

# 刑法1100題經典題庫

朱源葆博士彙整

1、某甲於白晝侵入某乙住宅竊盜，當其爬圍牆進入，被某乙碰個正著，某甲即翻越圍牆逃逸，但某乙卻因此刺激，心臟病發身亡，問某甲之刑責如何？

答：（一）某甲意圖竊盜而爬圍牆侵入某乙之住宅，某甲觸犯刑法第三〇六條第一項之無故侵入住宅罪。

（二）某甲被某乙碰個正著，此時並未著手於竊盜行為此時並未著手於竊盜行為之實行，亦尚處預備階段，即翻越圍牆逃逸，刑法並不處罰竊盜預備犯，故不成立此罪。

（三）就在「相當因果關係」之觀點論，必須某甲之行為，足以引起某乙死亡，某甲始應認為過失致人於死罪之成立。而本案，某乙因見某甲翻越其家圍牆，受此刺激，心臟病突發身亡，此對某甲主觀上並無此認識，純屬意外，且某甲侵入住宅之行為，依一般客觀經驗之判斷，應不致引起乙死亡之結果，亦乙之心臟病突發死亡，與甲之侵入住宅行為，並無相當因果關係，故甲不構成過失致人於死罪之罪責。

處斷：某甲成立刑法第三〇六條之無故侵入住宅罪。本罪須告訴乃論。

2、迅雷小組警員甲駕駛巡邏車時，不慎撞倒某乙，致某乙受傷倒地昏迷不醒。某甲停車發現某乙受傷，駕車離去。嗣後某乙為人所救未死，問甲之刑責如何？

答：（一）迅雷小組甲警駕駛巡邏車時，不慎撞傷某乙，則應負過失之責任，而刑法第二八四條第二項之業務，應從廣義解釋，包括公務在內，故應負刑法第二八四條第二項從事業務之人因業務上過失之傷害罪。

（二）再者某乙受傷倒地昏迷不醒，則屬於無自救力之人，刑法第十五條即明定：「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相同」，某甲具有「保證人」地位，即負有保護、救治受傷者之義務，其應保護，而不為必要之保護駕車離去，即係不作為犯，顯然甲警認為某乙已昏迷不醒，對其犯罪無人知悉，與其救治某

乙，不如將其遺棄，對己有利，是乃以遺棄無自救力之人，嗣後某乙雖為人所救幸未死，甲仍論以刑法第二九四條第一項之違背義務遺棄罪。

(三) 甲警先後對於某乙構成業務過失傷害與違背義務遺棄罪，雖係對同一被害人為之，卻係二行為，依刑法第五十條之例，此二罪仍應併罰之。

3、甲乙二人都是飆車團體的成員。某日，甲邀乙一同去飆車。二人在公路上狂奔如電，乙突然在一個急轉彎，煞車不及，撞上大樹死亡。檢察官以過失致死罪，將甲提起公訴。問：起訴有理由嗎？

答：(一) 甲、乙二人都是飆車團體成員，甲邀乙一同去飆車，刑法上認為是種「參與他人故意的自我危險行為」，乙飆車時突然在一個急轉彎，煞車不及，撞上大樹死亡，檢察官以過失致死罪，將甲提起公訴，乃基於相當因果關係說。甲邀約乙飆車，乙失控死亡，在檢討平價上因果關係，此邀約飆車就是過失死亡的相當條件，有其相當理由。

(二) 惟單純以「相當因果關係理論」只得檢討評價，一般因果關係，並不足以解釋「參與他人故意的自我危險行為」，有賴進一步精緻化「客觀歸咎(責)理論」再檢討評價此一因果關係。在刑法基本上不對別人所引發的結果負責，如「參與他人故意的自我危險行為」，參與人可以自由決定危險行為與否，如題示乙知道飆車的危險性，可以自由意願決定是否參與飆車的危險行為，自行如何飆車，過失致死構成要件效力範疇上，不可歸咎於「參與他人故意的自我危險行為」。

處斷：依照「客觀歸咎(責)理論」，「參與他人故意的自我危險行為」，行為人雖製造不被容許的危險，亦引發了結果，這種危險與結果的關連，並不在構成要件的效力範圍內。亦本案某甲並不負過失致死罪責。

4、甲婦疑乙女與夫丙男有染，意圖殺之，煮麵一碗暗中下劇毒，置於桌上，換乙女食用。乙女性多疑，將麵轉給甲婦之夫丙男食用，甲婦怕被識破不敢阻擋，至丙男食當即斃命，問甲婦與乙女之刑責，其刑事責任條件如何？

答：(一) 甲婦之刑事責任：

1. 甲婦明知麵中有劇毒，食之將斃命，乃喚乙女食用，對乙女係殺人之直

接故意，雖乙女未食而未遂，仍應負殺人未遂罪責。

2. 甲婦遇見乙女將麵轉給丙食用，雖在場知悉，怕被識破不敢阻擋，有未必不作為之殺害故意。蓋因甲婦知麵有劇毒，目睹丙男食用，雖預見丙男食後有可能中毒身死之結果，但怕被識破不敢阻擋，致丙男食之即斃命，亦在所不惜，而對此結果縱然發生，亦不違背其本意，以未必故意消極行為構成殺人罪責。

處斷：以上兩行為犯意各別，甲婦應負殺人未遂罪與殺人既遂罪，刑法第五十條之例，兩罪併合處罰。

(二) 乙女之刑事責任：

乙女疑麵有毒，而給予丙男食用斃命，應負殺人既遂責任。縱然不確知有毒，但食之可能發生死亡之結果，而不違背其本意，應屬殺人之間接故意，仍難辭殺人既遂之罪。

- 5、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。甲誤B為，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？

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。

6. 警員某甲奉命緝捕強盜，正向有強盜嫌疑之某乙盤問，因見乙伸手撈衣，疑為取槍，為自衛計急發槍射擊，乙當場中彈身死，事後始發現乙並未攜帶槍械，並無抗

拒意思，問甲之責任如何？

答：依題示案情，警員甲見強嫌乙伸手撈衣，疑其取槍拒捕，為自衛計開槍殺死乙，事後始發現乙並未攜帶槍械，亦無抗拒意思，茲分析警員甲之刑責。

- (一) 既然當時乙未對甲有不法之侵害，則甲之防衛權根本無從成立，自無防衛行為過當之可言。
- (二) 警員甲見乙伸手撈衣，疑其取槍，誤為具有正當防衛權，向其攻擊，為誤想防衛，其行為欠缺違法性，依通說難認有犯罪之故意，故不成立刑法第二七一條第一項故意殺人罪。
- (三) 依本例，甲之錯誤，有違背「應注意，能注意而不注意」之注意義務，則構成刑法第二七六條第一項過失致人於死罪。

7. 甲擺設流動攤販遭警取締，甲不服，以磅秤擊警成傷，路人乙見狀，欲幫警抓甲，亦遭甲以磅秤擊傷倒地；假趁機跑至僻巷躲藏，適有精神病患丙路過，見甲在巷內，即瘋狂向其揮拳攻擊，又遭甲以磅秤擊倒。請問：甲對擊警行為、擊乙行為及擊丙行為，各可否主張正當防衛？為何？

答：刑法正當防衛之規定，為第二十三條：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為」，甲之各種行為是否可主張正當防衛，茲分析如下：

(一) 甲之擊警行為，不得主張正當防衛。

理由：正當防衛乃被動之行為，須有「不法之侵害」存在為前提。對於合法之侵害，自不得行使防衛權。因之，甲擺設流動攤販，警察依法予以取締，其間並無任何「不法之侵害」，甲自不得行使正當防衛，其不服，以磅秤擊警成傷，實成立刑法第一三五條事中妨害公務罪。

(二) 甲之擊乙行為，亦不得主張正當防衛。

理由：甲以磅秤擊執勤警員成傷，甲實為妨害公務之現行犯。路人乙見狀，欲幫警抓甲，此乃刑事訴訟法第八十八條第一項：「現行犯，不問任何人得逕行逮捕之。」為依法令之行為，對於乙合法之侵害，甲自不得行使正當防衛，其以磅秤擊傷乙倒地，自應負傷害之罪責。

(三) 甲反擊精神病患丙，可主張正當防衛。

理由：不法侵害係客觀存在之事實，與加害人主觀之責任要件無關，故甲對於無責任能力之人-精神病患丙之不法侵害-瘋狂向其揮拳攻擊，自可主張正當防衛，否則被害人在緊急危害臨頭之時，猶預先審度加害人有無責任能力，實悖乎情理。

8. 請分析以下行為，究係處預備階段、未遂、抑是既遂。

- (一) 某甲有收集煙灰皿之癖好，某日到某餐廳用餐，意圖據為己有，將擺在桌上之煙灰皿放進口袋裡，卻被服務生所發現。
- (二) 某乙欲強制性交A女，強脫去A女衣物時，發現A女月信期間，致其慾念全消，無法達成姦淫之目的。
- (三) 某丙欲行竊爬窗進入B宅，忽聞狗吠聲，以為行藏敗露，迅即逃逸。

- 答：(一) 1. 煙灰皿為餐館所有物，雖係擺在桌上供客人使用，但仍處餐館支配力下，某甲意圖為自己不法之所有，將擺在桌上之煙灰皿，放進口袋中，故應構成刑法第三二〇條第一項之普通竊盜罪。
2. 竊盜罪既遂與未遂之區別，應以所竊之物已否移入行為人權利支配之下為標準。某甲既已將其所竊之煙灰皿放入自己口袋，即所竊之物已即移入其支配之下，其著手於竊盜行為之實行已完成，因此，某甲雖尚未離開餐館，即被服務生發現，亦應以竊盜既遂論。
- (二) 1. 某乙欲強制性交女，強脫A女之衣物，此已著手於強制性交行為之實施，因其屬於強制性交之必要行為，且與構成要件行為密切接近（強制性交罪的構成要件，是對於婦女強暴、脅迫……，強脫丙女之衣物，即已著手強制性交），故乙實已著手於刑法第二二一條第一項之強制性交罪。
2. 乙強脫去A女之衣物後，發現A女月經來臨，使其慾念全消，以致無法達成性交之目的，乃係性神經受外界之影響，不能隨意控制，因此乙慾念全消，至無法達成強制性交之目的，非係出於自願故不是中止未遂，而是障礙未遂。
3. 某乙成立刑法第二二一條第二項之強制性交未遂罪。
- (三) 1. 某丙欲行竊，爬窗進入B宅，僅著手刑法第三二一條，加重竊盜罪之加重行為，尚未著手於竊盜行為之實行，忽聞狗吠聲，以為行藏敗露，

迅即逃逸，此時應尚處竊盜行為預備階段，而竊盜罪並無處罰預備犯之規定，故不成立此罪，唯已爬入B宅，應成立刑法第三〇六條無故侵入住宅罪。

9. 甲擬殺丙，乃向其知情友人乙借用武士刀一把，前往丙宅，適丙於門前散步，遂將丙砍殺數刀，致丙倒臥血泊中，不省人事。乙將武士刀界與甲後，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、乙各應具何刑責？

答：（一）甲之刑責：甲擬殺丙，足見甲有殺丙之故意，乃向其知情友人乙借用武士刀一把，前往丙宅，是丙於門前散步，遂將丙砍殺數刀，致丙倒臥血泊中，不省人事，甲已著手實行終了殺丙之行為，只是丙倖而未死，為既了未遂。又丙之所以倖而未死，乃因乙之救助，就甲之犯行，乃因外界阻力，係人為障礙，致未能發生預期殺丙之結果，是外界障礙未遂。刑法第二十五條第一項：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。」，甲之犯行即是；至於幫助犯乙係因己意中止其犯行，其效力並不能及於甲，甲仍為障礙未遂犯，而非中止犯。

處斷：甲依刑法第二七一條第二項殺人未遂犯處斷。

（二）乙之刑責：乙知甲擬殺丙，仍借甲武士刀一把幫甲犯行，甲用之殺丙，乙成立刑法第三十條幫助犯，怠無置疑。惟乙將武士刀界與甲後，甚感後悔，乃暗中尾隨在後，見丙被甲殺後昏迷在地，遂急忙將其護送醫院急救，丙因乙有效之防止倖而未死，致未發生殺人之結果，乙即屬幫助殺人之中止犯。

處斷：乙依刑法第二七一條第二項幫助殺人之中止犯處斷。

10. 甲、乙於某日共往丙家行竊，而以取回寄託物為詞，邀同不知情丁為助，到達時，矚丁在門外等候，甲、乙入宅，甲趁丙午睡，竊得衣箱兩隻，出與丁分攜先行，至甲家始述實情，並以竊得之毛衣一件增丁為酬，乙甫竊得機車一部，丙已驚覺，起而揪扭，經乙奮力將丙推倒，乘機逸去，問甲乙丁之刑責如何？

答：(一) 甲之刑責：

甲與乙日間侵入丙宅，竊得衣箱兩隻，即出與丁分攜而行，甲成立刑法第三〇六條無故侵入住宅罪，依第三〇八條本罪為告訴乃論，其竊盜行為依第三二〇條竊盜罪論處，二罪有方法與結果之關係，依刑法第五十五條後段牽連犯，從一重罪竊盜罪論處。至於乙向丙行強部分，因甲無犯意聯絡，則不負此刑責，至於將竊得之毛衣贈丁為酬，為竊盜處分贓物之行為，不另成立贓物罪。

(二) 乙之刑責：

乙甫竊得機車一部，已竊盜既遂，卻因丙已驚覺，起而揪扭，經乙奮力將丙推倒，顯已觸犯刑法第三二九條：「竊盜或強奪，因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證而當場施以強暴脅迫者，以強盜罪論。」之準強盜罪。

