過他人製造法益侵害，故而教唆人之主觀不法也應以對法益侵害有預見為必要。所以，教唆人雖然預見其行為使他人產生犯罪決意，但是不可能達於既遂時，即欠缺主觀不法。由此可知，教唆犯的主觀要件為「雙重教唆故意」，包括「教唆故意」與「教唆既遂故意」，教唆故意係指行為人對於其行為會引起他人犯罪決意至少有或然認識；教唆既遂故意則係指促使被教唆人實現構成要件之意思。綜上，陷害教唆因欠缺教唆既遂故意，不構成教唆犯。

三、刑法第九十條第一項規定：「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作」。此乃強制工作之保安處分規定。請由保安處分制度之目的與功能，評斷以強制工作此一手段作為保安處分之妥適性。

【擬答】：

(一)保安處分之目的與功能

1.保安處分與「刑罰」異，並非以罪責，而是以社會危險性為基礎。簡之，刑罰權的發動是在回顧過去，以發生過的犯罪行為作基礎來量定罪責，而受到罪責原則的制約；保安處分的使用，則是在「前瞻未來」，以行為人本身所具有的危險性為考慮，兼重社會防衛。也因此，雖然手段強弱與時間久暫處於不確定狀態，只能以比例原則加以約束。

2.誠如92年台非字第338號判決所言：「保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度」。其手段既多具有（病態）矯治的意義，復不以罪責原則為基礎，無所謂罪罰相當

的問題，自得不受算定責任所必須的「行為時」限制，而得隨時就措施的種類與方式做出變更，以「即時有效」的治療等措施，預防未來再犯。

(二)「強制工作」保安處分之妥適性

1.關於強制工作，大法官會議於釋字第五二八號解釋固曾指出：「刑事法保安處分之強制工作，旨在對有犯罪習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或怠惰成習而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的。」惟在其與改善危險性（尤其是組織犯罪的危險性）間的因果關係仍欠缺實證下，刑事政策上應檢討的，是立法必要性與功能性問題；如果必須養成這類人的勞動習慣，也應當屬於社會法的範疇，而非刑法。

2.將之視為特殊的刑法「制裁」手段，再以此拘束人身自由的保安處分具有類似刑罰的作用（*strafähnliche Wirkung*），以罪刑法定原則予以保護（2005年刑法修正第一條後段），主張禁止溯及，根本已與保安處分特別預防的制度目的背離。

四、某甲深夜騎機車不慎撞到乙致乙當場死亡後，並未離開現場，但卻以目擊者身分打電話報警，而向前來處理事故的員警謊稱自己是目擊者，見到乙是遭不明車輛撞及。然而後經警察局調閱路口監視器始發現，乙是遭甲之機車所撞，當時根本沒有其他車輛。故除了甲撞傷乙的過失致死罪名外，警察局又以肇事逃逸罪名移送甲。試問警察局以肇事逃逸罪名移送甲是否正確？請由刑法第一八五條之四肇事逃逸罪之立法目的論述上揭問題。

【擬答】：

警察局以本罪移送甲是否正確與刑法第185條之4所保護的法益有關，以下分述之：

(一)生命身體安全的保障

本罪立法理由提到，為維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護，特增設本條，刑度並參考遺棄罪之規定。因而實務上均認為本罪保護的法益為生命、身體安全的保障，為遺棄罪的特別規定。本題中，甲不慎撞到乙後，並未離開現場，雖以目擊者身份報警處理，仍不違本罪之立法目的，警察局之移送應屬有誤。

然就乙當場死亡的部分，有學者認為，對於已經死亡之人，不再有施救的意義，條文以被害人死亡為要件的部分，為矛盾立法。

(二)公共安全的保障

從本條所在的立法章節而言，應是保護公共安全，因為大部分車禍都會留下殘破、

混亂的現場讓人驚懼，也會引發後續的公共危險，任何肇事者都有義務監控這種公共危險狀態，不讓實際的侵害發生。本題中，甲肇事後，並未逃離，雖以目擊者身份報警，對公共安全的保障尚無違反，警察局的移送應屬有誤。

(三)民事請求權的保障

學說上有認為本條是參考德國刑法第一四二條之規定，立法目的在排除交通事故證據消失之危險，而使交通事故原因之調查，不致限於困境重重之境，其利益兼及交通事故之雙方參與者，係用以確保民事損害之請求權，故屬抽象之財產危險。本題中，甲雖未逃離現場，但以目擊者的身份報警，謊稱乙係遭不明車輛撞及，有礙乙之家屬的民事求償權，警察局將甲移送的行為並無不法。

(四)確認利益

新近文獻，確認本條結構上參考了德國刑法第142條與第323c條消極不為救助罪，指出本罪所保護法益在於肇事參與者「停留現場以便確認事故發生相關事項」之義務；交通工具的使用雖為容許風險範圍，但交通事故的參與人應理解為危險共同體，藉由事故發生後，於現場留滯適當期間陳述與報告，使有調查或確認事故權責者（含事故參與人、行政機關或司法機關），釐清事故因果關係及確認法律責任歸屬之可能，此可稱之為「確認利益」，併予說明。

五、何謂「罪刑法定主義」？何謂「從舊從輕」原則？請分別說明之。

【擬答】：

(一)罪刑法定主義

刑法第一條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」法律在行為人行為前，必須已先就其所為是否構成犯罪有所決定，才可以在事後對其處罰。簡之，「無法律，無犯罪；無法律，無刑罰」。

一方面因明確規定罪與刑，使人民可以預知何種行為為犯罪，而使刑法能夠具有法安定性，另一方面，若誤蹈法網而犯罪，亦可預見會受何等刑罰之制裁，而產生刑罰威嚇功能。同時，因明確規定國家刑罰權之範圍，足以確保人民不致受到逾越法律規定範圍外之處罰，而使刑法具有保障功能。罪刑法定主義的體現如下：

1. 禁止習慣法
2. 禁止類推適用
3. 要求構成要件明確性
4. 禁止溯及既往

5. 禁止絕對不定期刑

(二) 從舊從輕原則

2005 年立法者將「從新從輕原則」改為「從舊從輕原則」。新法第二條第一項規定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」

立法理由認為，依原條文「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律」即學說所謂之「從新原則」，雖長久以來，此原則為實務及學界所認同，然難以與第一條罪刑法定主義契合，而有悖於法律禁止溯及既往之疑慮，爰將原條文第一項「從新從輕」原則改採「從舊從輕」原則。

六、何謂刑法上之「自首」？其法律效果如何？

【擬答】：

(一) 何謂「自首」

自首乃謂行為人自行申告自己尚未被發覺的犯罪行為，而自願接受法院的裁判。其要件如

下：

1. 行為人申告的內容必須為自己所犯之罪

行為人只要有申告自己犯罪的實質內涵，即為已足，不以使用自首字樣或言明自首為必要。此外，行為人自行申告犯罪，並不限於親自向刑事追訴機關為之者，始成立自首，即使託人代理自首，亦無不可。

2. 申告時機必須為刑事追訴機關發覺犯罪之前

行為人必須於刑事追訴機關尚未發覺其犯罪之前，自行申告其犯罪者，始有可能成立自首；否則，若已發覺始自動到案者，則為投案，而非自首。「未發覺」係指刑事追訴機關尚未知悉犯罪事實的發生，或雖已知悉犯罪事實，但尚未知悉該犯罪究為何人所為。

3. 行為人申告後必須自動接受裁判

自動接受裁判除有自願接受追訴或審判的意思表示外，尚須有相當足以表示其接受裁判的行動；否則，雖有自願接受裁判之意思表示，但其後復拒不到案，或逃逸無蹤者，因顯無後悔犯罪而接受法律制裁之意思，與自首本旨不符，不能成立自首。

(二) 自首的法律效果

對於自首者，依原刑法第六二條規定，一律必減其刑。不僅難於獲致公平，且有

使犯人恃以犯罪之虞。我國暫行新刑律第五一條、舊刑法第三八條第一項、日本現行刑法第四二條均採得減主義，既可委由裁判者視具體情況決定減輕其刑與否，運用上較富彈性。真誠悔悟者可得減刑自新之機，而狡黠陰暴之徒亦無所遁飾，可符公平之旨。故立法者於2005年將原文字「減輕其刑」之上，增一「得」字。

有學者認為，自首從必減改為得減，似屬不當之修改，蓋刑事立法上必須有「必減」的明確承諾，才足以獎勵行為人勇敢挺身而出，以接受法律的制裁，今如將自首改為得減，則因減輕與否，尚須經由法官的自由裁量，這會引發行為人的疑懼，而足已降低行為人的自首意願，致失卻自首制度的立法目的。

七、何謂「緩刑」？刑法規定之緩刑要件為何？緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人為何種事項？

【擬答】：

(一)緩刑之意義

緩刑乃對於初犯輕微犯罪行為者，猶豫其刑之宣告，或暫緩其宣告刑之執行，而宣告一定的緩刑期間，倘行為人在緩刑期間內能夠潔身自好，而不再犯罪者，則不再為刑的宣告，或不再執行已宣告之刑，並使刑的宣告失其效力，故緩刑實含暫緩刑的宣告與暫緩宣告刑的執行等兩種制度。我國刑法係採後者的規定，故緩刑乃屬宣告刑的一種特別執行方式。

(二)緩刑之要件

行為人若符合下列要件者，法院本其自由裁量的職權，得宣告緩刑：

1.須受二年以下有期徒刑、拘役或罰金的宣告

2.須前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，或雖曾因故意犯罪受有期徒刑之宣告而執

行完畢或赦免後，五年內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告。

3.須以暫不執行為適當

(三)刑法第七四條第二項規定，緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人為下列各款事項：

1.向被害人道歉。

2.立悔過書。

3.向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。

4.向公庫支付一定之金額。

- 5.向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。
- 6.完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。
- 7.保護被害人安全之必要命令。
- 8.預防再犯所為之必要命令。

八、某甲首謀公然聚眾，意圖為強暴脅迫，受該管警察局解散命令五次，始行解散，試請論處某甲之罪責。

【擬答】：

刑法第一四九條聚眾不解散罪之行為係「公然聚眾，意圖為強暴脅迫，已受該管公務員解散命令三次以上而仍不解散」之妨害秩序行為。行為人公然聚眾，並非一有聚集之現象，即構成本罪，而是必須經該管公務員下達解散命令三次以上，仍舊置之不理而不解散者，方足以成罪。

稱該管公務員係指負有維持治安秩序之職責而有權發佈解散命令之公務員而言。公務員下達解散命令時，每次之間必須有相當之時段間隔，而非接續不斷地發佈，且命令群眾解散之意思表示亦應明確。

本題中，甲受該管警察局解散命令五次，始行解散，是否仍成立本罪，不無疑問，以下分列肯否二說：

肯定說：若已受解散命令三次而不解散，即應成立本罪，縱令受四次或更多次以上之命令終告解散，對於已經成立之本罪，亦不生任何影響。

否定說：本罪係妨害秩序之危險犯，群眾只是具有本罪之不法意圖而聚集一起，客觀上尚未有何不法行為，故如該管公務員雖已下達三次之解散命令，但並未立即從事本罪之刑事追訴，而仍舊繼續下達解散命令；其後，聚集之群眾果真遵命解散者，則就本罪之立法意旨而論，自宜不再論以本罪。

結論：實務見解採否定說，刑法第一百四十九條之罪，係以受該管公務員解散命令三次以上而不解散為其構成要件。所謂受解散命令三次以上不過示最低之限制，如於受四次或五次以上之解散命令而終於聽命解散者，即無論以本罪之餘地。蓋本罪之設，旨在維持秩序，參以該管公務員於下達解散命令三次以後，仍再命令解散，顯係考慮及人數擁擠，即行解散勢或不能及操之過急，反足釀成大變而忍讓相勸之情節，社會秩序既因解散而恢復，自無處罰之必要。

九、試舉例及法條規定解釋下列刑法概念，並說明兩者之關係或區別：

- 1.刑法與犯罪（法治國原則）
- 2.有認識過失與未必故意

【擬答】：

(一)刑法與犯罪（法治國原則）

刑法涉及國家刑罰權，其規範內容在於犯罪行為的成立要件及對此科處刑罰或保安處分等法律效果。至於法治國原則係公權力與行政在憲法層次上的指導原則，亦即實質的法治國憲法原則。

由於刑法的規定與施行，均會動用公權力以剝奪或限制人民在憲法上所保障的基本自由與權利，故刑事立法、刑事司法與刑事執行，均不得與法治國原則有所違背。為能貫徹，刑法必須恪遵罪刑法定原則「無法律、無刑罰；無法律、無犯罪」；罪責原則「罪罰相當」；人道原則「廢除唯一死刑並設計假釋制度」。

(二)有認識過失與未必故意

1.有認識過失

有認識過失又稱為有意識過失，係指行為人雖然認為其行為有實現不法構成要件的可能性，但因違背義務與可非難的過份自信，而認為其行為不致實現不法構成要件，進而貿然地從事其原所欲實行的行為，終致實現不法構成要件的主觀心態。本法以「行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。」（§14 II），規定有認識過失的法律定義。

2.未必故意

未必故意又稱間接故意，乃謂行為人主觀上對於構成要件的實現有所預見，而聽任其自然發展，終致發生構成要件該當結果，或實現不法構成要件的主觀心態。本法將未必故意規定為「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」（§13 II）。

3.區別

無論有認識過失或未必故意，行為人同樣對於構成犯罪的客觀事實「有」預見。惟兩者在主觀心態上卻各不相同，未必故意係「容任」不法構成要件的實現，行為即使果真實現不法構成要件，亦與行為人的本意不相違背；相對地，有認識過失對於不法構成要件的實現並無容任的態度，倘若實現不法構成要件，則與行為人的本意有違。

十、何謂共同正犯？其與刑法分則之結夥犯，或實務上所謂之「必要共犯」有何關係或如何區別？現行刑法對於「共同正犯」有何修改？試加以評述？

【擬答】：

(一)共同正犯

共同正犯係指兩個以上的行為人，基於共同的行為決意，各自分擔犯罪行為的一部，而共同實施構成要件的參與犯，以有別於單一行為人的單獨犯罪而成立的單獨正犯。申言之，即兩個以上的行為人，形成一個犯罪共同體，各個行為人彼此以其行為互為補充，而在犯罪行為的分工與角色分配的協力合作下，共同犯罪，達成共同的犯罪目的。由於每一個參與者，均係共同決意的實踐者，故在刑法的平價上，各自成立正犯。

(二)共同正犯與結夥犯

結夥，原指二人以上基於共同犯罪之意思而結為一夥，並進而為犯罪行為之實施者而言，與共同正犯之概念同其涵義。依實務見解，結夥犯之成立應符合三個要件：

- 1.多數行為人相互間有意思聯絡(18 上1253、23 上1220)
- 2.在場實施或分擔實施，不包括同謀共同正犯(76 台上7210)
- 3.非無責任能力之人(30 上1240、37 上2454)

(三)共同正犯與必要共犯

共犯在學理上，有「任意共犯」與「必要共犯」之分，前者指一般原得由一人單獨完成犯罪而由二人以上共同實施之情形，當然有刑法總則共犯規定之適用；後者係指須有二人以上之參與實施始能成立之犯罪而言。且「必要共犯」依犯罪之性質，尚可分為「聚合犯」與「對向犯」，其二人以上朝同一目標共同參與犯罪之實施者，謂之「聚合犯」，如刑法分則之公然聚眾施強暴、脅迫罪、參與犯罪結社罪、輪姦罪等是，因其本質上即屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰之規定時，各參與不同程度犯罪行為者之間，不能適用刑法總則共犯之規定外，其餘均應引用刑法第二十八條共同正犯之規定。而「對向犯」則係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，苟法律上僅處罰其中部分行為者，其餘對向行為縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰之明文，當亦無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地。

(四)現行刑法對共同正犯之修改與評析

刑法第28條將「實施」改為「實行」，立法理由在否定「陰謀共同正犯」與「預備共同正犯」，並認為無礙現行實務處罰「共謀共同正犯」的立場。

批評意見則認為立法理由略有矛盾；其既然認為共謀共同正犯應予否認，就應修法使刑法實務不能再處罰共謀共同正犯，而不是反而修法予以肯定，同時，修改一字也無礙現行實務對於共謀共同正犯的處罰。

壹、

甲、乙相約夜間向丙家行竊，由甲進入丙家，乙在外把風。甲以為丙不在家，甲進入後被丙發現，雙方發生互毆。甲將丙打死後竊得丙之手機兩支，將其中一支交給乙時告知將丙殺害之事實。問甲、乙應如何論罪？

《擬答》

(一) 甲之部分：

1. 甲打死丙之行為，可能構成刑法第二百七十一條第一項之殺人既遂罪。
客觀上甲的行為造成乙死亡之結果，具有因果關係與客觀歸責，主觀上甲亦有殺人之未必故意（題意不清，若無殺人故意則應構成傷害致死罪）。然而於此需討論甲可否主張正當防衛而阻卻違法？正當防衛之要件，在客觀上需有現在不法之侵害以及防衛行為，主觀上需有防衛意思；而本題丙為防止甲入宅行竊得逞而毆打之行為，本即可主張正當防衛而阻卻其違法性（因甲入宅欲行竊之時，對丙而言已符合現在不法侵害之要件），是故，甲於出手毆打丙之時並未存有一現在不法之侵害，職是，甲並不得主張因防衛丙對其人身之侵害而阻卻違法。甲無其他阻卻違法事由，且有罪責，甲成立本罪。
2. 甲可能構成刑法第三百三十條之加重強盜罪。
甲原本欲夜間侵入住宅行竊，竊盜尚為著手前基於殺人故意著手殺人並取走丙之財物，應認為甲對於財產犯罪部分已從竊盜意思轉換為強盜故意，而以殺人之行為作為強盜罪之強制行為，並已使丙不能抗拒，雖丙死後甲才建立財物之持有，但甲既在丙死亡前已著手強盜侵害丙之自由及財產利益，是否丙死後才建立持有並非重點，故甲應成立夜間侵入住宅之加重強盜罪。財產犯罪並非以財物之個數計算罪數，故甲雖強盜二支手機，仍僅構成一個強盜罪。
3. 甲可能構成刑法第三百三十二條第一項之強盜殺人罪
強盜殺人罪之結合犯，不論強盜及殺人行為之先後或同時為之（部分重疊）依通說及實務見解均應論以強盜罪之結合犯，對於結合犯之故意，學說及實務雖有爭議，但於本題並非爭點，故甲應成立強盜殺人之結合犯。
4. 結論（競合）
強盜殺人罪與加重強盜罪及殺人罪，係同一行為且具有法益保護之同一性，為法條競合關係（特別關係）應論以強盜殺人罪。

(二) 乙之部分：

1. 乙在丙家外把風之行為，構成刑法第三百二十一條第一項第一款加重竊盜罪之共同正犯。
甲構成強盜殺人罪已如前述。然甲之夜間侵入住宅強盜行為亦同時符合夜間侵入住宅竊盜之要件，只不過對甲而言係屬於法條競合關係。然對乙而言，客觀上，乙雖僅在丙家外把風，不足以單獨實現竊盜罪之構成要件，

然而卻對實現竊盜之構成要件行為有助益，學說上有稱此類為「參與實行構成要件以外行為」。由於上述把風行為乃基於甲乙事前共同之角色分配與行為分擔而來，依犯罪支配理論，其對於竊盜之實行具有不可或缺之支配性的地位；而於主觀上，甲乙兩人亦有認識到彼此竊盜行為之謀議與計畫，並有意欲使其發生，具有共同行為之決意。參前所述，乙雖僅在場把風，但仍應成立加重竊盜罪之共同正犯。

2. 乙在丙家外把風之行為，可能構成強盜殺人罪之共同正犯？

本題乙是否成立強盜殺人罪之共同正犯，端視甲乙共同決意犯罪之範圍是否有包括強盜殺人之行為。共同正犯對其他共同正犯所實施之行為所負之責任範圍，以就該行為有共同行為決意為其界限，故若部分行為人所實施之行為超越原有之犯罪決意，而為其他行為人所不認識者，其他行為人僅需就宜所認識之程度負擔刑責。就逾越之部分無庸負責。學說稱此為「共犯之逾越」。依題意，甲乙當初相約行竊，並未約明強盜及殺害他人，同時，從甲事前以為丙不在家，而於得手後始向乙告知丙死亡之結果等語，可以認定乙於共同行為決意形成之時並未認識到將有強盜及死亡結果發生之情形，故乙欠缺強盜殺人之故意。是乙不成立本罪。

貳、

甲、乙、丙三人計畫在路上恐嚇行人取得財物，某日夜晚，三人約定在某道路準備行動，當甲、乙二人依約定時間到達約定場所後，卻不見丙到來，正不知所措之際，有裝扮入時手提皮包之丁行經該地，甲、乙二人見機不可失，乃趨前出言恐嚇「將錢交出來！否則打死你！」丁見狀迅速逃離現場，甲、乙二人在後追趕，見丁年輕力盛，二人乃經合議後，拾起路上一根木棒，從後毆打丁頭部，導致丁血流滿面臥倒在地。此時，丙到達現場，在了解當時狀況後，從丁身上搜括首飾財物。三人誤認為丁已經死亡，於是合力將丁搬移至附近山林後，一起逃離現場。試問：

(一) 若丁傷重不治死亡，則甲、乙、丙之行為應如何處斷？

(二) 若丁被人發現，送醫急救，僥倖未死，則甲、乙、丙之行為應如何處斷？

《擬答》

(一) 若丁傷重死亡之情形：

1. 就甲、乙出言恐嚇丁之部分：

(1) 甲、乙可能成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

主觀上，甲、乙兩人原訂要和丙一起恐嚇取財，唯丙臨時未到場，甲、乙兩人遂先行共同決意對丁恐嚇以取財，且客觀上甲、乙出言恐嚇雖未取財成功，然其行為已達令被害人心生畏懼之程度，該當於恐嚇行為之著手。既無其他阻卻違法或阻卻責任之事由，甲、乙各自成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

(2) 丙可否成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯？

爭點在於丙雖當時未到場，但是否仍須要為甲、乙之行為來共同負責？所應考量者為丙是否就該恐嚇之行為主觀上具有共同行為決意，而客觀上有共同行為之分擔。

或有論者認為，丙雖未到場，但其與甲、乙事前計畫恐嚇之行為即可成立

共謀共同正犯。然而，通說認為共謀共同正犯成立之前提，需該謀議之內容於犯罪過程中的貢獻具有犯罪之支配力。若僅僅因為行為人彼此之間事前存有一共同之犯罪意思，即將未具心理因果力或物理因果力之謀議者論斷為共謀共同正犯，未免過於浮濫。且修法後將共同正犯限縮為「共同實行」，更可說明「在陰謀或預備階段互有謀議但對犯罪未提供助力者，不應成立共謀共同正犯」之理。

本題丙由於未提供甲、乙實際犯罪時之助力，故丙不成立恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

2. 就甲、乙拿木棒毆打丁之部分：

- (1) 甲、乙可能成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人既遂罪之共同正犯。

客觀上毆打行為造成丁傷重不治死亡，具有因果關係及客觀歸責，不論毆打行為由誰親手所為，甲、乙之間下手時都應具有欲致人於死地之共同行為決意，客觀上亦有共同行為之實施。既無其他阻卻違法事由及阻卻責任事由，甲、乙皆成立殺人既遂罪之共同正犯。

- (2) 甲、乙可能成立刑法第三二八條第四項及第二十八條之強盜未遂罪之共同正犯。

主觀上甲、乙於恐嚇不成後將犯意從惡害通知變更為實施強暴手段，唯共同取財之意思則一貫。而客觀上毆打丁之強暴行為亦已著手。既無其他阻卻違法事由及阻卻責任事由，甲、乙皆成立強盜未遂罪之共同正犯。

- (3) 丙可否成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人既遂罪之共同正犯？

如前所述，丙由於根本不具對殺_鯨_人之共同行為決意，亦未對犯罪有任何助力可言，故丙不成立殺人既遂罪之共同正犯。

3. 就丙從丁身上搜刮財物之部分：

- (1) 丙可能成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

丙客觀上未經丁之同意而搜刮財物，主觀上有取財之認知及意欲，然而丙卻於甲、乙強制行為完成後始加入進行取財，則丙究竟應論以竊盜抑或強盜，即成為問題。學說上認為若行為人於其他行為人犯罪著手後始加入共同實施犯罪者，應論以「承繼之共同正犯」(或相續之共同正犯)，而多數學說認為承繼之共同正犯既然認識先行行為並利用既成事實來達成犯罪，則除後行為外，應連同介入前之行為一併負責。則本題丙應論以強盜罪之承繼共同正犯。

另有少數說雖認為承繼共同正犯僅需就加入後之行為來負責，但其另行將強盜罪之構成要件解釋為「強制狀態下之取財行為」，則丙本身在丁倒臥在地的狀態下搜刮財物，本即可該當於強盜罪之要件。總之，無論採何說，丙既已瞭解現場狀況後加入甲、乙之行列而取財，成立強盜既遂罪之共同正犯。附帶一提，依實務見解，無論取財時丁是否已經死亡，並不會有剝奪死人持有僅論以侵佔脫離物或竊盜罪之問題，皆論以強盜罪。

- (2) 甲、乙可能成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

如前所述，雖然取財行為委由丙進行，然甲乙丙三人皆具共同行為之決意。故甲、乙二人亦成立強盜既遂罪之共同正犯。

- (3) 甲、乙可能成立刑法第三三二條第一項及第二十八條之強盜殺人罪之共同正犯。

需注意的是，由於甲、乙除強盜罪外，對殺人之部分亦需負責，故尚需討論強盜殺人罪之適用。依實務見解，除「先殺人後生取財之意而取財」不成立強盜殺人罪之外，其他無論取財後殺人或殺人後取財，只要發生在同一盜所，皆可成立強盜殺人罪。甲、乙基於取財之意而下手殺人並進而取財成功，應論以強盜殺人罪。

4. 就甲、乙、丙合力將丁搬移至山林之部分：

(1) 甲、乙、丙可否成立刑法第二九四條及第二八條遺棄罪之共同正犯？

客觀上丁被甲、乙毆打，血流滿面，陷於無自救能力，而竟被棄置於山林中，該當於遺棄之要件，然由於三人誤認丁已死亡，故欠缺遺棄之故意。故甲乙丙皆不成立遺棄罪。

(2) 甲、乙、丙三人可能成立刑法第二四七條第三項及第二八條之遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

依實務見解，若殺人後棄而不顧，並不能以本罪相繩，需積極將屍體遺棄他處始能成立（24年上字1519號判例參照）。本題主觀上，三人皆誤認丁已死亡，而將屍體棄置山林，該當於遺棄屍體之故意。雖客觀上丁當時並未屬「屍體」，然此類對客體的誤認並未出於重大無知，故非不能未遂，而屬普通未遂之情形。故甲乙丙成立遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

5. 競合與結論：

(1) 甲之刑責：甲恐嚇未遂後變更犯意為強盜，通說認為兩罪屬不罰前行為或法條競合，僅需就強盜部分評價即可。另就殺人及強盜之部分，僅需論以強盜殺人罪即可。強盜殺人罪與遺棄屍體未遂罪屬數行為，早期實務採牽連犯之態度，唯目前牽連犯已廢除，故應論以數罪併罰。

(2) 乙之刑責：與甲同。強盜殺人罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

(3) 丙之刑責：強盜既遂罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

(二) 若丁未死之情形

1. 就甲、乙出言恐嚇丁之部分：與前述相同，僅甲、乙成立刑法第三四六條第二項及第二十八條之恐嚇取財未遂罪之共同正犯。

2. 就甲乙拿木棒毆打丁之部分：

(1) 甲、乙成立刑法第二七一條第一項及第二十八條殺人未遂罪之共同正犯。主觀上甲、乙具有殺人之共同決意；客觀上由於丁未死亡，故不能論以殺人既遂，但既已著手，則應可論以殺人未遂罪之共同正犯。

(2) 竊甲、乙成立刑法第三二八條第四項及第二十八條之強盜未遂罪之共同正犯。

理由同前述。

3. 就丙從丁身上搜刮財物之部分：

(1) 甲、乙丙成立刑法第三二八條第一項及第二十八條之強盜既遂罪之共同正犯。

理由同前述。

(2) 甲、乙可否成立刑法第三三二條第一項及第二十八條之強盜殺人罪之共同正犯？

實務及通說認為，刑法第三三二條第一項所謂「犯強盜罪而故意殺人」，需限於殺人既遂之情形，始得與強盜各罪相結合。而本題丁並未死亡，故甲乙並不能論以強盜殺人罪。

4. 就甲、乙、丙合力將丁搬移至山林之部分：

同前所述，甲、乙、丙成立刑法第二四七條第三項及第二八條之遺棄屍體未遂罪之共同正犯。

5. 競合與結論：

- (1) 甲之刑責：甲恐嚇未遂後變更犯意為強盜，通說認為兩罪屬不罰前行為或法條競合，僅需就強盜部分評價即可。另就殺人未遂及強盜，既屬部分合致的一行為，故論以想像競合。另再與遺棄屍體未遂罪數罪併罰之。
- (2) 乙之刑責：與甲同。
- (3) 丙之刑責：強盜既遂罪與遺棄屍體未遂罪數罪併罰。

參、

處罰未遂犯的理由是什麼？

下述事件，應如何處斷甲、丙二人之行為？（必須說明判斷之包攝過程及理由）。

- (一) 甲下星期日交不出會錢，因而於星期五晚上到乙家行竊；走到乙家圍牆外，見左右無人，翻牆入庭院後，隨即被屋內猛犬嚇跑。
- (二) 丙男某晚翻牆入丁女庭院，欲偷窺丁女入浴。丙等待許久又見丁家無任何人在，遂起意取走庭院內名貴盆栽。在使用庭院內空肥料袋裝盆栽之際，聽到大門開鎖聲，驚慌之下，立即空手翻牆逃逸。

《擬答》

- (一) 未遂犯係指行為人欲實施某既遂犯構成要件，惟在行為人著手為構成要件之實施後，竟發生行為人自始未予預料之事由，致使行為人所欲實現之既遂犯構成要件無法完全實現，此等主觀上有等同於既遂犯故意，但在客觀上已為著手卻未實現既遂犯構成要件的行為人，即為所謂之未遂犯。然而問題在於，對於此等未完全實現構成要件而侵害法益的行為人，是否可以透過刑事制裁的方式加以非難？

就此學說上提出所謂的「未遂理論」以解釋處罰未遂犯的理由，原則上有下列三種見解：

1. 客觀未遂理論：未遂行為之所以可罰，是因為其行為在客觀上具有實現構成要件而侵害法益的高度危險性，因此為求法益保護的充分，必須對有法益侵害危險性但未充足構成要件的未遂行為加以處罰。
2. 主觀未遂理論：未遂行為的可罰基礎在於行為人在犯罪時基於故意侵害法益之主觀心態，此等主觀心態顯現出行為人與法律的敵對意志，自應加以處罰。
3. 印象理論：未遂犯的處罰基礎在於行為人欲實現其主觀上有法律敵對的法益侵害意思，此種法敵對意志會震撼社會大眾對於法秩序的信賴，甚而破壞法律的安定性與和平性。

就上述三說而言，客觀未遂理論過於強調客觀面的危險，忽略行為人主觀面的法敵對意識，主觀未遂理論則未針對行為人行為並未實現構成要件此點加以考量，兩說均有不足之處，因此現行學者之通說係採取印象理論，方能對未遂行為之主觀與客觀面予以考量。此外，因為刑法對於未遂犯採印象理論為其處罰根據，所以在未遂犯要件的設計上，其客觀構成要件的「著手」，自然必須以印象理論為基礎而設定其判斷內涵，現行通說就著手理論所採取的「主客觀綜合理論」即導源自印象理論，故可印證現行刑法對於未遂犯的處罰，即以印象理論為整體架構的基本論據。

(二) 甲的刑事責任

1. 甲翻牆進入乙家的庭院，可能構成刑法第三〇六條第一項之侵入住居罪：
本罪客觀上以行為人無故侵入他人住宅之附連圍繞之土地為要件，甲在未得乙同意之情況下自行翻牆進入乙家設有圍牆與外界隔離的庭院，乙家庭院依實務

及通說見解因有圍牆與外界區隔，故屬附連圍繞之土地，甲在未得同意下即行進入之，應可認該當於本罪的客觀構成要件；主觀上甲對其未得乙同意即進入該庭院有完全的認識，有本罪之故意，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲該當於本罪。

2. 甲行竊而被猛犬嚇跑，可能構成刑法第三二〇條第三項之竊盜未遂罪或刑法第三百二十一條第一、二項第二款之加重竊盜未遂罪：

- (1) 甲的竊盜行為因乙家有猛犬而未能順利取得乙之財物，自不成立竊盜既遂罪，然刑法針對竊盜的未遂行為另有處罰，以下即直接討論甲就未成功取得財物之行為是否成立竊盜未遂罪。
- (2) 竊盜未遂罪主觀上以行為人有竊盜故意、不法意圖與所有意圖為必要，本案甲的犯罪計劃即是侵入乙家而竊取乙家的財物，而甲已開始執行其犯罪計劃，甲亦明確認知此點，因此可肯認甲在主觀上的故意，而甲認知其取得他人財物係屬法律上無權之行為，有不法意圖，甲亦欲破壞乙對財物的持有而建立自己的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。竊盜未遂罪在客觀上以行為人已為著手為必要，按一般通說針對著手所採行之主客觀綜合理論，亦即以客觀第三人的立場判斷行為人的認知是否發生客體受侵害的危險，甲在主觀上僅認為乙家應有財物，但未明確知悉財物的種類與數量，而甲在進入房子行竊前已經被猛犬嚇跑，因此甲自始至終均未明確知悉其竊盜的對象為何，此項認知以客觀第三人的標準，應可認為尚未對乙的財物已發生危險性，故甲的行為依通說見解並未達到著手的程度；而實務見解以行為人是否以行竊意思接近並加以物色為著手的判斷標準，在本例中因甲並未接近乙家即嚇跑，自無物色之可言，故甲亦未達著手程度。甲不論依學說或實務見解均未著手，自不構成本罪，但學說上有認為刑法第 321 條第一、二款為竊盜罪之加重構成要件，若已為加重構成要件之行為，即可認為著手於加重竊盜罪，故本題甲翻入乙家庭院已符合刑法第 321 條第二款之「逾越牆垣」之要件，故可成立刑法第 321 條第一項第二款、第二項之加重竊盜未遂罪。
- (3) 結論：如採取實務見解甲僅成立侵入住居罪。

(三)

1. 丙翻牆進入丁之庭院，係在未得丁同意之情況下進入丁住居而與外界隔離之附連圍繞土地，與上述之甲同，丙就此一行為構成刑法第三〇六條第一項的侵入住居罪。
2. 丙欲偷窺丁洗澡，但因丁不在家而不遂，此一部分的行為因刑法針對偷窺他人非公開活動之處罰條文第三一五條之一第一項，僅針對已經成功地窺視他人非公開活動之既遂犯加以處罰，但條文中並未處罰未成功窺視的未遂犯，故丙未能成功偷窺丁洗澡的行為應屬不罰之行為。
3. 丙可能構成刑法第三二〇條第三項之竊盜未遂罪，丙翻牆入丁女庭院，客觀上雖已符合刑法第 321 條第一項第二款「逾越牆垣」之要件，但丙翻牆入丁女庭院，本欲偷窺丁女入浴，故竊盜行為顯為另行起意，而通說及實務上認為刑法第三二一條第一項第二款之加重竊盜罪必須行為人逾越牆垣之際即有竊盜之意，是以行為人欠缺加重竊盜之故意，而祇具備普通竊盜罪之故意，且丙亦認知其行為，在法律上並無權限，有不法意圖，丙又欲取得該盆栽的持有並破壞原持有人丁對盆栽的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。客觀上行為人必須已行著手，依前述著手判準的主客觀綜合理論審酌本案，丙明確認知其開始裝填丁的盆栽，任何人對丙的主觀上認知亦會認為對丁的財產發生重大的危險性，丙的行為已達到著手的程度，而依實務見解丙亦明確知悉其竊盜的對象為名貴盆栽，物色已行完成，丙並且已開始用肥料袋裝填，故可認達到著手的程

度。丙的行為依學說或實務見解均已達著手，又沒有其他阻卻違法及罪責事由，丙應成立普通竊盜罪之未遂。

4. 結論：丙成立侵入住宅罪及竊盜未遂罪，因竊盜未遂罪係另行起意，故二罪間應成立實質競合而非牽連犯。

*上述丙並不會成立夜間侵入住宅竊盜罪第321 I (1) 因為該罪之範圍並不包括附連圍繞之土地，祇限於住宅及建築物之本體，故翻牆進入庭院並不符合該款之加重條件。

肆、

某甲意圖為自己不法之所有，於某日中午十二時許前往乙家翻越屋後氣窗潛入竊得皮包一只，因屋內沒人，遂大方從前門離開，徒步前往距離約三十公尺遠之公園點數鈔票後，發現僅有新台幣三千元，甲嫌太少，仍前往附近超商購買便當食用，食畢又折返乙家意圖再行偷竊，當伸手打開乙家前門之際，適乙返家發現而大聲喊叫，甲即取出隨身攜帶兩面泛光之水果刀一把，在乙面前左右搖晃，乙因害怕未將甲逮捕送警，甲並趁乙倒退時順利脫逃，問：

- (一) 甲除第一次行為犯竊盜罪外，其持刀逼退乙而脫逃，是否構成準強盜罪？
- (二) 依題旨所示，如何對甲論罪？
- (三) 假設甲另案犯損、傷害、侵占、竊盜，經判處有期徒刑三月、四月、五月、六月後，因均得易科罰金，惟定應執行刑一年二月，是否仍得易科罰金？現行刑法與預定於95年7月1日施行之修正刑法，在適用上有無不同，請分別說明之。

《擬答》

- 一、刑事訴訟法第二百八十一條與同法第三百七十一條規定不同之理由：

我國刑法上的準強盜罪，依第三百二十九條之規定，係指竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者而言。是故，若行為人為基礎財產犯罪行為後，而基於防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證之主觀故意在於客觀上而為強制行為，即如同破壞強盜罪（第三百二十八條）之規範意旨（保護自由法益及財產法益），僅係時間順序上之差異爾，故條文另為有別於強盜罪之規範而獨立處罰。

- (一) 第一次竊盜行為與準強盜行為之關係：

首先，準強盜罪以「當場」為其客觀構成要件要素，而所謂「當場」，故不以實施竊盜搶奪者尚未離去現場為限，但仍須有「空間與時間上的密接性」，方足當之。本題中某甲以水果刀為強制行為時，已與其第一次的財產犯罪行為欠缺時間上的密接性，故無法該當準強盜罪之客觀構成要件。

- (二) 第二次行為與準強盜行為之關係：

準強盜罪之構成不論依學說及實務見解行為人之竊盜犯罪至少需已達未遂程度，方有構成準強盜罪之餘地。按竊盜未遂罪之構成，以行為人主觀上有竊盜故意即不法所有意圖，而客觀上有著手為成立要件。竊盜罪之著手時點，依我國最高法院八十二年刑事庭會議第二次決議之見解，係指行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物之時方屬著手。其後最高法院的補充判決（八四年台上字第4341號判決）更指出其行為需是與侵害他人財產間有一貫接連性之密接行為。

本題中某甲第二次偷竊行為，因依題意所示，僅係伸手打開乙家前門，不僅

未達接近我國實務上「搜尋、物色財物」之程度，更不符合我國通說（主客觀混合說）之標準，故其客觀上尚未著手，即令主觀構成要件該當，亦不構成竊盜罪未遂。進一步，其後持刀逼退某乙的行為亦不構成準強盜罪。

(三) 結論：某甲不構成準強盜罪。

二、依題旨所示，如何對甲論罪？

(一) 某甲持刀逼退某乙的行為是否構成恐嚇危安罪（第三百零五條）？

恐嚇危安罪的保障法益乃係被害人心理安全感的利益，行為人係透過恐嚇行為之實施，而使受惡害通知之被害人心生畏怖、不安，進而導致該法益之侵害。本題中某甲持刀逼退某乙之行為已致某乙產生心理上的不安，故客觀構成要件該當，且某甲具有故意、違法性、罪責，故其行為構成本罪。

(二) 某甲若以所竊得之三千元購買便當可能構成刑法第 335 條第 1 項之侵占罪對於此一爭議問題，學理上可分成「競合解決理論」與「構成要件解決理論」兩種看法，前者認為不法取得財產後之支配行為仍符合侵占之概念，依然構成侵占罪，只不過此侵占行為是前面不法取得財產行為之與罰的後行為（不罰的後行為），而不予處罰。其理由乃在於：

(1) 保護被害人避免繼續受到其他侵害。(2) 替後行為的教唆、幫助等共犯行為，建立處罰的依據。

至於構成要件解決理論則認為此處被害人的利益（所有權的事實上機能），早因行為人先前的不法取得行為而破壞，故行為人後續的處分行為不可能再度侵害利益，從而也無從構成侵占罪。

然本題中某甲持竊得財產購買便當之行為，不論在技術上係採取何種理論見解，結論均係不構成侵占罪。

(三) 結論：

某甲構成一個竊盜罪既遂（第二次如前所述不構成竊盜罪），及恐嚇危安罪既遂。兩行為係分別起意，而侵害不同法益，乃屬實質競合之關係，應數罪併罰。

三、此題分析如下：

(一) 舊刑法（現行法）之適用：

關於易科罰金之適用，現行法的要件為 1. 須犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪；2. 須受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告；3. 須因受判決人之特定情狀致執行顯有困難。

其適用上茲有疑義者乃在於，行為人因數罪併罰致其應執行之刑逾六個月的情形，是否仍符合本要件？持否定說之見解認為，因易科罰金之制度目的乃在於避免六個月以下短期自由刑之執行，若因數罪併罰而致宣告之刑（應執行之刑）超過六個月，則已非短期自由刑，不符制度目的，故應執行徒刑。然對此一問題，我國司法院大法官釋字三六六號卻持肯定說之看法，認為本條條文中所稱之「宣告」，應係指「宣告刑」之意。

故若依釋字三六六號之解釋意旨，本題中某甲各案之宣告刑分別為三月、四月、五月、六月，均未逾六個月「宣告刑」之限制，自得適用刑法第四十一條之易科罰金。

(二) 新法之適用：

然新法針對此一爭議問題，乃係採前述否定說之見解，其修正理由說明：「第一項所謂六個月以下有期徒刑或拘役之「宣告」，基於易科罰金應否採行，專屬刑罰之執行技術問題，應指最終應執行之刑之宣告而言，而非指學理所謂「宣告刑」。數罪併罰之各罪，雖均得合於第一項之要件，惟因其最終應執行之刑之宣告，已逾六個月者，其所應執行之自由刑，既非短期自由刑，自無採用易科罰金之轉向處分的理由」。亦即，其將判斷重心放在「應執行

之刑」是否超過六個月。新法第四十一條第二項條文亦修正為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之」。

職此，新法底下，本案中某甲各罪之應執行之刑既已達一年二月，即已不符合易科罰金之制度目的（避免短期自由刑之執行），而不得易科罰金。

(三) 結論：

舊法（現行法）底下，依大法官釋字三六六解釋意旨，本案某甲得以易科罰金；新法底下，本案某甲不得易科罰金。

伍、

甲、乙二人於某日傍晚分別攜其飼犬於社區道路上散步時，不期而遇，兩犬發生激烈打鬥，甲為免其飼犬被咬傷，乃以其手持拐杖猛擊乙犬之頭部，致乙犬當場被格斃。嗣後，乙因屢向甲求償未果，遂花費鉅資僱請丙將甲殺害，以平心中之憤。某日，丙見甲自遠處蹣跚而來，乃躲於街角暗處舉槍瞄準，俟甲走進射程內，即開槍射殺，子彈貫穿甲之脖子後，復打中騎自行車路過丁之腹部。甲及丁經他人報警延醫救治，甲倖而未死，丁則傷重斃命。試問甲、乙丙三人之刑事責任各如何？

《擬答》

(二) 甲的部分

甲持拐杖猛擊乙犬之頭的行為，可能構成刑法第三五四條之毀損罪。

客觀上甲持拐杖猛擊乙犬，而導致乙犬當場死亡，已該當於毀損他人之物的構成要件，主觀上甲亦應有認知此舉將使得乙犬死亡並有意欲使其發生，具有故意。然而爭點在於甲出於防免自己飼犬受傷而攻擊乙犬，可否阻卻違法？可茲考慮者，有正當防衛及緊急避難兩種可能。

首先，就正當防衛而言，需客觀上符合現在不法侵害的防衛情狀以及相對應的適當且必要的防衛行為，主觀上並須具有防衛意識，始可阻卻違法。然而本題乙犬對甲犬之打鬥攻擊，可否該當於現在不法之「侵害」？

通說認為，動物之攻擊，除非是遭人利用操縱作為攻擊他人之方法或工具，否則並不能該當於正當防衛所謂的「侵害」。而依題意乙並無特意利用該犬作為攻擊工具的情事，故乙犬對甲犬所做的攻擊動作，並不能該當於現在不法之「侵害」。因此甲不得依刑法第二三條之規定，主張其毀損行為得阻卻違法。

其次，就緊急避難而言，客觀上不限於人為的侵害，只要會對法益造成侵害或危險，皆屬「危難」，因此即便是動物的攻擊也符合避免「危難」的前提。然而緊急避難的核心問題在於利益權衡的判斷準則。

通說認為，避難行為需符合適當性、必要性及衡平性的要求，始可阻卻違法。本題甲雖順利避免自己之物受到侵害，然而其所使用的避難行為（毀損他人之物）是否出於不得已？是否屬最小最溫和？皆有疑問。此外，不論該危難是否屬被避難者（乙）所招致，亦即，不論本題情形是所謂「攻擊型緊急避難」或「防衛型緊急避難」，就衡平性的考量而言，至少都必須要求「所保全的利益」應超過「所犧牲的利益」，而就此，保全甲犬與犧牲乙犬之間，並不能符合緊急避難之衡平性的檢驗。故甲不得依緊急避難之規定阻卻違法。然而，由於其依舊避免了法益的侵害，只不過使用了不衡平的手段（避難過當），故應可適用刑法二四條一項但書減免其罪責。

結論：甲成立毀損罪，但可減免其罪責。

(二) 乙丙的部分

1. 丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪。
主觀上當丙瞄準甲而欲開槍之時，應有認知到此舉將造成他人生命的喪失，並有意欲使其發生，故具有殺人之故意。客觀上，甲果真扣下扳機擊發子彈，無論採何種未遂理論，皆已到達著手階段。丙違法且有責。故丙成立本罪。
2. 丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第一項之殺人既遂罪。
客觀上，丙開槍後，子彈除射中甲之外，還打中丁之腹部，並導致丁送醫不治死亡。然而主觀上丙開槍之時，並無認知到子彈會貫穿並射中路過的丁，換言之，對於被害客體丁之死亡，丙並無故意。故丙不成立殺人既遂罪。
3. 丙開槍的行為，可能構成刑法第二七六條第一項之過失致死罪。
丙瞄準甲開槍後子彈貫穿甲之身體而誤中路過之丁，雖其情形與學說所謂的「打擊錯誤」略有不同，就想像的客體並未發生偏離，而是又連帶牽連到其他客體，但就誤中的客體是否成立犯罪，討論的問題並無不同。由於丙在開槍之際已將被害客體特定化，故就其他誤中的客體，並不具備故意而僅能退而求其次討論是否成立過失犯罪。本題丙誤中丁應具有預見可能性，應成立過失致死罪。
4. 乙僱請丙開槍的行為，可能構成刑法第二七一條第二項及第二八條殺人未遂罪之共同正犯。
乙客觀上花錢指使丙殺人，其與丙謀議將甲殺害的行為，依犯罪支配理論，只要具備對法益侵害的功能性的支配關係，縱使並未親自實行或到場參與分擔，依舊得論以正犯；或依實務（釋字 109 號解釋）所採之「共同意思主體說」，雖無到場參與實施犯罪，但只要事前謀議而形成共同犯罪之意思，亦可成立正犯。此種情形即一般所謂「共謀共同正犯」。然而由於共同正犯具有「一部行為全部責任」的特性，乙究竟成立殺人既遂或未遂，需以丙之行為為斷。依前述可知，乙僅成立殺人未遂罪之共同正犯。
5. 乙僱請丙開槍的行為，可能構成刑法第二七六條第一項之過失致死罪。
就子彈誤中路過之丁，而導致丁死亡的部分，由於該被害客體的死亡並非出於事前謀議，或者根本超出謀議的範圍，亦即，乙對於會有無辜路人遭到誤中一事，並無認知，更無意欲使其發生，故不成立故意犯，併先說明。
另外，通說實務認為共同正犯必須數人間有共同之行為決意，過失行為並無成立共同行為決意的可能性，因此僅能討論成立過失之同時犯。因此乙是否成立過失致死罪，必須單獨就乙是否具有預見可能性來判斷是否成罪。依題意，既然當初謀議殺害的計畫是安排在公共街道上實施，那麼應該有可能會發生誤中到其他路人的意外。故乙應具有過失，成立過失致死罪。
6. 競合
就丙的部分，殺人未遂罪與過失致死罪，屬一行為侵害數法益，論以想像競合從一重處斷。就乙的部分，殺人未遂罪與過失致死罪，亦屬一行為侵害數法益，論以想像競合。

陸、

處罰未遂犯的理由是什麼？下述事件，應如何處斷甲、丙二人之行為？（必須說明判斷之包攝過程及理由）

- (一) 甲下星期日交不出會錢，因而於星期五晚上到乙家行竊；走到乙家圍牆外，見左右無人，翻牆入庭院後，隨即被屋內猛犬嚇跑。
- (二) 丙男某晚翻牆入丁女庭院，欲偷窺丁女入浴。丙等待許久又見丁家無任何人在，遂起意取走庭院內名貴盆栽。在使用庭院內空肥料袋裝盆栽之際，聽到大門開鎖聲，驚慌之下，立即空手翻牆逃逸。

《擬答》

- (一) 未遂犯之定義：未遂犯係指行為人欲實行某既遂犯構成要件，惟在行為人著手為構成要件之實行後，竟發生行為人自始未予預料之事由，致使行為人所欲實現之既遂犯構成要件無法完全實現，此等主觀上有等同於既遂犯故意，但在客觀上已為著手卻未實現既遂犯構成要件的行為人，即為所謂之未遂犯。
- (二) 處罰未遂犯之理由：對於此等未完全實現構成要件而侵害法益的行為人，是否可以透過刑事制裁的方式加以非難？就此學說上提出所謂的「未遂理論」以解釋處罰未遂犯的理由，原則上有下列三種見解：
1. 客觀未遂理論：未遂行為之所以可罰，是因為其行為在客觀上具有實現構成要件而侵害法益的高度危險性，因此為求法益保護的充分，必須對有法益侵害危險性但未充足構成要件的未遂行為加以處罰。
 2. 主觀未遂理論：未遂行為的可罰基礎在於行為人在犯罪時基於故意侵害法益之主觀心態，此等主觀心態顯現出行為人與法律的敵對意志，自應加以處罰。
 3. 印象理論：未遂犯的處罰基礎在於行為人欲實現其主觀上有法律敵對的法益侵害意思，此種法敵對意志會震撼社會大眾對於法秩序的信賴，甚而破壞法律的安定性與和平性。

就上述三說而言，客觀未遂理論過於強調客觀面的危險，忽略行為人主觀面的法敵對意識，主觀未遂理論則未針對行為人行為並未實現構成要件此點加以考量，兩說均有不足之處，因此現行學者之通說係採取印象理論，方兼能對未遂行為之主觀與客觀面予以考量。但九十四年刑法修正，於第二十六條立法理由中明示採取客觀未遂理論。

- (三) 著手之判斷：著手為未遂犯處罰之始點，其判斷標準在學說上有三種說法：
1. 客觀說：此說又分為實質客觀說及形式客觀說，前者是指行為人必須已開始實行客觀上與構成要件有必要關連性之行為，或對行為客體形成直接危險的行為；後者則以是否實行嚴格意義的構成要件該當行為為標準。
 2. 主觀說：以行為人之犯意及其犯罪計畫，已可認開始實行犯罪者。
 3. 主客觀混合理論：依此說，著手是指行為人依其犯罪計畫，已開始實行足以實現構成要件之行為。
- 其中以主客觀混合理論為通說，以下亦以此說為著手之判斷標準。

(四) 甲的刑事責任：

1. 甲翻牆進入乙家的庭院，可能構成刑法第三百零六條第一項之侵入住居罪：本罪客觀上以行為人無故侵入他人住宅之附連圍繞之土地為要件，甲在未得乙同意之情況下自行翻牆進入乙家設有圍牆與外界隔離的庭院，乙家庭院依實務及通說見解因有圍牆與外界區隔，故屬附連圍繞之土地，甲在未得同意下即行進入之，應可認該當於本罪的客觀構成要件；主觀上甲對其未得乙同意即進入該庭院有完全的認識，有本罪之故意，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲該當於本罪。
2. 甲行竊而被猛犬嚇跑，可能構成刑法第三百二十條第三項之竊盜未遂罪或刑法第三百二十一條第一、二項第二款之加重竊盜未遂罪：
 - (1) 本案甲未取得財物，不成立竊盜既遂罪。而竊盜未遂罪主觀上以行為人有竊盜故意、不法意圖與所有意圖為必要，本案甲的犯罪計畫即是侵入乙家而竊取乙家的財物，而甲已開始執行其犯罪計畫，甲亦明確認知此點，因此可肯認甲在主觀上的故意，而甲認知其取得他人財物係屬法律上無權之

行為，有不法意圖，甲亦欲破壞乙對財物的持有而建立自己的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。

(2) 竊盜未遂罪在客觀上以行為人已為著手為必要，本案甲在主觀上僅認為乙家應有財物，但未明確知悉財物的種類與數量，而甲在進入房子行竊前已經被猛犬嚇跑，因此甲自始至終均未明確知悉其竊盜的對象為何，此項認知以客觀第三人的標準，應可認為尚未對乙的財物已發生危險性，故甲的行為依通說見解並未達到著手的程度；而實務見解以行為人是否以行竊意思接近並加以物色為著手的判斷標準，在本例中因甲並未接近乙家即嚇跑，自無物色之可言，故甲亦未達著手程度。甲不論依學說或實務見解均未著手，自不構成本罪。

(3) 但學說上有認為刑法第三百二十一條第一、二款為竊盜罪之加重構成要件，若已為加重構成要件之行為，即可認為著手於加重竊盜罪，故本題甲翻入乙家庭院已符合刑法第三百二十一條第二款之「逾越牆垣」之要件，故可成立刑法第三百二十一條第一項第二款、第二項之加重竊盜未遂罪。

3. 結論：如採取實務見解甲僅成立侵入住居罪。

(五) 丙的刑事責任：

1. 丙翻牆進入丁之庭院，係在未得丁同意之情況下進入丁住居而與外界隔離之附連圍繞土地，與上述之甲同，丙就此一行為構成刑法第三百零六條第一項的侵入住居罪。

2. 丙欲偷窺丁洗澡，但因丁不在家而不遂，此一部份的行為因刑法針對偷窺他人非公開活動之處罰條文第三百十五條之一第一項，僅針對利用工具且已經成功地窺視他人非公開活動之既遂犯加以處罰，但條文中並未處罰未成功窺視的未遂犯，故丙未能成功偷窺丁洗澡的行為應屬不罰之行為。

3. 丙可能構成刑法第三百二十條第三項之竊盜未遂罪，丙翻牆入丁女庭院，客觀上雖已符合刑法第三百二十一條第一項第二款「踰越牆垣」之要件，但丙翻牆入丁女庭院，本欲偷窺丁女入浴，故竊盜行為顯為另行起意，而通說及實務上認為刑法第三百二十一條第一項第二款之加重竊盜罪必須行為人踰越牆垣之際即有竊盜之意，是以行為人欠缺加重竊盜之故意，而祇具備普通竊盜罪之故意，且丙亦認知其行為，在法律上並無權限，有不法意圖，丙又欲取得該盆栽的持有並破壞原持有人丁對盆栽的持有，有所有意圖，主觀構成要件該當。客觀上行為人必須已行著手，依前述著手判準的主客觀綜合理論審酌本案，丙明確認知其開始裝填丁的盆栽，任何人對丙行為的主觀上認知亦會認為對丁的財產發生重大的危險性，丙的行為已達到著手的程度，而依實務見解丙亦明確知悉其竊盜的對象為名貴盆栽，物色已行完成，丙並且已開始用肥料袋裝填，故可認達到著手的程度。丙的行為依學說或實務見解均已達著手，又沒有其他阻卻違法及罪責事由，丙應成立普通竊盜罪之未遂。

4. 結論：丙成立侵入住宅罪及竊盜未遂罪，因竊盜未遂罪係另行起意，故二罪依刑法第五十條，數罪併罰。

【註】上述丙並不會成立夜間侵入住宅竊盜罪第三百三十一條第一項第一款因為該罪之範圍並不包括附連圍繞之土地，祇限於住宅及建築物之本體，故翻牆進入庭院並不符合該款之加重條件。

柒、

甲為某綜合醫院家庭醫學科主任，與其妻妹乙發生戀情，瞞著妻丙將乙金屋藏嬌，某日丙因頸部有硬塊到醫院向甲求診，甲懷疑丙罹患淋巴癌，陪同丙至另

一較大型醫院一般外科求診，聯絡資料填寫乙之住址、電話，切片結果證實丙罹患淋巴瘤，甲乙攔截外科醫師回診通知，甲並且告訴丙已打過電話查問切片結果，其頸部硬塊為良性淋巴瘤，過些日子可能會自動消失，不必擔心，乙亦勸丙寬心，並邀丙出國旅遊三個星期，回國途中丙深感不適，返家後再度掛號求診，始知淋巴瘤已轉為鼻咽癌，緊急安排開刀和化療，丙於二個月後病逝。試說明丙之死亡可否歸責於甲乙。

《擬答》

(一)甲的部分：

1. 甲是否能被歸責，必須先討論甲是那一部分的行為應該受到歸責，甲在本案中的行為有：最初的陪同行為、進一步的故填乙之資料行為、攔截回診通知的行為、告知為良性之行為，原則上最初甲之所以要陪同丙去找外科醫師是因他只是家醫科醫師，無法作癌症的進一步判斷，不是對丙的法益在社會上有意義的侵害行為，至於進一步的填資料行為，甲只要在事後將資料轉交，對於丙的法益也不會有任何侵害的社會意義。重點在於甲進一步的攔截行為和其後的欺騙行為，那麼這兩部分是一行為還是兩行為，是作為還是不作為？就第一個問題而言，管見以為應屬一行為，因為這是甲在想要透過不讓丙得知其病情而侵害她生命法益的想法下所作出來前後接續為之的動作，因此只能論以一行為；就第二個問題而言，管見以為必須從作為和不作為的區別理論看起，通說對其區別理論採「社會事實評價重點為何」作判斷，在此評價重點應該是在於「不告知」的行為，而不是「積極的欺騙」，因為法所期待的是甲在此對乙為告知，而不是單純的不欺騙，因此屬於不作為。

2. 甲對於丙死亡必須透過他的「不告知」(欺騙只是進一步的不告知)有可能受到歸責，擔負不作為殺人的責任，以下即就是否構成不作為殺人罪進行討論：

(1)客觀構成要件上，甲是丙的丈夫，是刑法上保證人地位所謂密切生活關係的類型，具保證

人地位；甲有不作為的不告知，丙也已經死亡，問題是不告知和死亡間有無因果關係，通說上對於不作為犯的因果關係稱之為「假設的因果關係」，其判斷標準是以幾近確定之可能性來看，如果已為告知時，丙就可免於死亡時，甲的不告知就有因果關係，就丙原先只是淋巴瘤的初期(頸部硬塊)，現在醫學對於淋巴瘤有相當高的治癒率，初期的病人有很高的康復比率，因此如果甲有告知時，丙應該是不會死亡的，所以不告知和丙的死亡有因果關係。此外甲在當時，也有作為的可能性，因此甲的不作為的行為手段與作為之方式是等價的，所以客觀構成要件該當。

(2)主觀上甲本就是想要透過不告知而造成丙的死亡，因此有殺人故意，沒有其他阻卻違法 and 罪責事由，甲構成本罪(當然如甲只有重傷的故意，則應該成立重傷致死罪)。

(3)丙的死亡，甲必須加以歸責，其罪名是不作為殺人既遂罪。

(二)乙的部分：

1. 乙對於丙的死亡，歸責的考量應該先討論她的行為那部分要歸責，在此乙的行為包含了與甲一同的攔阻回診信件、約丙出國，但是就社會意義而言，真正對於乙的生命法益有意義的，仍是在攔阻信件時的不告知行為，後來的約丙一同出國都只是踐行不告知的接續行為而已，因此乙在歸責上還是必須回到不告知的部分。

2. 因此，乙對於丙的死亡要討論的是可不可能構成不作為殺人既遂罪：

(1)本罪在客觀構成要件上必須行為人有保證人地位，乙是丙的妹妹，通說上認

為姐妹間就生命、

身體法益有「密切共同生活關係」的保證人地位，此外就假設因果關係的討論上和甲相同，而乙當時也有作為可能性，因此，乙的不作為和作為等價，所以客觀構成要件該當。主觀上乙對於丙的死亡也有認識和意欲，有故意，沒有其他阻卻違法及罪責事由，乙構成本罪。但是另一個問題是，乙是否可能和甲一同成立共同正犯，在此因為甲、乙兩人的行為都是不純正不作為犯，學說上有將不純正不作為犯歸類為「義務犯」的類型，就義務犯類型上是不適用共同正犯在「功能支配」的法理而認定正犯的，而只要行為人違背了他的義務，就可以論以正犯，換言之，不適用共同正犯的規定，因此甲、乙都是不純正不作為犯的情況，不可能構成共同正犯。但國內通說認為具有作為義務之行為人，共同決意不作為，亦可成立不作為犯之共同正犯。

(2)丙的死亡，乙必須加以歸責，其罪名是不作為殺人既遂罪。

捌、

甲因經濟不景氣，公司裁員，致失業多時。某日，見鄰近公園有一神智失常男子A手指上帶有一枚鑽戒，遂花言巧語將其騙走；嗣至附近B餐館用餐，飽餐一頓後，藉口如廁，而逃之夭夭；未久，行至陋巷，見有一打扮入時婦女C獨自踽踽而行，乃趨前奪其項上珍珠項鍊，得手後正擬逃逸，因C緊拉其衣服不放，甲遂將其推倒於地，致C手腳多處擦傷；甲急於逃逸，在路旁隨手攔下一部計程車，即搭車遠颺。惟行至某偏遠處，甲對司機D出言威脅，不但拒付車資，且喝令D將身上現金全部掏出，得款後揚長而去。

試問對甲應如何論罪科刑？

《擬答》

(八) 甲騙走A的鑽戒，可能構成刑法第三三九條第一項的詐欺取財罪：詐欺取財罪客觀上以行為人行使詐術致他人陷於錯誤，而為財物之交付致生被害人財產損害為要件。本例中甲以詐術使A陷於錯誤，而令A將其持有的鑽戒交付於甲，雖然A為神智失常的男子，但只要其確係因為甲的詐術而陷於錯誤，仍可該當於本罪之客觀要件，依題意所示，甲應係客觀構成要件該當。主觀上甲對其行為有認知，有詐欺故意，知道其無法律權源以取得該鑽戒，有不法意圖，甲欲該行為以得利，有得利意圖，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲成立本罪。