(三) 丁之刑責：

丁因與甲、乙之共謀行竊行為，並無犯意聯絡，自不負甲、乙之罪責，惟事後知實情，竟收受甲所竊得之贓物-毛衣一件，顯應負刑法第三四九條第一項普通贓物罪之刑責。

11. 甲已成年，教唆未滿十四歲人乙，與甫滿十七歲人丙，共同於日間侵入他人之住宅行竊。應如何適用法律處斷？

答：(一) 甲與丙為刑法第三二〇條第一項普通竊盜罪之共同正犯。

1. 良以，甲教唆乙、丙行竊後，復進而參與犯罪之實施，實施行為吸收教唆行為，故應論以共同正犯，而非教唆犯。
2. 共犯須均具有責任能力，乙未滿十四歲，甲與之共同行雖竊，不能認為共犯，丙甫滿十七歲，為限制責任能力人，與甲同為共同正犯。
3. 甲雖與乙、丙三人日間侵入他人之住宅行竊，但並不適用第三二一條第一項第四款：「結夥三人以上而犯之者。」之加重竊盜罪，因上款「所稱結夥三人，係以結夥全體俱有責任能力及有犯意之人為構成要件，若其中一人係缺乏責任能力，或責任要件之人，則雖有加入實施之行為，仍不得算入結夥三人之內。」，由於乙為無責任能力之人，未能計入結夥三人之數，因之只適用第三二〇條第一項普通竊盜罪。」

4. 由於甲、乙、丙共同於日間侵入他人住宅行竊，刑法第三〇六條侵入住居罪，與刑法第三二〇條普通竊盜罪，兩行為間有方法與結果之牽連關係，依刑法第五十五條後段牽連犯之規定，仍從竊盜罪處罰。

(二) 乙雖與甲、丙共同行竊，惟其未滿十四歲，為無責任能力人，依刑法第十八條第一項之規定，不罰。依第八十六條第一項規定，得令入感化教育處所，施以感化教育之保安處分。

(三) 丙與甲皆為刑法第三二〇條第一項普通罪之共同正犯，其適法要件，已如(一)項所述。惟丙甫滿十七歲，為限制行為能力人，依第十八條第二項之規定，得減輕其刑。依第八十六項第二項之規定，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之保安處分。

12. 某甲前經法院判處有期徒刑二月，緩刑三年，緩刑期滿後，又偽造乙之告貸函一件，持往乙之好友丙處，詭稱乙需款孔急，矚其前來取款應急，被丙察破，當場將甲扭住，甲為脫免逮捕，將丙擊倒成傷。問甲之行為如何處斷？可否依累犯規定加重其刑？倘甲受徒刑之宣告，可否撤銷其前此之緩刑？

答：(一) 甲行使偽造私文書的高度行為吸收偽造私文書的低度行為，採吸收關係，論處行使偽造私文書罪。

(二) 甲既犯行使偽造私文書罪與詐欺取財未遂罪有牽連關係，依牽連犯之例從一重行使偽造私文書罪處斷。

(三) 甲另行起意犯傷害罪，與行使偽造私文書罪，依刑法第五十條之例，併合處罰之。

(四) 甲前罪緩刑期滿後，又犯行使偽造私文書罪及傷害罪，不符刑法第七十五條緩刑宣告之撤銷，緩刑期內更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告之要件。然符合刑法第七十六條緩刑之效力，其刑之宣告失其效力，須兼備二要件：1. 緩刑期滿；2. 緩刑期內緩刑之宣告未經裁定撤銷。因此，即使甲受徒刑的宣告，亦無須撤銷其前之緩刑。

(五) 甲前罪宣告緩刑既未經在監執行，且因符合刑法第七十六條緩刑之效力，其刑之宣告失其效力，故不可依刑法第四十七條累犯之規定加重其刑。

13. 行使偽造文書詐欺，與行使有詐欺之吸收與牽連關係被告偽造文書，以之向他人詐得財物後，復另行起意，偽造有價證券而行使之。應如何適用法律處斷？

答：（一）依題旨，被告偽造文書而後行使，本屬觸犯刑法第二一〇條之偽造文書與第二一六條行使偽造文書罪，唯依最高法院主張，「偽造」之低度行為自為「行使」之最高行所吸收，只成立行使偽造文書罪。以之向人詐得財物，復觸犯刑法第三三九條意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人之物交付之普通詐欺罪責，因兩罪兼有方法與結果之牽連關係，依刑法第五十五條後段之規定，從一重行使偽造私文書罪處斷。

（二）被告復另行起意，偽造有價證券而行使之，則其行使行為，原含有詐欺成分，於行使罪外，不另成立詐欺罪。復依最高法院主張：「偽造有價證券而復行使，偽造之刑叫行使為重，按照低度行為吸收於高度行為之原則，其行使行為當吸收於偽造行為之中，自應專依偽造法條論斷。」即應依刑法第二〇一條第一項偽造有價證券罪論斷。

（三）處斷：綜合上述，法院應就刑法第二一六條行使偽造私文書罪與第二〇一條偽造有價證券罪，分別宣告其罪之刑，依刑法第五十條數罪併罰之規定，兩罪合併處罰之。

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

答：（一）甲有二個傷害行為：甲以木棍將乙毆成輕傷，為一個傷害行為。丙見狀過來勸架，甲怒氣未消，把丙毆成輕傷，又是一個傷害行為。

（二）不成立連續犯：連續犯係以一概括之犯意，即行為人於實施犯罪之初，其主觀上自始即有一預定之計畫，然後就此計畫之範圍內反覆實施犯罪行為。本提示甲毆乙時，毆丙並未在其概括犯意內，是因丙來勸架。臨時起意，再將丙毆成輕傷，因之，不成立連續犯。

（三）處斷：從以上（一）（二）項之分析，可知甲毆傷乙，再另行起意，把丙毆成輕傷，為兩犯意兩行為，觸犯兩個刑法第二七七條第一項傷害罪，依刑法第五十五條之規定，兩罪併罰之。

15. 甲教唆乙殺丙，乙向丁借用兇刀，丁明知乙借刀殺丙，仍願持刀借予，乙持刀下手實施時，因丙呼救，鄰右戊聞聲而至，乙竟將丙、戊一併殺死。問甲、乙、丁三人各應負何項刑責？

答：（一）甲之刑責：

甲教唆乙殺丙，且乙亦因甲之教唆而實施殺人行為，甲自應負教唆殺人之罪責，依其所教唆之罪（殺人罪）之刑責處罰之。（刑法第二十九條第一項）。惟乙竟將丙殺死教唆犯只就其教唆範圍負教唆罪責，若被教唆人於教唆範圍更實施其他犯罪行為者，教唆者自不負教唆刑責。因之，題示甲教唆乙殺丙，乙竟將丙殺死，甲當負教唆殺丙一個教唆殺人罪。至於乙又自行起意殺戊，並非在甲教唆範圍，假自不負教唆殺戊之罪。

（二）乙之刑責：

乙殺丙之際，因丙呼救，鄰戊聞生而至，又自行臨時起意，一併將其殺死（非基於概括之犯意，不適用連續犯之規定），因犯意各別，應依照刑法第五十條之規定兩個殺人罪併合處罰，分別宣告其刑，定應執行之刑。

（三）丁之刑責：

1. 幫助他人犯罪者，為從犯。題示，丁明知乙借刀為殺丙，仍願將刀借予，幫助乙犯罪，為從犯，依殺人罪之從犯處罰之依照刑法第三十條第二項規定：「從犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。」
2. 另者，兇刀，依刑法第三十八條第二項供犯罪之所用物，應予沒收。

16. 甲、乙、丙均為現職警員，甲因細故，利用執勤佩有槍、彈之際，槍殺欲接班之乙，復事續槍殺前來奪槍之丙後，攜凶槍向分局長自首。問（一）甲是否構成刑法第一三四條之不純正瀆職罪？（二）是否自首有效力？

答：（一）甲雖是現職員警，具有公務員身份，然而係因與乙之間私人細故而殺之，其殺其奪槍之丙，不過使用警械為工具，與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瀆職罪章以外之罪不純正瀆職罪截然不同，自係因普通鬥毆而殺人，無適用該條加重處罰之規定。

(二) 假連續殺死乙、丙，連續犯為裁判上一罪，不可分割。甲殺乙，丙警發覺，復又被甲警連續槍殺，如甲就殺丙之部分事實自首而又受裁判，基於無法分割之裁判之關係，仍應依自首規定減輕其刑。

結論：甲成立刑法第二七一調連續殺人罪，唯符合刑法第六十一條自首減刑罪。

17. 某卡車司機甲駕駛撞及路人乙重傷倒地，乃加速逃逸，經路過機車騎士追趕，始返回車禍現場，警察丁趕到現場，僅告有人報案稱有車禍，尚不知肇事司機為何人，乃當場大聲喊叫：「司機是誰？」甲立即回答：「是我」，並將駕駛執照交付警察丁處理，問：(一) 甲成立何罪責？(二) 甲是否符合刑法第六十二條自首之要件？

答：(一) 1. 甲為卡車司機，係從事業務之人，因駕駛過失致撞及路人乙重傷倒地，甲成立刑法第二八四條第二項業務過失重傷罪。

2. 依照道路交通管理處罰條例第六十二條第二項規定，被害人乙因被撞傷重傷倒地，已經無自救力之人，甲有救護防止危害發生之義務，即具有「保證人」之地位，甲竟加速逃逸，應構成刑法第二九四條第一項違背義務遺棄罪。惟八十八年四月刑法增訂第一八五條之四「駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者」之肇事逃逸罪，為本行為之特別規定，應優先適用，且是過失行為，發生後，為規避責任，而另行起意之另一行為。

3. 甲之罪責：甲成立刑法第二八四條第二項業務過失罪與第一八五條之四之肇事逃逸罪，兩罪併罰。

(二) 甲符合自首要件：

警察丁趕到車禍現場，僅告有人報案稱有車禍，尚不知肇事司機為何人，其犯罪尚未經發覺，該司機甲於其犯罪未經發覺之前，告知處理現場之警員其為司機，即無異告知其發生車禍致人於死傷之犯罪事實，並

接受裁判，核與自首之要件相符，應認為合法之自首。

18、設甲於民國六十一年二月間犯詐欺罪，經法院判處有期徒刑六月，於六十二年四月一日執行完畢。出獄後，復於六十三年七月間犯竊盜罪。司法警察官偵察時，又發覺甲於六十年七月間另犯偽造文書罪，仍予一併報告檢察官偵查起訴。問法院應為如何之處斷。

答：（一）依題意，某甲於民國六十一年二月間犯詐欺罪，經法院判處有期徒刑六個月，於六十二年四月一日執行完畢。出獄後，復於六十三年七月間犯竊盜罪，依刑法第四十七條之規定：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」。因之，某甲適用累犯之規定，依刑法第三二〇條竊盜罪加重其本刑至二分之一。

（二）另者，某甲於六十年七月間另犯偽造文書罪，係在裁判確定前所犯，追訴時效未超過，成立刑法第二一〇條偽造文書，所犯係詐欺罪受徒刑執行之刑，並無累犯之適用。

（三）處斷：法院應依五十條數罪併罰之例，就某甲為竊盜罪之累犯暨偽造私文書罪兩罪，分別宣告其刑，定其應執行之刑。

19、甲、乙、丙、丁結夥行竊，於夜間侵入某公寓，分頭竊取一、二、三、四層住戶之財物。事後分贓，甲乙與丙丁發生爭執，雙方互毆，各受輕傷，問應如何處斷？

答：（一）依照案情所示甲、乙、丙、丁四人均為竊盜罪之共同正犯，蓋甲、乙、丙、丁四人結夥夜間侵入公寓行竊，當然事先有犯意之聯絡，其後於行竊時，四人以一個意思決定，同時同地分頭竊取一、二、三、四層住戶之財物，但均為整個竊盜行為之分擔，仍係依竊盜行為，雖侵害四層公寓住戶之財產法益，發生犯罪四個竊盜犯罪事實結果，此實為同種的想像數罪，依刑法第五十五條：「一行為而觸犯數罪名……從一重處斷」，亦即甲、乙、丙、丁四人均觸犯刑法第三二一第一項第一款、第二款結夥三人以

上夜間侵入住宅竊盜之加重竊盜罪。

- (二) 另者，甲、乙與丙、丁事後分贓，雙方發生爭執互毆，各受清重傷，各犯刑法第二七七條之傷害罪，惟本罪屬告訴乃論罪，若雙方有人提出告訴，則四人均犯加重竊盜與傷害二罪，法院自應循刑法第五十條「數罪併罰」之例，分別宣告其刑，定其應執行之刑。

20. 七十四年三月一日，乙在馬路上騎自行車，不慎將甲撞倒，甲僅受輕傷，此時適丙駕駛汽車路過該地，因煞車不靈，竟將碾斃，問乙、丙各犯何罪？試申論之。

答：(一) 乙之刑責：

1. 乙騎自行車，不慎將甲撞倒，至甲受輕傷，竟被丙駕車碾斃，無論從「相當因果關係說」，即乙騎自行車不慎將甲撞倒，他不能預見甲會被丙車碾斃，純屬偶然的意外（主關說），且此情並非乙與通常人所可認識的情況（客觀說），或者是條件理由「由於偶然而引發結果的條件，不是刑法意義上原因」，故乙撞倒甲之行為，與甲之死之間並沒有相當因果關係，或者是從「因果的中斷」而言，因乙之撞倒甲之行為，致甲受輕傷之結果，因丙之駕車將甲碾斃，原有的因果關係就中斷，亦即不能再認為乙撞倒甲致甲輕傷，與爾後甲之死亡有因果關係；或者是從「客觀歸咎理論」檢討，結果與危險行為的關連，如果只是偶然，不能將結果歸責此危險的行為。因此，乙觸犯刑法第二八四條第一項過失傷害罪。
2. 而本罪為告訴乃論之罪，依刑法第二三三條第二項規定：「被害人已死亡者，得由配偶、直系血親、三親等內之旁係血親，二親等內之姻親或家長、家屬告訴。」