(九) 甲進入B餐館用餐嗣尿遁的行為，可能構成刑法第三三九條第一項及第二項的詐欺取財及得利罪：系爭二罪客觀要件原則上同上所述，僅第一項被詐欺人是交付財物，而第二項的行為人是取得利益，依題意所示甲進入餐廳時即無任何支付餐費的意思，而依社會慣例進入餐廳可被認為是「有支付意思及能力」的默示通知，因此甲進入餐廳的行為顯係詐術的行使，B餐廳誤甲為有支付之意願而為食品(財物)及服務(利益)之給付，而甲嗣後尿遁，使餐廳發生財產上的損害，客觀構成要件該當，主觀上甲對上開事實均有認識，亦有不法意圖及獲利意圖，沒有其他阻卻違法事由，甲成立上開二罪。

另外學說上對於此種白吃白喝的法律效果係分為「自始即無支付意願」與「嗣後另生無支付意願」兩種不同類型，前者係指自始即無意給付，其法律效果學者均認為成立詐欺罪，本例與前者的類型相同，亦成立詐欺罪。

(十) 甲奪取C的項鍊，得手後又將C推倒，可能構成刑法第三二九條的準強盜

罪：準強盜罪客觀上以行為人先為竊盜或搶奪的行為，嗣後為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證等事由而施強暴脅迫為必要，本案甲以不法腕力奪取C的項鍊，並建立自己對項鍊的持有，係屬搶奪的行為，後來因C緊拉衣服而為保有其取得的項鍊(贓物)，而將C推倒於地，係為防護贓物而施強暴行為，客觀構成要件該當，主觀上甲對上開事實均有明確認知，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

- (十一) 甲推倒C的行為，可能構成刑法第二七七條第一項的普通輕傷罪：客觀上甲推倒C致C手腳多處擦傷，主觀上甲亦明知此部分事實，甲成立本罪。
- (十二) 甲出言威脅拒付車資，可能構成刑法第三二八條第二項的強盜得利罪：本罪客觀上以行為人施強制行為至令被害人陷於不能抗拒，而取得被害人的財產利益，致生財產損害為要件，本案甲在偏僻的地方拒絕給付司機D車資，應可認甲係以脅迫的方式使身處於偏僻地點的D心理狀態恐懼至不能抗拒，而使D免除甲對D負有的車資債務，致生D之損害，甲在主觀上明知此事，亦明知其法律上不得向D為車資的要求免除，甲有強盜故意與不法得利意圖，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。
- (十三) 甲要求D將身上的現金全部交付予甲，可能構成刑法第三二八條第一項的強盜取財罪：強盜取財罪客觀上以行為人施強制行為致被害人無法抗拒而為財物之交付，承前，甲在偏僻的地方要求D將身上全部的現金交付給甲，應可認甲係以脅迫的方式至D不能抗拒而取得現金，致生D財產上損害，甲對其行為有認識，有不法所有意圖，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。
- (十四) 競合：依題示中並未指出甲係基於詐欺或強盜的連續故意，因此甲的四部分犯罪行為原則上應該是四個獨立的行為，分述如下：
1. 甲騙走A的鑽戒成立詐欺取財。
 2. 至B餐廳用餐嗣尿遁的行為成立詐欺取財及詐欺得利，法條競合。
 3. 甲搶C項鍊並推倒C成立準強盜及輕傷害罪，想像競合，依準強盜罪處斷。
 4. 甲拒付車資並強令D交付現金，分別構成強盜得利及強盜取財罪，法條競合。
- 上述四部分再數罪併罰。

玖、

甲告訴乙想找人殺丙，乙告訴丙不如先下手為強，並介紹丙買槍。行兇之日，丙錯拿珍藏玩具槍，甲毫髮未傷。從此丙日日隨身攜帶真槍，某日於酒店門口遇見甲，丙朝甲開槍，卻中泊車小弟丁，丁不治。請就本題所設案情，找出犯罪行為人，並論斷其罪責。

《擬答》

以下僅檢討刑法典上之罪名，至於其他特別法(如槍砲彈藥刀械管制條例)中之規定，則不列入討論，合先敘明。

(一)某甲部分：

1. 某甲欲找人殺害丙，案例事實中，只有甲將此一想法告知乙，並無另為其他特別之籌備行為(如購買凶器、洽詢殺手、安排犯罪計畫等)，因此就殺人罪而言，其非但不構成刑法(以下同)第二百七十一條第二項之殺人未遂罪，甚且亦不構

成同條第三項之預備殺人罪。

2. 惟若甲係希望透過此一告知行為恐嚇丙，亦即利用乙實行恐嚇，以加害生命之事讓乙轉知丙，使丙心生畏怖致生危害於安全，則構成刑法第三百零五條之恐嚇危害安罪。

(二)某丙部分：

1. 因甲並未為任何對丙現在正持續中的不法行為，因此丙不得對甲主張正當防衛以阻卻下列所討論之各罪名的違法性，合先敘明。
2. 丙第一次對甲行兇，錯拿玩具槍，未殺死甲，因其主觀上具有殺人之構成要件故意，且亦於客觀上已著手實行(依照通說主客觀折衷理論的標準)，故成立刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪。
3. 有疑問者，乃是此時之未遂究係應適用刑法第二十六條但書「不能發生犯罪之結果又無危險」的「必減免」規定，抑或與普通未遂相同，僅適用第廿六條本文的「得減」規定？在此有兩種不同之立場：

(1)依照我國實務與部分學者之看法，只要客觀上自始注定不能達於既遂，便可適用該條但書必減

免之規定，則本例中丙持玩具槍當然係自始注定不能殺死他人，應屬該條但書之不能未遂。

(2)然另亦有學者主張得否適用該條但書，關鍵不在於能不能達於既遂，而是在於其不能既遂是否

出於行為人對於一般周知之因果歷程為完全偏離的想像，亦即，是否出於重大無知，此一立場為德國法典及學說與實務所採取。依此，則丙係誤以為自己所持為真槍，並非出於重大無知，故不能適用該條但書之必減免規定。

(3)上述兩種立場，以第二種立場為宜，故丙係構成殺人罪之普通未遂。

4. 丙於失手後，因仍想殺甲而攜帶真正之槍械，為意圖供犯罪之用而持有槍砲，構成刑法第一百八十七條之加重危險物品罪。
5. 丙在酒店前遇見甲，開槍卻誤中丁之部分，為學說上所稱的「打擊錯誤」(又稱打擊失誤或方法錯誤)，係指行為人所為之攻擊行為，由於實行失誤至其所損傷之客體與行為人原所欲損傷之客體不同。本案例中，甲與丁對於殺人罪而言，都是適格的行為客體，所以是一種「等價的打擊錯誤」，究應如何處理，學說上有不同看法：

(1)甲說：只要是打擊錯誤就不用區分等價或不等價，一律成立未遂(原欲損傷之客體)與過失(實

際損傷之客體)，兩罪想像競合。在等價的打擊錯誤，既然行為人主觀上的目標並沒有受到傷害，就不能算是行為人犯罪既遂，因為此時行為人之故意只具體地針對特定攻擊客體，而不包含其他行為客體。

(2)乙說：與客體錯誤為相同之處理(視是否等價而定)。換句話說，在等價的打擊錯誤，處理的方式也應該和等價的客體錯誤一樣，論以犯罪既遂。以殺人罪為例，法律概念上應該只有殺人的故意，而無所謂殺死哪一個人的故意可言。殺死哪一個人的故意，是一個事實上存在，但是就其被害客體的特定化，在法律的評價上並沒有意義。

(3)上述兩說，甲說為通說所採，若依此，則丙此部分之行為，對甲應成立殺人未遂，對丁，因在酒店門口開槍會誤中他人並不離奇，應該可以預見及避免，故成立過失致人於死罪(刑法第二百七十六條)，兩罪係一行為所違犯，侵害數獨立法益，形成想像競合(刑五五前段)之關係，從一重處斷。

6. 綜上所述，丙係違犯第一次的殺人未遂、加重危險物品罪、第二次的殺人未遂以及過失致人於死罪，此數罪名間的競合關係如下：

(1)第二次的殺人未遂與過失致人於死罪為想像競合的關係，已如前述，而加重危險物品罪與第

二次的殺人未遂的關係，通說與實務認係屬牽連犯(刑五五後段)，但亦有學者參考德國學說而強調加重危險物品罪為繼續犯，應與殺人未遂成立一行為之想像競合。

(2)又，第一次的殺人未遂與第二次的殺人未遂，究係數罪併罰抑或連續犯，涉及案例事實與對於成立連續犯之要件的要求，後者包括了整體故意或連續故意之爭，以及對於個人高度專屬法益的侵害是否亦得成立連續犯的問題。從案例事實觀之，丙第二次殺害甲的行為似屬偶然臨時起意，而非計畫中的行為，故兩次之殺人未遂應為數罪併罰(實質競合)，而非連續犯。

(3)結論：第二次的殺人未遂先與過失致死罪想像競合，此部分再與相牽連的加重危險物品罪從一重，最後再和第一次的殺人未遂實質競合(數罪併罰)。

(三)某乙部分：

1. 乙唆使丙殺害甲，成立教唆殺人罪。因丙已著手為殺人之主行為，但終未將甲殺害，故乙應論以教唆殺人未遂罪。至於主行為人(丙)先後曾為兩次的殺人行為，以及發生打擊錯誤等情事，在本案例中對於乙的責任均不生影響。
2. 乙介紹丙買槍，應構成幫助殺人未遂罪(刑三〇I、II、二七一II)。
3. 關於共犯競合的問題，乙先教唆丙殺人再從事幫助乙買槍之行為為共同競合。依照實務見解，先教唆後幫助為法條競合之吸收關係，僅成立教唆犯，但學說上則有包括一罪、補充關係、單純一罪、數罪、想像競合各種見解。
4. 小結：依目前實務見解，乙僅成立教唆殺人未遂。

拾、

甲曾犯貪污罪，入獄執行，尚餘二年徒刑時，因合假釋條件，經假釋出獄後，在某私人並業任職。惟因先前之貪污事件，屢受同事乙、丙、丁三人之冷嘲熱諷，心頗憤懣，乃思加以殺害。某日，持刀侵入乙宅，將乙殺害後，旋開車馳赴丙宅，見丙與其妻A正於門前路旁洗車，乃持刀猛刺，因丙躲閃，致誤刺A之腹部，頓時鮮血如注，經送醫急救，仍告藥石罔效。甲殺人後立即開車逃逸，至某路口時，忽見B之背影酷似丁，遂加足馬力衝撞，致B當場死於非命。試問對甲應如何論罪科刑？

《擬答》

(一)甲侵入乙宅，可能構成刑法三〇六條一項侵入住居罪。

(二)甲殺乙，可能構成刑法二七一條一項的殺人既遂罪。

(三)甲持刀刺丙，可能構成刑法二七一條第二項之殺人未遂罪。

甲持刀刺丙時，誤刺A，因為丙並未死亡，故不符合殺人既遂之構成要件，但甲基於殺人故意已著手殺害丙，但客觀構成要件並未實現，故應具備了殺人未遂之構成要件該當，且無阻卻違法及罪責之事由，故應成立殺人未遂罪。

(四)甲持刀誤刺A，可能構成刑法二七六條第一項之過失致死罪。

甲持刀誤刺A導致A送醫後死亡，具有因果關係，且甲的行為也製造了法律所不容許的風險，該風險也實現了結果，所以客觀構成要件該當，而甲當時是要刺丙，因丙閃躲而誤刺A，此種情形學說上稱為「打擊錯誤」，通說認為打擊錯誤對於誤中之客體應阻卻故意，且甲當時見A與丙在路旁洗車，對於誤刺A的情形，應有預見的可能性，故甲應已具備了過失致死罪的構成要件該當性，且無阻卻違法及罪責的事由，應成立過失致死罪。

(五)甲開車撞B，可能構成刑法二七一條一項的殺人既遂罪。

客觀上甲如果不撞B，B不會死亡，有因果關係及客觀歸責，故客觀構成要件該當。主觀上，甲雖然心裏想殺害的是丁，卻殺了甲以為是丁的B，此種情形學說上稱為「客體錯誤」，而因為殺人故意是對於他人生命侵害的認識，在行為人對於行為客體是他人認識無誤的情況下，縱使該特定者的身分不是行為人原先所設想的身分時，只要行為人所侵害的特定者始終是同一人，即可論為有故意。所以，本題中甲誤B為丙，仍有殺人故意，此外並沒有其他阻卻違法和罪責事由，甲構成本罪。

- (六)競合：甲第一個行為構成殺人和侵入住居，應該是牽連關係，但是甲在進行第一個殺人時，已經對於他要連殺乙、丙、丁有了整體故意，因此甲在其後的殺人罪部分，只要在時間上不相隔過遠的前提下，均可以透過連續犯的規定處理；甲在第二個行為構成殺人未遂和過失致死的想像競合，但是殺人未遂部分和第一個殺人既遂是連續犯；而第三個殺人既遂也和第一、二個殺人罪是連續犯的關係，在此種第一、二的連續關係又和其他犯罪競合的狀況稱為科刑一罪的競合，其如何處理有不同見解，唯管見以為宜先處理連續犯，再處理想象競合，最後處理牽連犯。因此本案中甲三個殺人依五十六條構成一個連續殺人罪，然後和過失致死想像競合，從一重連續殺人，最後再和侵入住居論以牽連關係，從一重連續殺人罪，因此甲只按一個連續殺人罪處斷。
- (七)因此甲連續殺人部分應就殺人罪之法定刑得加重二分之一來量刑；此外，甲就之前的貪污還有二年的刑期而假釋出獄，其期間未滿而犯故意之罪，因此依七十八條撤銷假釋，至於撤銷後應如何論處，依七十九條之一第五項的規定，甲必須先執行二年的假釋殘餘刑期，再執行依本案所討論之犯罪所科予的執行刑。

一、何謂集合犯？試述其適用之要件。

答：按刑法學理上所謂集合犯，乃在構成要件之內容上，本預定行為人反覆實施數個同種行為之犯罪，即以反覆為同種類之行為而為其構成要件內容之犯罪；即多數同一行為成立之罪，其須有多數行為，而構成同一之罪。現行法規於集合犯之犯罪類型有如下分別之規定：

所謂常習犯，係以有實施一定行為之習慣而成立之犯罪，又稱習慣犯。此種犯罪，因反覆實施一定同種行為而具有慣常性，故其行為雖有多次，仍應認其包括成立一罪。我刑法並無常習犯之規定，僅於刑法第九十條現定有犯罪之習慣者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作

偽造犯：

此指偽造貨幣罪之偽造行為而言，在構成要件上已預想有多數反覆之同種行為存在，性質上亦屬於集合犯，其不僅包含完成偽造所需之全體階段行為，亦包含對同一種貨幣乃至數種貨幣之反覆印製行為。最高法院七十三年台上字第三六二九號判例謂：「同時偽造同一被害人之多性同類文書或同一被害人之多張支票時，其被害法益仍僅一個，不能以其偽造之文書件數或支票時，因有侵害數個人法益，係一行為觸犯數罪名者迥異。」

收集犯：

此指收集有價證券罪等之收集行為，即包含反覆而多次之收取行為。如最高法院二十九年上字第二一五五號判例謂：意圖供行使之用而收集偽造銀行券之罪，其收集二字，本含有反覆為同一行為之意義，被告甲先後收集偽券，交與乙、丙販賣，其收集行為並無連續犯之可言，原判決竟以連續犯論罪，

顯屬錯誤。」

散布犯：

此指散布猥褻物品罪與誹謗罪之散布行為而言，性質上亦有反覆為同種之行為之意義在，亦屬於集合犯。故縱行為人於不同時間、地點而分別向多數之人為數次散布行為，亦僅成立一罪。

販賣犯：

我刑法有關販賣之規定甚多，如販賣危險物罪、販賣妨害衛生物品罪、販賣違背定程之度量衡罪、販賣猥褻物品罪等。販賣行為，亦具有反覆為多數同種行為之意義存在，學說上稱為販賣犯或營業犯。其不僅包含單純之買入或賣出，縱先買後賣或反覆多次買賣行為皆屬之。

二、 患有健忘症的甲，容留好友乙居住其家，其日乙晚歸，當乙正在開門時，甲以為強盜入侵，遂以榔頭向乙頭部猛擊，致乙當場死亡。

試問：甲之行為是否構成誤想防衛？

甲之行為是否構成客體錯誤？

甲患有健忘症，其行為否有刑法第 19 條之適用？

答：按刑法第二十三條就阻卻違法事由之正當防衛規定，對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。亦即刑法正當防衛之成立要件應具備客觀上有防衛狀態之存在主觀上行為人已認識防衛狀態之存在且出於防衛之意思客觀上行為人實施防衛行為。至學理上所謂誤想防衛乃行為人誤認客觀上有防衛狀態存在（實際並無現在不法之侵害），基於防衛意思而為具構成要件該當之防衛行為。通說認為因行為人所為侵害他人之構成要件該當行為係基於防衛意思而非犯罪意思，故不成立故意犯，而應論以過失，此又稱容許構成要件前提事實錯誤。本題甲誤認乙為強盜者而將其擊斃，即屬上開說明之誤想防衛，應論以過失致死罪。

按刑法之客體錯誤乃行為人對行為客體之同一性發生誤認，即行為人主觀上所欲侵害之客體對象與行為實際侵害之客體對象並未一致，此等錯誤如屬等價錯誤，通說認為未得阻卻故意，而應論以故意犯。本題甲並無誤認攻擊客體，蓋其認為乙為入侵強盜者，故以乙為所欲侵害之客體，亦確實對乙實施侵害之攻擊行為，故非屬客體錯誤。末按刑法第十九條規定，行為時因其精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨別其行為違法或欠缺依其辨識而為行為之能力者，不罰。行為時因前項之原因，智基便是行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑。二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。前兩項即屬行為人無責任能力與限制責任能力之規定，後一項則為學理上所稱之原因自由行為。

所謂原因自由行為係行為人於實現犯罪構成要件時，雖欠缺責任能力或限制責任能力（結果不自由），惟導致其無責任能力或限制行為能力之先行為階段，卻處於完全責任能力之狀態（原因自由），且行為人逾完全責任能力狀態時，即具有侵害特定法益之故意或有預見可能性，因該故意或過失使自己陷於無責任能力或限制責任能力狀態，並於此狀態下實現犯罪成要件。

本題甲患有健忘症，首先應視其健忘症是否已達上揭刑法第十九條第一項無責任能力或第二項限制責任能力狀態，若是，則再視被告有無按時就診病服藥控制。倘為肯定，即謂甲已盡力控制病情，嗣後縱然健忘症病發而為攻擊乙之行為，其即得主張其行為不罰或減免罪責；如為否定，依原因自由行為理論，甲即應負過失致死罪之完全罪責。

三、甲、乙、丙三人因無錢購買安毒，某星期日持美工刀、螺絲起子至某辦公大樓行竊。在行竊過程中因破壞門鎖發出聲響，乙心生害怕，懊悔答應甲、丙前來行竊，遂放棄財物，並勸阻甲、丙二人離開，以免被捕。但甲、丙置之不理，乙只好獨自先行離去。甲、丙雖搜括數間辦公室財物，但仍被逮捕。請問甲、乙、丙三人成立何罪？

答：至辦公大樓行竊事實

甲、丙刑責可能構成共同侵入住居罪 (§§306 I, 28) 甲、丙於星期一同前往辦公大樓行竊，係無故侵入他人建築物，成立本罪之共同正犯。可能構成共同毀損器物罪 (§§354, 28) 甲、丙為進入辦公大樓而破壞門鎖，使門鎖外型改變並喪失功能，該當損壞他人之物要件。雖題意未言明係由何人破壞，惟甲三人協議共同前往辦公大樓行竊，縱未親自破壞門鎖，亦得成立共同正犯。

可能構成共同加重竊盜罪 (§§321 I, 28) 甲、丙與乙基於不法所有意圖，共同決意結夥三人，持美工刀、螺絲起子，破壞辦公大樓門鎖行竊，即該當毀越門扇、攜帶兇器及結夥三人之加重要件。另，題意未言明甲三人係於夜間行竊，且辦公大樓應非有人居住之建築物，故不該當夜間侵入住居之加重要件。甲、丙成立共同毀越門扇、攜帶兇器、結夥三人之加重竊盜罪。

乙刑責可能構成共同侵入住居罪 (§§306 I, 28) 乙與甲、丙一同前往辦公大樓行竊，成立本罪之共同正犯。可能構成共同毀損器物罪 (§§354, 28) 依前述相同理由，乙成立本罪之共同正犯。

可能構成共同加重竊盜罪 (§§321 I, 28)

乙於行竊過程中因破壞門鎖發出聲響，遂放棄財物，並勸甲、丙離開，則依題意，甲三人應已得手部分財物，依前述乙已該當共同毀越門扇、攜帶兇器、結夥三人之加重竊盜罪。惟乙後悔參與，勸甲、丙離開不果，即自行離去，得否適用中止犯規定減免其刑？姑不論乙所犯加重竊盜罪業已既遂，依刑法§27 II 規定，共同正犯中一人自願中止犯罪，須有效防止犯罪結果發生，始能成立中止犯。本題乙雖勸阻甲、丙，但甲、丙置之不理，乙無由適用中止犯規定。另，乙可否依「共犯關係脫離」理論減免刑責？亦即只要行為人能以真摯的意思切斷與其他共同正犯心理及物理上的聯繫，則共同正犯關係即從切斷聯繫的時點起消失，切斷關係者只就切斷前的行為負責。本題乙勸阻甲、丙行為不能發生效果，且乙在此之前即已該當加重竊盜罪既遂，是乙無法脫離共同正犯關係。

結論：甲、乙、丙成立共同侵入住居罪 (§§306 I, 28)、共同毀損器物罪 (§§354, 28) 與共同加重竊盜罪 (§§321)，共同毀損器物罪與共同加重竊盜罪成立法條競合之特別關係，僅論以共同加重竊盜罪。共同加重竊盜罪與共同侵入住居罪屬於行為單數，成立想像競合，從一重之共同加重竊盜罪處斷。甲、乙、丙同時實現數款加重事由，只於判決主文順序揭明。

三、甲與友人乙至 PUB 飲酒慶生，甲自恃酒量好，堅持載乙回家，途中不慎撞傷行人丙，在警察抵達前，甲哀求乙留在現場佯裝其才是駕駛，自己迅速逃離現場，乙愈想愈不對，也迅速離開。等到警察到現場時，丙已因

傷重死亡。請問甲、乙是否有刑責？

答：甲可能構成醉態駕駛罪 (§185-3)

甲自恃酒量好，飲酒後開車，雖題意未言明甲呼氣酒精濃度數值，但甲酒後駕車不慎撞傷丙，應係受酒精影響致注意力不集中而肇事，即屬不能安全駕駛。甲明知已飲酒，卻高估自己酒量而開車，主觀上有故意。又，甲雖有飲酒，然應未到達責任能力欠缺或顯著降低程度，故甲有罪責。甲成立本罪。

甲可能構成過失傷害罪 (§284 I)

客觀上甲因注意力下降而不慎撞傷丙，甲為一般正常駕駛人，應知酒後駕車之高危險性，對傷害結果之發生應有預見可能性，是有過失。甲成立本罪。

乙可能構成不作為幫助醉態駕駛罪 (§§185-3, 30, 15) ？

乙知悉甲有飲酒，卻未阻止甲開車，促使甲易於實現酒後駕車行為。惟乙依法令並不具保證人地位，亦無危險前行為，則乙不負有阻止義務，故不構成本罪。

甲求乙佯裝駕駛事實

乙可能構成頂替罪 (§164 II)

頂替係指冒充犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，代其接受刑事追訴或刑罰之執行，或接受公力之拘束。本題乙在警察抵達現場前業已離開，並無頂替行為，乙不成立本罪。

甲可能構成教唆頂替罪 (§164 II, 29)

甲要求乙佯裝其為肇事駕駛，為其頂罪，依實務見解，犯罪人教唆他人使他人頂替，不成立本罪 (25 年 4 月 21 日決議)，況乙最終並無頂替行為，甲不成立本罪。

甲、乙離開現場事實

甲可能構成肇事逃逸罪 (§185-4)

客觀上甲駕駛動力交通工具過失肇事使丙受傷，未救助丙即逃逸。甲主觀上就此亦有認識，具有故意。無阻卻違法及罪責事由，甲成立本罪。

甲可能構成不作為殺人罪 (§§271 I, 15)

甲逃逸時是否認識未救助丙將導致丙死亡之事實，依題意無法確定，依有疑唯利被告之假設，甲不成立本罪。

甲可能構成違背義務遺棄致死罪 (§294 II)

甲開車肇事，依道路交通管理處罰條例規定，甲有救助義務。丙因無人即時救助，最後傷重死亡，應屬無自救力之人，客觀上甲該當不為救助而致被害人於死之要件。主觀上甲認識其肇事行為使丙受傷，若不為救助可能引發生命危險，且就丙可能因而死亡應有預見可能性。甲成立本罪。

乙可能構成肇事逃逸罪 (§185-4) ？

乙非駕駛動力交通工具肇事之人，故不成立本罪。

乙可能構成違背義務遺棄致死罪 (§294 II)

乙受甲哀求留在現場佯裝駕駛，乙並未救助丙，隨即離開。如前所述，乙並非肇事駕駛，依法即無救助義務，雖甲哀求乙留在現場，但目的在為甲頂罪，而非承擔救助丙之責任，乙無義務救助丙，即不成立本罪。

結論：甲所犯醉態駕駛罪 (§185-3) 與過失傷害罪 (§284 I) 成立想像競合，從一重處斷。甲另犯肇事逃逸罪 (§185-4) 與違背義務遺棄致死罪 (§294 II)，依實務見解應論以違背義務遺棄致死罪 (§294 II)，與醉態駕駛罪 (§185-3)

係分別起意，應數罪併罰。

五、甲、乙、丙三人退伍後找不到工作，甲遂邀乙、丙一起計畫先由其蒐集各小學學生及家長名單，再由乙、丙分別打電話，佯裝綁架學童，要求家長依其指示轉帳至指定帳戶，不然會將學童勒斃，十數次電話共得手三百萬元。請問甲、乙、丙三人是否成立犯罪？又有甲向檢察官辯稱其從頭到尾均未參與綁架勒索，警察抓錯人了，是否有理由？

答：乙、丙之刑事責任

可能構成共同詐欺取財罪 (§§339 I, 28)

客觀上乙、丙分別打電話向家長騙稱綁架其子女，以取得贖款，然實際上並無綁架行為，是乙、丙行使詐術，使家長陷於錯誤，誤認自己子女在乙、丙手中，因而處分財產，亦即匯款至指定帳戶。此是否該當詐欺之構成要件？實務見解認為，以恐嚇使人

將物交付，有時故意含有詐欺性質，但與詐欺罪之區別，則在有無施用威嚇，使人心生畏懼之情形為斷（28 上字 1238 號）。學說見解亦認為，行為人行使詐術使相對人處分財產，須在相對人非心生畏懼、基於純粹的自由意思下為財產處分，始該當詐欺罪。

本題家長之所以匯款，係畏懼自己子女遭遇不測，非基於純粹自由意思而處分財產，乙、丙主觀上對此亦有認識，故乙、丙不成立本罪。

可能構成共同恐嚇取財罪 (§§346 I, 28)

乙、丙基於不法所有意圖，客觀上以惡害通知電告家長，若不匯款，即勒斃學童，使家長心生恐懼，但應未達不能抗拒之程度，蓋家長仍有自由決定之空間（亦即是否完全遵照乙、丙指示，或報警處理、或討價還價等）。家長因乙、丙恐嚇而匯款，造成家長財產損害，即該當恐嚇取財罪之客觀要件。乙、丙就此均有認識，具備故意。無阻卻違法與罪責事由。乙、丙分工打電話給不同家長加以恐嚇，即共同實行犯罪行為，主觀上有犯意聯絡，乙、丙成立本罪之共同正犯。

甲之刑事責任

可能構成共同詐欺取財罪 (§§339 I, 28)

本題行為人之行為態樣並不該當詐欺構成要件，已如前述，甲不成立本罪。

可能構成共同恐嚇取財罪 (§§346 I, 28)

甲基於不法所有意圖，與乙、丙一起計畫，先由甲蒐集學生及家長名單，再由乙、丙打電話行騙勒索。依實務及通說見解，共同正犯之成立，並不以親自實行全部構成要件行為為必要，僅須基於共同行為決意，分擔犯罪行為之一部，或事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪行為，即可成立共同正犯（釋字第 109 號）。依題示，雖客觀上甲並未親自實行恐嚇行為，然甲已先與乙、丙一起計畫，就犯罪之實現予以分工，則甲蒐集學生及家長名單之行為，亦不失為共同行為分擔之一種型態。甲與乙、丙主觀上有共同行為決意，具備犯罪故意。無阻卻違法與罪責事由，甲成立本罪之共同正犯。

故甲抗辯自己並未參與綁架勒索行為，並無理由。

結論：甲、乙、丙成立共同恐嚇取財罪 (§§346 I, 28)，三人個別、多次之

恐嚇取財行為，屬行為複數，成立數罪併罰。

六、請說明刑法上偽造文書罪章中所稱「偽造行為」之概念。假設甲將其身分證影印後，將影本上面之出生年-民國 71 年修改為民國 74 年，再影印後報名歌唱比賽，甲之行為是否成立犯罪？

答：「偽造行為」之概念按，「偽造行為」之概念涉及形式主義與實質主義之立場爭論，形式主義認為，文書之真正乃指文書作成名義之真正，而非指內容之真實；實質主義則認為，文書之真正係指文書內容之真實，至於有無製作權限及作成名義為何，並非所問。形式主義重在處罰冒用作成名義之有形偽造行為；實質主義則係處罰製作內容虛偽文書之無形偽造行為。

刑法偽造文書罪章所稱「偽造行為」應指有形偽造而言（即第二一〇條至第二一二條規定），此乃相對於處罰無形偽造之「登載不實行為」（即第二一三條至第二一五條規定）。亦即，「偽造行為」乃無製作權人假借他人名義，製作在外型上足以使人認為係出自作成名義人之文書。因此，若行為人係基於他人授權委託而製作文書，或該文書對外並不至於造成作成名義人同一性之誤認，即非偽造行為。

甲之刑責

甲修改身分證影本出生年可能構成變造特種文書罪（§212）

客觀上，身分證乃本條規定之「其他相類之證書」，與護照相類，為身分證明之一種。至於影本是否得為本罪客體，以及修改影本內容是否該當變造行為，早期實務採否定見解，惟近期實務認為，影本與原本可有相同之效果，如將原本予以影印後，將影本之部分內容竄改，重加影印，其與無製作權人將其原本竄改，作另一表示其意思者無異，應成立變造文書罪（73 台上字 3885 號）。甲修改身分證影本之出生年資料，即有害於戶籍資料管理之正確性，足生損害於公眾或他人。甲主觀上有認識，且無阻卻違法及罪責事由，甲成立本罪。

甲以修改過之身分證影本報名歌唱比賽可能構成行使變造特種文書罪

客觀上甲持該變造之身分證影本報名歌唱比賽，乃依文書之用法，以之充作真正文書而加以使用，該當行使之要件。主觀上甲有故意，甲成立本罪。結論：甲成立變造特種文書罪（§212）及行使變造特種文書罪

（§§216, 212），依實務見解，變造之低度行為為高度之行使行為所吸收，應論以行使變造特種文書罪（70 台上字1107 號）。

七、甲男、乙女係為情侶，某日深夜二人至某深山約會時，遭歹徒丙男持刀恐嚇，丙男並將甲男、乙女二人以繩索網綁，搜刮二人身上財物，正欲離開之際，丙男見乙女頗有姿色，遂心生歹念對乙女予以性侵害，當丙男為性侵害時，乙女趁機踢傷丙男之下體，致其血流如注疼痛不已，乙女解開甲男身上綁繩，並越想越氣憤，遂拿起丙男因疼痛掉落於地之刀，將受傷之丙男砍成重傷，經送醫急救不治死亡。試論乙女之罪責。

答：

依題示，乙女踢傷丙男之「下體」，致其血流如注疼痛不已，可能成立重傷

害既遂罪（刑法第二七八條第一項）。惟因題意不明，無從得知丙是否因此重傷害行為的實施，而永久喪失其生殖機能，重傷害的結果（§10IV）難以認定，乙應僅成立重傷害「未遂」罪（§278III）。

乙女趁丙男強制性交行為實施中踢傷其下體，係在具備防衛意思下，針對現在不法侵害，所發動的正當防衛行為（刑法第二十三條）。由於防衛行為不以「出於不得已」為要件，有無其他方法足以規避緊急防衛情狀，在所不問，題示情形，乙女以踢傷其下體的方式，立即終結侵害，其防衛行為的行使，應可認為「適當必要」，其行為阻卻違法。罪責部分，無庸檢驗。

小結：乙女踢傷丙男「下體」的行為，不構成犯罪。乙女將丙男砍成重傷後死亡之行為依題示，乙女將受傷之丙男砍成重傷，經送醫急救後不治死亡之行為，應成立重傷害罪的加重結果犯（刑法第二七八條第二項）。

乙女所為能否主張正當防衛，關鍵在於不法侵害是否繼續存在？按，侵害是否仍屬「現在」，必須侵害或攻擊已開始且正在繼續進行中。承前述，乙女既已踢傷丙男「下體」，終結強制性交行為的繼續實施，應可認為現在不法侵害已不存在。乙女所為欠缺正當防衛的客觀要件，不得主張阻卻違法的正當防衛。此種防衛過當的行為，學說稱之為免除責任事由，依刑法第二十三條但書，得減輕或免除其刑。

結論

乙女成立重傷害致人於死罪（刑法第二七八條第二項），其防衛過當的行為，得減輕或免除其刑（刑法第二十三條但書）。

八、甲經商失敗，積欠高利貸鉅額之借款，乃暗中將含有劇毒之物質，注入某大賣場貨架上由某廠商生產之數個紙裝飲料，並打電話向該廠商勒索鉅款，未久顧客乙、丙、丁三人，購買該飲料喝完後，一人毒發斃命，另二人送醫急救幸無大礙。試論甲之罪責。

答：甲將有毒飲料注入大賣場貨架上之行為，可能成立毒化飲食物品罪（刑法第一百九十一條之一第一項）

刑法第一百九十一條之一第一項規定：「對他人公開陳列、販賣之飲食物品或其他物品滲入、添加或塗抹毒物或其他有害人體健康之物質者，處七年以上有期徒刑。」甲滲入毒物於飲食物品，成立本罪。又放置數個紙裝飲料之行為乃接續犯，係數個密切不可分的動作，基於單一犯意而為之一行為的接續實施，應包括的視為一罪。甲放置有毒飲料導致顧客死亡之結果，難認為成立毒化飲食物品罪之加重結果犯（刑法第一百九十一條之一第三項）毒化飲食物品罪之加重結果犯，其立法目的在於對抗毒化食品行為同時伴隨著發生死亡結果之「特有危險」（spezifische Gefahr）。題示情形，顧客之死亡結果與甲之下毒飲食物品行為間，不但有條件的因果關係且客觀上可歸責。主觀上，甲亦認識到其於飲料中注入「劇毒」之行為，有可能造成潛在消費者生命的危害，對潛在消費者死亡之結果應能預見。據此，「基本犯罪」與「加重結果」間具可認為有「直接關係」，下毒行為本身的固有危險實現，成為死亡結果。死亡結果固屬基本構成要件本身所有之固有的內在危險之實現，惟甲下「劇毒」之行為，應可肯認其殺人故意，復因通說認為加重結果犯僅限於「故意基礎行為」加上「對於重結果的發生限於過失」，難認為成立毒化飲食物品罪之加重結果犯（刑法第一百九十一條之一第三項）。甲欠

缺阻卻違法事由，具備罪責，應成立殺人既遂罪。

據上，甲成立殺人既遂罪，與毒化飲食物品罪想像競合¹，從一重論以殺人既遂罪。

甲放置有毒飲料導致顧客中毒之結果，可能成立殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項）

甲具有殺人之不確定故意，已如前述，其客觀上既已著手實施下毒行為，對於生命法益造成直接危險，應成立殺人未遂罪。

甲所為可能成立恐嚇取財未遂罪（刑法第三四六條第三項）

依題意，甲打電話向廠商勒索鉅款，應可認為主觀上具備恐嚇取財之故意與不法所有意圖，客觀上亦已著手實施恐嚇取財行為。惟甲是否因恐嚇行為而取得財物，題意未明，應僅成立恐嚇取財未遂罪（刑法第三四六條第三項）。

結論

甲所為者，係犯刑法第一百九十一條之一第一項之毒化飲食物品罪與刑法第二百七十一條第一項之殺人既遂罪。依想像競合，從一重論以殺人既遂罪。

九、甲男係某餐廳泊車員工，某日利用泊車機會複製顧客乙男名貴跑車鑰匙，並利用乙男出國之際，帶欲購買該廠二手跑車之丙男至乙男停放該車之別墅，且對丙男云：「該跑車係其所有，現因購買股票失利，欲以低於市價一成之價款將該車賣出。」丙男認為車況與價款相當，遂同意購買，二人互交價金、鑰匙後，丙男駕駛跑車離開。試論甲男之罪責。

答：甲男複製跑車鑰匙並交車的行為可能成立普通竊盜罪（刑法第三二〇條第一項）

按所謂所有意圖，必須行為人主觀上的認知是持續性的剝奪原所有人的所有利益。至於對於物的暫時性的使用意圖，並不屬於財產犯罪所謂的所有意圖。題示情形，甲將鑰匙複製後即歸還，能否認為具備所有意圖？

反對見解可能認為：「物之價值理論或綜合理論論及作為不法所有意圖之對象的所謂物之價值，應指透過竊取物而有體化之抽象價值而言。」簡之，鑰匙本身只是提供操作者進入或使用的可能性，而不是本身可以表彰財產價值的東西。據此，偷走金融卡予以複製或使用後歸還，均欠缺所有意圖。

惟依多數意見，所有意圖包括物的本體或體現於物的經濟價值，如行為人竊用他人電話卡，用畢歸還，雖對電話卡「本身」欠缺所有意圖，惟就體現於電話卡的通話金額價值而言，仍得肯定其所有意圖，而非成立不罰的使用竊盜³。據此，甲雖僅複製「鑰匙」，惟鑰匙作為具體用來支配跑車的工具，掌握鑰匙，現實上即掌握跑車，甲事後將該鑰匙與車交予丙男，應成立竊盜罪（參考 91 年訴字第 903 號判決）。使用（萬能）鑰匙開啟房門，既不構成刑法第三二一條第一項第二款之「毀越門扇、牆垣或其他安全設備」（63 台上 50 判例），題示情形，應可作相同解釋，甲男僅成立普通竊盜罪。

甲男交付鑰匙予丙並獲取價金的行為可能成立詐欺罪

所謂的詐術，是以作為或不作為的方式，傳遞與事實不符的資訊。甲並非跑車所有人，卻佯稱跑車為其所有，係詐術之行使。

詐術的行使還必須使人因而陷於錯誤。意指陷入或維持一個不正確而與事實不符的主觀認知狀態⁴。題示情形，丙男可認為陷於錯誤。

丙男在意思決定自由下，所為直接導致財產減損的財產交付，可認為已有財產處分。題示情形，丙被欺騙，進而處分財產，雖然以低於市場價格購得跑車，卻不能享有完整的權利。關鍵在於，此處有無「財產損害」？

學說認為：具體的危險，也是一種財產損害；典型例子是，小偷把贓物賣給不知情的人。表面看，購得之物雖低於市價，但占有人卻無法安心享有。這是財產上的具體危險。財產損害固然尚未發生，但可能隨時出現。用市價買到一個有重大瑕疵的物品，支出與所得不均衡，所以是財產上的減損。據此，甲成立詐欺罪。

結論

甲成立普通竊盜罪與詐欺取財罪，兩罪併罰。

十、逛街的甲女，為防扒手，而緊緊夾住所背的皮包。乙女自背後衝向前去，強扯甲的皮包，由於甲夾得甚緊，乙並未得手，但使甲失去重心，跌趴在地上，皮包正好為其身體壓住。接著，乙強扯仍露在外的皮包肩帶，將皮包搶走。甲由於重跌，一時全身疼痛，無力抗拒。問：

本案如何論處？

答：本題爭點，應在搶奪及強盜罪間之構成要件該當性；

若依實務上向來奉行之辦案口訣，對搶奪罪之標準版本為：「行為人乘（被害）人不備而公然掠取他人財物」（一九上五三三及三二上二一八一參照）。若行為人以非暴力之手段，而於乘人不知情狀下為之者，此為竊盜。又若行為人雖為暴力手段，但其度已達仗人無法抗拒之境，此為強盜，而非搶奪。本題中，被害人甲女雖然為防扒手而作出防備動作，然而行為人乙女仍以乘甲不及防備地以「暴力手段掠取皮包」之行為對甲女達成財產法益之侵害。又甲女因此暴力掠取之手段跌點在地「無力反抗」，以實務言，此種客觀情狀已反應出被害人於「至使不能抗拒」之程度而遭財產法益之侵害，行為人應，透過刑法第三二九條，以「介

於強盜與搶奪間之一種處斷上之強盜罪，以性質上屬單純一罪，逕自提升為強盜罪」（86台上3603判決）。惟依學理言之，單純僅從客觀上能否達成「不能抗拒」以為強盜及搶奪，甚或強盜與恐嚇之區別，似乎欠缺妥當性：蓋構成要件除客觀要素外，尚有主觀要存在，行為人自始即僅具乘人不備掠取他人財物之犯意而為攻擊被害人之行為，在客觀上難免出於暴力手段，甚或造成被害人倒地等情，亦在暴力行為之客觀顯現情狀，是否因此逕認強盜，應屬可議。行為人若依，此被害人倒地之行為，仍應在綜合主觀要素下，認以搶奪罪。另依刑法第三二九條，因搶而為防護贓物，為免逮捕，湮滅證據，而為強暴協迫，以強盜論規定，予以進入準強盜罪之審，查較為可採，至少比實務逕以提升為強盜罪，更具說理性。

一、間接正犯有那些情形？試分析之。

答：間接正犯係利用他人具有以下類型之一的行為，實現構成要件，其成立型態有以下幾種：

（一）被利用人所實施的，就其本人而言，欠缺構成要件該當性

欠缺客觀構成要件：例如：行為人利用其對他人之強烈影響力，或利用他人之不知或無知，使他人受迫或在不知不覺中，實行不具構成要件該當性之自傷行為或自殺行為，以遂其傷害或殺人之犯意，而能成立傷害罪或殺人罪之間接正犯。又如：幫派大哥令手下乙於日正當中赤腳站立於水泥地上，乙之腳遭嚴重燙傷，以達傷害乙之目的。

欠缺主觀構成要件：行為人利用他人無故意之行為，以遂行其犯意。

例如：甲利用不知情之護士乙，將毒藥餵食其病人丙。本案例中，乙不具殺人故意，甲利用不具故意之乙，以遂行其殺人目的，構成殺人罪之間接正犯。乙則應視其具體情況，決定是否應負過失致死之罪責。

(二)被利用人所實施的，就其本人而言，欠缺違法性

例如：甲為妨害乙之人身自由，遂於檢察官丙偵辦某甲重大殺人案件時，向其舉發乙涉嫌殺人，並提出相當有力之偽造證據，誤導丙認為乙罪嫌重大且有逃亡之虞，而立刻開出拘票，由司法警察將乙拘提到案。

在本案例中，丙之剝奪乙行動自由之行為，係屬依法令之行為，而阻卻違法。甲誤導檢察官丙採取拘提行動，而使乙受到拘提，係利用丙之合法行為，達其妨害乙之人身自由之目的，故應成立私行拘禁罪 (§302 I) 之間接正犯。

(三)被利用人所實施的，就其本人而言，欠缺有責性

被利用人實施行為時，欠缺有責性，如屬於「無責任能力人」或「限制責任能力人」或基於「禁止錯誤」之情形，此時利用人究應成立「間接正犯」或「教唆犯」？學說間有爭議，以下茲分別討論之：

1、利用無責任能力人：利用無責任能力人實施犯罪行為，此時，行為人究應成立間接正犯或應成立教唆犯之關鍵點，乃決定於行為人對犯罪之支配程度，無責任能力人對其行為若已有相當程度之決定能力，則行為人對於整個行為即非屬於完全支配之地位，故不能成立間接正犯，而應成立教唆犯。

例如：甲誘使六歲的兒子乙縱火燒屋。此時乙不僅是法律上所擬制之無責任能力人，同時事實上也欠缺「意識能力」與「控制能力」。故甲基於其事實上的優勢地位支配整個犯罪事實的發生。於此，甲成立縱火罪的「間接正犯」。

又如：甲誘使十三歲之乙，縱火燒屋。若此時乙在事實上已具備意識能力與控制能力，甲成立教唆犯或間接正犯？學說上有不同之見解：

甲說：教唆犯主要理由在於被利用人事實上既已具備意識能力與控制能力，則已非屬單純之工具。

乙說：間接正犯

採此說之理由，有以下兩種不同看法：

理由1：法律明文規定舉凡未滿十四歲之人，是屬無責任能力之人，乃為避免在個案上有關事實上的舉證困難；縱係未滿十四歲之人，在例外情況具備「意識能力」或「控制能力」，仍無礙於幕後者成立「間接正犯」。由於甲於此認識被利用人是屬欠缺責任能力人，從而，基於其在法律上的優勢地位，亦即其之「意識支配」凌駕於被利用人的「行為支配」之上。

理由2：「…但所謂精神成熟，不僅在概念頗為曖昧，實務上之判斷甚為不易，且與刑法上劃一限定刑事責任年齡之旨趣，亦有違悖實有害於法適用之一致性。因此，利用無責任能力之人實現一定之犯罪者，似仍以認其成立間接正犯較妥。

2、利用限制責任能力人：其爭議如上之無責任能力人。

3、利用他人之禁止錯誤：行為人故意導致行為工具陷於禁止錯誤，或是認知行為工具之

禁止錯誤，而後加以利用者，此時利用人成立間接正犯抑或教唆犯，學說上有爭議，可分為以下兩說：

(1)統一說：成立間接正犯。

理由：行為人故意導致行為工具陷於禁止錯誤，或是認知行為工具之禁止錯誤，而後加以利用者，則行為人仍係以意思支配整個犯罪過程，亦能成立間接正犯。至於行為工具本身之禁止錯誤係可避免抑或不可避免，並不影響幕後行為人對於行為工具之利用支配關係，縱使行為工具本身之禁止錯誤係可避免，仍屬不知情之善意第三人，而與無故意之工具相同。

(2)區分說：視禁止錯誤是否可避免而定。

理由：對於不可避免之禁止錯誤，則利用人仍成立間接正犯。若係可避免之禁止錯誤，則利用人成立教唆犯。其理由謂：「被利用人雖處於可避免之禁止錯誤狀況，但此仍係一可罰且為故意的正犯；於此，利用人要難再度成立（間接）正犯。」

(四)利用他人被強制而免除罪責之行為

行為人使用強暴或脅迫等強制手段，強制本無犯意之他人為其實行構成要件行為，以遂行其犯意，亦能成立間接正犯。

例如：甲持槍抵住乙，要求乙將丙殺害，乙迫不得已將丙殺死，對丙之死，甲成立間接正犯。

二、有義務者之遺棄罪，其性質究為結果犯？或是為舉動犯（舉動犯又稱為行為犯，或是

非結果犯）？試分析之。

答：刑法之犯罪類型依構成要件是否要求於行為之外，有一定結果發生而區分為行為犯與結

果犯。

刑法分別中之有義務遺棄罪即規定於第二百九十四條第一項：對於無自救力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護，而遺棄，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護者。該罪究係行為犯或結果犯，則與該犯罪係具體結果犯或抽象危險犯有關，茲分述不同見解如下：

(一)抽象危險犯：

自刑罰法規看破之形式觀察，具體危險犯，每以危險之發生為其構成要件要素；至抽象危險犯，則不以危險之發生為其構成要件之要素，僅以實施有侵害法益危險之行為為已足。單純遺棄罪或有保護遺義務遺棄罪，亦均未以危險之發生為其構成要件要素，自應以抽象危險說為當。因此，遺棄罪之性質，屬抽象危險犯。若認係抽象危險犯，則以為構成要件行為即成立犯罪，無待於一定結果之發生，因此，其應屬行為犯。

(二)具體危險犯：

對於無自救力之人之遺棄行為，均具應刑罰性，而是只有遺棄行為會導致無自救力之人喪失生命之高危險性，始有加以刑罰制裁之必要，故司法者必就個案之情形，逐一判斷行為人之遺棄行為有無導致無自救力人之生命陷於危險狀態；若有，始足以構成遺棄罪；若否，則無由成罪。由於遺棄罪之保護目的乃在於危及生命之具體危險，故遺棄罪在犯罪類型上應屬具體危險犯。若認其屬具體危險犯，則必須有一危險結果產生方能成立犯罪，故應認其屬結果犯。

(三)最高法院通過八十七年臺上字第二三九五號判例之判決要旨：

1、「……所謂生存所必要之扶助、養育或保護，係指義務人不履行其義務，於無自救力人之生存有危險者而言。……」似仍採具體危險說。

2、另外本判例對二十九年上字第三七七七號判例再予解釋如下：「本院二十九年上字第三七七七號判例所稱：『若負有此項義務之人，不盡其義務，而事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪』，應以於該義務人不履行其義務之際，業已另有其他義務人為之扶助、養育或保護者為限；否則該義務人一旦不履行其義務，對於無自救力人之生存自有危險，仍無解於該罪責。」從本段判決要旨可見，行為人並非一經遺棄行為即足成罪，若有其他人養育、保護被害人，致不發生危險者，因無具體危險發生可能，故無成罪之時。反之，若行為人於不履行其義務時，並無其他可為養育、保

護者予以養育、保護，則被害人因此將生危險，是該當於刑法第二九四條之遺棄罪。

3、是故本次判例採就原有判例之反面解釋，配合歷次實務上看法，吾人認本罪仍採具體危險說，似為妥適。

三、甲已滿二十歲，因向養父乙索錢不遂，頓生殺意，夥同十九歲友人丙，將乙殺死，試問甲、丙之行為應如何論處？

答：(一). 甲之行為可能該當刑法（以下稱本法）第二百七十二條第一項之殺直系血親尊親屬罪：

1、(1) 殺直系血親尊親屬者，為殺直系血親尊親屬罪，本法第二百七十二條第一項著有明文。

(2) 本題，甲主觀上具有構成要件殺人故意，且亦認識乙係自己之法定直系血親尊親屬。另本法第二百七十二條第一項法文所稱「直系血親尊親屬」，依通說見解，其包含自然血親及法定血親，故養父母亦是其所稱之直系血親尊親屬。

(3) 甲之行為客觀上已著手實行殺人行為，已生行為客體乙死亡結果，且行為與結果間具有因果關係及客觀歸責性並實質侵害乙之個人生命法益。

(4) 以上所述，甲之行為已該當本法第二百七十二條第一項之殺直系血親尊親屬罪。

2、甲之行為依題旨顯具違法性及罪責，洵無疑義。

小結：甲之行為成立本法第二百七十二條第一項之殺直系血親尊親屬罪。

(二). 丙之行為可能該當本法第二百七十一條第一項之普通殺人罪：

1、(1) 丙主觀上具有構成要件主觀殺人故意，並已為殺人行為之著手實行，就乙死亡之結果，客觀上具有因果關係及客觀可歸責性。

(2) 丙之行為已實質侵害乙之生命，故其行為已該當本法第二百七十一條第一項之普通殺人既遂罪。

2、依題旨，丙之行為具有違法性及罪責。

小結：丙之行為成立本法第二百七十一條第一項之普通殺人既遂罪。

(三) 1、按二人以上共同實行犯罪者，皆為正犯，本法第二十八條定有明文。

2、甲、乙二人依題意，彼此間具有犯意聯絡，行為共同之共同正犯關係，其已實行於殺人之構成要件內行為，故屬於本法第二十八條所指之共同正犯。

3、惟甲乙之行為，因本法第二百七十一條及第二百七十二條之刑罰科處輕重不同，故依本法第三十一條第二項規定，其應科於輕重及普通之刑罰。

結論：本題，甲之行為與丙之行為依本法第三十一條第二項規定，應論以殺人之共同正犯而科其第二百七十二條第一項及第二百七十一條第一項之刑罰。

四、為了救火，甲鳴笛開著消防車，在限速五 公里的道路上，以一百公里時速趕往火災現場，途中闖紅燈撞死了正在橫越馬路的路人乙。試問：甲的開車行為和乙的死亡之間具有因果關係嗎？

答：本題乃討論因果關係與客觀歸責理論之間的判斷差異。由於本單元近年來學說頗眾，向來為學者注重之重點，本題分析如下：

(一)學說理論：目前國內理論，論者約有如下諸說：

1、條件理論：

(1)本論認為若無甲之開車闖紅燈，行人乙亦不會遭撞成死亡，是故甲仍應負起乙受傷之過失致死之條件因果；

(2)甲之致行人乙死亡因果，至多僅能以緊急避難予以阻卻違法。

2、相當因果關係論：

(1)本論認從客觀上而言，甲之闖紅燈撞擊與乙之死亡顯有客觀上之相當因果關係，

要非不負過失致死之相當因果。

(2)甲之致行人乙死亡因果，亦僅能以緊急避難予以阻卻違法。

3、客觀歸責理論：本論為德國自七〇年代逐漸成形與興起之理論，大致檢討方向有兩點：

(1)行為人製造不被容許之風險；

(2)行為人進而實現該不被容許之風險。

(3)惟甲在開車行為上，當消防車執行救火勤務時，超速、闖紅燈、行駛路肩、甚或逆向行駛之行為，應被社會所予容許。

(4)故甲在時速五十公里的道路上，以一百公里時速趕往火災現場，途中闖紅燈撞死了乙。此不應予以歸責，可依容許風險及信賴原則予以排除，亦不需再進入阻卻違法與否考量之。

(二)實務意見：我國歷年來多採客觀之相當因果關係論；惟學說上之客觀歸責理論，在風險日益嚴重及升高之現代社會中，頗值注意！

五、醫師某甲明知早已排定隔一天要進行數個病患的開刀手術，卻在夜裡和幾個朋友到酒店飲酒作樂直到清晨才回家。早上開始動刀之後，某甲逐漸精神不濟，直到為病患乙開刀時，因為意識已經完全不清楚，發生錯誤切除動作，導致病人大量失血死亡。某甲刑事責任如何？

答：醫師某甲可能涉及業務過失致死罪，刑法§276 II：

(一)過失犯構成要件該當：

「注意義務」之違反：傳統上，就過失犯之審查，常以「違反注意義務」為要素。

1、所謂「注意」，乃行為人在不法結果之預見可能性及迴避可能性之範圍下，避免其不法結果之發生，此即「注意義務」之要求；

2、行為人若為一個有良知、理性、小心且謹慎之人，在可以、能夠善盡注意義務以避

免不法結果發生之情狀下，卻未盡盡此等義務，以致客觀上該當於因果關係各種要素產生，應即論以過失犯。

(二)甲之精神不濟，為原因自由行為所填補除其責任：

1、行為人於完全責任能力之狀態時，即有實現特定犯罪之意思，或能預見特定犯罪之意思，或能預見特定法益之侵害，因而使自己陷於無責任能任或限制責任能力狀態，且在此狀態下實現犯罪。亦即行為雖為行為人一時喪失責任能力狀態所為之舉動，然行為人所以陷於無責任能力狀態，乃出於其人可得自由決定者，此即為「原因自由行為」或「可控制之原因行為」。

2、犯罪態樣：依94.2.2 修正公布，95.7.1 施行之刑法第十九條第三項規定：「前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」

原因自由行為有「故意原因自由行為」與「過失原因自由行為」之分。前者是指行為人實施犯罪行為時，雖處於無責任能力狀態（或限制責任能力狀態），但當其決定為該犯罪時，卻處於完全責任能力狀態。而後者則是指行為人於意思自由狀態中對於一定犯罪構成要件之實施雖不具犯意，但可預見，當其處於無責任能力狀態（或限制責任能力狀態）將實現該犯罪構成要件。

3、原因行為與後果行為之間的連絡關係，必須以行為人的計畫觀念與自陷精神障

礙以後所發生的不法事實，加以比較後具有相對稱的情形，方克構成。此際，原因行為之故意與其後果行為之故意，兩者之間，形成「故意轉換」的關係，可謂為其主要的關鍵所在。

4、是故，甲仍成立過失致死，不能因此免其刑責，且應提升為業務過失致死罪。

六、甲因A欠其一筆鉅款，屢催不還，乃打電話威脅A，倘未即日還款，將予以殺害。嗣見A迄無反應，遂趁其返家途中，將其綁架至山上某棟空屋，以鐵棍將其毆得遍體鱗傷。甲見A已奄奄一息，仍將其棄置於空屋內，不顧而去，A終因傷重而告斃命。試問甲應負何刑責？

答：(一)按甲因A欠款拒還，乃以電話威脅將予殺害，即屬以加害生命之事，恐嚇他人致生危害於安全，而該當刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪。次按，甲復因A毫無反應，乃將其綁架至山上空屋，並以鐵棍毆傷，此另該當於同法第三百零二條第一項奪他人行動自由罪與第二百七十七條第一項之傷害罪。

(二)承上所述，甲見A奄奄一息後，乃將其棄置於空屋內，A遂因傷重不治死亡，則甲對A死亡之結果究應論以如何之刑責？首就刑法第三百零二條第二項觀之，A之死亡並非直接因甲非法剝奪其行動自由所致，故不該當，次論刑法第二百七十七條第二項傷害致死罪或同法第二百九十四條第二項之遺棄致死罪，因此加重結果之致死部分限行為人需出於過失犯意，否則亦不該當。本題甲對A死亡結果既非屬應注意能注意而不注意之有認識過失，亦非屬無認識過失之確信其不發生（依題旨甲應具殺人之故意），故亦不得僅以傷害致死罪相繩。末論刑法第二百七十一條第一項殺人既遂罪之不純正不作為犯，甲先已表明如A不還款即欲殺害，嗣對A為非法拘禁，復以鐵棍施以傷害，顯為危險前行為之製造者，使A陷於生命危殆之狀態，而居於保證人地位。本此甲應對A施以生存之必要救助，其竟不為如此，即屬不純正不作為犯，且其見A已奄奄一息時，仍棄之不顧，益徵其殺人犯意甚為顯然，故甲應論以刑法第二百七十一條第一項故意殺人既遂罪之不純正不作為犯。

(三)結論：本件甲分別該當成立前揭之恐嚇危害安全罪，非法剝奪行動自由罪，傷害罪與殺人罪，其恐嚇危害安全及以鐵棍傷害A均屬殺人之前揭行為，依吸收關係不另論罪。又其所犯非法剝奪行動自由罪與殺人既遂罪間，有方法目的之牽連關係，依刑法第五十五條牽連犯之規定，從較重之殺人既遂罪論處。（95.7.1 施行之刑法已刪除牽連犯規定）

七、甲在網路咖啡廳和店主乙發生衝突，回家拿了空的礦泉水寶特瓶裝入沙拉油，並塞入棉布條，回到店前，將棉條點火丟向停放店前機車，燒毀顧客五人之機車，應如何論斷甲之罪責？

答：(一)甲為鬧事而製造該寶特瓶爆裂物，應構成刑法一八七條加重危險物罪（80臺上6020）

(二)甲攻擊該店前之機車行為：

1、構成刑法一七五條放火罪，若因運用爆裂物炸毀之方式，應論刑法一七六條準用刑法一七五條放火罪；若無，則逕論刑法一七五條放火罪已足。

2、但依題意，無法該當刑法一七五條放火罪，故刑法一七六條亦無法成立。

3、僅能該當刑法三四四條毀損罪，且為五罪，為想像競合，從一重之刑法三四五條毀損罪處斷。

(三)結論：

- 1、刑法一七五條之前提，為具體危險犯；如未致公共危險時，並不適用刑法一七五條，亦不生刑法一七六條準用刑法一七五條之問題。
- 2、此時若有合法告訴時，仍應成立刑法三五四條毀損罪，與刑法一八七條加重危險物罪構成牽連犯。（最高法院83年第五次刑庭決議）

八、某廟宇正舉行廟會，甲開車經過搖下車窗看熱鬧，正好碰上放鞭炮，鞭炮落入甲駕駛

座，甲一時驚慌，方向盤失控，撞倒小孩乙，乙頭部裂傷縫了五針。對乙所受傷害甲

是否應負刑責？

答：本題乃討論因果關係與客觀歸責理論，由於本單元近年來學說頗眾，向來為學者注重之

重點，本題分析如下：

（一）學說理論：目前國內理論，較重要者約有如下諸說：

- 1、條件理論：本論認為若無甲之開車失控，小孩乙亦不會遭撞成傷，是故甲仍應負起乙受傷之過失傷害責任。
- 2、相當因果關係論：本論認從客觀上而言，甲之撞擊與乙之受傷疑有相當因果關係，要非不負過失傷害刑責。
- 3、客觀歸責理論：本論為德國自七〇年代逐漸成形與起理論，大致檢討方向有兩點：

（1）行為人製造不被容許之風險；

（2）行為人進而實現該風險。

惟甲在開車行為上，固然因汽車行進製造風險，但甲依法駕駛中，乃遭廟方投擲鞭炮驚嚇失控，不應予以未能預見狀況下予以歸責，是故可依容許風險及信賴原則予以排除。

（二）實務：

- 1、我國歷年來多採客觀之相當因果關係論；
- 2、惟八十六年訴字一〇五〇號及八十八年交訴更字一號判決卻採學說上之客觀歸責理論，頗值注意，亦可看出該理論亦非僅為紙上談兵論爾！

九、試說明下列各種情形，可否適用中華民國刑法。

（一）我國人民甲，在美國加州，將英國人A打成輕傷。

（二）德國人乙，在日本東京，將我國人民B殺死。

（三）日本人丙，在法國巴黎，偽造我國之新台幣。

答：我國刑法之效力以屬地主義為原則，於第五條至第八條之犯罪例外及於域外，本題之三個事實均發生於域外，故是否為我國刑法效力所及應視其是否屬第五至八條所列之情形，茲分析如下：

（一）本案係本國人於域外犯罪應視是否有第七條之適用。由於甲所涉係故意輕傷罪，非最輕本刑為三年以上有期徒刑，故無第七條之適用。此外，亦不符合第五、六、八條之情形，故該行為無中華民國刑法之適用。

（二）本案係外國人於域外對本國人犯罪應視是否有第八條之適用。由於德國人乙係在域外對我國人民犯殺人罪，其最輕本刑在三年以上，故有刑法第八條準用第七條之適用。因之，乙之行為可適用中華民國刑法追訴處罰。

（三）本案係外國人於域外犯偽造貨幣罪，依刑法第五條第三款（修正刑法移至第

五款），有中華民國刑法之適用。

十、賄賂之客體為賄賂及不正利益，此者意義為何？其區別之界限何在？

答：依題意可知，本題乃探討瀆職罪中，賄賂罪行為人所收受之客體究何所指？

(一)本罪之行為客體

本罪之行為客體，為賄賂其他不正利益。不問係賄賂或不正利益，均須為對於公務員或仲裁人，關於職務上行為所給付之不法報酬，使足當知（二四上三六〇三、四八臺上三七六、五〇臺上九〇〇參照）