(二) 丙之刑責：

甲之死亡，顯係丙駕車煞車不靈將其碾斃所致，自有相當之因果關係，則丙應負刑法第二七六條：「因過失致人於死者」之過失致死罪責。如果丙係從事司機，則係觸犯同條第二項：「從事業務人，因業務上之過失犯前項之罪者」之業務上過失致人於死罪之刑責。

## 21. 何謂原因自由行為？

答：

1原因行為與後果之間的連絡關係，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，方可構成。

2刑法第十九條第三項規定因故意或過失自行招致者，不適用減輕其刑。例如：甲欲殺乙，為壯其膽，喝了一瓶酒，等乙歸來，甲於酩酊之際，亂砍下班歸來之乙，致乙當場死亡。

31. 結論：原因自由行為之行為人與自使欠缺責任之人不可一概而論，前者在原因階段為一完全責任能力得人，後者則否。

2. 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、間接正犯說，均以可罰為結論。

## 22、試說明下列各種情形，可否適用台灣之刑法？

答：

]1^t我國人民甲，在美國加州，將英國人A打成輕傷。

]2^t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下有期徒刑，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。

## 23、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：

- 1與除罪化趨勢發生衝突。
- 2違反刑法最後手段性。
- 3可能違反刑法基礎罪責原則。

2利處：

- 1處罰實害犯之預備或未遂，刑法保護能嫌不足。
- 2無法描述行為的侵害結果，更不能坐視結果發生。
- 3行為人責任難以認定。
- 4掌握未升時害的僥倖危險行為。
- 5危險防禦作用。

24、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。

25、試說明可罰的違法性理論？

答：意義：日常生活上，不少反覆被人們實施的構成要件該當的行為，行為人自己多無違法的意識，社會大眾也不指斥為違法，此類行為若均以刑法干涉，刑事司法體系必無法承受。例如：公家的筆帶回家用、不告而取他人的紙張，以上構成要件都該當，但司法體系能承受這些龐大的負擔嗎？有一種看法，認為違法性可依程度分可罰與不可罰，刑罰的發動是針對可罰的危險性的行為。

效用：

- 1理論面：上此項理論，對於現行刑法的犯罪體系，得發生調和的效果。
- 2實踐面：使法院判決與社會通念，得發生共鳴的效果。
- 3訴訟面：對於檢察官所提之公訴欠缺妥當性時，得發生救濟的果。

26、互毆可以主張正當防衛嗎？

答：所為正當防衛是指在不法之侵害，在無法立即獲得公權力保護之危險情狀下，基於人類自為本能，主觀上自為客觀必要之防衛，規定於我國刑法第二十三條。互毆行為，乃基於當事人雙方互相侵害之意思，而非正當防衛意思；是故，爭議點應在於此才是：

1若雙方皆為欲置對方死傷之犯意，完全欠缺防衛意思，則不可主張正當防衛。

2反之，若一方基於對方之無故滋事而為之反擊，能屬基於現在不法之侵害所為之自我防衛行為，不論其出手先後，能應可主張正當防衛，方為妥適。

目前實務上之認定，若能證明對方先出手，方可主張正當防衛，似非妥當。

## 27、何謂誤想正當防衛？

答：〈一〉誤想正當防衛，即行為人所面臨者，並無現在不法之侵害，而誤認為有此侵害，而實施反擊之防衛行為，謂之誤想防衛。

〈二〉各學說之認定如下：

1構成要件錯誤說：容許構成要件錯誤乃指行為人對於阻卻違法事由之實體要件錯誤，亦即行為人誤認有足以阻卻違法之情狀存在，而為阻卻違法之行為。

2責任說：誤認有阻卻違法事由存在，係禁止錯誤之一種，依罪責理論行為人欠缺不法意識，不影響故意之成立，只影響罪責。

3二階理論：行為人在主觀不法要件上，雖基於故意為之；惟此故意乃基於防衛意思下，故此故意將被排除。行為人客觀不法要件上，不但該當攻擊法益行為，而且該攻擊乃在無防衛情狀下為之，是故客觀要件不能阻卻之。是故，行為人該次不法行為阻卻故意，僅能考慮過失。

28、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。

## 29、犯罪之著手，究應如何判斷？

〈一〉形式客觀說：行為人實行構成要件之內容時，亦即該當基本構成要件之行為，此亦行為之開始，即為著手。惟，此觀點過於嚴苛！

〈二〉主觀說：認為行為人依其犯意即計畫，認為其行為已開始為犯罪之實行可依遵循。此觀點並無客觀標準，

〈三〉主、客觀混合說：認為客觀說與主觀說並非兩不相容，實可以互相印證，即若有密切接近於構成要件之行為即足以表明其犯行之確實性及遂行性。：

## 30、障礙未遂與不能未遂的區分理論？

答：舊客觀理論：依據事後判斷而將不能發生結果之情形，依因果又可分為兩種，絕對不能與相對不能。

1絕對不能因毫無客觀之危險性，故為不能未遂。

2相對不能因有客觀之危險性，故為障礙未遂。

新客觀未遂論：著種具體行為時客觀之危險，而依具體危險之有無，以認定其是否為不能未遂犯，若有具體危險即為障礙未遂，反之為不能未遂。

印象理論：行為人主觀上若有犯意且已著手，即已進入未遂，而不應在乎是否發生結果，易言之，即有惡性著手就該罰。

## 31、把風是共同正犯或從犯？

答：〈一〉客觀說：本說是以法定不法構成要件為基礎，純就構成要件該當行為之客觀面而區分，而不顧及行為人之主觀意思，只要實施構成要件之行為主體為正犯，反之為從犯。依本說把風是從犯。

〈二〉主觀說：本說認為正犯與共犯之分界，應以行為人內在之主觀心態，作為區分依據，正犯是當作自己之犯罪，從犯是當作幫別人實行之犯罪。依本說把風是正犯。

〈三〉實務界之綜合審查說：以自己犯罪之意思，參與構成要件之行為者為正犯。以幫助他人犯罪之意思，而參與構成要件之行為者為正犯。以幫助他人之犯罪之意思，而參與構成要件以外之行為者為從犯。以自己犯罪之意思，實施構成要件以外之行為者為正犯。依此說把風為正犯。

犯罪支配論：此說認為依目的實現意思而為之目的行為支配為正犯之特徵，從而倘

可認為對行為為之配者為正犯，否則為從犯。依此說把風之人為犯罪成功與否的關鍵人物，是故把風為正犯。

### 32、間接正犯與正犯後正犯之差異性試舉例之？

答：

1被利用人為完全直接正犯，利用人則非教唆犯，而為直接正犯後之間接正犯，簡稱正犯後正犯。

2理論上，間接正犯之利用行為，被利用的行為工具通常僅被支配利用而不成罪，甚至有些被利用者還會成為兼接正犯所支配之犯行的被害人，然而少數例外，被利用者之行為卻可能具備故意犯罪之所有要素，而非單純工具，此時幕後之利用者仍有可能成立間接正犯，此即學說上所謂的政犯後正犯。

3例如：效忠於情報局局長A，下令手下B、C殺害海外異議人士丙，案例中B、C是殺人之直接正犯，A則係由其組織之權力結構，操控整個犯罪過程，故A係組織支配，應論以殺人罪之間接正犯，而非教唆犯。

### 33、甲教唆乙殺死甲父，甲、乙刑責為何？

答：

1原則上甲、乙應成立殺人罪之教唆犯和正犯，惟，甲因具有直系血親卑親屬之資格，故應就其教唆殺害直系血親尊親屬之行為，適用殺害直系血親尊親屬罪之規定。

2惟若依刑法三十一條第二項之規定，則甲為殺害直系血親尊親屬罪之教唆犯，乙則應為同罪之正犯，不過，乙與甲父間因非父子關係，故應科乙普通殺人之刑，且依罪刑不可分之原則，亦應論以普通殺人之罪。

### 34、何謂接續犯、繼續犯、集合犯？

1接續犯乃行為人於同一情狀機會下，先後而為同一質性之行為，此數行為間並無時間分離之中斷性及獨立性，而係一行為之持續者而言，此種出於自然之行為單數手段，僅論一罪。例如：甲在乙身上打十拳。

2繼續犯乃行為自始至終僅有一個行為，惟該行為性質上通常均繼續進行一定時間，始行完成。例如：酒醉駕車從雲林開到台北。

3集合犯乃在構成要件之內容上，本預定行為人實施數個同種行為之犯罪，即以反覆

為同種類的行為構成要件內容之犯罪，及多數同一行為成立之須有多數行為，而構成同一之罪。例如：製造偽鈔。

35、何謂雙重身分犯〈刑法三三六條第二項之業務侵占罪〉？

1該條項之行為人有雙重身分：

1基本身分：持有；因侵占罪之成立已有持有為前提。

2加重身分：業務資格身分：若欠缺者，只能論以普通侵占罪。

2故若甲有持有且有業務資格：刑法第三三六條第二項無疑；惟若與甲共犯之乙，其一種身分有欠缺，究如何處理。

1乙有業務身分，但無持有身分：此時乙因不具備基本之純正身分

犯，根本不構成侵占罪，故無加重身分與否問題。此時僅能引用

刑法第三十一條第一項論以第三三六條第二項。

2乙無業務身分，亦無持有身分：理由，結論如1。

3乙有業務身分，亦有持有身分：此時乙具備基本及加重雙重身分，

不須引用刑法第三十一條，直接依二十八條論以第三三六條第二項。

4乙無業務身分，僅有持有身分：此時乙僅具普通身分，雖與甲共犯，

但只能引刑法第三十一條第二項論以三三五之普通侵占罪。

36、甲從後方抱住乙女，準備強姦，發現竟是熟人，因而放棄行動。甲成立何罪？

〈一〉甲抱住乙是為強制性交，強制性交是使用強暴脅迫等手段，違反被害人意願而性交。意圖強制性交而抱住人，足以令一般婦女驚恐，因此甲這個動作，應判斷為已經著手強制性交，不過，甲並未完成性交行為。

〈二〉甲未能實現強制性交的行為，是受到外界的阻擾不得不中止，非出於真誠放棄行為，因此不是中止未遂，甲放棄強制性交的行為，是畏懼熟人可能提出告訴，擔心可能的刑罰制裁，這不是自發的、誠心得放棄，而是經過利害得失的計算。有這種計算，是因為遇上了熟人；熟人的出現，無異於外界的障礙，此種情形是障礙未遂而非中止未遂。

3結語：甲成立強制性交未遂罪。

4

37、甲試圖潛入銀行偷竊，但門鎖堅固，不得入，被補。是否有罪？如果甲潛入銀行，打開保險櫃，發現有雷射光圈，不敢下手，成立何罪？如果甲得款，尚未離去，被補，

成立何罪？

答：

- 1 意圖行竊，開啟門鎖被補，被害人財產尚未出現急迫的危險，所以僅是預備階段，刑罰不罰預備竊盜。
- 2 潛入銀行打開保險櫃，銀行隨時有被竊的危險，甲已經進入著手階段。甲發現有雷射光圈不敢下手，甲放棄偷竊，是因為可能觸動警鈴被補，也可能擔心遭到雷射光圈的傷害，所以不是誠心的放棄，是發生竊盜障礙，成立竊盜未遂。
- 3 甲得款，尚未離去被補，已經排除銀行對於財產持有，建立了自己的持有關係，所以是竊盜既遂，至於不能安然享有贓物，只是竊盜行為的實質未完成，不影響實際上的既遂。

38、下列甲乙丙是否有罪，成立何罪？

- 1 甲持刀企圖殺人，當街遇上仇家，舉刀欲刺，仇家奔逃，甲在後追逐。追逐中，被巡邏警察逮捕。
- 2 乙侵入住家行竊，見無物可取，悻悻然離去。
- 3 丙持刀刺殺仇家，臥倒血泊中，丙突生悔意，電召救護車。送至醫院，仇家失血過多死亡。

1 甲成立殺人未遂罪：

甲持刀企圖殺人，舉刀刺殺仇家，指出甲不是出於傷害的意思揮刀。仇家奔逃當中，甲被補，成立殺人未遂，揮刀追逐的動作，已經形成仇家生命急迫危險狀態，此危險狀態足使旁觀者與受害者驚呼，甲沒有實現殺人的結果，是因為發生障礙，屬於普通未遂。

2 乙成立竊盜未遂：

乙侵入住家，已著手行竊，除成立無故侵入住宅罪，另成立竊盜未遂，至於以悻悻然離去，未能完成竊取行為，並不是因為行竊手段的失靈，也不是住家內竊盜客體恆久不存在，而是偶然欠缺適合竊取的標的物，因此並非不能未遂，已無法完成竊取行為，更不是因為自發的放棄，而是手氣不佳，所以亦非中止未遂。

3 丙殺人既遂，但應該類推適用中止未遂處罰。

丙雖然儘力防止被害人死亡，但悲劇依舊發生，丙實現了殺人的構成要件，已非殺人未遂。不過，丙殺人後立即悔悟，電召救護車將被害人送醫，顯示丙有誠意

與法秩序言歸於好，從特別預防和一般預防的觀點，都沒有對於丙嚴厲處罰的必要，因此應該類推適用中止犯，從輕處罰，此類推適用不會惡化行為人的法律地位，因此不牴觸罪刑法定原則。

### 39、何謂想像競合與法條競合？

一、前者一行為，侵害數法益，構成數罪名，但裁判上從一重處斷，國家刑罰權只有一個；例如：放置一顆炸彈，炸死五個人或酒醉駕車撞死兩個人，這兩種都屬於同種想像競合，若一顆炸彈炸死五人，炸傷二人，炸燬房子，這是異種想像競合。