1、賄賂之意，乃對於公務員或仲裁人，關於職務上行為範圍內所給付之不法報酬，亦即乃職務上行為對價之不正利益。

2、所謂不正利益，亦同前述。

(二)惟刑法在構成要件均分別列之，是故實務見解基於構成要件論之解釋，將其分述其意如下：

1、賄賂：指金錢或可以金錢計算之財物而言。

2、不正利益：所謂不正利益，乃指賄賂以外，足以供人需要或滿足慾望的一切有無形或不法利益皆是。不以經濟上利益為限，物質上或精神上及有形無形之利益，如設定債權、免除債務、款待盛筵、介紹職業或請喝花酒等皆是。

(三)至於學界在學說上，看法約略如下：

1、賄賂只限於有形並得以金錢計算之利益。

2、賄賂只限於金錢或得以金錢計算之財物。

3、賄賂只限於有形之利益。

4、賄賂包括金錢與有形或無形之利益，不論其能否以金錢計算，凡足以供人需要滿足人類一切慾望之所有利益，均包括在內。

多數見解傾向第2說，亦其實務界相同，亦無爭論。

一、甲乙共同決意殺丙。某日，兩人見丙離出家門後，及跟上欲至丙死地。正在行兇之際，甲開始怕行為後果沒辦法承擔，於是改變主意而停下動作，並勸乙也停止，未料乙執意殺丙。問甲應負何罪。

本題之重點在於甲、乙是否殺人犯之共同正犯？甲是否中止犯？

依刑法第二十八條，兩人「共同實行犯罪之行為」，皆為正犯。甲、乙一方面在行使犯罪行為前有意思聯絡，所以才達成共同決意，二方面已達到著手實行階段，即正在行兇之際，所以無論採取支配理論（釋字109）之廣義概念，或採取依是否共同實現構成要件該當之行為的狹義概念，甲、乙都在主觀構成要件具備一個共同的殺人故意以及在客觀構成要件實現共同著手殺他人（丙）的殺害行為，唯丙此時尚未死亡，故殺人罪之行為結果尚未實現。雖然如此，甲、乙之行為此時已該當刑法第二百七十一條第二項「殺人未遂犯」之罪名。

依一般理解，共同正犯之既遂及未遂的區別在於共同正犯之犯罪共同體是否實現一切不法構成要件要素；換言之，共同正犯中只要有一人達到「犯罪目的」，即實現一完整犯罪結果，則全體共同正犯該當既遂犯之罪名。正好因為如此，所以刑法第二十七條第二項前段規定，「正犯…中之一人或數人，因己意防止犯罪結果之發生…而行為人已盡力為防止行為者，亦適用之」，即規範同樣以犯罪結果之實現與不為判斷標準。僅在此結果未實現之條件之下，共同正犯中盡力防止該結果者才可能因中止犯或準中止犯等理由而要求減輕或免除其刑。因此，甲、乙等人不

僅該當刑法第二百七十一條第二項之罪名，兩人皆該當刑法第二百七十一條第一項「殺人既遂」之罪名。

依此，雖甲不且自行停止殺丙之行為，甚且勸阻乙繼續實行殺害行為，但該基於甲本人之「己意」的中止行為在結果上無法導致犯罪結果不予以實現，所以也不該當刑法二十七條第二項之要件。可見，甲不構成中止犯。此種規範在實務上容易使得共同正犯之行為人幾乎看不出，中止其犯罪行為究竟有沒有好處。因此，由犯罪學之立場觀之，可以一方面將甲之中止行為納入量刑之考量，即依此而偏向法定刑之下限，甚至可以依此而主張十年有期徒刑仍嫌過重，因此依刑法第五十九條之規定適度減輕其刑。否則可以考慮，甲、乙原本之犯罪計畫是否在甲、乙出現不同意見時而完了，即乙執意殺丙是否另構成一犯罪決意，使甲對於乙後續之行為決意不必負擔刑責。唯犯罪行為有否如此之詮釋空間，必須依具體個案之犯罪經過而定。故如甲、乙之殺人未遂行為以及乙之殺人既遂行為可以在行為故意以及在行為之客觀實現都明確地區分，則甲可以對於共同正犯之殺人未遂主張中止犯。

二、卡車司機甲，於夜間駕駛卡車，經過照明不清之道路時，忽然接到妻子打來的電話，聽她抱怨家裡錢不夠。為了安撫她，司機甲將卡車暫停路邊，並且為省錢熄火關燈。在尚未打完電話之前，某乙駕駛機車經過該處，因昏暗未能及時發現卡車，竟自後撞上車尾，頭部受傷，不治死亡，問甲有無刑責？若有，應負何種刑責？理由何在？

除了甲因身為司機而可能該當業務過失以外，本題屬於過失犯之典型案例。

卡車司機甲於路邊停車以及乙之死亡間是否存在結果原因關係？

就條件理論而言，若甲未停於路邊，並且關燈，乙不可能撞到該車而死。因此，甲之停車關燈行為與乙之撞車死亡結果間具有直接的結果原因關係。至於該結果原因關係是否具備客觀歸責性，本題尚有不明之處：甲經由停車關燈而製造的風險是否屬於法所不容許的風險？若是，甲就有可能該當過失犯；若不是，甲就不可能為此結果而被指責。因此，(1) 若甲於路邊停車時，停在一般停車區，則甲之行為所造成之風險在法所容許的範圍內。(2) 若甲停在允許暫停之路段，則該風險已超過一般所容許的範圍，因此駕駛應經由警示燈提醒其他參與交通者，該處有路障，即經由此警告而降低相關風險至法可以容許的範圍內。(3) 若甲停在禁止停車之路段，則經由此行為所製造之風險大到一個完全不可容忍的程度。

在情況(2)、(3)，此結果原因關係並沒有違背經驗法則，即在客觀第三人可預見之範圍內；換言之，該結果原因關係具備常態關聯性。由於關係停車之交通規則不僅考慮停放駕駛之方便，更重要考慮到整體交通之順暢及安全，所以該結果也發生在規範目的之保護範圍內。甲之行為所造成的結果具有可避免性（因其停車非屬不得以或意外），且甲原本可以輕易地依合法行為替代該高度風險之行為。因此，甲之行為具客觀可歸責性。

由於甲為職業駕駛，即以駕駛為日常飯碗，所以當然該當業務過失之要件，即以反覆所行使之專業行為而構成過失之犯罪。因此，甲之注意義務比起一般參與交通者還要高，即甲對於其駕駛行為是否合乎路況以及是否製造不當風險等問題，

被要求得比一般人還要多。因此，除非甲停放該卡車於停車區內，否則一定必須注意到其所製造的風險。基於此注意義務，甲至少要打開警示燈。由於甲之停車目的不在害人（即不具備殺傷他人之故意），也不在於應變緊急狀況，所以得知，甲之行為非故意，且甲在背負注意義務，並且在具有注意能力時，卻沒有注意上述風險/安全問題。故此，甲之行為該當刑法第十四條第一項之過失。在具體罪名而言，甲之過失行為的直接結果係乙之死亡，所以該當刑法第二百七十六條第二項常業過失致人於死罪之罪名。

三、甲女與男友乙同居於乙男的家，因感情生變而搬出乙男的家，之後愈想愈不甘心，遂起報復之心，便利用乙男晚上不在家之際，利用先前預先配好的鑰匙，進入乙男家將乙男的電腦偷偷的搬回自己家中藏放，害得乙男因為無法利用儲存在電腦中的開會資料，而被老闆破口大罵，請問，甲女應觸犯何罪？

擬答：一、甲女進入乙男家的部分

1. 甲女因與乙男感情生變而搬出乙男的家，此時乙男的家對甲女而言，是屬於刑法 306 I 的「他人住宅」，甲女在未得乙男的同意下擅自進入乙男住宅的行為，是「侵入他人住宅」之行為，該當刑法 306 I 的客觀犯罪構成要件。

2. 而甲女對於自己未得乙男同意而擅自進入乙男住家的行為事實，其在主觀上具有認識且有故意，故該當刑法 306 I 之主觀犯罪構成要件。

3. 甲女的行為無任何阻卻違法事由，而甲女亦有完全之罪責，故甲女的行為，應可構成刑法 306 I 的「侵入住宅罪」。

二、甲女搬走乙男電腦的行為

1. 甲女未經乙男同意或違反乙男的意思，破壞乙男對於其電腦的持有關係，已符合竊取的概念，該當§320 I 客觀犯罪構成要件。

2. 甲女對於其所竊取之電腦為乙男所有的事實有所認識，並進而決意取走的主觀心態，即具有竊盜故意，該當§320 I 客觀犯罪構成要件。

3. 甲女利用晚上乙男不在之際，侵入乙男家中而犯竊盜者，係該當§321 I 1 款的加重構成要件要素，應構成§321 I 1 款的加重竊盜罪。

三、惟竊盜罪之成立除有竊取之故意外，尚須具備有為自己或第三人不法之所有的意圖，甲女雖有竊盜罪的竊取行為，但其目的係在因與男友分手之懷恨，而搬走男友的電腦，其主觀上僅係為了報復，尚無為自己所有的不法意圖，故難以成立§321 I 1 款的加重竊盜罪。

四、甲女未婚懷孕，在醫院生下一子，護士將剪完臍帶清洗乾淨的嬰兒抱給她，她想到未來可能無力撫養，便趁著護士回到護理站時，就抱著小嬰兒從醫院後門走出去，看到有一箱型垃圾箱，便將小嬰兒放置在垃圾箱旁，請問甲女該當何罪？

擬答：一、甲女遺棄其所生之嬰兒，可能成立違背義務之遺棄罪（§293）

1. 在客觀上，甲女對其所生之嬰兒，依法令有扶養或保護義務，甫出生之嬰兒，自是無自救力之人，將其置醫院後門之垃圾箱旁，是使之置於無為其生存所必要之保護狀態，而使其生命陷於危險之行為，該當§294 之遺棄行為。

2. 主觀上，甲女具有對於該嬰兒係無自救力之嬰兒有所認識而積極的將其移置於無人可以救助的地方的遺棄故意，及對於無自救力的嬰兒的生命構成危險狀態的危險故意，之外尚須對於其自身對該嬰兒負有扶養保護義務有所認識。

3. 綜此，甲女可能構成§294 的違背義務之遺棄罪。

二、甲女亦可能構成§274 之生母殺嬰罪

甲如行為人在主觀上以看似遺棄故意將甫出生的嬰兒置於醫院後門的垃圾箱旁，其應知醫院後門顯少有人出入，可預見才剛出生的嬰兒很有可能為出沒垃圾堆覓食之流浪狗叨走或為其他丟垃圾的人將垃圾丟在其身上而導致窒息或被砸中而死亡的高危險性，但其因未婚生子，且男友又不願負責，將來無力撫養，而將甫出生嬰兒棄置醫院後門垃圾箱旁，即使果真發生死亡的不幸後果，其亦可鬆一口氣，即屬間接的殺害故意，則可能成立§274之生母殺嬰罪。

五、某甲覬覦甲父某乙的親友某兩寄託在甲父處的鑽石已久，某日趁乙國外出差的機會，盜取了該鑽石，試問甲該當何罪？

本案甲為行為人，其偷竊的對象為其父乙，乙非鑽石之所有人，而僅為持有人，以下試就上述所列之爭議分別敘述：

依據刑法三百廿四條規定，則甲的偷竊行為無法阻卻刑罰及告訴乃論規定，因甲與該鑽石所有人丙無父子關係故甲行為構成三百廿條普通竊盜罪。

六、下列情形，主張正當防衛是否有理由？

(一) 甲於路上，遭乙所飼養的狼犬狂咬時，乃持路旁的木棍，擊打該狗死亡。

(二) 身材嬌小之甲女，出手毆打體格壯碩之乙男，詎乙竟持鐵條反擊，把甲女打成重傷。

(一)

1. 甲將乙之犬擊斃，係屬損壞他人之物，且甲對此事實不所認識並意欲實現。故甲之行為該當一般毀損罪（刑法三百五十四條）之構成要件。

2. 但在違法產之審查階段，本題在客觀上，甲係遭乙之狼犬攻擊，根據學者意見，不法之侵害原則上侷限於人的侵害，不及於動物之侵害，除非該動物之攻擊係被他人當作工具使用。

3. 結論，甲無法主張正當防衛。

(二)

1. 乙持鐵條，把甲女打成重傷，乙亦對此事實有所認識並欲實現。乙之行為係該當重傷害罪（刑法第二百七十八條）構成要件。

2. 就違法性部分，乙攻擊甲之際，客觀上，甲正出手毆打乙，換言之，

依題示，知悉甲女係身材嬌小，而乙男卻體格壯碩，也就是說，乙符合正當防衛之必要性原則。但過當之防衛無法阻卻違法，只能減輕或免除其刑。

七、甲、乙明知其二人間沒有買賣土地的事實，兩人卻串謀於虛偽訂立的土地買賣契約上簽名、蓋章，並持向地政事務所辦理過戶移轉登記完畢。請問：甲、乙兩人之刑責如何？

(一) 甲乙於虛委偽訂立的土地買賣契約書上簽名蓋章，可能成立偽造私文書罪。偽造私人書罪以「偽造私文書，足以生損害於公眾或他人」為其客觀構成要件。本條所稱的偽造，係指有形的偽造，即行為人無文書的製作權限而冒用他人權限製作文書。

(二) 甲乙持偽造的土地買賣契約向地政機關辦理移轉登記，可能構成刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪。

八、甲去珠寶店併裝顧客，選中兩條金項鍊，店家將項鍊擺在櫃臺上供品鑑。甲趁店家轉身之際，取兩條項鍊，奪門而出。試問甲之刑責？

本案列中甲可能構成刑法第三百二十條竊盜罪。

1. 竊盜罪之構成要件：意圖為自己或第三人不法所有，而竊取他人之動產者。

2. 一般認為，竊取必須要在非公然之狀態下為之，在本案例中，係因店家之一時

鬆懈，使甲有機可乘，而趁勢取走財物，解釋上本案例應是在一公然狀態所為，非屬構成要件之非公然狀態，故甲之行為，非屬於竊取，客觀要件不符合，不構成本罪。但亦有學說採相反見解，認為此時應可認為財物已處在持有鬆懈的狀態，與非公然狀態等同視之，稱甲之行為為欺騙式竊盜。可構成本罪。

九、試述有關刑法重傷害之定義。

1. 毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。
2. 毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。
3. 毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅能。
4. 毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。
5. 毀敗或嚴重減損生殖之機能。
6. 其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。

十、試述刑法主刑的種類？

主刑之種類如下：

1. 死刑
2. 無期徒刑
3. 有期徒刑：二月以上十五年以下。但遇有加減時，得減至二月未滿或加至廿年
4. 拘役：一日以上，六十日未滿。但遇有加重時，得加至一百廿日。
5. 罰金：新台幣一千元以上，以百元計算之。

一、試說明下列各種情形，可否適用台灣之刑法？

答：我國人民甲，在美國加州，將英國人 A 打成輕傷。

德國人乙，在日本東京，將我國人民 B 殺死。

〈題一〉本國人民甲在美國打傷 A，傷害罪構成要件該當，無阻卻違法性，有責任，惟我國刑法第七條規定本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前兩條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者適用之，傷害罪法定刑是三年以上有期徒刑，所以依我國刑法甲之傷害行為不罰。

〈題二〉德國人乙在日本殺死我國人民 B，依我國刑法第八條準用第七條，我國檢察機關可以追訴德國人乙，殺人罪是十年以上有期徒刑之罪，就算是外國人也可追訴。

二、何謂抽象危險犯？其利弊為何？

答：

所謂抽象危險犯是指立法上的假定，特定的行為方式出現，危險狀態即伴隨而生，具體個案縱然不生危險，亦不許反正推翻。易言之，抽象危險犯是指符合構成要件中所預定之抽象危險，此等抽象危險可謂具體危險之先前階段，而具高度危險，行為只要符合構成要件所描述之事實，即可認其有此等危險，無待法官就具體個案情節而作認定。

利弊之處：

1 弊端：

與除罪化趨勢發生衝突。

違反刑法最後手段性。

可能違反刑法基礎罪責原則。

2 利處：

處罰實害犯之預備或未遂，刑法保護能嫌不足。

無法描述行為的侵害結果，更不能坐視結果發生。

行為人責任難以認定。

掌握未升時害的僥倖危險行為。

危險防禦作用。

三、對於客觀歸責理論的意義？

答：

所為客觀歸責理論，希望透過歸屬風險之概念，確立並限制犯罪因果的成立條件與範圍，用行為對法益受害結果具有法律上重要的風險，解釋人的意志的支配可能性。

客觀歸責理論的初衷，是以客觀歸責為主軸，重新架構犯罪行為的階層體系，亦即重新建立統一的歸責理論並且是以行為的客觀面做為歸責的基礎與重心。

本論為德國七零年代逐漸形成與興起的理論，大致檢討方面有兩點：

1 行為人製造不被容許之風險。

2 行為人進而實現該不被容許的風險。

四、甲不知乙有心臟病，基於玩笑，於是嚇唬乙：「聽說有人要殺死你，你最近要小心。」不料膽小的乙竟然因此心臟病發，送醫不治，請問甲剛當何罪？

答：

就甲的嚇唬乙〔因〕即乙竟因此心臟病發送醫不治〔果〕的過程中，絕對具備事實上即基礎上的條件因果。

惟，疑問者在於，甲是否需為既無恐嚇意圖、亦無殺人犯意的玩笑行為負起刑事責任？甲雖然說謊嚇乙，因此做出創造風險的行為，不過，就一般經驗法則而言，一般人應不會因此玩笑謊言造成生命法益之受損因果。

站在甲對乙的主觀立場觀察，甲不知乙的心臟病情，因此，不可僅因甲的嚇唬乙及乙竟然因此心臟病發送醫不治間產生因果關係，而令甲負起刑責。

五、甲受雇於某超商為店員，某日深夜，僅其一人看守時，將店內某些值錢物品，攜出店外，交由其友乙接走逃逸。試問對甲、乙應如何論罪科刑？

答：

甲將店內物品攜出店外的行為成立業務侵占罪(刑法第三三六條第二項)

業務侵占罪之成立，以因執行職務而持有他人之物為前提，必行為人先合法持有他人之物，而於持有狀態繼續中，擅自處份，或易持有為所有之意思，而逕為所有人之行為，始克相當。本題中，甲因為職員關係持有店內物品，並意圖為自己或第三人不之所有，對於店內值錢物品易持有為所有的侵占行為，構成業務侵占罪。

乙將店內物品接走逃的行為，成立業務侵占罪之共同正犯(刑法第三三六條第二項、第三十一條第一項)普通侵占罪，行為人必須易持有為所有，為純正身份犯:業務侵占罪，行為人係基於業務關係、易持有為所有，為純正身份犯與不純正身份犯的結合，學說上稱正雙重身份犯。面對題示情形的雙重身份犯罪參與問題，

實務係依刑法依第三十一條第一項處理(28上2536、70台上2481判例)本題中。無業務關係的乙將物品接走逃逸，與業務關係的甲就侵占行為有共同行為決意與共同行為分擔，依前述實務見解，成立業務侵占罪之共同正犯，依2005年新修正刑法，乙並得減輕其刑。

六、公務員甲，於執行拆除地上物時，發現上級公務員所為職務上之拆除命令，顯有不應拆除而拆除之違法，惟其仍舊執行命令，而將地上物拆除。經地上物所有人舉發，試問甲之刑責為何？

答：

(一)甲將地上物拆除之行為可能構成刑法第三五三條第一項之毀損建築物罪：

客觀上，本罪以毀壞他人建築物為要件。所謂「建築物」，係指上有屋面，周有門壁，足以遮風避雨，而通出入，適於吾人起居，且定著於土地之工作物。本例中，甲所拆除之客體依題意僅知為「地上物」，究是否符合「建築物」並無法得知，而第三五三條毀損建築物罪較第三五四條普通毀損罪法定刑重，依罪疑唯輕原則，宜認甲所拆除者並非本罪之「建築物」，是甲之行為不成立本罪。

2. 甲將地上物拆除之行為可能構成第三五四條之普通毀損罪：

構成要件該當性：客觀上，甲將他人所有之地上物拆除，乃使地上物永久喪失其存在之銷毀行為，客觀構成要件該當；甲主觀上亦認識所有符合普通毀損罪要件之事實並有意使其發生，有故意，主觀構成要件該當。綜上，甲之行為具備本罪之構成要件該當性。

3. 違法性：

甲拆除地上物之職務上行為乃係依其上級公務員命令所為，是甲可能得援引依所屬上級公務員命令之職務上行為(第二十一條第二項)以阻卻違法。

依所屬上級公務員命令之職務上行為之要件如下：

(1)客觀要件：

A. 執行命令者須具有公務員之身分。

B. 具拘束力之命令。

C. 發布命令者須為其上級公務員。

D. 命令須具備法定程式。

E. 命令之內容須屬：

(A)上級公務員監督權範圍內之事項

(B)下級公務員本身職務範圍內應執行之事項

(C)職務行為須符合命令範圍(所執行者不得逾越命令範圍)

(2)主觀要件：

A. 須基於行使職務之意思。

B. 須非明知命令為違法。

惟二十一條但書之「明知命令違法」如何解釋與認定？此涉及依法行政原則與行政一體原則衝突之緩合與平衡，亦即下級公務員對於上級公務員之命令負有如何程度之審查義務

(3)學說上容有爭論：

完全不須審查說：凡上級公務員之命令，下級公務員有絕對服從之義務。不問命令之形式要件或實質要件是否具備，下級公務員皆無審查之義務，如此始得貫徹行政一體原則以達行政效率。

形式要件審查說：下級公務員對於上級公務員只能審查上級公務員命令之形式要件是否具備，如形式要件具備即應服從，至於該命令之實質要件是否具備(即命

令之內容有無違法)非下級公務員所得審查。

實質要件審查說：下級公務員對於上級公務員之命令雖有服從義務，然對於內容違法之命令，如仍縱容得據以執行，則關係國家人民之權益甚大，故下級公務員對於上級公務員命令之形式要件及實質要件是否具備皆負有審查義務，如此使得貫徹依法行政原則。

陳述意見說：下級公務員對於上級公務員之命令如認為違法者，得隨時向上級公務員陳述意見，如上級公務員拒絕接受者，仍須服從。

明知違法審查說：原則上採形式違法審查說，惟如下級公務員明知上級公務員之命令實質要件不具備(命令內容實質違法)而據予執行者，則不得阻卻違法。

上述各說皆言之成理，多數學說、實務採取明知違法審查說，個人以為下級公務員係國家依法任用，行事須有相當程度之判斷能力，不可盲從行之，又公務員固然須遵從上級公務員之命令，惟若明知命令違法仍執行而得阻卻違法，對於人民之權益有保護不週之憾，是宜採明知違法審查說為妥。

(二)本例中，甲發現上級公務員所為職務上之拆除命令內容，顯有不應拆除而拆除之違法，亦即甲明知該上級公務員之命令不具備實質要件，卻仍執行該命令而拆除地上物，依二十一條但書之規定，不得阻卻違法。又甲並無其他阻卻違法事由，具備違法性

(三)罪責：甲並無任何阻卻罪責事由，具備罪責。

(四)結論：甲拆除地上物之行為構成第三五四條之普通毀損罪。

七、甲殺害乙之後，丙教唆甲自行湮滅甲殺乙之證據，或甲殺害乙之後，甲教唆丙代為湮滅甲殺乙證據。試問上述兩例的教唆犯，應否(如何)處罰？

答：

(一)丙湮滅甲殺乙之證據之行為不成立刑法(刑法)第一六五條湮滅刑事證據罪。

1. 甲自行湮滅殺乙之證據之行為可能構成第一六五條之湮滅刑事證據罪：本罪以偽造、變造、湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件之證據，本例中，甲係湮滅自己之犯罪證據，構成要件不該當，甲不成立本罪。

2. 丙湮滅甲殺乙證據之行為可能構成第一六五條之湮滅刑事證據罪：我國刑法對於教唆犯採取共犯從屬性中之限制從屬刑式，亦即，必須主行為人有不法行為(構成要件該當性、違法性且已達著手階段)存在，始得成立教唆犯。本例中，主行為人甲自行湮滅殺乙之證據之行為不該第一六五條之湮滅刑事證據罪之構成要件已如上述，故教唆犯丙之行為無所從屬，故丙之教唆行為亦不成立犯罪。

3. 丙湮滅甲殺乙之證據之行為不成立第一六五條之湮滅刑事證據罪。

(二)甲不成立教唆湮滅刑事證據罪(第一六五條、第二十八條)

1. 丙代甲湮滅甲殺乙證據之行為可能構成第一六五條之湮滅刑事證據罪：

(1)丙湮滅甲殺乙證據，其所湮滅者乃係關係「他人」刑事被告案件之犯罪證據，客觀構成要件該當；主觀上，丙對於上揭事具有知與欲，構成要件該當。

(2)丙並無任何阻卻違法事由及阻卻罪責事由，故丙成立本罪。

2. 丙代甲湮滅甲殺乙證據之行為可能構成教唆湮滅刑事證據罪(第一六五條、第二十九條)：

(1)丙成立第一六五條湮滅刑事證據罪係因甲之教唆而起，則甲是否成立湮滅刑事證據罪之教唆犯，學說容有爭論：

甲說：成立教唆犯與自己違犯迥異，因其陷人於罪，自難謂無期待可能性。唆使他人犯罪，不可謂非惡性之表現。被教唆者多為弱者，屬於威勢不敢不為，教唆者乃犧牲他人以求倖免刑責。

乙說：不成罪

若行為人自行為之不構成犯罪，教唆他人代為反不免於刑責，殊非事理之平，故應依法律之精神認為不成罪。教唆他人湮滅刑事證據自己所違犯刑事案件之證據，可謂係自己湮滅自己刑事證據之一種態樣。使犯人不教唆湮滅自己刑事證據，無期待可能性。被教唆者出於弱勢，多係不得已乃屬臆測，刑事處罰之依據不能建立在臆測假設之上。

上述二說皆言之成理，通說實務採取乙說。個人以為若甲自行湮滅自己之犯罪證據，則甲因構成要件不該當而不成立湮滅刑事證據罪之「正犯」，而正犯之不法內涵高於共犯。不法內涵較高之正犯既不處罰，則行為人以不法內涵之教唆刑事為之，更不應加以處罰，否則無異刑罰輕重失衡，故以乙說為妥。因此，倘採取乙說之見解，則甲不成立教唆湮滅刑事證據罪。

(2)丙代甲湮滅甲殺乙證據之行為不成立教唆湮滅刑事證據罪。

八、某甲有駕駛執照，有一天為了要到東部旅行，向某乙借用汽車。某乙表示自己早上還有急事要到公司一趟，要某甲先載自己到公司後才順便把車子開走。在載某乙前往公司的路上，某甲闖紅燈撞倒行人，行人受重傷。某甲加速離去，某乙因為急著到公司，也不管撞傷行人的事情，導致行人延誤送醫而死亡。某乙在殺人罪或過失致人於死罪的刑事責任如何？

答：

某乙應無刑事責任。

(一)不作為犯之意義：

所謂不作為犯，乃法律規範要求應為之特定活動或期待之應為行為，係指能夠儘可能迅速而確實防止構成要件該當結果發生之行為而言。若在客觀事實上，並不足以迅速防止結果者，即非期待應為之特定行為。

易言之，由於此等被期待行為不出現，而導致構成要件該當結果之發生，應為不作為犯之論罪。

(二)不作為犯之保證人地位：

依我刑法第十五條第一項之規定：「對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」此所謂法律上有防止結果不發生之義務者，為不純正不作為犯之問題，依通說之見解，僅以保證結果不發生而居於保證人地位，負有保證人義務之保證人為限。不作為人如不具此等保證人地位，則其不作為，即無由構成不純正不作為犯。至於保證人之內涵，其要件如下：

1. 保護者保證（對一定法益具特別保護義務，以避免其遭受侵害）；
2. 監督者保證（對一定危險的來源者，由行為人創造，應負防止發生侵害之義務）（§15 II）；多數學者之通說，則認為前行為除必須具備導致結果發生之迫切危險外，尚須具備義務違反性，始足以構成保證人地位，故該違背義務之先行行為（又名危險前行為、危險之先行行為、一定危險狀態之導致），其範疇如下：

(1)該前行為乃是導致法益損害密切之危險來源。

(2)該前行為乃是違法之行為（義務違反性）。

(3)該前行為與法益保護規範之違反，是為相為（等價性）。

(三)綜上所述，對被害行為之危險行為製造者應為甲，而非乙，是故，乙無論從法律上或事實言，應無救助義務不需論以刑責。

九、甲與乙商議買通黑道分子A將B殺害，經策劃後，由甲出資，乙則負責買通工作。某日，A持槍埋伏於路旁，擬俟B經過時，將其槍殺。惟因形跡可疑，尚未動手前，即為巡邏警察所逮獲。試問甲、乙各應負何刑責？

答：

(建議：先解正犯A之行為應負之刑責，再解教唆犯甲、乙之刑責)

(一)甲乙共同謀議殺害B，由甲出資，乙負責買通A執行，甲乙二人顯係使原無殺人犯意之A產生殺B之決議，依刑法第二十九條第一項"教唆他人犯罪者，為教唆犯"之規定，.. 二人均應成立教唆犯。

(二)A受甲乙教唆後，即持槍埋伏於路旁預備殺B，惟尚未動手之前即由巡警逮獲，則A之行為應尚未達著手殺人之階段，僅該當刑法第二百七十一條第三項之預備殺人罪。

(三)承上所述，甲乙二人已完成教唆行為，正犯A則尚未著手實施教唆內容，依通說見解，

本於刑法第二十九條第三項之規定，渠等所教唆之罪有處罰未遂犯之規定時，教唆犯仍負未遂之刑責，故本題甲乙均應論以教唆殺人未遂罪。

十、甲因事與A結怨，乃唆使乙將A殺害，經乙首肯後，復遞給乙手槍一把。乙某日埋伏於A平日返家之途中，嗣見A走進手槍射程範圍內，即開槍射擊，惟子彈打偏，未射中A，反將路過行人B射殺斃命。試問甲、乙各應負何刑責？

答：

(建議：先解正犯A之行為應負之刑責，再解教唆犯甲、乙之刑責)

(一)甲因與A結怨，乃唆使原無殺A犯意之乙產生犯殺人罪之決意，依刑法第二十九條第一項"教唆他人犯罪者，為教唆犯"之規定，甲自應成立教唆犯。

(二)乙受甲教唆後，即持槍埋伏於A返家途中欲將A射殺，惟因子彈打偏未射中A，反將行人B擊斃，此即屬打擊錯誤，依通說見解，正犯乙對目的客體具有故意，因未命中而論以殺人未遂罪，至對結果客體因屬過失，而論以過失致死罪，兩者依刑法第五十五條前段想像競合犯之規定，從較重之刑法第二百七十一條第二項殺人未遂罪處斷。

(三)被教唆之正犯發生上述之打擊錯誤時，教唆犯應如何論處，向有不同見解：一說認對打擊誤中之客體仍成立故意犯罪，故本題甲應以刑法第二百七十一條第一項教唆殺人既遂罪論處。惟有不同意見認教唆犯應對目的客體成立未遂罪，對誤中客體視教唆者有無預見可能性，所有則成立過失犯，兩者依想像競合犯處罰，亦即教唆犯從被教唆之正犯為相同論罪，則本題甲即課以刑法第二百七十一條第二項之殺人未遂罪刑責。

一、甲男、乙女係為情侶，某日深夜二人至某深山約會時，遭歹徒丙男持刀恐嚇，丙男並將甲男、乙女二人以繩索網綁，搜刮二人身上財物，正欲離開之際，丙男見乙女頗有姿色，遂心生歹念對乙女予以性侵害，當丙男為性侵害時，乙女趁機踢傷丙男之下體，致其血流如注疼痛不已，乙女解開甲男身上綁繩，並越想越氣憤，遂拿起丙男因疼痛掉落於地之刀，將受傷之丙男砍成重傷，經送醫急救不治死亡。試論乙女之罪責。

答：

乙女踢傷丙男「下體」的行為：依題示，乙女踢傷丙男之「下體」，致其血流如注疼痛不已，可能成立重傷害既遂罪（刑法第二七八條第一項）。惟因題意不

明，無從得知丙是否因此重傷害行為的實施，而永久喪失其生殖機能，重傷害的結果 (§10IV) 難以認定，乙應僅成立重傷害「未遂」罪 (§278III)。

乙女趁丙男強制性交行為實施中踢傷其下體，係在具備防衛意思下，針對現在不法侵害，所發動的正當防衛行為 (刑法第二十三條)。由於防衛行為不以「出於不得已」為要件，有無其他方法足以規避緊急防衛情狀，在所不問，題示情形，乙女以踢傷其下體的方式，立即終結侵害，其防衛行為的行使，應可認為「適當必要」，其行為阻卻違法。罪責部分，無庸檢驗。小結：乙女踢傷丙男「下體」的行為，不構成犯罪。

乙女將丙男砍成重傷後死亡之行為：依題示，乙女將受傷之丙男砍成重傷，經送醫急救後不治死亡之行為，應成立重傷害罪的加重結果犯 (刑法第二七八條第二項)。

乙女所為能否主張正當防衛，關鍵在於不法侵害是否繼續存在？按，侵害是否仍屬「現在」，必須侵害或攻擊已開始且正在繼續進行中。承前述，乙女既已踢傷丙男「下體」，終結強制性交行為的繼續實施，應可認為現在不法侵害已不存在。乙女所為欠缺正當防衛的客觀要件，不得主張阻卻違法的正當防衛。此種防衛過當的行為，學說稱之為免除責任事由，依刑法第二十三條但書，得減輕或免除其刑。

結論：乙女成立重傷害致人於死罪 (刑法第二七八條第二項)，其防衛過當的行為，得減輕或免除其刑 (刑法第二十三條但書)。

二、甲與乙商議買通黑道分子A將B殺害，經策劃後，由甲出資，乙則負責買通工作。某日，A持槍埋伏於路旁，擬俟B經過時，將其槍殺。惟因形跡可疑，尚未動手前，即為巡邏警察所逮獲。試問甲、乙各應負何刑責？

答：

甲乙共同謀議殺害B，由甲出資，乙負責買通A執行，甲乙二人顯係使原無殺人犯意之A產生殺B之決議，依刑法第二十九條第一項"教唆他人犯罪者，為教唆犯"之規定，二人均應成立教唆犯。

A受甲乙教唆後，即持槍埋伏於路旁預備殺B，惟尚未動手之前即由巡警逮獲，則A之行為應尚未達著手殺人之階段，僅該當刑法第二百七十一條第三項之預備殺人罪。

承上所述，甲乙二人已完成教唆行為，正犯A則尚未著手實施教唆內容，依通說見解，本於刑法第二十九條第三項之規定，渠等所教唆之罪有處罰未遂犯之規定時，教唆犯仍負未遂之刑責，故本題甲乙均應論以教唆殺人未遂罪。

三、甲將頂樓加蓋之違建房間出租給在附近唸大學的學生乙，乙亦明知該違建並不合於消防安全法令規定，但是為圖租金便宜，還是租下。後來有一天，鄰居發生火警而延燒至甲屋，乙因根本沒有逃生通道而喪生火窟。問：甲之刑事責任如何？

答：

甲將頂樓加蓋違建構成阻塞逃生通道罪住宅頂樓是發生火警時，重要的逃生通道，甲在供逃生通道之頂樓加蓋違建，並造成乙逃生無門而致實害生，已符合「致生危險於他人生命、身體或健康」之要件，本罪之客觀構成要件該當。主觀上甲對其加蓋違建行為，可能致生他人危險有預見，故甲成立本罪。

甲將頂樓加蓋致乙逃生無門喪身火窟，成立過失致死罪客觀上因為甲將頂樓加蓋致乙逃生無門喪身火窟，符合過失致死罪之客觀要件。主觀上甲雖然對於果真有人會因為火災逃生受阻而受傷或死亡一事欠缺預見，但是一般情形下之成人對於阻塞逃生通道足以在萬一之火災中達成傷亡，致少有預見可能性，因此具有過失。故甲成立本罪。

甲將頂樓加蓋致乙逃生無門喪身火窟，成立阻塞逃生通道致死罪。甲對其於頂樓加蓋可能致生逃生危險有預見，且對住戶將於發生火災時逃生無門有預見可能性，故甲成立本罪。

結論：甲一個加蓋危建之行為成立以上三罪，三罪之保護法益同一，故論以法條競合成立阻塞逃生通道致死罪。

四、A、B、C三人在台中市區駕車閒逛時，看見穿著時髦的少女甲獨自行走路上，於是三人商議之後，強行將甲拉上車，打算載往市郊的山區強制性交，卻因違規超速而在半途被警察攔下並逮捕。由於甲發育快，三人都誤以為她已有十六、七歲，事實上年僅十四歲而已。試問A、B、C之行為應如何處斷？

答：

A、B、C三人將甲拉上車的行為，係以私行拘禁或其他非法方法，剝奪甲的行動與意思決定自由，得逕依刑法第三〇二條剝奪他人行動自由罪論罪；不另成立刑法第三〇四條強制罪。(29上3757判例)至於行為人所為是否同時成立較重之刑法第二九八條略誘婦女罪，而得逕依該條處罰(71台上280判例參照)，因甲僅係十四歲之未成年少女，對此等犯罪事實的是否存在，宜採否定見解；普通傷害罪的討論亦同。(後段若時間不足，可不予著墨)

題示情形，關鍵在於行為人上述強制行為，究應評價為強制性交罪之著手，抑或先行成立剝奪被害人行動自由罪？

依六十八年台上字第一九八號判例：「強姦婦女而剝奪婦女之行動自由時，是否於強姦罪外，另成立妨害自由罪，須就犯罪行為實施經過之全部情形加以觀察，除該妨害自由之行為已可認為強姦行為之著手開始，應成立單一之強姦罪外，應認係妨害自由罪及強姦罪之牽連犯。」據此，於新刑法施行後，即應就犯罪行為實施經過之全部情形加以觀察，以決定成立數罪或一罪。然而，究係成立實質競合而數罪併罰，或是一行為觸犯數罪名的想像競合從一重處斷，甚至僅成立單純一罪？前揭實務意見並未清楚交代。管見以為，關鍵在於剝奪行動自由行為，於具體案例事實有無另外評價的必要？就此而言，行為人的犯意(是否個別)，亦為進一步決定的判準。A、B、C主觀上既係為將甲載往山區強制性交，則依其犯罪計畫，應可認為係強制性交罪之著手。

依題旨，A、B、C三人既係以強制手段欲對甲為性交，其所為即非屬刑法第二二七條「對未成人性交」罪之規範對象，而係會否成立刑法第二二二條加重強制性交罪的問題，討論如下：

同法第二二二條第一項第一款係規定「二人以上共同犯之」，依六十五年台上字第二〇六

四號判例：「刑法第二百二十二條之輪姦罪，必須參與行為人均姦淫既遂始能成立。其中

如有人姦淫未遂，除姦淫既遂者有二人以上均構成輪姦罪外，其姦淫未遂之人，仍應繩以

同法第二百二十一條第三項之強姦未遂罪，觀於同法第二百二十二條無處罰未遂犯之規

定，此為當然之解釋。」則現行法既已於第二百二十二條第二項設有未遂犯處罰規定，A、

B、C三人所為應成立共同性交未遂罪；至未遂規定於本款適用的當否，係另一問題。

A、B、C三人誤以為甲已十六、七歲，事實上年僅十四歲，則A、B、C三人所為應如何評價？

按於新刑法施行前，由於同法第二二二條第一項第二款係規定「對『十四歲以下』之男女犯之者」，三人所為可成立該款；惟新刑法施行後，該款已改為「對『未滿』十四歲之男女犯之者」，A、B、C三人所為不成立本款；據此，行為人是否具備本款故意，無庸討論。

依題旨，A、B、C三人在台中市區駕車閒逛，無法推論其係「利用駕駛『供公眾或不特定

人』運輸之交通工具之機會」而犯之，故亦不成立同法第二二二條第一項第六款。

結論：A、B、C三人成立加重強制性交未遂罪。（刑法第二二二條第一項第一款、第二項）

五、甲甫經公職人員考試及格，分發為稅捐處稅務員，尚未就職。其友乙因漏稅事件正在該稅捐處處理中，獲悉該案將由甲辦，遂往請託，希圖免罰。甲要求以十萬元酬勞，經乙允諾，並先付五萬元。待甲到職，該案已由丙接辦，甲深感無以向乙交代，乃以所收款項中之三萬元交丙，說明乙為其好友，請丙免於處罰，為丙當場拒絕，問甲乙之刑責如何處斷？

答：

（一）甲之刑責：

1：甲於要求酬勞時尚非公務員，即就到職後將接辦某已逃漏稅事件要求報酬，具對價關係。然於其到職後，該案已由丙接辦，故甲尚未就該漏稅事件履行其違背職務之行為，故無法成立準收賄罪。

2；但就甲請求丙對乙漏稅事件免於處罰，並交付三萬元，雖為丙當場拒絕，但甲之行為已具備對公務員對違背職務之行賄之意思表示，且甲之行為亦無阻卻違法或阻卻罪責事由，故甲成立§122 III 違背職務行賄罪。

（二）乙之刑責：乙允若酬勞時，甲尚非公務員，故並不構成違背職務行賄罪，且現行刑法亦位於準受賄罪之外，有處罰行賄人之規定，故乙之行為不成立犯罪。

結論：甲構成違背職務罪，乙無罪。

六、甲、乙、丙三人退伍後找不到工作，甲便邀乙、丙一起計劃先由其蒐集各小學學生及家長名單，再由乙、丙分別打電話，佯裝綁架學童，要求家長依其指示轉帳至指定帳戶，不然會將學童勒斃，十數次電話共得手三百萬元。請問甲、乙、丙三人是否成立犯罪？又甲向檢察官辯稱其從頭到尾均未參與綁架勒索，警察抓錯人了，是否有理由？

答：

(一)、「乙丙之詐欺取財行為，可能構成刑法第 339 條詐欺罪？」：

- 1、查刑法第 339 條係規定普通詐欺罪其條文係明定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者」，乙丙之行為成立該罪。

(二)、「乙丙恐嚇之行為可能構成刑法第 346 條恐嚇取財罪？」：

- 1、查刑法第 346 條單純恐嚇罪係明定：「意圖為自己或第三人不法之所有以恐嚇使人將本人或第三人之物交付者。」乙丙之行為應該當本罪前二項之未遂犯罰之。

(三)、「甲之指揮策劃行為，可能構成刑法第 339 與 346 條罪之共謀共同正犯？」：

- 1、查刑法第 28 條第一項規定：「兩人以上共同實施犯罪行為者，皆為正犯」，條文所謂「共同實施犯罪行為」係規範性要件，其內涵有待理論充實，學說咸認，此係共同正犯之客觀要件，惟此要件事實，除行為外，仍否包括共同謀議之事實，大法官釋字第 109 號解釋肯認「共同謀議之事實」，亦無礙於共同正犯客觀要件之充實，稱此共同正犯為「共謀共同正犯」，簡言之，若行為人居於指揮策劃之地位雖無行為之分擔與實施，依釋字第 109 號中段之意旨應解為共謀共同正犯。惟學說對此不能認同。其論理係本於「行為刑法」之理念，「共同謀議之事實」核其本質，係思想耳，共謀共同正犯若具可罰性，則豈非得處罰思想，「行為刑法」之理念豈不蕩然無存，背離現代刑法思潮莫此為甚，實務執意擴大正犯，難謂具有正當性，苟若不能就「共同謀議之事實」認其為正犯，其「共同謀議之事實」要非不能以教唆行為相繩，其處罰上並無漏洞可言，依刑法第 29 條第 2 項：「教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之」可以明瞭，惟依釋字第 185 號解釋所示：「大法官依憲法第 87 條所為之解釋，有拘束全國機關人民之效力」，本於此，大法官釋字第 109 號縱有不當，在未予補充前，仍應以其為本。

準此以解，甲應論以共謀共同正犯。

七、甲冒充警察對路人乙實施臨檢，甲之行為應成立何罪？

答：

(一)、按甲冒充警察對路人乙實施臨檢之行為，可適用之法條有刑法第 159 條「公然冒用公務員服飾、徽章或官銜罪」及第 158-1 條「冒充公務員而行使其職權」之罪，惟甲除冒充警察之行為外，更進而對路人乙實施臨檢，行使警察職權，故甲之行為，自無適用刑法第 159 條「公然冒用公務員服飾、徽章或官銜罪」之規定，而應處以刑法第 158 條「冒充公務員而行使其職權罪」。

(二)、甲無職權而對路人乙實施臨檢之行為，已犯刑法第 302 條剝奪他人行動自由罪，此乃一行為構成刑法第 158 條第 1 項與妨害自由罪之想像競合犯，應依第 55 條想像競合之規定，從一重處斷，處以妨害自由罪。

八、甲原先要殺死乙，在砍殺乙之後，乙流血但仍活著，此時甲心生慈悲，而到附近電話亭呼叫救護車，然而電話均壞，此時甲束手無策。幸好有路人丙見乙倒地，而即將乙送往醫院，乙因而獲救。試問甲的刑事責任為何？

答：

依現行刑法第二十七條規定：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」中止未遂係指，行為人著手實行後，出

於己意或自願而放棄行為之繼續實行，或以積極之行為防止行為結果之發生，而成立之未遂犯；性質上屬於「個人解除刑罰事由」。

中止犯的立法目的在透過減免刑罰的方式，在刑事政策上提供行為人放棄行為或積極防止結果發生的誘因(獎賞或赦免)；同時，行為人的中止行為透顯其行為危險性的降低，刑罰必要性自也相應減低。

據上，中止犯規定的適用以「構成要件結果不發生」為前提，題示情形，乙未發生死亡結果是因為第三人丙的送醫救治行為，與甲的防果行為沒有因果關係，甲無第二十七條中止犯之適用，仍負殺人未遂罪之刑責，不得減輕或免除其刑。

惟當行為人在結果發生前，已禁防止結果的真摯努力，然結果之不發生，事實上係由於其他原因所致時(即學說上所稱之「準中止犯」)，就行為人衷心後悔，對結果之發生以盡其防止能事之觀點而言，並無二致，刑事政策上允宜併予適用；2005年修正之新刑法，即放寬中止犯之成立條件，將學說上的『準中止犯』明文化，於新修正刑法第二十七條第一項後段規定：「結果之不發生，非防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者，亦減輕或免除其刑。」

再，新刑法明文行為人必須「盡力」防止，並不採學說上的「機會製造理論」，題示情形，行為人僅在著手殺乙後心生慈悲，欲呼叫救護車救乙，然電話均壞，一般理性第三人在價格判斷上，能否認為是適當可靠的防果行為？似值討論。管見以為仍不成立準中止犯，亦無新刑法第二十七條第一項後段之適用。甲仍負殺人未遂罪之刑責，不得減輕或免除其刑。

九、甲欲竊取乙家之財物，剛翻牆進入乙住宅之際，即被乙發覺而不警逮捕。問：甲之行為應成立何罪？

答：

(一)、甲翻牆進入乙宅，成立無故侵入他人住居罪(刑法第三〇六條第一項)

甲翻牆進入乙宅，係未得居住權人以的同意而擅自進入的侵入行為，具備客觀不法；主觀上，甲對於侵入以宅的事實有認識並決意為之，具主觀不法。又甲侵入乙宅並無正當理由，亦無其他阻卻違法事由；甲具備罪責，成立本罪。

(二)、甲翻牆進入乙宅，可能成立加重竊盜未遂罪(刑法第三二一條第二項)

1、甲未竊得物品，竊盜並未既遂。然甲侵入乙宅，依題示，主觀上既具有竊盜故意與為自己不法所有之意圖，客觀上，甲「翻牆」進入乙宅，意係踰越牆垣之行為，就此而言，該當刑法第三二一條第二款之加重條件。

2、關鍵在於，甲剛翻牆進入乙宅，即被乙發覺，能否認為竊盜行為已著手，不無疑義。依最高法院八十二年第二次刑事庭決議，竊盜罪之著手，固不以已經著手搜取財物為必要，但仍以出於行竊之意思接近財務並進而物色財務為必要，據此，甲之行為應尚未達著手竊盜之程度。

3、綜上，甲僅著手實施「加重條件」，而未著手於基礎竊盜行為，自不該當加重竊盜未遂罪。

(三)、結論

甲成立無故侵入他人住居罪(刑法第三〇六條第一項)

十、甲深夜酗酒開車，撞傷機車騎士，甲明知有人受傷，卻仍加速離去。警方隨後攔截，酒精檢測結果，發現甲已達不能安全駕駛的程度。問：甲成立何罪？

答：

- (一)、甲酗酒開車的行為成立不能安全駕駛罪(刑法第一八五條之三)
客觀上，甲係服用酒類，經酒測後認定已達不能安全駕駛動力交通工具而駕駛，具備客觀不法。主觀上，甲對於服用酒類而不能安全駕駛有所認識，並進而決意駕駛，具備本罪之故意，有主觀不法。甲無阻卻違法事由，具備最責，成立本罪。
- (二)、甲撞傷機車騎士的行為成立過失傷害罪(刑法第二八四條)
客觀上，機車騎士的受傷結果與甲的駕車行為有因果關係與客觀歸責，具備客觀不法。甲對於酗酒開車行為可能發生車禍傷及他人，應有其主觀預見可能性，成立過失。甲別無其他阻卻違法與罪責事由，成立本罪。
- (三)、甲明知有人受傷仍加速離去的行為成立肇事逃逸罪客觀上，甲駕駛動力交通工具肇事，致機車騎士受傷而逃逸，具備客觀不法。主管上，甲明知其九架肇事致人受傷，仍決意擅自逃離肇事現場，具備本罪故意，有主觀不法。無阻卻違法事由，具備罪責，成立本罪。
- (四)、甲明知有人受傷仍加速離去的行為成立違背義務遺棄罪(刑法§第二九四條第一項)對於無自助力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護者，成立違背義務遺棄罪。依「道路交通管理處罰條例」第六十二條第一項規定，汽車駕駛人，駕駛汽車肇事致人受傷或死亡，應即採取救護或其他必要措施。因此，甲對於受傷騎士依法令有保護義務，其不為救助加速逃逸之行為，具有本罪之客觀不法；主觀上，甲認識到其撞傷騎士，仍決意離去，亦具備遺棄故意。甲無阻卻違法事由，具備罪責，成立本罪。
- (五)、競合甲成立不能安全駕駛罪、過失傷害罪、肇事逃逸罪、違背義務遺棄罪，以如前述；其中，肇事逃逸罪與違背義務遺棄罪依目前實務見解，屬法條競合中的特別關係，僅論以肇事逃逸罪，在與不能安全駕駛罪、過失傷害罪，數罪併罰。

一、甲想殺乙，因此囑託殺手丙為之，丙乃計劃其殺人之方法，而法芋日早上埋伏於路邊等待，兩等待不久後到一個身形極似乙之人路過，丙乃立刻攻擊之，沒想到該人居然是丙之養父丁，請問甲、丙之刑責任如何？

答：

- (一) 丙之刑事損任
 1. 丙誤自己的養父丁為無關之他人乙而殺之，刑事任所涉及的罪名主有刑法第二百七十一條第一項普通殺人既遂罪與第二百七十二條第一項之殺害直系血親尊親屬罪。
 2. 按照一般學說上與實務上的見解，刑法第二百七十二條所謂直血親屬的範圍包括擬制血親，因此丙殺死養父，其養父的身分仍屬於刑法第二百七十二條之被害人範圍，不會因為僅係擬制血親的關係而對丙的刑事責任發生任何影響。
 3. 依通說的所佑所犯理論，丙在客觀上不僅是殺害了一個人，還同時殺害自己的父親。但是他在主觀上只有殺害一般人的認識而已，因此理論上丙所實現的客觀範圍大於自己的主觀認識，依據「所犯大於所知，從其所知」，丙只能論以殺人

既遂罪。

4. 然而依學者有力的見解，所知所犯理論在第二百七十二條的問題中沒有適用餘，因為第二百七十二條之於第二百七十一條的加重在於罪責的層次而不是不法的層次。如同上題，丙就第二百七十一條第一項之罪，在構成要件因殺人的客觀情狀與主觀故意的該當而滿足，但是在罪責階層由丙欠缺了殺害父親的認識，因上不滿足該當的罪責要素，不成立第二百七十二條第一項之罪，同罪的未遂當然也因為沒有此一主觀要素而不成立，而殺父又不罰過失，因此丙只能成立第二百七十一條第一項的普通殺人既遂罪。
5. 就上述兩說，雖然結論上相同，管見仍以後說為當，因為第二百七十二條之於第二百七十一條的加重該在於罪責的層次而不是不法的次，因為殺人直系血親尊親屬正是因為行為人個人在倫理義上有比殺害一般人更高的良知可非難性，因此後說可採，因此丙成立普通殺既遂罪。

(二) 甲之刑事責任

1. 甲囑託丙殺害乙，最後竟造成丙父之死亡，甲之刑責主要涉及幾個不同的問題
 - (1) 甲對於丙的囑託行為應成立教唆犯或共同正犯？
 - (2) 丙所發生之誤丙父情事，是否會對甲之刑責造成影響？
 - (3) 甲之刑事責任究應為何？
2. 就第一個問題而言，本案中甲僅透過囑託使得丙實施殺人行為，有可能成立之犯罪參與形態係「共謀共同正犯」或「教唆犯」，由共謀共同正犯仍係「正犯」與「共犯」應該如何區別此一問題意識著手，依通說對於兩者區別之見解採犯罪支配理論，其係認為正犯必須對犯罪法益侵害之實現具有極為重要的功能上作用，方可成立共同正犯，若無任何支配，則僅能成立共犯（即教唆或幫助犯）。本案中甲僅係囑託丙實施殺人，其餘犯罪計劃之實施均係由丙一手擬定，不能成立共同正犯。承上述，本案中甲在客觀上囑託丙殺乙，確實致使原本沒有任何犯意的丙對乙實施殺害行為，主觀上，因也有教唆行為之教唆故意與至人於死的教唆既遂故意，因此甲應可成立教唆犯無疑。
3. 進一步的問題是，丙所發生錯誤對甲應有如何之影響，在此學上有兩種不同的看法，第一種見解為被教唆人倘發生錯誤時，該錯誤對於教唆人而言係屬打擊錯誤；第二種見解則認為應視其是否為等價客體錯誤而定，倘係等價客體錯誤時，仍不影響教唆人之刑責，不管見以為此宜採用後說，蓋因教唆犯之歸責基礎在於其對於他人犯罪之引致行為，只要能夠確認教唆行為人在主觀上的侵害生法益確實能夠致生法益之侵害，即應歸責予行為人，並由其負起致人於死的刑事責任。因此，被教唆人雖然發生殺錯人的結果，但是乃全乃不致影響此一結果歸責予甲。最後，承上述兩點，甲之行為應以教唆犯，而其又因教唆行為致生生命法益侵害之發生（該被教唆人亦論以殺人既遂罪），因此甲應論以教唆殺人既遂罪。

二、甲因經濟不景氣，公司裁員，致失業多時。某日，見鄰近公園有一神智失常男子A手指上帶有一枚鑽戒，遂花言巧語將其騙走；嗣至附近B餐館用餐，飽餐一頓後，藉口如廁，而逃之夭夭；未久，行至陋巷，見有一打扮入時婦女C獨自踽踽而行，乃趨前奪其項上珍珠項鍊，得手後正擬逃逸，因C緊拉其衣服不放，甲遂將其推倒於地，致C手卻多處擦傷；甲急於逃逸，在路隨手攔下一部計程車，即搭車遠颺。惟行至某偏遠處，甲對司機D出言威脅，不但拒付車資，且喝令D將身上現金全部掏出，得款後揚長而去。試問甲應如何論罪科刑？

答：

(一) 甲騙走A的鑽戒，可能構成刑法第三四一條第一項的詐欺取財罪：詐欺取

財罪客觀上以行為人行使詐術致他人陷於錯誤，而為財物之交付致被害人財產損害為要件。本例中甲以詐術使A陷於錯誤，而令A將其持有鑽戒交付於甲，雖然A為神智失常的男子，但只要其確係因為甲的詐術陷於錯誤，仍可該當於罪之客觀要件，依題意所示，甲應係客觀構成要件該當。主觀上甲對其行為有認知，有詐欺故意，知道其無法律權源以取得該鑽戒，有不法意圖，甲該行為以得，利有利意圖，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲成立本罪。

(二) 甲進入B餐館用餐嗣尿遁的行為，可能構成刑法第三三九條第一項及第二項的詐欺取財及得利罪：系爭二罪客觀要件原則上同所述，僅第一項被詐欺人是交付財物，而第二項的行為人是取得利益，依題意所示甲進入餐廳時即無任何支付餐費的意思，而依社會慣例進入餐廳可被認為是「有支付意思及能力」的默示通知，因此甲入餐廳的行為顯係詐術的行使，B餐廳誤甲為支付之意願而為食品(財物)及服務(利益)之給付，而甲嗣後尿遁，使餐廳發生財產上的損害，客觀構成要件該當，主觀上甲對上開事均有認識，亦有不法意圖及獲利意圖，沒有其他阻卻違法事由，甲成立上開二罪。

另外學說上對於此種白吃白喝的法律果係分為「自始即無支付意」與「嗣後另生無支付意願」兩種不同類型，前者係指自始即無意給付，其法律交果學者均認為成立詐欺罪，本例與前者類型相同，亦成立詐欺罪。

(三) 甲奪取C的項鍊得手後又將C推倒，可能構成刑法第三二九條的準強盜罪：準強盜罪客觀上以行為人先為竊盜或搶奪的行為，嗣後為防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證等事由而施強暴脅迫為必要，本案甲以不法腕力奪取C的項鍊，並建立自己對項鍊的持，有係屬搶奪的行為，後來因C緊拉衣服而為保其取得的項鍊(贓物)，而將C推倒於地，係為防護贓物而施強暴行為，客觀構成要件該當，主觀上甲對上開事實均有明確認知，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

(四) 甲推倒C的行為，可能構成刑法第二七七條第一項的普通輕傷罪：客觀上甲推倒C致C手腳多處擦傷，主觀上甲亦明佑此部分事實，甲成立本罪。

(五) 甲出言威脅拒付車資，可能構成刑法第三二八條第二項的強盜得利罪：本罪客觀上以行為人施強利行為至令被害人陷於不能抗拒，而取得被害人的財產利益，致生財產損害為要件，本案甲在偏僻的地方拒絕給付司機D車資，應可認甲係以脅迫的方式使身處偏僻地點的D心理狀底恐懼至不能抗拒，而使D免除甲對D負有的車資債務，致生D之損害，甲在主觀上明知此事，亦明知其法律上不得血D為車資的要求免除，甲有強盜故意與不法得利意圖，沒有其他阻卻違法或罪責事由，甲成立本罪。

(六) 甲要求D將身上的現金全部交付予甲，可能構成刑法第三二八條第一項的強盜取財罪：強盜取財罪客觀上以行為人施強制行為致被害人無法抗拒而為財物之交付，承前，甲偏僻的地方要求D將身上全部的現金交付給甲，應可認甲係脅迫的方式至D不能抗拒而取得現金，致生D財產上損害，甲對其行為認識，有不法所有意圖，沒有其他阻卻違法或罪事由，甲成立本罪。

(七) 競合，依題中並未指出甲係基於詐欺或強盜的連續故意，因此甲的四部分犯罪行為原則上應是四個獨立行為，如下：

1. 甲騙走A的鑽戒成立詐欺取財
2. 至B餐廳用餐嗣尿遁的行為成立詐欺取財及詐欺得利，數罪併罰。
3. 甲搶C項鍊並推倒C成立準強盜及輕傷害罪，想像競合，依準強盜罪處斷。
4. 甲拒付車資並強令D交付現金，分別構成強盜得利及強盜取財罪，法條競合。上述四部分再數罪併罰。

三、丙為在我國投資居住之外商，家境極為富裕，其家屬仍留固於外國。甲、乙兩人曾於丙之公司服務，對丙之財產覬覦已久，基於共同犯罪之決意，計劃於某假日深夜趁丙熟睡後，帶頭罩侵入丙之住宅，對丙強灌安眠藥使其昏迷，將其綁架並藏匿於預定之處所，藉此向其家屬勒贖。計劃犯罪當日，警方從治安報得知甲乙之犯罪計畫，急速通知丙多次未果，遂派出多名便衣刑警埋伏於丙宅附近，俾能保護丙並伺機逮捕人犯。當日深夜，甲乙依計畫侵入丙宅，合力將躺在床上之丙加以壓制，於對丙強灌安眠藥，始發現丙已因日間心臟病發作死亡多時，遂放棄後續犯罪計畫，正欲離開現場時，為警逮捕。問：甲、乙兩人之行為應如何處罰？

答：

(一) 甲之刑事責任

1. 甲侵入丙住宅之行為，可能刑法第三百零六條之侵入住居罪：

(1) 侵入住宅罪以無故侵入他人住宅為件，甲未得丙之同意而進入丙之住宅，客觀構成要件該當。又甲主觀上之事實認知亦實現上述要件，主觀構成要件亦該當。

(2) 甲無阻卻違法、罪責事由，成立侵入住居罪。

2. 甲強灌丙安眠藥之行為，可能成立第 347 條第三項之擄人勒贖未遂罪：

(1) 第 347 條規定「意圖勒贖而擄人」成立擄人勒贖罪，而「擄人」乃將他人置於自己實力支配之下之行為。本題中甲意圖勒贖而對丙強灌安眠藥，但嗣後發現丙於日間心臟病發死亡，故擄人勒贖罪之行為客體不存在，客觀構成要件不該當。而甲主觀上之事實認知有勒贖意圖且擄人行為之事實認知，故主觀構成該當。並且甲已對丙強灌安眠藥，亦已著手實行構成行為，應成立擄人勒贖未遂罪。

(2) 然而甲實行構成要件行為時，丙已因心臟病發而使擄人勒贖罪之行為客體不存在，是否符答刑法第 26 條但書之「不能發生犯罪之結果又無危險」，成立不能未遂，實務與學則有爭議，如下：

A. 實務見解認為不能生犯罪結果又無危險係指本質上不能發生既遂狀態之情形，本例中甲之擄人行為乃客體，故屬擄人勒贖罪之不能未遂。

B. 多數學說則認為，基於印象理論，不能未遂之「無危險」必須是行為人主觀上的無危險。換言之必須是行為人出於重大無知，主觀上對於因果歷程的認知與一般大眾有重大偏離之情形，始屬之。故本例中甲主觀上之認知乃強灌丙安眠藥並將丙置於自己實力支配支下，並非重大無知，為擄人勒贖罪之普通未遂。

(3) 因此，若採取實務見解，甲成立擄人勒贖罪之不能未遂，依第 26 條規定，按九十四年一月新修正之刑法，第 26 條之不能未遂修正為本文，且其法律效果修正為「不罰」，不成立犯罪，則若依上述之實務見解，本例中之甲成立不能未遂，應不成立犯罪；採多數學說則甲成立擄人勒贖罪之普通未遂，依第 25 條第二項規定，得按既遂犯之刑減輕之。