二、後者一行為，侵害一法益，成立數罪名，行為只有一個，由於法律多如牛毛、錯綜複雜，同時符合兩個以上的法條描述，對於這一行為的處罰，

只適用主要法條，次要法條排除不用。可能出現以下三種類型：

1特別關係：這是指特別條款與普通條款的競合。例如殺害直系血親尊親屬與普通殺人罪，因為特別法優於普通法，所以適用殺害直系血親尊親屬。

2補充關係：這是指對於同一法益的攻擊出現階段現象，主要攻擊行為與次要攻擊行為形成重疊現象，此時次要法條規定，只是主要法條的補充。例如：預備殺人或殺人未遂，是殺人罪的補充規定。

3吸收關係：實施一個主要的犯罪行為，生活經驗上必同時實施其他次要的犯罪行為。這些次要犯罪行為，被主要的犯罪行為所吸收。例如：

因傷致重傷，重傷必然吸收輕傷罪。

40、警探甲得知，有竊盜集團專偷進口車，甲委請線民乙，向該集團接洽，有意購買賓士一輛，該集團答應一週後交貨，甲與同事跟監，於這個集團行竊之際，當場逮捕，甲乙是否有罪？

答：〈一〉關於乙教唆竊盜：乙教唆他人行竊，被教唆人也施行竊盜，但被教唆人尚未破壞他人之持有，即已被逮捕，被教唆人未完成竊盜，這正是乙教唆的本意，乙的目的是要協助破獲竊盜集團，教唆人必須具有完整的故意，才是真正的教唆行為，完整的故意是指，教唆人不但故意惹起他人的犯罪意念，而且使他人完成犯罪的故意，此乃雙重故意，乙欠缺完整的教唆故意，所以乙並無實施教唆行為，無罪。

〈二〉關於甲教唆乙：

甲教唆乙，希望乙教唆他人竊盜，稱為教唆教唆犯，依照題意，甲的教唆，同樣欠缺完整的教唆故意，並非真正的教唆，利用線民實施教唆的行為，只是破案的技巧，甲並無意使竊盜犯完成犯罪，更無意使任何人的法益受到破壞，因此甲無罪，至於下手行竊的人，依其自己的自由意思，決定並實施犯罪，成立竊盜未遂。

41、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。

42、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，如其無懊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。

43、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。

44、累犯加重處罰立法理由安在（何謂三振出局法案）？

答：（一）累犯加重處罰至二分之一之立法理由係：因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，本於特別預防之政策目的，有延長其矯正期間之必要以助其重返社會，以兼顧社會防衛之需求，本次新法累犯排除過失犯，理由亦係無確實實證支持過失再犯與刑罰

反應力薄弱有直接關聯。

(二) 本次新法第四十七條第二項明示保安處分中之強制工作處分，既具有代替或補充刑罰之功能，故如發現強制工作處分不能使受刑人再社會化，五年內故意再犯自應有累犯之適用。

(三) 裁判確定前發現累犯之處罰：依刑法第四十八條規定：「裁判確定後發覺為累犯，依前條之規定更定其刑，但刑之執行完畢或經赦免後發覺者不在此限。」

45、易服勞役之折算標準有無變動？

答：舊法第四十二條易服勞役最高度僅為六個月，依最高額每日新台幣三百元計，六個月最高折算犯罪利益，僅約當新台幣十六萬元，逾此數額，受刑人服滿勞役即無須繳納，倘犯罪所得逾越十六萬元者，無論罰金之宣告刑之額度多高，受刑人均僅須服滿六個月已足，就一般預防之觀點，舊法規定全無嚇阻犯罪之效，故新法先在第四項將易服勞役折算標準延為一年，罰金金額折算逾一年時，於第五項改採罰金總額與一年總日數及折算標準，依比例計之。如涉及金融七法之罰金刑，如受刑人於金額於新台幣五千萬元無力完納者，則第六項改採罰金總額與三年總日數及折算標準，依比例計之。

46、新刑法第二條第一項揭示法律不溯及既往原則（簡稱：實體從舊原則），刑法第二條第一項但書揭示從新從輕原則，請簡要敘述在實體刑罰及保安處分上兩原則之適用關係，並請回答下兩小題：

(一)、某甲於三月一日偷米一包，三月一日竊盜罪最重處罰七年（簡稱：舊法），經檢察官起訴，法院於九月一日審判，法院發現竊盜罪於五月一日最重處罰已改為三年（簡稱：新法），請問法院應以何法下判決？

(二)、某甲於三月一日開始偷米，接續犯案到八月一日才停止，三月一日竊盜罪最重處罰七年（簡稱：舊法），經檢察官於七月一日起訴，七月一日以後陸續發生之犯罪，檢察官亦依連續犯併案全部移送法院審理，法院於九月一日審判，法院發現竊盜罪於五月一日最重處罰已改為三年（簡稱：新法），請問法院應以何法下判決？

答：(一)、「甲於三月一日偷米一包之行為，法院應從新法論處」：

1、按刑法第一條明定行為之處罰以行為時法律有明文規定者為限，依此原則可派

生出「實體法不溯及既往原則」（以下簡稱：實體從舊原則），同法第二條明定：「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」，此乃法律有變更之『從新從輕原則』，惟舊法時代『從舊原則』畢竟仍屬法無明文，有賴增補，同時舊法第二條條文用語『裁判時之法律』，雖因解為『從新原則』，但『從新從輕原則』，其實實際適用之結果與『從舊從輕原則』相一致，並無不同，不如逕將文字修正為「行為時法律」更符一致，新法第二條特將從舊從輕予以明文。

2承上以言，甲於三月一日偷米一包之行為，其行為時之法律為舊法，舊法為重刑，而法律變更後之新法，法定刑輕，依新法第二條，甲應依新法處斷。

3小結：甲應論以新法處斷。

（二）、「某甲於三月一日開始偷米，接續犯案到八月一日才停止之行為，法院應論以新法」。

1、按刑法第二條係指：「行為後法律有變更者」，條文所指之行為後，應視犯罪類型不同而異其處理方式，如為接續犯或繼續犯各應依其最後一行為時或行為終了時定其法律適用，法律於行為接續期間縱有變更，乃不真正溯及既往，非法律有變更，係單純實體從舊，根本不新舊法比較之問題。

2、依題示，甲之偷米行為係接續犯，最後一個行為時為八月一日，本即應依八月一日有效法律適用，即較輕之新法

46、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定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。

47、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？

答：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」

（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。

48、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？

答：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。

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』，其於原因階段既有責任能力，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。

49、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』。

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『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。

50、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。

答：(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。

51、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。

52、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，應論以何罪？

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。

53、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？

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。

54、請說明死刑贊成與反對之理由？

答：（一）、死刑廢止說之理由如下：

- 1 死刑有違人道。
- 2 刑罰權乃社會契約，契約之目的在於人民犧牲部份自由換取最大利益，但犧牲不能大於生命，否則契約失其存在之正當性。
- 3 刑事政策應重刑罰之目的並非應報而在感化使再犯率下降，死刑有違此目的。
- 4 死刑一旦生錯再無挽回之可能。

（二）、死刑存留說之理由如下：

- 1 從應報角度而言，死刑符合罪刑均衡。
- 2 從預防角度而言，威嚇效果最大。
- 3 死刑程序向極為慎重。
- 4 死刑可收永久隔離社會之必要。

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？

【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。

55、甲酒醉駕車其酒測濃度經現場臨檢呼氣已超過0.55MG/L，甲不服取締大聲辱罵員警之行為是否構成犯罪？

答：（一）、「甲喝酒不能安全駕駛行為，可能構成刑法第一八五條之三之酒後駕車罪」：

1、查刑法第一八五條之三明定：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其它相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者。」：

按本罪為抽象危險犯，本於一般預防之目的，立法者經驗法則認為酒醉如已達不能安全駕駛之程度者，其行為具有攻擊不特定人生命與財產之高度危險性，本罪既為『行為犯』，則其犯罪既遂與否僅以『不能安全駕駛行為是否已經完成』為斷，又因非『實害犯』故無庸討論因果關係，本罪亦未設有未遂犯之特別規定，應值注意者係「不能安全駕駛」之判斷標準為何？如係服用酒類其標準為何，此應參酌道路交通安全規則第一一四條規定，對呼氣與血液之酒精濃度設有不同規定，前者為0.55MG/L、後者為0.11MG/L。果如此，如行為人呼氣酒測值為1.25MG/L則自屬不能安全駕駛，合先敘明。

2、承前以言，本題甲服用酒類，駕駛動力車輛返家，本罪行為業已既遂，其酒測值已逾前述標準，自應解為不能安全駕駛。

3、甲之行為成立刑法第一八五條之三之酒後駕車罪。

（二）、「甲以言詞辱罵員警已構成刑法第一四〇條第一項之侮辱公務員罪。」：

查刑法第一四〇條第一項明定：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱，或對於其它依法執行之職務當場侮辱者。」，前揭條文所指之「當場侮辱」係指於公務員執行職務時貶抑公務員名譽使其難堪已足，並不要求達到不特定多數人均須共見共聞之『公然』程度，簡言之，當場僅有員警一人亦構成之。

依題示之事實，甲不服取締當場辱罵員警，業已符合前開要件，成立本罪。

小結：甲之行為成立刑法第一四〇條第一項之侮辱公務員罪。

（三）、競合：

甲之酒駕行為與侮辱行為，犯意各別，行為數個，法益種類不同，本於禁止評價不足之原則，既為裁判確定前所犯數罪，甲之行為應依刑法第五十條及第五十一條之規定，數罪併罰。

56、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：
  - 11 須法有規定需交付保護管束者。
  - 22 須有社會危險性。
  - 33 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。

57、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。

58、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。

59、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。

60、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（原本為五年）。
- 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之事項，當事人縱未主張，法院或檢察官仍應依法下免訴判決或不起訴處分。

60、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。

61、未遂犯與既遂犯之區別何在？試說明之。

答：（一）未遂之規定，依刑法第二十五條之規定，為：

已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯；反之既為既遂。

（二）因此，是否已著手於犯罪行為之實行而不遂，此為既未遂最大之不同：

1. 未遂的首要條件，必行為之結果未發生，若結果已發生，除了非結果與行為之間無客觀可歸責性，否則一律為既遂。

2. 除了結果未發生以外，既未遂的區分點，在於如何係「已著手於犯罪行為之實行而不遂」，關於此點，學說上本有不同之見解：

（1）客觀理論：早期刑法學界對於各種要件之判斷均著重於客觀面，為了與當時居於通說之客觀未遂理論對應，便產生客觀理論。而客觀理論，又可分為兩種：

1形式客觀理論：其主張，基於罪刑法定之要求，刑罰應只處罰該當於構成要件之行為，犯罪之判斷乃係以法定構成要件為骨幹，從而著手與否自亦需視構成要件之行為為斷。只有在行為人已經開始實行嚴格意義之構成要件該當行為之後，始可認定為著手實行。

2實質主觀理論：由於侷限於形式面之標準太過狹隘，因此開始有學者認為，應由實質面出發，而站在客觀立場加以調適。此說又有兩種觀點：

A. 部分行為理論：若行為人已為一與構成要件行為具有必然關聯性之舉動，而該舉動若由自然之觀點，可視為構成要件之組成部分者，即可視為構成要件之著手實行。

B. 危險理論：視行為人之舉動是否已引起法條所保護客體之直接危險。

C. 中間行為理論：視行為人之舉止與構成要件之間是否尚需一中間行為之介入，如不需，則可認為是構成要件之著手實行。

（2）主觀理論：認為未遂犯之處罰基礎係在於犯意的主觀驅動，因此，判斷構成要件之著手實行，學界主張應捨棄客觀標準，而就行為人之主觀面做判斷。

1純粹主觀說：若由行為人主觀意思及計畫，可認為是構成要件之著手實行者，即為著手實行。

2變通主觀說：要求行為人主觀上驅動犯罪意思之想像於客觀上已形成一可察

覺的實現，即為構成要件之著手實行。

(3) 折衷理論：本說是折衷主客觀說之標準，以主觀為主，再採用形式或實質客觀理論做背景事實做判斷。

62、接續犯與連續犯的意義為何：各舉一例說明之。

答：(一) 連續犯的意義：

刑法第五十六條規定：連續數行為而犯同一罪名者，以一罪論。其要件是，必須基於一個概括的犯意，連續以數行為，侵害同種法益，並觸犯同一法條所規定之罪名。

1. 概括的犯意：即主觀要件，學說上曾對是否應具備此一概括故意存有爭議，有肯定與否定之見解，肯定說亦分為整體故意與連續故意兩種，如今通說大體上已傾向肯定說之整體故意見解，即必須早在第一個單一行為著手時，即已對後續之所有單一行為有整體的認識，而續完成後續所有單一行為。

2. 連續數行為：屬客觀要件，指自然意義的數行為。此數行為必須具有連續關係：

- (1) 需具有時空一致性。
- (2) 需觸犯同一罪名。
- (3) 需侵害的法益為同種法益。

◆ 舉例如下：甲因貪起意，開始動手在一個月之間，分別偷竊乙、丙、丁三家家裡的貴重財物。

(二) 接續犯的定義：

數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價。

1. 時間地點的密接性：即各犯行之間具有時間上以及地點上的密切接近特點，此係由社會觀念所共認。
2. 依一般社會觀念，在時間差距上，難以強行分開。
3. 能作為刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價。