(4) 甲發現丙已死亡後，放棄後續犯罪計畫，是否有成立第 27 條中止未遂之可能？學說上此種形稱「失敗未遂」，行為人按其主觀認知，已不可能達成其犯罪之目的，而失敗未遂無中止未遂適用，故本題中甲雖「放棄」後續計畫，但亦無中止遂減免其刑之適用。

3. 競合：甲成立侵入住居罪與擄人勒贖未遂罪，實務見解認其有方法目的關係，成立牽連犯，學說見解則因認其為一行為，故成立想像競全犯，效果皆為一重之擄人勒贖未遂罪處斷。

(二) 乙之刑事責任

要探討乙之刑責，首先須先知甲乙間之關係為何？據，此本例中，甲乙就本例之犯罪事先為計畫，而此計畫，甲與乙均立於一功能不可欠缺之地位，故依犯罪之配理論，甲乙間為共同正犯之關係，且甲乙事後也為犯罪之實行，因，此因

本法第 28 條之規定，對共同正犯之犯罪其效力為一記既遂，全體既遂，一人未遂。本例中，對侵入住宅之部分，乙有功能支配，故乙亦成立侵入住宅罪。而對擄人勒贖之部分，管見以學多數說教為可採，故甲成立擄人勒贖未遂罪，而乙對擄人勒贖部分亦有功能支配，故亦成立擄人勒贖未遂罪。因此，對乙仍應以此為罪論以想像競合加以處罰。

四、何謂過當防衛？其法律效果為何？試舉一例說明之。

答：(1) 過當防衛，乃指對於現在不法的侵害，雖基於防衛的意思而為反擊行為，但其反擊行為超過防衛所必要的程度而言。例如，某甲空手襲擊某乙，某乙乃持木棍防衛並打傷某甲的情形。

(2) 我國刑法第二十三條規定：「對於現在不法的侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」但書所說的得減輕或免除其刑，即是過當防衛的法律效果。只是，得減輕或免除其刑，反映在犯罪論上。

(3) 過當防衛其任意減免的根據，雖有各種學說存在。一般而言，防衛行為人面對現在不法侵害時，因事起倉卒，往往處於緊張、恐懼、驚愕或狼狽的情狀之下，立於法的規範立場，實在難以要求行為人所實施的反擊行為，不要超過防衛行為的相當性。換言之，在此種情形，要求行為人的反擊行為具有相當性的期待可能性甚為薄弱，甚至可以說是全無期待可能性，故得減輕或免除其刑。所以，過當防衛並非阻卻違法事由，而是阻卻或是減輕責任事由。

五、甲乙丙丁四人在後山防空洞裡賭博，經人查獲，查獲現金四萬元，請問他們犯了什麼罪？

答：

依據刑法賭博罪之規定第 266 條（普通賭博罪與沒收物）在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。當場賭博之器具與在賭檯或兌換籌碼處之財物，不問屬於犯人與否，沒收之。但是防空洞是否屬於公眾得出入之場所頗有爭議個人認為防空洞並非公共場所獲公眾得出入之場所故不符合賭博之夠成要件因此本案四人無罪

六、甲深夜酗酒開車，撞傷機車騎士，甲明知有人受傷，卻仍加速離去，警方隨後攔截，酒精檢測結果，發現甲已達不能安全駕駛的程度。問：甲成立何罪？

答：

1、甲酗酒開車的行為成立不能安全駕駛罪。

另依「道路交通管理處理條例」第三十五條第一項：酒精濃度超過規定標準。即汽車駕駛超過零點五五毫克即需依刑法第一八五條之三：服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相關之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。

客觀上：甲係服用酒類，經酒測後認定已達不能安全駕駛動力交通工具而駕駛，具備客觀上之不法。

主觀上：甲對於服用酒類而不能安全駕駛有所認識，並進而決意駕駛，具備本罪之故意，有主觀上不法。

甲無阻卻違法事由，具備罪責，成立本罪。

2、甲撞傷機車騎士的行為成立過失傷害罪。

依刑法第二八四條：因過失傷害人者，處六月以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金，致重傷者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。

客觀上，機車騎士的受傷結果和甲的駕車行為有因果關係與客觀可歸責性，具備客觀上的不法。然甲對於酗酒開車的行為可能發生車禍而傷及他人，具有主觀上預見可能性，成立過失。甲別無其他阻卻違法事由，成立本罪。

3、甲撞傷乙後，明知乙受傷，仍加速離去的行為成立肇事逃逸罪

依刑法第一八五條之四：駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處六月以上五年以下有期徒刑。

客觀上，甲駕駛動力交通工具，致機車騎士乙受傷而逃逸，具備客觀上之不法。主觀上，甲明知其肇事致乙受傷仍依其本意決意離去，有主觀上不法，無法阻卻違法事由，成立本罪。

4、甲明知有人受傷仍加速離去的行為，成立違背義務遺棄罪。

依刑法第二九四條第一項：對於無自救力之人，依法令或契約應扶助、養育、保護而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護者，處六月以上、五年以下有期徒刑。

而所謂依法令或契約即依「道路交通管理處罰條例」第六十二條規定：汽車駕駛人駕駛汽車肇事致人受傷或死亡者，應即採取救護措施及依規定處置，並通知警察機關處理，不得任意移動肇事汽車及現場痕跡證據。

因此，甲對乙的受傷依法令負有保護義務，其不為救助而加速逃逸之行為，具有本罪之客觀不法。

主觀上，依題示，甲明知有人受傷，仍決意加速離去，亦即具備主觀上之故意。甲無阻卻違法事由，成立本罪。

5、競合：

甲成立不能安全駕駛罪（刑一八五之三），過失傷害罪（刑二八四）、肇事逃逸罪（刑一八五之四）及違背義務遺棄罪（刑二九四）。其中，肇事逃逸罪與違背義務遺棄罪依實務之見解，屬於法條競合中的特別關係，僅論以肇事逃逸罪，再與不能安全駕駛罪，過失傷害罪，數罪併罰。

七、甲叫唆乙殺丙，乙初始未拒絕，嗣因率及前程，終未下手殺丙。試問甲應如何論罪科刑。

答：

1、乙未下手殺丙，不成立殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項）。

未遂犯之成立，以行為人客觀上已著手實行，但未實現全部客觀不法構成要件為前提。本題中，乙未下手殺丙，未著手於犯罪行為的實行，不成立本罪。

2、甲教唆乙殺丙的行為，可能成立教唆殺人未遂罪。

（1）舊法第二十九條第三項規定：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定為限。」即學說上所謂的「未遂教唆」；對此共犯從屬性原則的例外規定，更有部分學者認為係採取所謂共犯獨立性原則者。

（2）按教唆未遂與未遂教唆的義別在於，前者的正犯已經著手實行構成要件行為，後者之正犯則尚未著手實行。本題中，被教唆的乙尚未著手實行殺人行為，依舊法，甲成立教唆殺人未遂罪。（刑法第二十九條第一項、第三項；第二七一條第二項）

（3）惟2005年修正之新刑法，已刪除第二十九條第三項規定，立法理

由謂，教唆犯如採共犯獨立性說之立場，實側重於處罰行為人之惡性，此與現行刑法以處罰犯罪行為為基本原則之立場有違，更不符合現代刑法思潮之共犯從屬原則。因此，若依據新刑法，甲不構成犯罪。

八、某甲失業，因酒醉於屋內與其母發生爭執，由於大聲喧嘩，引起附近居民報警，警員張三接獲民眾報案後，前往報案後，前往現場處理，詎料某甲不勸阻，竟於麻醉狀態中出手毆打張三，旋被當場逮捕。

答：

(一) 甲於麻醉狀態中出手毆打警員張三，可能成立妨害公務罪

1、刑法第一三五條構成要件規定：「對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者…」其所保護法益並非公務員，而是「公務的執行」—國家政務的貫徹。

2、由於本罪沒有過失犯的處罰規定，甲必須具有妨害公務故意，才可能成罪。依案例事實，甲飲酒之初，並無預見其稍後將實施妨害公務的行為，故即使援引「原因自由行為」理論，由於甲自陷精神障礙時，並無妨害公務故意，欠缺故意原因自由行為的雙重故意要求，應不成立妨害公務罪。

(二) 甲於麻醉狀態中出手毆打警員張三，可能成立傷害罪

1、甲於飲酒之初，並無利用酒醉後實施違法行為的故意，欠缺對特定法益侵害的預見可能性，應非原因自由行為。

2、其於麻醉狀態中毆打警員張三時，已因精神障礙，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為能力，無論依刑法修正第十九條第一項，或現行法同條項的「心神喪失」規定，其行為均屬不罰；故不成立傷害罪。

3、2005年刑法修正，固於同條新增第三項：「前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」惟案例情形，由於行為人所為僅屬於麻爭狀態下的危險行為，基於罪刑法定原則，即便適用新法規定，仍不構成犯罪。學者有主張應填補此一可罰性漏洞，而有必要仿效德國刑法第三二三a條的自醉構成要件

(Vollrauch)，於我國刑法中增訂處罰者，併予說明。

九、刑法規定之文書與有價證券應如何區別？

答：

(一)、刑法所定之文書中尤以『債權證書』與有價證券最為相似，有如下兩點不同：

1、有價證券具流通性，但文書全無流通性。

2、就證書所載之權利行使及移轉方式以言，不須以占有證券為必要，為有價證券則須以占有為前提。

十、偽造他人銀行信用卡並行使或偽造高速公路回數票並行使之，各應成立何罪名？

答：

查刑法於西元2001年六月三十日修正增加『偽造變造信用卡罪』定有第二〇一條之一第一項，同條第二項復規定本罪之行使行為，行為人於偽造信用卡後，復行使之，就偽造信用卡罪與行使偽造信用卡罪形成競合，以學理而言，謂偽造行為之於行使行為，就法益保護之觀點以言，偽造行為為一般規定，行使行為不過為

補充規定，僅法益保護階段有所不同，乃法條競合之補充關係，僅論以偽造信用卡罪已足。

次查，本法所指『有價證券』係指如交通客票等一切表彰財產權利之書證，該書證所表彰之權利之行使或移轉，須以占有該書證為前提。本法第二〇一條第一項就偽造有價證券之處罰，設有明文，同條第三項亦對行使偽造有價證券設有處罰之規定，從而行為人先偽造有價證券從而行使，最高法院判例向認為應論以吸收關係成立偽造有價證券一罪，其理由略係：偽造行為難度高於行使行為，故前者為高度行為後者為低度行為，應論以高度之偽造罪。

一、. 公務員甲係安份守己的公務員，從不收受賄賂，丙欲行賄甲，即打電話給甲之妻乙，乙係一愛錢之人，即跟甲夫說，有人會將會錢拿給他，甲因而收受丙所交付之錢，問甲、乙如何處斷？

擬答：

(一) 甲所為欠缺收賄故意，不構成犯罪：

依題旨，甲雖具備公務員的身份，然其對於收賄一事並不知情，即不知情，根本就欠缺收賄故意，從而也無法與外在收取利益的行為相結合，建構出收賄罪的不法內涵，客觀行為不具有貪瀆性，甲所為自不構成犯罪。

(二) 乙利用有身份的公務員收賄之行為，原則上亦不構成犯罪：

1. 依通說對間接正犯的描述，間接正犯有兩個重要特徵，一是利用人做為工具，二是利用該工具實現構成要件。
2. 間接正犯係利用他人完成自己的犯罪，則於利用他人從事身份犯罪的情形，亦應利用人本人具備身份為前提，舉例：A 男強迫生母 B 殺嬰，利用人並不成立生母殺嬰罪的間接正犯，而僅成立普通殺人罪。
3. 質言之，在身份犯或已手犯的情形，構成要件對於非歸責主體的被利用者是否具備行為主體資格，根本不感興趣，焦點應該是在幕後者：如係利用人欠缺身份，非難基礎即不存在，除非法有明文規定處罰(如刑法第 214 條)否則利用人應不成立間接正犯。
4. 然而，院字第七八五號解釋卻作了相異的處理肯定無身份者利用有身份而不知情之人，可以成立間接正犯，併予說明。

二、甲受雇於某超商為店員，某日深夜，僅其一人看守時，將店內某些值錢物品，攜出店外，交由其友乙接走逃逸。試問對甲、乙應如何論罪科刑？

擬答：

(一) 甲將店內物品攜出店外的行為成立業務侵占罪(刑法第三三六條第二項)業務侵占罪之成立，以因執行職務而持有他人之物為前提，必行為人先合法持有他人之物，而於持有狀態繼續中，擅自處份，或易持有為所有之意思，而逕為所有人之行為，始克相當。本題中，甲因為職員關係持有店內物品，並意圖為自己或第三人不之所有，對於店內值錢物品易持有為所有的侵占行為，構成業務侵占罪。

(二) 乙將店內物品接走逃的行為，成立業務侵占罪之共同正犯(刑法第三三六條第二項、第三十一條第一項)

普通侵占罪，行為人必須易持有為所有，為純正身份犯；業務侵占罪，行為人係基於業務關係、易持有為所有，為純正身份犯與不純正身份犯的結合，學說上稱正雙重身份犯。面對題示情形的雙重身份犯罪參與問題，實務係依刑法依第三十一

條第一項處理(28上2536、70台上2481判例)本題中。無業務關係的乙將物品接走逃逸，與業務關係的甲就侵占行為有共同行為決意與共同行為分擔，依前述實務見解，成立業務侵占罪之共同正犯，依2005年新修正刑法，乙並得減輕其刑。

三、甲為某市政府公務員，懷疑鄰居乙偷竊腳踏車，趁乙外出，欺騙其年幼的兒子，指稱得到乙的同意入室察看，乙的兒子不疑，任由甲入內，甲於是在臥室、浴室、陽台各處搜查，但毫無所獲，問：甲是否有罪？

擬答：

(一) 甲未得乙的同意進入乙宅之行為，可能成立無故侵入住居罪(刑法306)：

1. 多數見解解釋本罪的無故，為無正當理由，屬違法性要素，故是否同意他人進入他人屋內，實際上為法益持有人處份其受法律所保護之法益，性質上應係阻卻違法的承諾。

2. 題示情形，甲即未得乙之承諾而進入乙宅，縱乙年幼之子亦為乙宅之居住權人，然其承諾應屬無效，甲違反居住人之意思而進入，主觀上，復具有侵入之故意，別無其他阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

3. 又甲為公務員，但其侵入乙宅之行為並非假借職務上權利之行為，不得依刑法第134條加重其刑至二分之一，併予說明。

(二) 甲在乙宅各處搜查的行為可能成立違法搜索罪(刑法307)：

1. 依32年非用第265號判例，實務上似乎認為本罪的行為主體以有搜索權限之人為限，如：法官、檢察官。本題中，甲為市府的公務員，依法並無搜索權限，即不成立本罪。

2. 學說上則認為，本罪並非列在瀆職罪章，行為主體應無任何限制，僅需為自然人，且具有意思能力與行動能力者，即足當之；推敲其原因，主要在於實務限縮解釋的依據不明，若於條文不依法令作形式解讀，而非實質理解為非法，此邏輯，刑法第21條所謂依法令的行為，非只限於公務員身份者，才能主張，違論一般人違法侵入住宅搜索，若僅成立較輕的第306條，置更嚴重侵擾居家自由安寧的搜索行為不論，更可能造成法益保護的疏漏。

3. 據上，甲得為本罪的主體，本題中，甲無法令上之依據，擅行搜索乙宅，縱使甲係懷疑乙竊取其腳踏車而為取得犯罪證據為搜索，亦不得主張阻卻違法與罪責，甲成立本罪。

(三) 結論：

甲分別成立無故侵入住居罪與違法搜索罪，得視其具體情形，論以刑法第55條規定想像競合，從一重處斷或以刑法第50條規定實質競合，兩罪併合處罰。

四、醫院救護車司機甲，載送病患就醫。病患家屬叮囑甲，病患有精神疾病，應注意防範。途經高速公路，病患打開窗戶從救護車跳出。緊隨在救護車後方的小客車司機乙，雖然遵行速率，但未保持安全間距，見到病患跌落時，已經煞車不及，將之成重傷。警方調查發現，甲是醫院保全人員，臨時代班權充司機。肇車鑑定報告指出，即使乙保持安全距離也難免獎病患撞成重傷。問甲、乙是否有罪？

擬答：

(一) 甲未加以防範而使病患打開窗戶從救護車跳出之行為，成立刑法第二八四條第二項業務過失致重傷之不作為犯

1. 甲代班權充救護車司機，透過保護義務的自願承擔，現實上居於保證人地位，有義務防止危險實現；學說並指出，保護義務的自願承擔是一種事實上的承擔，和契約的存在與否沒有必然關係。

2. 對於不純正不作為犯之因果關係判斷，通說採取所謂的「假設因果關係」，亦即

如有幾近確定的可能性，救護車駕駛甲若事先將車窗鎖上(合義務行為)，則病患不會打開窗戶從救護車跳出而遭來車撞擊，重傷結果就不至於發生的話，即可認為甲的不作為與結果的發生具有因果關係。

3. 有關業務之概念，依最高法院 89 年台上字第 8075 號判例；「刑法上所謂業務，係指個人基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，包括主要業務及其附隨之準備工作與輔助事務在內。此項附隨之事務，並非漫無限制，必須與其主要業務有直接、密切之關係者，始可包含在業務概念中，而認其屬業務之範圍。」甲是醫院保全人員，僅係臨時代班權充司機，駕駛救護車並非甲基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，似不該當執行業務；惟 71 年台上字第 7098 號判例同時指出，業務過失並不以行為人行為時確係執行業務為要件，「只要行為形式上是與業務同種類之行為，即屬之。」據此，可認為甲所為仍系業務之執行；至業務過失加重處罰之立法政策是否有當，則屬另一問題。

4. 題示情形，甲自願代班駕駛救護車載送病患就醫，既居於保證人地位，本即有防止法益侵害結果發生的作為義務；復因家屬早即叮囑甲，該病患有精神疾病，應注意防範，以防萬一，甲對病患跳車的行為應可認為具有客觀預見可能性與避免結果發生的可能性。甲所為違反客觀注意義務，不僅製造法所不容許的風險，風險亦已實現，應具有刑法第二八四條第二項業務過失致重傷罪之構成要件該當性。

(二)乙將病患撞成重傷之行為，不成立刑法第二八四條第一項過失致重傷罪

1. 乙駕車撞死病患之行為，是否成立系爭構成要件，涉及因果關係的檢驗，特別是結果歸責中，關於信賴原則之適用。

2. 就結果原因而言，若無乙駕車(而煞車不及)之行為，病患不會遭受重傷，「若無前者，即無後者」的條件關係應屬存在。

3. 就結果歸責而言，進一步說明如下：

(1)在多人參與的危險活動中，每個人都可以信賴其他參與者將會遵守注意要求，一個合乎信賴原則的行為，沒有製造任何危險。本原則主要適用於交通行為與其他分工負責領域(如醫療手術)，守法的正確行為人即可信賴他人亦將採取適當行為以避免法益侵害結果發生，若結果仍然發生，行為人無庸負責。

(2)實務針對信賴原則的適用，提出若干要件，如以「自身並未違規」為前提{83 台上 5470 判決}。對於違規行為所導致之危險，若屬已可預見，且依法律、契約、習慣、法理及日常生活經驗等，在不超越社會相當性之範圍應有注意之義務者，自仍有以一定之行為避免結果發生之義務。因此，關於他人之違規事實已極明顯，同時有充足之時間可採取適當之措施以避免發生交通事故之結果時，即不得以信賴他方定能遵守交通規則為由，以免除自己之責任。(74 台上 4219 判例)

(3)依題示，緊隨在救護車後方的小客車司機雖然遵守速率，但未保持安全間距，然而，未保持安全距離本身，並非即可逕行推斷已超過容許風險的範疇，而不許張容許信賴，仍應視實際具體情形而定；遑論依肇事鑑定報告，即使乙保持安全距離，也「難以避免」將病患撞成重傷。

(4)題示情形，關鍵在於：即使不違反注意義務，結果依然發生，則違反注意義務的行為是否應評價為無過失？依管見，宜適用罪疑唯輕原則，對乙適用此一有利之鑑定意見。據此，結果發生可認為屬不可避免，欠缺結果不法，乙將病患撞成重傷的行為，不成立刑法第二八四條第二項過失致重傷罪。

(三)結論

甲未加以防範而使病患打開窗戶從救護車跳出之行為，成立刑法第二八四條第一項過失致重傷罪之不作為犯；乙撞傷病患，不成立刑法第二八四條第二項過失致重傷罪。

五、甲(夫)、乙(妻)兩人經常吵架。有一天，甲、乙二人吵得相當凶，甲心想與其天天吵架，不如早作了斷，隨即拿起平日打獵用槍枝向乙射擊。此時適巧乙蹲下欲取物逃過一劫，惟子彈卻正好打中藏於其家門後偷竊犯丙，丙當場血流不止死亡。試問甲應負何刑責？

擬答：

甲對乙固成立殺人未遂罪，甲對丙卻因欠缺預見可能性，「不」成立過失致人於死罪！

(1) 甲射擊乙的行為，成立故意殺人未遂罪：

甲開槍射擊乙並未導致死亡結果，不成立殺人既遂罪。殺人未遂罪，以行為人主觀上具備殺人故意，客觀上已著手為要件。本題中，甲主觀上係殺乙而行兇，客觀上已經開槍實施構成要件行為，已達於著手。題示情形，別無阻卻違法事由並具備罪責，甲成立故意殺人未遂罪。

(2) 甲開槍射中丙的行為，可成立過失致死罪(刑 276 I)：

1. 客觀上，丙的死亡結果與甲的開槍行為具有因果關係。主觀上，甲對丙的死亡欠缺故意，甲對於可能誤射藏於其家後門的竊盜犯，如具有預見可能性，則成立過失致死罪。(這是較保險的答題法)
2. 違法性部份，甲可能得主張為刑法第 23 條規定之正當防衛。按，竊盜犯丙雖在客觀上具備現在不法侵害，且甲所為者係有效且必要的防衛行為，然正當防衛以防衛者主觀上具備防衛意思為要件；題示情形，甲對於防衛情狀欠缺認識，學說稱為「偶然防衛」，屬於「反面容許構成要件錯誤」，其法律效果學說見解不一，惟通說立基於防衛意思必要說的立場，仍主張不能阻卻違法。
3. 綜上，甲所為仍屬違法行為，不能主張正當防衛。

(3) 競合：

甲僅成立故意殺人未遂罪。惟如對丙藏於門後具有預見可能性，則另成立過失致死罪，依刑法第 55 條，係屬一行為觸犯數罪名，從一重處斷，論以故意殺人未遂罪。

六、甲與乙素有深仇，某日二人於途中相遇，甲即持手中木棍朝乙之身體毆擊，乙為避免被打傷，適有行人丙路過，匆忙間乃推丙之身體抵擋，致丙被毆擊成傷。試問甲、乙各應負何刑責？

擬答：

(1) 甲的刑事責任：

1. 甲持手中木棍朝乙身體毆擊，對於其行為係在傷害他人身體，應有認識，可認為具備傷害故意；客觀上，甲復者手對乙實行傷害行為，僅因乙推丙身體抵擋，始未生結果，類此情形，學說上稱之為(等價)打擊錯誤。
2. 申言之，打擊錯誤對客體的選擇與認定，並沒有發生錯誤，反而是在攻擊時，產生失誤，造成心裡想的目標客體，與實際上被攻擊的結果客體不同。通說對此情形採取所謂具體符合說(具體理論)，阻卻故意，僅對目的客體成立未遂，對失誤客體成立過失，依刑法第 55 條規定，想像競合。
3. 題示情形，甲基於傷害乙的故意，實手實行傷害行為，結果未發生，屬於不罰的傷害未遂；丙的傷害結果既係來自甲的毆擊所致，不僅具有「若無前者、即

無後者」的條件因果關係，依經驗法則客觀事後審查，更非偶然發生的事實，可認為具有相當因果關係(76 台 192 判例);要之，甲的傷害行為不僅製造法所不容許的風險，風險亦因此而實現，其對丙雖無傷害故意，仍應就結果成立過失傷害罪(刑 284 I)

(2)乙的刑事責任:

1. 客觀上，若無乙推丙身體抵擋甲的毆擊，丙的傷害結果不會發生，乙的行為對丙的傷害亦具有條件因果關係。再依經驗法則客觀事後審查，此應非屬偶然發生事實，存在相當因果關係(76 台上 192 判例);要之，乙的行為不僅製造法所不容許的風險，風險亦因此而實現，乙對丙的傷害結果具有客觀可歸責任。
2. 乙推丙時，對於丙的身體可能遭甲擊中，應有認識，並有意使其發生，可認為存在傷害故意。據前述，乙具有故意傷害罪(刑 277 I)的構成要件該當性。
3. 然乙係在身體法益遭遇危險之際，基於不得已的行為，依刑法第 24 條第 1 項之規定，應可主張緊急避難。
4. 至於避難行為能否阻卻違法，多數學說採取區別理論(二元說)，認為應進一步針對避難者為避難行為所保全之法益與所犧牲法益作「權衡」，只有前者大於後者，始得阻卻違法;否則僅能減輕或免除責任。據此，乙得依刑法第 24 條第 1 項但書之規定，減輕或免除其刑。

七、甲企圖殺人，以鈍器重擊乙頭，乙軟癱在血泊中，但尚未斃命。甲認為已經死亡，以滅跡之意，將乙投入溪流，乙終遭滅頂。目甲成立何罪?

A 與 B 共謀殺甲，某日深夜趁甲睡覺時侵入甲宅，共同以枕頭悶死甲。事實上，當時甲僅是昏迷而已，A、B 卻誤以為甲已經死亡，而將甲丟入河裡，甲因此溺死。試問 A、B 之行為應如何處斷?

擬答:

- (1)A 與 B 深夜侵入甲宅的行為，係未得居住權人甲的同意，在無正當理由下，擅自進入其住宅的侵入行為;主觀上，A、B 對於侵入乙宅的事實亦有認識並決意為之，無其他阻卻違法事由，兩人如貝備罪責，應成立共同侵入住宅罪(刑 306 I、刑 28)。
- (2)A、B 共同以枕頭悶死甲的行為，係基於謀殺甲的犯意，共同著手實行殺人行為，就此而言，甲雖未立斃當下，死亡結果其後仍然發生，A、B 所為能否論以故意殺人既遂罪，學說實務見解不一，說明如下:
 1. 傳統見解採取所謂的「概括故意說」，將前後兩個相連的行為視為一個「單一行為過程」，均在同一個故意下進行。依此，前舉案例行為人的殺人故意既持續作用，自應成立殺人既遂罪。實務見解很有這種味道。由於忽視行為人客觀上確實存在兩個行為，且結果發生時，行為人已不具殺人故意，此說現在已遭揚棄。
 2. 故意既遂犯之構成要件故意，既以行為時為準，本案中，A、B 兩人客觀上確有先後兩個行為，目前通說認為題示情形，應屬於所謂「雙行為的因果歷程錯誤」。要之，A、B 基於殺人故意，共同著手實行以枕頭悶死甲的行為，固然製造了法所不容許的風險，然此風險與溺水而死之間，因存在「因果歷程錯誤」，其判斷關鍵，應在於是否仍具備必要的風險關連。
 3. 就此而言，由於不諳醫學者難以分辨昏迷或死亡，被害人亦可能在行為人誤以

為屍體下，因棄置行為而導致死亡，故可認為「具體結果的發生並未超出一般生活經驗」；我實務見解亦肯定此況存在「相當」因果關係(28上2831判例)。多數學說因而主張：行為人只要認識因果歷程的「重要部分」，即可肯定其仍具有故意；僅於事實上的因果歷程重大偏離行為人想像時，才會產生阻卻故意的效果。題示情形，A、B成立故意殺人既遂罪。

4. 少數意見則認為「欲以枕頭悶死人」的行為，並不存在有溺水窒息而死的特別風險，故主張前行為僅成立殺人未遂，後行為因已不具備殺人故意，其棄置致人於死的行為，係一行為同時成立棄屍未遂罪(刑247III)與過失致人於死罪(刑276)，從一重處斷論以棄屍未遂罪(刑247III)殺人未遂罪再與棄屍未遂罪實質競合，依刑法第50條規定，數罪併罰

(3)結論：

依多數學說與實務見解，A、B成立共同侵入住宅罪與故意殺人既遂罪，兩罪併罰；如依有力學說，則A、B成立共同侵入住宅罪與故意殺人未遂罪、棄屍未遂罪，三罪併罰。

八、甲家中經常遭竊，某日甲下班回家，看見小偷乙正在偷取甲的財物，甲為了避免小偷乙逃跑，於是持木棍把小偷乙的腳打斷，隨即將小偷乙扭送警察局，請問甲打斷乙的雙腳是否觸犯傷害罪？甲扭送乙至警察局的行為是否觸犯刑法第三百零四條強制罪？

擬答：

(一) 甲持木棍打斷乙雙腳之行為可能構成刑法(下同)第二七七條第一項之傷害罪：

1. 構成要件該當性：客觀上行為人甲持木棍將乙雙腿打斷，其傷害行為與乙之受傷結果具有因果關係與客觀可歸責性，客觀構成要件該當；主觀上甲對於符合殺人罪之構成要件要素之事實有認識並有意使其發生，具備故意(第十三條第一項參照)，主觀構成要件該當。是甲之行為具備本罪之構成要件該當性。
2. 違法性：甲對於持木棍打斷乙腳部的行為可能得援引正當防衛(第二三條)以阻卻違法，而正當防衛之成立，客觀上須有現在不法侵害，且防衛行為具有適當性、必要性及對加害人為之，主觀上須具有防衛意識。本例中，乙正在偷取甲的財物，甲確實面臨現在不法侵害，且持木棍將乙雙腿打斷之行為亦確能達到防衛甲之財產法益不受侵害之目的，有問題者，乃甲將乙雙腳打斷之行為是否具備必要性，所謂必要性係指防衛行為人在數種可以防衛權利不受侵害之手段中，須選擇侵害最小的手段。本例中，乙正竊取甲之財物，甲欲保全乙對自己財產法益之持續侵害可持木棍攻擊乙，但應非必將乙之雙腳打斷即可排除侵害，是甲之行為逾越必要性，僅得評價為防衛過當，不得主張正當防衛以阻卻違法。再者，甲之行為無其他阻卻違法事由，其行為具有違法性。
3. 罪責：無阻卻責任事由，故行為具罪責，至多僅能認甲防衛過當(第二十三條但書)，得減輕或免除其刑。小結：甲之行為成立普通傷害罪，惟其行為屬防衛過當，得依刑法第二三條但書規定減輕或免除其刑。

(二) 甲將乙扭送警局之行為可能構成第三〇四條第一項之強制罪：

1. 構成要件該當性：甲將乙扭送警局，係以身體物理力量加諸於乙強暴行為，使乙為一定之行為，且甲對符合本罪之構成要件要素之事實亦有認識並有意使其發生，具備本罪之構成要件該當性。
2. 違法性：

甲以扭送警局之方式與使乙接受法律制裁之目的間具有合理連結關係。
又，乙係於行竊時為甲當場發現加以逮捕，合於刑訴法第八十八條之規定，則甲將乙扭送警局之行為得援引第二十一條依法令之行為以阻卻違法。
(三)小結：甲將乙扭送警局係依法令之行為，不成立強制罪。

九、公務員甲，於執行拆除地上物時，發現上級公務員所為職務上之拆除命令，顯有不應拆除而拆除之違法，惟其仍舊執行命令，而將地上物拆除。經地上物所有人舉發，試問甲之刑責為何？

擬答：

(一)甲將地上物拆除之行為可能構成刑法第三五三條第一項之毀損建築物罪：

1. 客觀上，本罪以毀壞他人建築物為要件。所謂「建築物」，係指上有屋面，周有門壁，足以遮風避雨，而通出入，適於吾人起居，且定著於土地之工作物。本例中，甲所拆除之客體依題意僅知為「地上物」，究是否符合「建築物」並無法得知，而第三五三條毀損建築物罪較第三五四條普通毀損罪法定刑重，依罪疑唯輕原則，宜認甲所拆除者並非本罪之「建築物」，是甲之行為不成立本罪。