◆ 舉例如下：某甲在同一天晚上，接連的潛入乙家，將其貴重物品行竊一空。

(三) 連續犯規定之刪除：

1. 民國九十四年修正刑法已刪除第五十六條連續犯之規定。立法說明謂：「按連續犯在本質上究為一罪或數罪，學說上迭有爭議，一般均認為連續犯在本質上應

屬數罪，僅係基於訴訟經濟或責任吸收原則之考量，而論以一罪，故本法承認連續犯之概念，並規定得加重其刑至二分之一。然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。」

2. 連續犯規定刪除後，未來可能發展「接續犯」之概念，以解決慣習犯罪之問題：民國九十四年修正刑法立法說明謂：「至連續犯之規定廢除後，對於部分習慣犯，例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因適用數罪併罰而使刑罰過重產生不合理之現象一節，在實務運用上應可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎「接續犯」或「包括的一罪」之情形，認為構成單一之犯罪，以限縮數罪並罰之範圍，用以解決上述問題。」

63、何謂現行犯？何謂準現行犯？試詳為說明之。

答：憲法第八條第一項：人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另訂外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。本條已明示，現行犯，在此所指為廣義現行犯，包括現行犯與準現行犯。均需依法律加以逮捕，而法律，所指即為刑事訴訟法。故兩者依刑事訴訟法，可知：

(一)現行犯：

依刑事訴訟法第八十八條第一及第二項，現行犯，不問何人得逕行逮捕之。犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。

1. 即時：指犯罪實施中或實施或之當時。（司法院解字第三三九五號）
2. 不問何人得逕行逮捕之：並不以有偵查權之人所未發現之犯罪為限。（釋字第五十號解釋。）
3. 實施：指已著手於犯罪之實行。如在預備階段，則非犯罪實施中。
4. 發覺：指發覺犯罪之情事。

(二)準現行犯：

依刑事訴訟法第八十八條第三項，有下列情形之一者，以現行犯論：一、被追呼為犯罪人者。二、因持有兇器、贓物或其他物件或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑

為犯罪人者。

1. 持有：凡在犯人實力支配之下，均可認為係持有。

2. 在此依規定，準現行犯可分為三種：被追呼為犯罪人者，因持有兇器、贓物或其他物件者，於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。

(三)現行犯與準現行犯之分別：

由以上之分析，可知現行犯與準現行犯最大之分別，是在於「發覺犯罪之時間」，並不在於犯罪之性質。現行犯發覺犯罪之時間，是在實施中發覺或實施後即時發覺，而準現行犯則是在犯罪實施後，經過一段時間，因有上述三種情事，而被以現行犯論。

64、依現行普通刑法規定，保護管束的對象是誰？由誰執行？

答：保護管束，依刑法第九十二條之規定，是為替代刑法第八十六條至第九十條之處分，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。

(一)而保護管束之對象為何，由法條規定可知：

1. 依九十二條之規定：

(1)因未滿十四歲而不罰者。

(2)因未滿十八歲而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，以保護管束代替感化教育。

(3)宣告三年以下有期徒刑、拘役或罰金者，得於執行前為之。

(4)因心神喪失而不罰者，因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，施行保護管束以代監護。

(5)犯吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根、海洛因或其化合資料之罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，施行保護管束以代勸戒。

(6)因酗酒而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，施行保護管束以代禁戒。

(7)有犯罪之習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，施行保護管束以代強制工作。

(8)犯第二百八十五條之罪者。

2. 依第九十三條規定：

(1)受緩刑之宣告者，除有下列情形之一，應於緩刑期間付保護管束外，得於緩刑期間付保護管束：

1 犯第九十一條之一所列之罪者。

2執行第七十四條第二項第五款至第八款所定之事項者。

(2)保護管束由何人執行：

保護管束由何人執行，過去規定於刑法第九十四條，然民國九十四年修法已將之刪除，理由在於：此為執行程序事項，性質上應委諸保安處分執行法予以規範，且「保安處分執行法」已有相當規定，故刪除該條規定。

1. 應按其情形交由受保護管束人所在地或所在地以外之警察機關、自治團體、慈善團體、本人最近親屬、家屬或其他適當之人執行之。
2. 法務部得於地方法院檢察處置觀護人，專司由檢察官指揮執行之保護管束事務。

65、何謂犯罪行為之實施？試說明之。

答：(一)犯罪行為，其係一連續之過程，此過程大致上可分為：

1. 犯意之產生：如屬故意，則無論係為臨時，或為有預謀；如係過失行為，則有爭論，一派以為應以注意義務發生的時期作為與犯意發生時期相列，一派則以為過失並無所謂犯意發生時期，故無陰謀，預備之過失行為，通說以後說見解為是，例如行為人因被害人之辱罵，心生憤恨，決意殺之。此為犯罪之陰謀階段。
2. 犯行之預備：行為人就犯罪之行為為非構成要件行為的準備行為，例如行為人因欲殺人而購買槍枝等。此為犯罪之預備階段。
3. 犯罪之實行：行為人開始為犯罪之著手，即為一切構成要件內之行為，例如行為人持槍向被害人瞄準，扣下板機。此為犯罪之實行階段。

(二)民國九十四年修法前刑法第二十八條規定，二人以上共同「實施」犯罪之行為者，皆為正犯。又，實施之意義為何：

1. 三十一年院字二四〇四號解釋謂：「刑法第二十八條所謂實施，係指犯罪事實之結果直接由其所發生，別乎教唆或幫助者而言，即未著手實行前犯陰謀預備等罪，如有共同實施情形，亦應適用該條處斷。至實行在現行刑法上乃專就犯罪行為之階段而言，用以別乎陰謀預備著手各階段之術語。」亦即，犯罪之實施，不限於著手為犯罪之構成要件行為。自犯罪之陰謀、預備階段乃至著手實行構成要件行為階段，一切為實現犯罪所為之行為均為犯罪之實施。實務即依此見解承認「共謀共同正犯」。
2. 學說有認為「實施」雖包含著手前階段行為，但不包含陰謀階段行為者。

3. 學說亦有認為「實施」即等於「實行」者，亦即僅限於著手實行構成要件行為者。

(三) 九十四年修正刑法第二十八條已將條文中「實施」改為「實行」，按其立法說明，此項修正係為否定共謀共同正犯與預備共同正犯；然其說明後段又認為修法後「無礙於現行實務處罰『共謀共同正犯』」，前後頗有矛盾之處；故此項修法有否意義，又會對實務造成何種影響，尚值觀察。

66、試就辯護人、輔佐人、代理人、證人、鑑定人，分別說明其意義。

(一) 辯護人：

即在刑事訴訟程序中，被告之實體上及程序上利益之保障而為之辯護之人。關於辯護人之選任、主體、權限，係規定於刑事訴訟法第二十七條以下。

(二) 輔佐人：

即在刑事訴訟程序中，與被告或自訴人有一定之關係，得在法院輔佐被告或自訴人為訴訟行為並陳述意見之人。關於輔佐人之規定，係在刑事訴訟法第三十五條以下。

(三) 代理人：

1. 指受本人（原告或自訴人）之委託，於審判中或偵查中，為本人代為訴訟行為之人。代理人所為訴訟行為之效力，與本人自為者有同一效力。

2. 代理人之委任：

(1) 被告：依刑事訴訟法第三十六條規定，於最重本刑為拘役或專科罰金之輕罪案件，被告於偵察中或審判中得委任代理人到場。

(2) 自訴人：九十二年修正刑事訴訟法就自訴改採「律師強制代理制度」。因此刑事訴訟法第三十七條規定，自訴人「應」委任代理人到場，且自訴代理人「應」選任律師充之。

(四) 證人：

係指於刑事訴訟程序中，陳述自己對於系爭刑事案件之待證事

實之見聞之第三人，關於證人之規定，係在刑事訴訟法第一百七十五條以下。

(五) 鑑定人：

指本於專門知識，輔助法院判斷特定問題之人。其規定係在刑事訴訟法第一百九十七條以下。

67、刑罰之減輕，可分為法律上之減輕與裁判上之減輕，我

國刑法有關裁判上之減輕之規定如何？刑罰依刑法或罪

犯減刑條例之規定減輕後，可否再為裁判上之減輕？試分述之。

答：刑罰之減免，依法律之規定以及學說實務見解，可分為法律上之減免以及裁判上之減免，所謂法律上之減免，指的是法律規定其減免事由之要件，必須符合該事由，始能在法定刑限度內減免；至於裁判上之減免，則指犯罪情狀在客觀上有可憫恕之事由，儘管科處法定刑之最低刑度，仍嫌過重，因此特別賦予法官酌量減輕其刑至較法定最低刑度最低為輕之制度，亦稱為酌量減輕或減免。合先敘明。

(1) 刑法上有關裁判上減輕之規定：

1. 第五十九條：犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低刑度仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。

此為前提要件，必須行為人之行為在客觀上足以引起一般人之同情，即所謂「可憫恕者」，始有減輕或減免之可能。

第五十七條：科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，為科刑輕重之標準：

- (1) 犯罪之動機。
- (2) 犯罪之目的。
- (3) 犯罪時所受之刺激。
- (4) 犯罪之手段。
- (5) 犯人之生活狀況。
- (6) 犯人之品行。
- (7) 犯人之智識程度。

(8)犯人與被害人平日之關係。

(9)犯罪所生之危險或損害。

(10)犯罪後之態度。

此為考量要件，若行人符合第五十九條之犯罪之情狀可憫恕者時，則應就本條之各種情形為斟酌。

(二)另外，刑罰如已依刑法或罪犯減刑條例之規定減輕後，得否再為裁判之減輕？

依據刑法第六十條之規定：依法律加重或減輕者，仍得依前條之規定酌量減刑。因犯罪之情狀不一，依法律規定減輕後，遇有可憫恕之情形，即第五十九條時。本可酌量減輕其刑，使科處之刑更能與犯罪情狀相當。

68、何謂不能未遂犯？又不能未遂犯之成立，應具備何種要件？試分別說明之。

答：（一）依刑法第二十六條之規定，不能未遂，指的是行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，即為不能未遂。

（二）至於不能未遂之要件，係為：

1. 必須行為不能發生構成要件之結果。
2. 必須有主體不能、客體不能以及手段不能之任一者。
3. 有無危險，則係關係到行為係得減免或必減免的問題。

（三）在學說上，決定是否適用本條之標準，有兩種見解：

1. 以行為人是否出於重大無知為標準。
2. 以行為是否在客觀情形時，本質上即不能發生構成要件結果為準。

69、試問司法警察逮捕或接受現行犯後，應如何處置？

答：（一）現行犯，依刑事訴訟法第八十八條第一、二項，現行犯，不問何人得逕行逮捕之。犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。有下列情形之一者，以現行犯論：

1. 被追呼為犯罪人者。
2. 因持有兇器、贓物或其他物件或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪

人者。

又，憲法第八條第二項，人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。

(二) 因此，司法警察在接受或逮捕現行犯之後應：

1. 依刑事訴訟法第九十二條，司法警察官、司法警察逮捕或接受現行犯者，應即解送檢察官。
2. 但所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者，得經檢察官之許可，不予解送。
3. 對於第一項逮捕現行犯之人，應詢其姓名、住所或居所及逮捕之事由。
4. 對於九十二條除應嚴格恪守之外，並應注意憲法第八條第二項之規定，不得有違。

70、幫助犯與共同正犯應如何區別？試說明之。

答：(一) 共同正犯，其意義，依刑法第二十八條，係二人以上共同實施犯罪之行為者，皆為正犯。共同正犯之成立，須行為人主觀上有共同行為決意，客觀上有共同行為分擔。共同行為決意又稱行為人之犯意聯絡，須包含：(1) 違犯特定犯罪之認識。(2) 共同犯罪之認識。行為人客觀上之共同行為分擔不限於實行構成要件行為，屬於犯罪整體過程之行為者均可能屬之，例如在外把風。

(二) 幫助犯之定義，則依刑法第三十條，幫助他人犯罪者，為從犯。雖他人不知幫助之情者，亦同。幫助犯之成立，需行為人主觀上有幫助故意，客觀上有從屬於主行為之幫助行為。幫助故意須具「雙重故意」，即主觀上須認識幫助行為（幫助既遂故意）；幫助行為之方式，無任何之限制，只要是足以達到幫助他人犯罪目的之行為，均為幫助行為。

(三) 幫助犯與共同正犯之區別：

1. 學說見解：在學說採取犯罪支配理論之立場下，必須同時兼顧主觀之犯意與客觀之行為，為綜合判斷。幫助犯係以幫助他人犯罪之意思，對於正犯資以助力，而未參與實施犯罪之行為者，如進而參與實施構成要件行為，則視有無共同行為決意，而可能成立共同正犯。
2. 實務見解：

(1)二十四年上字第三二七九號判例認為：「刑法上所謂幫助他人犯罪，係指就他人之犯罪加以助力，使其易於實施之積極的或消極的行為而言，如在正犯實施前，曾有幫助行為，其後復參與犯罪構成要件之行為者，即已加入犯罪之實施，其前之低度行為應為後之高度行為所吸收，仍成立共同正犯，不得以從犯論。」又二十五年上字第二二五三號判例認為：「現行刑法關於正犯、從犯之區別，本院所採見解，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯，必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為從犯。」又三十年上字第一七八一號判例認：「刑法上之從犯，係指僅以幫助之意思，對於正犯資以助力，而未參與實施犯罪構成要件之行為者而言，如就構成犯罪事實之一部，已參與實施，即屬共同正犯。」

(2)參照上開判例見解，可知實務係採以下之標準判斷：

1具正犯故意，無論是否為構成要件行為：正犯。

2具幫助故意，為構成要件行為：正犯。

3具幫助故意，為構成要件以外之行為：幫助犯。

惟實務見解有認為只要實行構成要件行為者，即成立共同正犯，不考量行為人主觀故意或有無犯意聯絡，是否妥當似仍值商榷。

71、何謂『故意』？試說明故意之種類，並舉例說明『間接故意』與有『認識之過失』之區別。

答：「故意」，並不限於直接故意，間接故意（學理上或稱為「未必故意」）亦屬之。直接故意乃行為人對於行政違章行為之構成要件明知並有意使其發生。間接故意則指行為人對於行政違章行為預見其發生，且其發生不違反其本意者。刑法第十三條（直接故意與間接故意）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。（直接故意）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。（間接故意）無認識過失與有認識過失(刑法14條)

72、何謂『間接正犯』？試舉例基本型態，並說明其與教唆犯之區別。

答：(1)無認識過失(疏虞過失):刑法第14條一項-行為人雖非故意,但按其情節應注意,並能注意,而不注意者。

(2)有認識過失(懈怠過失):刑法第14條二項-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。

#### @間接正犯與共同正犯之區別@

一、前者利用人與被利用人之間,無犯意之聯絡;後者共同行為人相互間須有犯意之聯絡。

二、前者利用人與被利用人並非就犯罪行為分擔或共進;後者則共同行為人應就犯罪行為分擔或共進。

三、前者僅利用者就行為負責;後者則共同行為人皆須就犯罪行為負責。

四、前者非共犯,後者為共犯。即間接正犯之被利用人不成立犯罪,共同正犯則皆為正犯。

五、前者於我國刑法並未予以明文承認,僅為解釋上之犯罪;後者為實定法上之犯罪。

#### 73、教唆犯與間接正犯之區別?

答:教唆犯與間接正犯,固同為假手於他人實施犯罪之行為,並不親自參與犯罪行為之實行;然其性質迥異,其不同之點如下:

一、教唆犯之被教唆人,須為有刑事責任能力人。間接正犯之被利用人不以有刑事責任能力人為限。

二、教唆犯之被教唆人有自由之意志。間接正犯之被利用人有時為喪失自由意志之人(如受脅迫喪失自由意志而聽從實施犯罪行為是)。

三、教唆犯之被教唆人於受教唆後,有犯罪之意思。間接正犯有時係利用不知情之人實施犯罪行為。

四、教唆犯必係教唆自然人實施犯罪行為,間接正犯有時係利用動物實施犯罪行為(如嗾使猛犬嚙人)。

五、教唆犯之處罰,刑法有明文規定。間接正犯僅為學理上及實務上之名詞,其責任與正犯同。

#### 74、何謂過失犯?是否有過失未遂?

答：按刑法第十四條規定：『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。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。』係就過失所為之法律明文規定，於此要件之下，行為人之行為得認定為有過失得成立過失犯，而過失犯是否有未遂？茲將其說明如下：

### 1. 否定說：

(1)未遂犯以故意為要件，行為人是出於過失，就沒有故意，故不可能有過失未遂。

(2)過失未遂在邏輯上係屬不可能，因為過失犯是處罰客觀上結果的發生，過失未遂根本是無法想像。

### 2. 肯定說：

採取客觀歸責理論，重心便應移至客觀構成要件之部分，既遂犯罪是行為製造了風險，而此風險亦實現，未遂犯罪責則是行為人製造了風險，但此一風險並未實現。依此，不論是故意或過失之行為，均有製造風險的可能，所以兩者均有成立過失之可能性。

### 3. 本文以為：

就未遂之本質而言，必須是一種主觀與客觀相互比較的概念。單純的看主觀或客觀絕對不能得出錯誤或未遂之結論。而可以確定的是，只有超越客觀事件的意志才可能建構未遂之概念，經由此意志，始得與未發生的犯罪結果發生連結，換句話說，未遂之概念，取決於是否違反犯罪與違犯何種犯罪之意志。若是沒有意志的指引、定向，一個行為可能導致由毀損至殺人的任何種類之犯罪結果，而這種可能性永遠也只是可能，永遠無法去驗證，因為行為人主觀上並沒有決意。所以本文還是否定過失未遂之概念，因為它與未遂的概念不符合。

75、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：

4 有期徒刑執行未逾六個月。

5 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。

6 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

76、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。

77、請解釋下列名詞：

- 1 公務員
- 2 重傷
- 3 電磁紀錄
- 4、追徵、追償、追繳

答：

(1) 公務員

- 1 依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其它依法令從事公共事務，而具有法定職務權限者。

2 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。

重傷指毀敗或『嚴重減損』目、耳、語、味、嗅、肢及生殖機能或其它於身體健康有重大不治或難治之傷害。

### (2) 性交

謂非基於正當目的所為下列性侵入之行為包括以性器或性器以外之物進入他人性器、肛門、口腔之行為。

### (3) 電磁紀錄者

謂以電子、磁性、光學或其它相類之方式所制成，而供電腦處理之紀錄。

### (4) 追徵、追償、追繳

原本散見於貪污治罪條例等特別法，此三種沒收方式，乃指不符刑法第三十八條第一項第三款所指之「因犯罪所得之物」，依同條第三項之規定，應限於犯人所有始得沒收，如非犯人所有，則依特別法有無規定論之，再者，就「因犯罪所得之物」如係不正利益應如何執行沒收？「因犯罪所得之物」其若得以市價計算者，如已經犯人消費不復存在時，應如何處理？均無明文規定，從而刑法總則之中，其一般沒收之規定，並無就上述三種情形，定有明文，倘致行為人於判決確定後仍可享受犯罪之成果，顯違反刑罰一般預防之應報功能，實應將此所得歸於國家所有，惟不論是追徵、抵繳等方式，此均涉及人民財產權之限制，依憲法第二十三條之規定，本應有法律保留原則之適用，爰將於貪污治罪條例第三十四條及第四十條之一規定內容，將之規定於刑法總則之中。簡言之，追繳係指以犯人之財產抵繳犯罪所得，追償及追繳則是針對犯罪所得中之不正利益及可以市價計算之已消費犯罪所得之沒收方式。

78、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。

79、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，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，並將緩刑期內宣告延長至確定時以資明確。

80、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。

81、刑法有關行為時法、中間法、裁判法之適用規定，試說明之。

答：（一）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」此即所謂罪刑法定主義。依此規定，行為是否成立犯罪，亦就行為當時所施行之法律定，若依行為時之法律不成立犯罪，亦就行為當時所施行之法律定之，若依行為時之法律不成立犯罪，縱日後法律變更，認為有罪，亦不得加以處罰，此即刑法不溯

及既往原則。

(二) 刑法不得溯及施行前之不罰行為而認為犯罪，但行為當時法律已認為犯罪，而行為後法律又有變更，於變更後，始加以裁判者，則變更後之新法，是否亦不溯及既往，仍適用行為時之舊法，則學說不一，約可分為四說：即從輕主義、從新主義、從新從輕主義、從舊從輕主義等。

82、試述我國刑法之適用採屬人主義之情形。

答：(一) 屬人主義乃謂凡本國人違犯本國刑法者，無論該行為人係在本國境內或在領域外，原則均遵守本國法律之規定，故本國刑對於本國人均有其適用。

(二) 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二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」可見其採屬人主義，其要件有四：

- 1、行為人須為中華民國人民，至是否為公務人員，在所不問。
- 2、所犯之罪，其最輕本刑須為三年以上有期徒刑。
- 3、所犯之罪非第五條及第六條之罪。
- 4、其犯罪地之法律並非不罰者。

83、刑法第二條第三項規定法律變更不處罰其行為，試申其義。

答：(一) 依新刑法第二條第三項規定：「處罰或保全處分之裁判確定後，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行。」故於裁判確定前如法律有變更，以裁判作判斷，救濟被告之權益；而裁判確定後，無論訴訟之當事人或為裁判之法院，均該確定判決之拘束，而被告之刑罰尚未執行或執行未完畢，反而無法救濟，如此對被告有失公平，是以於同條第三項有此規定。

(二) 所稱「法律變更不處罰其行為」者，專指被告之行為本為法律犯罪之規定範圍，且經裁判確定並論罪科刑後，而除罪化；並不包括減輕其刑之類。

84、試依刑法之規定，分析下列人員，是否為刑法上公務人員？

- 1、農會人員
- 2、看守犯人之士兵。

答：刑法上之公務人員，並非必經國家公務員考選制度及格後具有其身分者為限，亦即

刑法為求完備，採最廣義之概念，只要依據法令，從事於公務之人，即為本法規範之公務人員。

1農會人員：農會為農民自行組織之團體，並非公務機關，故非具公務員之資格，亦非執行公務行為。

2看守犯人之士兵：士兵為軍人身份，其基於法令，從事看守犯人之職務，亦屬本法之公務員，是故若違反職權，仍可以瀆職、辱職等罪予以論處。

85、刑法總則之效力，除及於分則外，是否亦得適用其他刑罰法令？

答：依新刑法總則第十一條之規定：「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。但其他法律有特別規定者，不在此限。」

3其他法律若無獨立之總則者，則適用刑法總則。

4其他法律若有獨立之總則者，得在不相互矛盾之範圍，適用刑法總則。

5其他法律，雖無獨立之總則，而予以明文規定不適用刑法總則之某部分者，除特別規定不適用之部分外，其他部分，仍可適用。

6其他法律，雖無排斥刑法總則之明文，而依立法意旨，應適用其他特別規定者，則在其範圍，亦不能適用刑法總則。

7以保安處分為法律效果之刑罰法律，亦屬「有刑罰之規定者」，如戡亂時期竊盜罪犯贓物犯休安處分條例，亦屬刑法總則適用之範圍。

86、何謂空白刑法？

答：（一）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。

（二）空白刑法，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

87、何謂抽象危險犯？

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，亦不許反證推翻。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，無待法官就具體情節而做認定。

88、有認識過失及間接故意之區別。

答：間接故意：指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，亦即「消極容認」不法構成要件之實現。

有認識過失：指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。

89、教唆行為得否以不作為之手段為之？

又不作為教唆與教唆不作為有何不同？

1教唆行為得否以不作為手段為之：本題在學理上，稱為不作為教唆，多數學者認為不可能。理由如下：

11 所謂教唆犯，乃基於教唆故意，教唆正犯故意為犯罪之人，亦即使無犯意之特定第三人，產生犯意，故又稱造意犯。

22 此等教唆行為應為積極為之，或為明示，或為暗示，然若消極不作為手段而使正犯產生犯意，頗難想像。

33 故我國學者中，有表示意見者，多為否定說，拙見亦從之。

2不作為教唆與教唆不作為異同：

11 所謂「不作為教唆」如前揭所述，多為否定見解。

22 所謂「教唆不作為」乃教唆犯教唆被教唆者成立不作為犯。有此類型成立可能：

1被教唆之特定第三人，對行為客體負有保證人地位，本應負保證人義務卻因教唆犯積極使其產生「不盡保證人義務」之決意，進而為不救助行為。

2此時正犯成立不作為犯，共犯自可成立教唆犯。

90、何謂「常業竊盜」？

答：所謂「常業」，係指反覆以同種類行為為目的之職業性犯罪而言，在判斷是否為常業犯時，只須行為人有賴竊盜為業之意思，而有事實之表現為已足，不以行竊之次數為標準，亦不以是否已無謀生能力或別有其他正當職業為必要。基於上述之說明可知，若行為人有以竊盜為業之意思，而其有概括犯意者，則行為人除該當刑法第三二二條之常業竊盜罪外，亦屬刑法第五十六條之連續犯。此際，便發生常業犯與連續犯之競合現象。依學者多數之見解，常業犯之構成要件雖非以行竊之次數為必要，但通常具有連續性，若其主觀上有以犯罪為業之意思時，倘該多次實施之竊盜行為亦出於行為人概括之犯意者，則兩者之間屬於法規競合現象，僅論常業罪已足，而不再論連續犯。

91、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：

有期徒刑執行未逾六個月。

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。

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。

3 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。

92、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，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，並將緩刑期內宣告延長至確定時以資明確。

93、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。

94、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。

95、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：

11 依法停止執行。

22 因通緝或執行期間脫逃未能續行執行者。

33 受刑人依法另受拘束者。例如保安處分之執行。

96、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：

44 須法有規定需交付保護管束者。

55 須有社會危險性。

66 須先受刑罰或保安處分之宣告。

適用對象包括：

3 對受感化教育、監護、禁戒與強制工作處分。

4 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。

97、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。

98、易服勞役之折算標準有無變動？

答：舊法第四十二條易服勞役最高度僅為六個月，依最高額每日新台幣三百元計，六個月最高折算犯罪利益，僅約當新台幣十六萬元，逾此數額，受刑人服滿勞役即無須繳納，倘犯罪所得逾越十六萬元者，無論罰金之宣告刑之額度多高，受刑人均僅須服滿六個月已足，就一般預防之觀點，舊法規定全無嚇阻犯罪之效，故新法先在第四項將易服勞役折算標準延為一年，罰金金額折算逾一年時，於第五項改採罰金總額與一年總日數及折算標準，依比例計之。如涉及金融七法之罰金刑，如受刑人於金額於新台幣五千萬元無力完納者，則第六項改採罰金總額與三年總日數及折算標準，依比例計之。

99、試說明新法易科罰金要件修正之理由？

答：

（一）、按刑罰第四十一條易科罰金，本質上為易刑處分，其制度目的在濟短期自由刑之弊，基此特別預防之政策目的，其宣告條件，本不可趨於過嚴，舊法時代易科罰金要件設有須『因身體、教育、職業或家庭之關係或其它正當事由，執行顯有困難者』為宣告之條件，失之過嚴，新法為濟其弊，廢之，於同法第一項但書改列為：「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」，