2. 甲將地上物拆除之行為可能構成第三五四條之普通毀損罪：

構成要件該當性：客觀上，甲將他人所有之地上物拆除，乃使地上物永久喪失其存在之銷毀行為，客觀構成要件該當；甲主觀上亦認識所有符合普通毀損罪要件之事實並有意使其發生，有故意，主觀構成要件該當。綜上，甲之行為具備本罪之構成要件該當性。

3. 違法性：

甲拆除地上物之職務上行為乃係依其上級公務員命令所為，是甲可能得援引依所屬上級公務員命令之職務上行為(第二十一條第二項)以阻卻違法。
依所屬上級公務員命令之職務上行為之要件如下：

(1)客觀要件：

- A. 執行命令者須具有公務員之身分。
- B. 具拘束力之命令。
- C. 發布命令者須為其上級公務員。
- D. 命令須具備法定程式。
- E. 命令之內容須屬：

- (A)上級公務員監督權範圍內之事項
- (B)下級公務員本身職務範圍內應執行之事項
- (C)職務行為須符合命令範圍(所執行者不得逾越命令範圍)

(2)主觀要件：

- A. 須基於行使職務之意思。
- B. 須非明知命令為違法。

惟二十一條但書之「明知命令違法」如何解釋與認定？此涉及依法行政原則與行政一體原則衝突之緩合與平衡，亦即下級公務員對於上級公務員之命令負有如何程度之審查義務

(3)學說上容有爭論：

完全不須審查說：凡上級公務員之命令，下級公務員有絕對服從之義務。不問命令之形式要件或實質要件是否具備，下級公務員皆無審查之義務，如此始得貫徹行政一體原則以達行政效率。

形式要件審查說：下級公務員對於上級公務員只能審查上級公務員命令之形式

要件是否具備，如形式要件具備即應服從，至於該命令之實質要件是否具備(即命令之內容有無違法)非下級公務員所得審查。

實質要件審查說：下級公務員對於上級公務員之命令雖有服從義務，然對於內容違法之命令，如仍縱容得據以執行，則關係國家人民之權益甚大，故下級公務員對於上級公務員命令之形式要件及實質要件是否具備皆負有審查義務，如此使得貫徹依法行政原則。

陳述意見說：下級公務員對於上級公務員之命令如認為違法者，得隨時向上級公務員陳述意見，如上級公務員拒絕接受者，仍須服從。

明知違法審查說：原則上採形式違法審查說，惟如下級公務員明知上級公務員之命令實質要件不具備(命令內容實質違法)而據予執行者，則不得阻卻違法。

上述各說皆言之成理，多數學說、實務採取明知違法審查說，個人以為下級公務員係國家依法任用，行事須有相當程度之判斷能力，不可盲從行之，又公務員固然須遵從上級公務員之命令，惟若明知命令違法仍執行而得阻卻違法，對於人民之權益有保護不週之憾，是宜採明知違法審查說為妥。

(二)本例中，甲發現上級公務員所為職務上之拆除命令內容，顯有不應拆除而拆除之違法，亦即甲明知該上級公務員之命令不具備實質要件，卻仍執行該命令而拆除地上物，依二十一條但書之規定，不得阻卻違法。又甲並無其他阻卻違法事由，具備違法性

(三)罪責：甲並無任何阻卻罪責事由，具備罪責。

(四)結論：甲拆除地上物之行為構成第三五四條之普通毀損罪。

十、甲有意下毒殺死乙，卻誤拿白糖致乙毫髮未傷，此等未遂行為，依我國現行刑法如何論處？

擬答：

(一)甲誤拿白糖殺乙之行為可能構成刑法(下同)第二七一條第一項之殺人既遂罪：殺人罪以行為客體發生死亡結果為構成要件之一。本例中，乙並未死亡，故不具備本罪之客觀構成要件該當性，甲不成立本罪。

甲誤拿白糖殺乙之行為可能構成第二七一條第二項之殺人未遂罪：

前審查階段：甲之行為並未構成殺人既遂罪，且刑法有處罰殺人未遂之明文。

(二)甲拿白糖給乙食用時，認為其所拿的是毒藥，乙並將因喝下該毒藥而死亡，亦即甲主觀上所認識或想像之事實能實現所有殺人既遂罪之構成要件要素，並有意使其發生，有故意(第十三條第一項)，具備殺人既遂罪之主觀構成要件該當性。

(三)著手實行之判斷標準有客觀說、主觀說、主客觀混合理論，然不論依何說，本題中，甲因已為「下毒」之行為，皆已達著手實行之階段。甲之行為並無任何阻卻違法事由，甲之行為具備違法性；甲亦無任何阻卻罪責事由，故甲具備罪責。綜上，甲成立本罪。在法律效果方面，甲究屬應適用第二十五條第二項後段之普通未遂或屬應適用第二十六條之不能未遂？此涉及學說上決定是否適用我國刑法第二十六條之標準為何，學說上容有爭論

(1)甲說：參考德國立法例與學界看法，以行為人是否出於重大無知(或重大不理解)來決定是否適用第二十六但書，因為這時行為人的行為影響法威信極輕微，故可依預防必要性減免處罰。

(2)乙說：以行為是否在「本質上」即屬不能達到既遂狀態而定。亦即，不能未遂之「無危險」一詞，必須由「客觀上完全不能導致既遂狀態」所取代。

上述二說均言之成理，多數說及實務見解採乙說，即認為應綜合行為人行為當時所有之條件來判斷，是否自始即不可能達於既遂，若是，為應適用第二十六條之不能未遂，若非，則為應適用第二十五條第二項後段之普通未遂。

(四)結論：

就本命題所示，倘採取多數說及實務之見解，因乙拿的是白糖，則綜合甲行為時所有之條件來判斷，自始就不可能侵害乙之生命法益而成立殺人既遂，故屬應適用第二十六條之不能未遂，不罰。倘依少數說之看法，則因甲所認知之因果歷程乃下毒殺人，與一般人之認知並未出於完全歧異之想像，屬應適用第二十五條第二項後段之普通未遂，得減輕或免除其刑。

一、甲深夜酗酒開車，撞傷機車騎士，甲明知有人受傷，卻仍加速離去，警方隨後攔截，酒精檢測結果，發現甲已達不能安全駕駛的程度。問：甲成立何罪？

擬答：

1、甲酗酒開車的行為成立不能安全駕駛罪。

另依「道路交通管理處理條例」第三十五條第一項：酒精濃度超過規定標準。即汽車駕駛超過零點五五毫克即需依刑法第一八五條之三：服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相關之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。

客觀上：甲係服用酒類，經酒測後認定已達不能安全駕駛動力交通工具而駕駛，具備客觀上之不法。

主觀上：甲對於服用酒類而不能安全駕駛有所認識，並進而決意駕駛，具備本罪之故意，有主觀上不法。

甲無阻卻違法事由，具備罪責，成立本罪。

2、甲撞傷機車騎士的行為成立過失傷害罪。

依刑法第二八四條：因過失傷害人者，處六月以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金，致重傷者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。

客觀上，機車騎士的受傷結果和甲的駕車行為有因果關係與客關可歸責性，具備客觀上的不法。然甲對於酗酒開車的行為可能發生車禍而傷及他人，具有主觀上預見可能性，成立過失。甲別無其他阻卻違法事由，成立本罪。

3、甲撞傷乙後，明知乙受傷，仍加速離去的行為成立肇事逃逸罪

依刑法第一八五條之四：駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處六月以上五年以下有期徒刑。

客觀上，甲駕駛動力交通工具，致機車騎士乙受傷而逃逸，具備客觀上之不法。主觀上，甲明知其肇事致乙受傷仍依其本意決意離去，有主觀上不法，無法阻卻違法事由，成立本罪。

4、甲明知有人受傷仍加速離去的行為，成立違背義務遺棄罪。

依刑法第二九四條第一項：對於無自救力之人，依法令或契約應扶助、養育、保護而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護者，處六月以上、五年以下有期徒刑。

而所謂依法令或契約即依「道路交通管理處罰條例」第六十二條規定：汽車駕駛人駕駛汽車肇事致人受傷或死亡者，應即採取救護措施及依規定處置，並通知警察機關處理，不得任意移動肇事汽車及現場痕跡證據。

因此，甲對乙的受傷依法令負有保護義務，其不為救助而加速逃逸之行為，具有本罪之客觀不法。

主觀上，依題示，甲明知有人受傷，仍決意加速離去，亦即具備主觀上之故意。甲無阻卻違法事由，成立本罪。

5、競合：

甲成立不能安全駕駛罪（刑一八五之三），過失傷害罪（刑二八四）、肇事逃逸罪（刑一八五之四）及違背義務遺棄罪（刑二九四）。其中，肇事逃逸罪與違背義務遺棄罪依實務之見解，屬於法條競合中的特別關係，僅論以肇事逃逸罪，再與不能安全駕駛罪，過失傷害罪，數罪併罰。

二、甲叫唆乙殺丙，乙初始未拒絕，嗣因率及前程，終未下手殺丙。試問甲應如何論罪科刑。

擬答：

1、乙未下手殺丙，不成立殺人未遂罪（刑法第二七一條第二項）。

未遂犯之成立，以行為人客觀上已著手實行，但未實現全部客觀不法構成要件為前提。本題中，乙未下手殺丙，未著手於犯罪行為的實行，不成立本罪。

2、甲教唆乙殺丙的行為，可能成立教唆殺人未遂罪。

（1）舊法第二十九條第三項規定：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定為限。」即學說上所謂的「未遂教唆」；對此共犯從屬性原則的例外規定，更有部分學者認為係採取所謂共犯獨立性原則者。

（2）按教唆未遂與未遂教唆的義別在於，前者的正犯已經著手實行構成要件行為，後者之正犯則尚未著手實行。本題中，被教唆的乙尚未著手實行殺人行為，依舊法，甲成立教唆殺人未遂罪。（刑法第二十九條第一項、第三項；第二七一條第二項）

（3）惟2005年修正之新刑法，已刪除第二十九條第三項規定，立法理由謂，教唆犯如採共犯獨立性說之立場，實側重於處罰行為人之惡性，此與現行刑法以處罰犯罪行為為基本原則之立場有違，更不符合現代刑法思潮之共犯從屬原則。因此，若依據新刑法，甲不構成犯罪。

三、某甲首謀公然聚眾，意圖為強暴脅迫，受該管警察局解散命令五次，始行解散，試請論處某甲之罪責。

擬答：刑法第一四九條聚眾不解散罪之行為係「公然聚眾，意圖為強暴脅迫，已受該管公務員解散命令三次以上而仍不解散」之妨害秩序行為。行為人公然聚眾，並非一有聚集之現象，即構成本罪，而是必須經該管公務員下達解散命令三次以上，仍舊置之不理而不解散者，方足以成罪，而是必須經該公務員係指負有維持治安秩序之職責而有權發佈解散命令之公務員而言。公務員下達解散命令時，每次之間必須有相當之時段間隔，而非接續不斷地發佈，且命令群眾解散之意思表示亦應明確。

本題中，甲受該管警察局解散命令五次，始行解散，是否仍成立本罪，不無疑問，以下分列肯否二說：

肯定說：若以受解散命令三次而不解散，即應成立本罪，縱令受四次或更多次以上之命令終告解散，對於已經成立之本罪，亦不生任何影響。

否定說：本罪係妨害秩序之危險犯，群眾只是具有本罪之不法意圖而聚集一起，客觀上尚未有何不法行為，故如該管公務員，雖已下達三次之解散命令，但並未立即從事本罪之立法意旨而論，自宜不再論以本罪。

結論：實務見解採否定說（司法院（76）廳刑一定第1669號），刑法第一四九條之罪，係以受該管公務員解散命令三次以上而不解散為其構成要

件。所謂受解散命令三次以上不過是最低之限制，如於受四次或五次以上之解散命令而終於聽命解散者，即無論以本罪之餘地。蓋本罪之設，旨在維持秩序，參以該管公務員於下達解散命令三次以後，仍再命令解散，顯係考慮及人數擁擠，即行解散勢或不能及操之過急，反足釀成大變而忍讓相勸之情節，社會秩序既因解散而恢復，自無處罰之必要。

四、甲至某名牌鐘錶店，向店員要求看「勞力士」手錶一只，隨後又要求要另外一只的款式，正當店員轉身開櫃之際，甲抓起置於櫃檯上之「勞力士」金錶向外急奔，並逃逸無蹤。試問構成何罪？

擬答：某甲趁店員轉身之際，抓起置於櫃檯之金錶向外急奔，可能構成刑法第三二〇條第一項之竊盜既遂罪。

- 1、金錶為有財產價值之他人之動產，甲未得持有人之同意，將金錶取走乃破壞他人對該錶之持有關係，建立自己新的持有關係之法益侵害行為，惟其所為究係詐欺、竊盜或搶奪？茲分析如下：
- 2、刑法之詐欺罪係以施行詐術使人將物交付為其成立要件，而所謂交付，係指對於財物之處分而言，故詐欺罪之行為人，其取得財物，必須由於被詐欺人對於該財物之處分而來，否則被詐欺人提交財物，雖係由於行為人施用詐術之所致，但其提交既非處分之行為，則行為人因其對於該財物之支配力一時弛緩，乘機取得，即與詐欺罪應具之條件不符，故本例甲雖佯稱買錶，惟被害人並非將財產處分予甲，充其量僅為提交，故與詐欺罪不符合。
- 3 依我國實務見解，刑法上之搶奪罪，以乘人不備公然為之為其要件；而竊盜罪則為乘人不知秘密為之，故本例依題旨所示，乃係乘人不備公然為之，故係屬搶奪行為。
- 4、惟依學者多數見解，搶奪行為乃是對於被害人之身體施以不法腕力，使其不及抗拒而破壞與被害人有緊密持有關係之動產；至於竊盜行為，則係以和平手段破壞他人之持有關係，與公然、秘密無涉。故依題目所示，雖屬公然，但未對店員施以暴力而使其不及抗拒，故應屬竊盜行為。

五、甲偽造外交部之公印，並偽造護照，準備出售時被查獲。甲應負何罪責？

擬答：

- 1、我國實務上有關「偽造印章」與「偽造私文書」競合時認為係全部行為吸收一部行為之關係，而應論以偽造私文書罪即為已足，因為偽造私文書罪之法定刑較偽造印章罪為重，故論以偽造私文書罪並無不妥。
- 2、惟於「偽造公印罪」進而「偽造特種文書罪」時若依上述處理方式，僅論以偽造特種文書罪，因為偽造特種文書罪之法定刑較輕，致能否吸收較重之偽造公印罪，即有待商榷。
- 3、大法官釋字第八十二號解釋認為「偽造公印，刑法第二一八條既有獨立處罰之規定，且較刑法第二一二條之處罰為重，則於偽造刑法第二一二條之文書同時偽造公印者，即難僅論以該條之罪，而置刑法第二一八條處刑較重之罪於不問。本院院解字第三〇二〇號第三項解釋，於立法本旨並無違背，尚無變更必要。」而院解字三〇二〇號第三項解釋係以刑法第五五條牽連犯，從一重論處，故本例應論以偽造公印罪。
- 4、惟依此處理亦有爭議，蓋刑法第二一二條特種文書之減輕規定，立法上乃考量此類文書通常是為求職、通行等特殊場合始有使用之可能，而予以減輕，若上述釋字八十二號之處理，將使本條之立法目的架空，少有適用之可能。

六、甲行車超速撞傷他人，未將傷者送醫急救便駕車逃逸，致傷重不治死亡，請問甲之刑責？

解題提示一：因應九十四年一月七日新刑法之修正，刑法第十五條不純正不作為犯條文用語，已將原本『一定結果』改為『犯罪結果』。

(一)、「甲之事後逃逸行為可能構成刑法第二百七十一條第一項及刑法第十五條所指之不純正不作為殺人罪？」

1 按刑法第十五條第一項所指之『法律上有防止之義務』，通說均認此即為保證人地位之明文依據，乃不純正不作為犯成立要件之一，且係為規範性構成要件，其內涵有賴以理論評價後始得充實，詳言之，不作為之非價內涵，在組成上，除行為本身外，尚包括防止義務，此防止義務正為非價內涵中不可或缺之一部，無此防止義務，則不作為與作為，兩者無從等價。此等防止義務之上位內涵，依體系解釋，應考察同法第十五條第二項所指之『因自己之行為致有發生一定結果之危險者』，學理稱：『危險前行為理論』，該理論要旨在於：前行為既已製造法所不許的風險時，行為人就有控制降低或排除風險繼續升高為實害之義務或稱地位。保證人地位之實質內涵在此。

2 準此以言，甲將乙撞傷之行為，便是升高乙死亡風險之前行為，甲逃逸之不作為，無疑對前行為升高之風險放任升高，其放任之不作為自與積極殺人等價。

3 再者，構成要件故意之存否，專以對構成犯罪事實之預見可能性是否存在為斷，按行為人預見法益侵害之因果歷程，其發生並不違反其本意亦有刑法第十三條第二項未必故意之該當。

4 據上論結，甲之逃逸行為應成立刑法第二七一條第一項及第十五條。

(二)「甲之開車撞傷乙之行為，可能成立過失傷害罪？」

1 按刑法第十四條第一項所謂『行為人雖非故意但其情節應注意能注意而不注意者，為過失』，條文所謂：「應注意」即學理所謂「注意義務」，為規範性構成要件，其內涵有賴理論充實，從而依新過失理論，注意義務之實質內涵包括預見可能性與迴避可能性，就預見可能性以論，其預見之對象，考察同條第二項之規定，應以構成犯罪事實為本，包括可歸責之因果歷程事實，簡言之，行為人對製造法所不容許之風險，有無放任發生之預見可能性，而足以顯示漠視法益侵害之敵對心態。

3 基此，依題旨既甲從事動力車輛駕駛理應對行車所生風險有所控制，撞傷他人則足反映對開車行為升高之風險，甲有所預見且不加阻止，核甲所為構成刑法第十四條所指過失，並無不合。

5 小結：甲應成立刑法第二八四條過失傷害罪。

(三)「甲之逃逸行為不構成刑法上之遺棄罪」：

簡言之，通說見解均認刑法第二九三條之遺棄罪，其條文所指之『遺棄』專指『積極之棄置』，不包括『消極不予作為』，核甲之逃逸行為係不作為，與通說見解不符自無本罪相當。

(四) 競合：

甲之傷害行為及逃逸行為，雖侵害之客體同一，且所犯法益雖均為人格法益，主體相同但種類不同，(生命及身體)，故仍應解為認識上兩罪(殺人罪與過失傷害罪)，因不符評價上一罪及科刑上一罪之概念，故為科刑上兩罪，自應以刑法第五十一條數罪併罰處斷。

七、甲乙是鄰居，某日甲溜狗經乙家，為了報復乙老是給他錯誤明牌，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。甲打破門窗聲音正好驚動在旁持刀修剪花草之鄰居丙，丙欲探究竟，甲以為丙之持刀係來找碴，遂縱狗咬丙，致丙受傷，請問甲對丙之刑責為何？

解題提示一：因應九十四年一月七日新刑法之修正，刑法第十六條不知法律之錯誤已明示錯誤不可避免之條文依據及其法律效果。

民國九十四年一月七日公布之新刑法則規定為：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節，得減輕其刑」

擬答：

(一)、「甲縱狗咬丙之行為可能構成刑法上第二七七條之傷害罪？」

1 查刑法第十六條明定：「不得因不知法律而免除刑事責任」，核其條文所指『知法律』，通說咸認即指『不法意識』(或稱違法性認識)，乃規範性要件，其內涵有待理論充實，『不法意識』其所認識之對象原則應以規範為本，惟其認識之範圍應否包括『容許構成要件之事實』學理已生爭議，如為肯定，則一旦行為人不法意識對『容許構成要件之事實』認識上有所欠缺，其法律效果為何，因涉及不法意識與犯罪成立階層理論之變遷，學說有重大爭執，茲扼要分述如下：

1 「故意說」：此說立於古典三階層理論，依此說不法意識不過係有責性中故意成立要件之一，故意說即取此義，因之欠缺不法意識，其效果為故意不成立，從而責任不成立，詳言之，一旦行為人不法意識對『容許構成要件之事實』認識上有所欠缺，責任不成立，古典三階層理論現無人採，從而故意說亦不可採。

2 『二階層理論』：此理論以負面構成要件概念為本，簡化犯罪成立要件或階數，以「整體不法構成要件」為第一階，此理論之優點係：既可解決不法意識應否認識『容許構成要件之事實』之問題，又能明確以構成要件不該當阻其犯罪成立，在說理上一箭雙鵰，頗受學界重視，但此看法顯不為新刑法第十六條之立法理由所採用。

3 『罪責說』：此說以新古典三階層理論為本，故意有雙重機能，構成要件故意與不法意識各有所司，不法意識欠缺，本於規範責任論，又係規範要件，並非單純經驗事實之有無，因之，應考察其欠缺是否有正當理由可以避免，而按其情節，有責任上之不同，故新刑法第十六條明示：『除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節，得減輕其刑』其理在此。準此以言，一旦行為人不法意識對『容許構成要件之事實』認識上有所欠缺，則非單純責任不成立，而要依其情節論其欠缺認識可否避免，而定其責任，此說新法採之，拙見以為此說與通說見解若合符節，應以其為本。

4 準此以言，依題旨，甲以為丙之持刀係來找碴，遂縱狗咬丙之行為，客觀上並無『不法之侵害事實』，甲不法意識對正當防衛之要件事實認識有所欠缺，即學理所稱之誤想防衛，甲以為丙之持刀係來找碴事實，並非事出急迫，甲有足夠時間可供查證，自不宜冒然縱狗傷人，甲對正當防衛之要件事實認識欠缺，實有正當理由可以避免，按其情節，不得免除刑事責任，應論以刑法第二七七條傷害罪為當。

5 據上論結，甲縱狗傷丙之行為，應成立刑法第二七七條之傷害罪。

八、母親甲為哺乳方便，於就寢前將剛出生不久之嬰兒置於身旁，甲於熟睡翻身之際，乳房壓住乙之口鼻，致乙窒息死亡試問甲的可罰性？

解題提示：因應九十四年一月七日新刑法之修正，刑法第十九條增設第三項明示行為人因故意或過失自行招致之原因自由行為，具有可罰性。

(一)、查刑法第十九條第一項明文：「心神喪失人之行為，不罰」，條文所謂『心神喪失之行為』，為學理上之『行為與責任能力同時存在原則』之明文依據，惟心神喪失之狀態如係可歸責於行為人之故意過失所致者，則法無明文，此即學理上所謂之「原因自由行為」，故新刑法第三項增列規定為：「前兩項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」，此新法規定即係明文填補此漏洞。舊法時代因故意或過失自行招致之原因自由行為，欠缺明文，學理上遂以『心神喪失之行為』為本，對原因自由行為可罰之要否有以下數說，茲扼要述之如下：

- 1『例外說』：此說認為舊法第十九條所指之『心神喪失之行為』，確無明文規定，因行為人可歸責所致之心神喪失行為，是否具有可罰性，本於罪刑法定主義之派生原則，禁止類推創設可罰性要件，故在立法者修法前，原因自由行為應解為不罰。
- 2『間接正犯說』：此說略以為間接正犯不論係舊法與新法時代，均具備可罰性，在不法內涵上，雖在行為主體上與原因自由行為有所不同，但因同時具有雙行為構造則兩者一致，本於平等原則，可歸責之原因自由行為自應屬可罰。
- 3『前置理論』：此說強調原因自由行為之因果歷程，係行為人精心控制之因果歷程，行為人既有能力支配因果自應具有可罰性。
- 4『構成要件說』：此說略以原因自由行為，就不法行為之評價上，不過為雙階斷之整體不罰行為，且『行為與責任能力同時存在原則』並未要求『責任能力』應從行為伊始，始終存在，故責任能力僅須在原因階段存在，即與『行為與責任能力同時存在原則』無違，而無刑法第十九條之適用，其行為具可罰性。拙意以為此說可採。
- 5準上以言，『母親甲將嬰兒置於身旁致嬰兒死亡之行為』係製造法所不許之風險，甲為風險製造者理應控制風險免實現成實害，甲不予降低或排除任令風險實現，因果歷程客觀上可歸責，甲主觀上對因果歷程之事實具預見可能性，自屬刑法第十四條第一項所指之『應注意而不注意』，而應成立刑法上所指之過失，核其客觀致人於死之行為，不論係依新刑法第十九條第三項或依前揭『構成要件說』，其於原因階斷既有責任能力，縱其熟睡翻身行為時無責任能力且係過失行為所招，仍無刑法第十九條第一項不罰可資主張，實可斷言。
- 6據上論結，甲置嬰於身旁之行為應可成立刑法第二七六條過失致人於死罪。

九、甲為謀取甲父之高額保險金，竟與乙、丙三人共同謀議殺害生父甲，由丙負責提供兇槍，乙於甲父回家途中予以持槍殺害，請問甲、乙、丙之可罰性？
解題提示：因應九十四年一月七日新刑法之修正，刑法第二十八條條文所指之「實施」已改為「實行」。

(一)、『乙持槍殺害甲父之行為，可能構成刑法第二七一條第一項之殺人罪？』：

- 1查刑法第三十一條第二項明定：「因身份或特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係者，科以通常之刑。」，條文所謂「因身份或特定關係致刑有重輕或免除者」通說認係『不純正特別犯』之明文依據，簡言之，特定身份之有無，以此類犯罪而言，並非創設可罰之身份，僅係加減之身份，刑法第二七二條殺害直系血親尊親屬罪，無直系血親卑親屬身份者，僅係科以普通殺人罪之刑，並非不得成為殺人罪之正犯。
- 2準此以解，乙持槍殺害甲父之行為，乙縱無直系血親卑親屬之身份，亦不妨

- 其成立普通殺人罪之正犯。
- (二)、『甲為謀取甲父之高額保險金，竟與乙、丙三人共同謀議殺害生父甲，可能構成刑法第二十八條及第二七一條所指之殺人共同正犯？』：
- 1 查刑法第二十八條第一項明定：「兩人以上共同實施犯罪行為者，皆為正犯」，條文所謂「共同實施犯罪行為」係係規範性要件，其內涵有待理論充實，學說咸認，此係共同正犯之客觀要件，惟此要件事實，除行為外，仍否包括共同謀議之事實，大法官釋字第一〇九號解釋肯認『共同謀議之事實』，亦無礙於共同正犯客觀要件之充實，稱此共同正犯為「共謀共同正犯」，惟學說對此不能認同，其論理係本於「行為刑法」之理念，『共同謀議之事實』核其本質，係思想耳，共謀共同正犯若具可罰性，則豈非得處罰思想，「行為刑法」之理念豈不蕩然無存，背離現代刑法思潮莫此為甚，實務執意擴大正犯，難謂具有正當性，苟若不能就『共同謀議之事實』認其為正犯，其『共同謀議之事實』要非不能以教唆行為相繩，其處罰上並無漏洞可言，依刑法第二十九條第二項：「教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之」可以明瞭，惟依釋字第一八五號解釋所示：「大法官依憲法第八十七條所為之解釋，有拘束全國機關人民之效力」，本於此，大法官釋字第一〇九號縱有不當，在未予補充前，仍應以其為本。
 - 2 準此以言，甲與乙丙『共同謀議之事實』，應該當第二十八條所指之「共同實施犯罪行為」，甲可成立殺人之共謀共同正犯。
- (三)、『丙負責提供兇槍之行為，可能構成刑法第二十八條及第二七一條所指之殺人共同正犯？』：
- 1 查刑法第二十八條明定：「兩人以上共同實施犯罪行為者，皆為正犯」，條文所謂「實施」二字究其範圍為何，有無包括陰謀與預備行為，實務院字第二四〇四號解釋明示「實施」不以「實行」為限，包括陰謀與預備。惟新法則認預備與陰謀可罰性之承認，畢竟欠缺構成要件之定型，應為例外，共同預備正犯更為例外之例外，故將實施改為實行，限制擴大正犯範圍，惟在新法生效前，仍應本於院字第二四〇四號解釋及釋字第一〇九號解釋『以自己共同犯罪之意思，參與實施構成要件以外之行為』而肯認『共同預備行為』具可罰性。
 - 2 準上以言，丙負責提供兇槍之行為，可構成刑法第二十八條及第二七一條所指之殺人共同正犯。

十、甲擬殺A，某日深夜持槍侵入A宅，見A似熟睡中，乃朝A之頭部發射一槍後逃逸，惟A適於甲開槍前一刻鐘心臟病突發死亡。試問甲應負何刑責？

擬答：

- (一)、『甲朝A頭部槍擊之行為，可能構成刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪？』：
- 1 查刑法殺人罪其屬性為『結果犯』，其客觀構成要件向以『因果關係』有無定其是否該當，『因果關係』雖為不成文之構成要件要素，惟仍有其判斷標準，通說向以『客觀歸責理論』為其準據，『客觀歸責理論』之中心要旨係：因果事實之存否與該因果事實是否具有刑法上重要性，為不同層次之判斷，『因果事實是否具有刑法上重要性』稱之為『歸責判斷』，例如甲之死亡結果，就『因果事實之存否』，故與甲母之生育行為與乙之殺害行為有關聯，但此兩種條件，如進行『歸責判斷』，僅以乙之殺害行為為可解為『具有刑法上重要性之歸責原因』。『客觀歸責理論』既為判斷標準，其標準有二：
- (1)、「行為製造法律所不許之風險。」：

簡言之，行為人之『行為』常引發法益受侵害之風險，如其行為違反刑法之規範，相應其風險亦為法律所不容許，例如刑法定有禁止殺人之規範，如有殺人行為，則必生死亡之風險，死亡之風險相對於禁止殺人之規範而言，正為法所不許之風險。

(2)、「風險實現為實害。」：

『客觀歸責理論』之所以認為某行為可成為刑法上原因，或如前所言可成為『應被歸責之刑法上原因』，其關鍵點在於，行為人對『由其行為所引發風險』之態度，對『降低與排除風險者』，刑法不予歸責，就『積極促成或放任風險升高終釀成實害者』，刑法將予歸責，並令其成立因果關係，但因注意者係：如因果歷程進行中有第三人或被害人行為介入，則實害不得解為係行為人放任風險升高所致，學理稱此為『超越之因果』，從而因判定因果不成立。

- 2、準上以言，甲之槍擊 a 之行為，引發 a 死亡之風險，此風險為刑法第二七一條所不許，次就甲之對風險態度而言，依題示事實，甲對 a 死亡風險係『放任其升高至死亡產生。』，但關鍵在於 a 之死亡有來自被害人 a 心臟病發之原因介入，出現『超越之因果』，從而因判定槍擊行為與殺人之結果不具歸責性，不能該當刑法第二七一條第一項殺人既遂罪。
- 3、查『已著手於犯罪之實行而不遂者，為未遂犯』刑法第二十五條第一項定有明文，條文所稱之『著手』，係『規範性構成要件』，其具體標準待理論以充實，通說向以『印象理論』為本，該理論簡言之，係考察行為人犯意中之擬採取之「行為」，是否會令一般社會大眾產生危懼印象，如有此等危懼印象，該「行為」解為已著手，即係指構成要件行為已實行。如無，該「行為」解為尚在預備階段，除有特別規定，不罰。
- 4、準此以言，甲之槍擊 a 行為，確實已令一般社會大眾產生危懼印象，該「行為」解為已著手，即係指殺人罪之構成要件行為已經開始實行，依題示，雖 a 之死亡，不能歸責於甲，從而，a 之死亡對甲而言，係不遂，但仍應成立刑法第二七一條第二項殺人罪無疑。