其理在此。

(二)、易科罰金有無及於數罪併罰規定？

易科罰金條文所謂「而受六個月之宣告」，其「宣告」於數罪併罰案件，究係指各罪之『宣告刑』，抑或是「最終合併之執行刑」，大法官釋字第三六二號係採後者定其執行刑，惟如其執行刑已逾六個月時，即已非短期自由刑，如執意再為易刑處分學者咸認至為不當，故於新法第四十一條第二項明定：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑，亦適用之。」。

(三)、罰金執行如受刑人無力一次完納或一時無力完納可否准許分期繳納？

1「新法將目前實務採行之分期完納制度正式法制化」：

基於法律保留原則，罰金得否分期完納，於實務雖試行有年且具實效，仍應本於權力分立原則早日法制為宜，立法政策上，繼受之母國德國早有明文，修法增添乃順應時勢所趨。

2「分期繳納並非漫無限制需確依受刑人之經濟或信用狀況，無力於兩個月內完納始得准許分期。」

新法明定有期限利益，遲延一期則對未完納之部份逕為強制執行或易服勞役，就強制執行上，亦無須再經形式上之執行程序，實質上果無力完納逕為易服勞役，以簡約國家於程序上不必要之勞費及時日。

100、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。

101、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。

102、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。

103、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？

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。

104、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。

105、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。

106、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，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，並將緩刑期內宣告延長至確定時以資明確。

107、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：

7 有期徒刑執行未逾六個月。

8 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。

9 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。

108、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（原本為五年）。

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之事項，當事人縱未主張，法院或檢察官仍應依法下免訴判決或不起訴處分。

109、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。

110、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：

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

111、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。

### 112、累犯加重處罰立法理由安在（何謂三振出局法案）？

答：（一）累犯加重處罰至二分之一之立法理由係：因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，本於特別預防之政策目的，有延長其矯正期間之必要以助其重返社會，以兼顧社會防衛之需求，本次新法累犯排除過失犯，理由亦係無確實實證支持過失再犯與刑罰反應力薄弱有直接關聯。

（二）本次新法第四十七條第二項明示保安處分中之強制工作處分，既具有代替或補充刑罰之功能，故如發現強制工作處分不能使受刑人再社會化，五年內故意再犯自應有累犯之適用。

（三）裁判確定前發現累犯之處罰：依刑法第四十八條規定：「裁判確定後發覺為累犯，依前條之規定更定其刑，但刑之執行完畢或經赦免後發覺者不在此限。」

### 113、新刑法對想像競合犯之處斷上之新限制？

答：（一）、想像競合犯處斷刑之方式本應為從一重處斷，受刑法三十五條第二項規定之影響，同種之刑，要以最高度之較長較多者為重，僅在最高度相等時，才以最低度較長較多者為重罪，果如此，如同種之刑最高度較長較多者，雖為重罪，但其最低度則未必亦較輕罪為較長較多，從一重時，可能於最低度之處斷出現輕重失衡之結果，有必要對其處斷之量刑有所限制，故新法明文「但不得科以較輕罪名所定本刑以下之刑」其理由在此。

（二）、立法政策上，繼受之母國德國及奧地利均設有此規定，修法增添乃順應時勢所趨。

### 114、牽連犯廢除之理由？

刑法廢除牽連犯之理由：

（一）、牽連犯之本質為數罪，其與想像競合最大差異則在於，行為個數是否單一，想像競合犯係單一故受『單一行為處罰一次性原則之拘束』，牽連犯則否，故其刑罰一次本即有違反刑罰公平之缺點。

- (二)、就既判力客觀效力延伸之正當性而言，如單一案件兩部之間，時間間隔過久，縱有方法目的或原因結果之關係，從一重處斷，有鼓勵犯罪之嫌，為此造成既判力延伸亦不妥當。
- (三)、現行實務上，多將牽連犯之事實論以想像競合或數罪併罰，故廢除牽連犯並不會對既有審判實務產生困擾。
- (四)、立法政策上，繼受之母國德國與日本，早已廢除牽連犯之規定，修法廢除乃順應時勢所趨。

### 115、連續犯廢除之理由？

答：刑法連續犯廢除之主要立法理由：

一、『原刑法連續犯要件之同一罪名及概括犯意認定過寬，有鼓勵犯罪致使國家刑罰權不當行使之缺點』：

舊刑法連續犯其本質為數罪，立法之初，為考量訴訟經濟或責任吸收原則，而論以一罪，並規定得加重其刑至二分之一，惟實務往往對本條「同一罪名」及「概括犯意」認定往往連綿數年之久，事實採證又多趨於寬鬆，起訴之後，對繼續犯同一罪名，均能以同一罪名處斷，違反刑罰公平原則至為重大。

二、『立法例上已無國家採行連續犯之立法政策』：

就繼受之母法國德國與日本為例，均已先後刪除連續犯規定，德日兩國在其實務上則視實際具體事實論以『接續犯』、『包括一罪』或『數罪併罰』處斷，以符刑罰之公平及訴訟經濟原則之平衡考量。

### 116、試說明新法易科罰金要件修正之理由？

答：(一)、按刑罰第四十一條易科罰金，本質上為易刑處分，其制度目的在濟短期自由刑之弊，基此特別預防之政策目的，其宣告條件，本不可趨於過嚴，舊法時代易科罰金要件設有須『因身體、教育、職業或家庭之關係或其它正當事由，執行顯有困難者』為宣告之條件，失之過嚴，新法為濟其弊，廢之，於同法第一項但書改列為：「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」，其理在此。

(二)、易科罰金有無及於數罪併罰規定？

易科罰金條文所謂「而受六個月之宣告」，其「宣告」於數罪併罰案件，究係指各罪之『宣告刑』，抑或是「最終合併之執行刑」，大法官釋字第三六二號係採後者定其執行刑，惟如其執行刑已逾六個月時，即已非短期自由刑，如執意再為易刑處分學者咸認至為不當，故於新法第四十一條第二項明定：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑，亦適用之。」。

(三)、罰金執行如受刑人無力一次完納或一時無力完納可否准許分期繳納？

1「新法將目前實務採行之分期完納制度正式法制化」：

基於法律保留原則，罰金得否分期完納，於實務雖試行有年且具實效，仍應本於權力分立原則早日法制為宜，立法政策上，繼受之母國德國早有明文，修法增添乃順應時勢所趨。

2「分期繳納並非漫無限制需確依受刑人之經濟或信用狀況，無力於兩個月內完納始得准許分期。」

新法明定有期限利益，遲延一期則對未完納之部份逕為強制執行或易服勞役，就強制執行上，亦無須再經形式上之執行程序，實質上果無力完納逕為易服勞役，以簡約國家於程序上不必要之勞費及時日。

117、易服勞役之折算標準有無變動？

答：舊法第四十二條易服勞役最高度僅為六個月，依最高額每日新台幣三百元計，六個月最高折算犯罪利益，僅約當新台幣十六萬元，逾此數額，受刑人服滿勞役即無須繳納，倘犯罪所得逾越十六萬元者，無論罰金之宣告刑之額度多高，受刑人均僅須服滿六個月已足，就一般預防之觀點，舊法規定全無嚇阻犯罪之效，故新法先在第四項將易服勞役折算標準延為一年，罰金金額折算逾一年時，於第五項改採罰金總額與一年總日數及折算標準，依比例計之。如涉及金融七法之罰金刑，如受刑人於金額於新台幣五千萬元無力完納者，則第六項改採罰金總額與三年總日數及折算標準，依比例計之。

118、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。

119、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。

120、請說明死刑贊成與反對之理由。

答：(一)、死刑廢止說之理由如下：

5 死刑有違人道。

6 刑罰權乃社會契約，契約之目的在於人民犧牲部份自由換取最大利益，但犧牲不能大於生命，否則契約失其存在之正當性。

7 刑事政策應重刑罰之目的並非應報而在感化使再犯率下降，死刑有違此目的。

8 死刑一旦生錯再無挽回之可能。

(二)、死刑存留說之理由如下：

5 從應報角度而言，死刑符合罪刑均衡。

6 從預防角度而言，威嚇效果最大。

7 死刑程序向極為慎重。

8 死刑可收永久隔離社會之必要。

121、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。

122、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）。

123、甲與A於某荒效因事口角，甲乃自懷中取出尖力將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）。

124、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、主觀上行為人有避難之意思 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。

125、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。

126、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。

127、甲開車超速不慎撞傷乙，緊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。

128、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條節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。

129、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。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。

130、『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。

131、數人共同犯一罪為共同正犯，其情形有數種，然『共同正犯』和『對向犯』之性質亦有所不同，試比較分析其不同？

答：按刑法第二十八條規定『二人以上共同實施犯罪之行為者，皆為正犯。』係刑法就共犯所為之明文規定，然各個行為人必須基於共同之行為決意，按照共同行為決意中角色之分配而分擔犯罪行為之實施，以其自己之行為參與實施構成要件行為或構成要件以外之行為，始能成立『共同正犯』，而『對向犯』又稱『對立犯』、『對合犯』係指兩個或兩個以上之行為者，彼此互相對立之意思經合致而成立之犯罪，茲將其要件及差異析之如下：

1. 構成要件之差異：

共同正犯係以自己之犯罪意思，參與犯罪構成要件以內或以外之行為，或以幫助他人犯罪之意思，參與構成要件內之行為，而對向犯需參與構成要件內之行為方成立。

2. 刑法總則得否適用之差異：

對向犯是立法者基於刑事政策或惡性輕重等理由，對於雙方分別規定相同或不同之刑罰，或僅處罰其中之一方，故已無刑法總則共同正犯之適用餘地，而共同正犯係對共犯為較廣義之概念，於刑法總則中之規定仍有適用。

3. 處罰情形之差異：

對向犯之處罰，在立法上有下列三種情形：

（1）對於參與者均予以相同之處罰者：例如重婚、通姦、賭博罪

（2）對於參與者分別予以不同之刑罰者：例如違背職務之收賄與行賄罪

(3) 僅對於一方予以刑罰，而不處罰對向之他方：例如不違背職務之行賄、買受猥褻物品罪。

共同正犯一般而言，由於每一個行為人，均係共同決意之實行者，故在刑法評價上，應該互相承擔彼此之刑事責任。

4教唆犯和幫助犯適用之差異：

對向犯於處罰雙方時，立法者既以認互為對向之雙方行為均為正犯，縱有教唆或幫助行為，亦無適用參與犯之餘地，例如違背職務收賄罪之要求與收受行為與違背職務行賄罪之行求與交付行為，本即含有教唆與幫助之性質，僅論以本罪即可，僅處罰一方時，立法者既然已認該對向行為無成立正犯處罰之必要，自不能再依共犯（教唆或幫助）之規定處罰，而教唆犯、幫助犯有別於共同正犯在整個犯罪過程中並無事實支配力，和共同正犯通常需直接參與犯罪構成要件之行為亦係不同之概念。

132、何謂略誘？又略誘和和誘之差異為何？刑法第241條2項之略誘和刑法第298條2項之略誘有何差別？

答：刑法第241條2項～意圖營利，或意圖使被誘人為猥褻之行為或性交，而犯前項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。

刑法第298條2項～意圖營利、或意圖使婦女為猥褻之行為或性交而略誘之者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。

(一) 所謂『略誘』係指違反被誘人之意思而加以誘拐，而將被誘人置於自己實力支配之下。所謂『違反被誘人之意思』係指以強暴、脅迫、詐術等方式。『略誘』和『和誘』的區別在於有無違反被誘人之意思，而非在於有無違反監督人之意思，茲將其要件說明如下：

1. 須違反監督權人之意思：

要成立和誘罪或略誘罪都必須違反監督權人之意思，如監督權人已同意，自不成立略誘罪，至於行為人對於被誘人可成立妨害行動自由罪（刑法第三零二條參照）或略誘婦女罪（刑法第二百九十八條參照），則係另一問題。

2. 須未成年且未婚：

被誘人如為已婚或已成年或未成年但無監督權人，或監督權人已同意，則行為人依情形應成立略誘婦女罪或妨害行動自由罪。

### 3. 結婚後離婚不適用：

被誘人結婚後又離婚者並不喪失行為能力，且已無監督權人之存在，自不成為本罪之客體。

### 4. 準略誘罪：

和誘未滿16歲之男女，以略誘罪論，準略誘罪之本質為和誘，只是行為客體尚幼，特別立法保護，未滿16歲為本罪之構成要件要素，如行為人欠缺認識，應只成立和誘罪。

小結：父母對於未成年子女，各有其監督之權，亦稱之為親權，不得由任何一方之意思，而有所侵害，此不論在和誘罪或略誘罪無不皆然。申言之，若一方以『強行』方法將子女置於其實力支配之下，使脫離他方之監督權，自應成立刑法第二百四十一條之略誘罪。

（二）刑法第二百四十一條第二項之略誘和刑法第二百九十八條第二項之略誘有何差別？

1. 刑法第二百九十八條略誘婦女罪之行為客體，依照法條文字觀之，只要求婦女，而無任何其他之限制。然而學說及實務（二十九年院字二零三四參照）上有認為與刑法第二百四十一條相區別，本罪客體應限於：

- (1) 已滿20歲之婦女。
- (2) 未滿20歲，但已結婚之婦女。
- (3) 未滿20歲亦未婚，但並無家庭或其他監督權人保護之子女。

2. 略誘未滿20歲尚有家長監督權之女子，如：

- (1) 如未得該監督權人之同意，構成刑法第二百四十一條之略誘罪。
- (2) 如已得該監督權人之同意，但違反被誘人之意思，仍可成立刑法第二百九十八條略誘婦女罪。

3. 如果被略誘的人是男性不構成刑法第二百九十八條略誘婦女罪，應視具體情形成立法第二百四十一條之略誘罪、第三百零二條之剝奪他人行動自由罪或第三百零四條之強制罪。

133、甲有惡性腫瘤，已接近死亡邊緣，A醫生為免除其痛苦，冒者甲有致死的可能開了D藥給甲吃，由於D藥有危險性，所以A醫生規定每日份量為3毫米，但是乙護士粗心大意，聽成是每次份量3毫米，結果甲食用後三分鐘後死亡，但事後證明即使每日三毫米的份量甲食用後仍然會死亡，又此新藥A醫生本來應該注意甲是否對其產生抗藥性才

能開

1 醫生有何刑責？

2 何謂過失犯？是否有過失未遂？

答：（一）A 醫生是否構成刑法第二百七十一條之故意殺人罪：

1. 構成要件該當性：

（1）客觀構成要件該當性：

本件中行為主體為A，行為客體為甲，A冒者甲有可能死亡之結果開了D藥給甲吃，開藥為實施之行為，又客觀上造成甲死亡之結果，就A之開藥與甲之死亡是否具有因果關係說明如下：

條件理論：A之開藥對於事實之結果，不可想像其不存在，故其間具有因果關係。

相當因果關係理論：行為與結果間從一般經驗法則判斷，具有相當可能性，本件中，行為人於行為時即認識甲有可能發生死亡之結果，故具有因果關係。（本文採主觀相當因果關係說）

結果歸責理論：行為人的行為對於行為客體製造了不被容許的風險，這個風險在具體的結果中實現了，這個結果存在於構成要件的效力範圍內時，由這個行為所引起的結果，才可被歸責於行為人，本件中A製造了不受容許之風險，故具可歸責性。

（2）主觀構成要件該當性：須具有殺人之故意，A醫生主觀上並無刻意致甲於死之犯意，故不具有構成要件故意

2. 違法性：A醫生之行為不具有刑法所規定之阻卻違法事由，亦不具有超法規阻卻違法事由，故具有違法性。

3. 有責性：A如非具有刑法第十八條至第二十條責任能力免責之事由時，即認為應負刑法上之完全責任。

小結：綜上所述，甲不成立刑法第二百七十一條之故意殺人罪。

（二）A 醫生是否成立刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪：

1. 本罪之客觀構成要件與刑法第二百七十一條之故意殺人罪相同，已如上所述，差別在於行為人主觀上係出於過失而無殺人之故意，茲說明如下：

（1）結果的出現：本文中A之行為導致甲死亡結果之出現

（2）行為與結果的出現具有相當因果關係：已如前所述，A之行為與甲之死亡具有相當因果關係。

(3)注意義務的違反：認為過失的概念，除了預見可能性外，強調行為人未盡『結果迴避義務』，就本件而言，甲之死亡A於開藥前即可預見，雖係乙護士之粗心大意，但A亦係應注意、能注意、而不注意，成立過失。

## 2. 業務過失之成立要件：

所謂業務係指基於個人生活地位而反覆同種類之行為為目的之社會活動，業務上過失係指，從事業務之人，怠於業務上必要之注意，致發生一定構成要件之結果，本件中A係醫生，其開藥為其基於業務上之行為，又A醫生本來應該注意甲是否對其產生抗藥性才能開藥，具有過失，故成立業務上之過失。

小結：A醫生應成立刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪。

### (三) 何謂過失犯？是否有過失未遂？

按刑法第十四條規定：『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。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。』係就過失所為之法律明文規定，於此要件之下，行為人之行為得認定為有過失得成立過失犯，而過失犯是否有未遂？茲將其說明如下：

#### 1. 否定說：

(1)未遂犯以故意為要件，行為人是出於過失，就沒有故意，故不可能有過失未遂。

(2)過失未遂在邏輯上係屬不可能，因為過失犯是處罰客觀上結果的發生，過失未遂根本是無法想像。

2. 肯定說：採取客觀歸責理論，重心便應移至客觀構成要件之部分，既遂犯罪是行為製造了風險，而此風險亦實現，未遂犯罪責則是行為人製造了風險，但此一風險並未實現。依此，不論是故意或過失之行為，均有製造風險的可能，所以兩者均有成立過失之可能性。

3. 本文以為：就未遂之本質而言，必須是一種主觀與客觀相互比較的概念。單純的看主觀或客觀絕對不能得出錯誤或未遂之結論。而可以確定的是，只有超越客觀事件的意志才可能建構未遂之概念，經由此意志，始得與未發生的犯罪結果發生連結，換句話說，未遂之概念，取決於是否違反犯罪與違犯何種犯罪之意志。若是沒有意志的指引、定向，一個行為可能導致由毀損至殺人的任何種類之犯罪結果，而這種可能性永遠也只是可能，永遠無法去驗證，因為行為人主觀上並沒有決意。所以本文還是否定過失未遂之概念，因為它與未遂的概念不符合。

134、甲不滿女友乙移情別戀，想殺乙洩恨，以預備之弓箭對乙射出一箭，但是乙的新男友丙為了保護乙出來幫她擋箭，結果射中丙之手臂，但因為箭上有毒藥，導致丙傷口化膿，丙為了活命不得不截隻

1. 問甲應有何罪責？

答:按未遂犯係指行為人欲實施某既遂犯罪構成要件，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之故意，但在客觀上已為著手卻未實現既遂犯罪構成要件的行為人，即為所謂之未遂犯，故刑法第二十五條乃規定：『已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。未遂犯之處罰，以有特別規定者，為限。』，茲就甲行為所成立之罪責說明如下：

(一) 甲對乙得否成立刑法第二百七十一條之殺人未遂罪：

1. 構成要件該當性：

(1)客觀構成要件該當性：殺人未遂之要件，通說認為，只要行為人基於殺人之故意，客觀上著手後，不論少了何種客觀構成要件要素，皆可成立未遂犯，因此死亡結果雖已出現，但與行為人之行為缺少因果關係或雖有因果關係（條件說），但欠缺客觀可歸責性時，亦可成立殺人未遂罪，本件中，甲對乙射出一箭，就殺人之行為，已達於著手之地步，故客觀構成要件該當。

(2)主觀構成要件該當性：本罪之構成要件故意必須行為人認識殺人罪客觀要件之事實，並有意使其發生，或發生不違背其本意，包括直接故意和間接故意，又行為人對於殺人罪之客觀構成要件事實並無全部的認識，則屬構成要件錯誤，而阻卻了故意，例如，誤人為動物而射殺之。但等價之客體錯誤，則不阻卻故意，例如誤張三為李四而殺之，本件中，甲係基於殺乙之犯意，欲將乙置於死地，明知並有意使其發生，主觀構成要件該當。

2. 違法性：本件中，甲並無正當防衛、或緊急避難等阻卻違法事由之構成，故甲之行為具有違法性。

3. 有責性：甲如不具有刑法第十八條至第二十條責任能力免責之事由時，即認為應負刑法上之完全責任。

4. 小結：綜上所述，甲應成立刑法第二百七十一條之殺人未遂罪。

(二) 甲對丙得否成立刑法第二百八十四條之過失重傷罪：

1. 構成要件該當性：

(1) 客觀構成要件：(和傷害罪之要件相同)

本罪與殺人罪均為『非定式犯罪』，故只要行為人之行為與被害人身體或健康之傷害結果間具有因果關係及客觀可歸責性，即為傷害行為，然被害人身體或健康之傷害結果如何認定，有下列不同之見解：

甲說(生理機能障礙說)：

此說立於生理學之觀點，認為使人之生理機能發生障礙，或使健康狀態導致不良變更者，即為傷害，倘僅使外貌變更，如剪光頭髮等，對生理機能並無影響並非傷害。

乙說(身體完整性侵害說)：

此說處於外觀物理變化之觀點，認為凡有害於人身體之完全(整)性者，即為傷害，即改變身體之外貌，如碰斷指甲等，均屬傷害。

丙說(折衷說)：

此說認為妨害人之正常生理機能或使其形體發生重大變化者，即為傷害。

依目前通說所採(生理機能障礙說)之見解，本件中甲之行為造成丙生理機能發生障礙之結果，故符合傷害之客觀構成要件該當，又依刑法第十條之規定，毀敗一肢以上之機能構成重傷，故甲對丙之行為構成重傷。

(2) 主觀構成要件：行為人主觀上必須具有過失，本件中，甲並非基於重傷丙之故意，然丙重傷之結果與甲之行為具有相當因果關係，甲係雖預見其發生而確信其不發生，故成立過失。

2. 違法性：本件中，甲並無正當防衛、或緊急避難等阻卻違法事由之構成，故甲之行為具有違法性。

3. 有責性：甲如不具有刑法第十八條至第二十條責任能力免責之事由時，即認為應負刑法上之完全責任。

4. 小結：甲應成立刑法第二百八十四條之過失重傷罪。

按刑法第五十五條規定：『一行為而觸犯數罪名，或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一

重處斷。』甲之行為同時成立殺人未遂罪及過失重傷罪，從一重處斷，故甲應成立刑法第二百七十一條之殺人未遂罪。

135、請問教唆之教唆、教唆之幫助、幫助之教唆、幫助之幫助在共犯結構中之意義為何，試說明之。

答：間接參與行為，國內有稱為『共犯之共犯』或『連鎖之共犯』，所謂間接參與行為，是指教唆或幫助行為不是直接對正犯為之，而是透過他人，茲將其類型及效果說明如下：

(一) 教唆之教唆：

是指教唆他人轉而教唆第三人實施犯罪，又稱作『輾轉教唆』或『間接教唆』，此種情形通說認為成立教唆犯，實務上最高法院28年7月25日決議亦認為教唆之教唆仍屬於教唆犯，但以所教唆之人已向他人教唆其實行犯罪為成立要件。

(二) 教唆之幫助：

1. 教唆犯說：

教唆不以針對正犯為限，教唆共犯亦應屬之，從教唆犯採獨立處罰之立場以觀，教唆者應依其加工行為之型態成立教唆犯，又教唆犯之處罰雖以其所教唆之罪為內容，但若幫助犯因正犯不成立犯罪而不受處罰時，教唆幫助之可罰性不受影響。

2. 幫助犯說：教唆幫助行為，實質上是透過他人之行為對於正犯提供助力，故應成立幫助犯，是以基於從屬性理論，必須正犯已成立犯罪，教唆幫助行為才能成立幫助犯，實務上最高法院28年7月25日決議亦同此見解。

(三) 幫助之教唆：

現行法對於幫助犯之處罰規定為『得按正犯之刑減輕之』，而非規定『得按幫助之罪減輕之』。因此，幫助教唆犯若有正犯之存在而成立幫助犯時，應解為正犯之幫助犯。亦即正犯若成立犯罪，幫助教唆行為可成立幫助犯，實務亦同此見解，惟有學說認為（許玉秀老師）幫助教唆，則係對教唆犯為便利援助之行為，係幫助教唆造意，對正犯而言，係參與使正犯形成犯罪意思之行為，就作用力之大小而言，居於次要地位，然就其作用之性質仍屬造意，而非對正犯行為之便利協助，故應為教唆犯。

(四) 幫助之幫助：

1. 幫助犯說：

通說認為，此種情形，是透過他人對正犯提供助力，是以應成立幫助犯，惟基於從屬性理論，必須正犯成立犯罪，幫助幫助行為才能成立幫助犯，實務亦同此見解。

2. 不罰說：

幫助行為有其從屬性，若無法律明文規定，即不得加以處罰，共犯之處罰範圍不宜過廣，幫助之幫助及教唆之幫助，對於犯罪之關係尤為疏遠，無處罰之必要。

(五)總結：

『教唆之幫助』、『幫助之幫助』、『幫助之教唆』通說認為均是幫助犯，故稱此三種情形為『間接幫助犯』，而教唆之教唆則仍認為得成立教唆犯。

136、何謂抽象危險犯？該犯罪類型在法治國家刑法有何功能？請說明我國刑法中，侵害社會法益的環境犯罪行為之體系為何？試分析該犯罪之各種類型，並就法治國刑法觀點評述己見以對。

答：(一)抽象危險犯的意義

抽象危險犯是立法者根據經驗累積後歸納的結果，認為某種「行為」

對於保護客體具有一般或是典型危險性，有加以禁止必要，而將其規定於刑罰法規上的一種犯罪構成要件。

立法者所以採取如此的立法方式，主要理由是為了能對相關法益做「前置性的保護」，以更周延的保護法益，所以直接禁止該行為，直接「擬制」行為具有危險性。

(二)學說對抽象危險犯的評論

對抽象危險犯的批評如建立其不法關鍵的「行為所導致的法益危險性」，並未被明示於構成要件要素，而僅僅是刑罰存在的理由或立法的動機而已，導致被部分學者質疑，有違反罪責原則和刑法最後手段原則的疑慮。舉例，放火燒燬淡水河沙洲中的空屋，這行為是否該當刑法第174條的放火罪？

有力學說現均主張當行為人自己確定可以完全排除此種對於保護法益的危險時，這種不可能對法益發生具體危險的情形，就可以排除抽象危險犯的可罰性。申言之，倘若能提出關於其行為對於構成要件所

要保護之法益「無危險性之反證」，則抽象危險犯的構成要件該當性是可以被排除的。

以刑法第173條第2項的放火罪而言，若行為人確實認知到其放火時建築物並無人在內，附近亦無緊鄰的其他住宅，則僅成立普通毀損罪；又例如在自己家中空無一人且並未對外開放的庭院中酒醉駕駛，行為人即可提出絕對無危險性的反證，排除刑法第185

條之3 的構成要件該當性。

鄭逸哲教授對此有精闢的學明結

1. 雖然一般認為所雖的「抽象危險構成要件」，並無「構成要件結果」的規定，就其構成要件的觀察，在形式上也的確如此。但，這個「抽象危險」所以不必規定，毋寧在於其「自明性」。若我們就一個「行為」進行構成要件該當判斷，先決條件是這個行為是個「刑法上有抽抽的行為」，而其必然至少要對相當程度的法益形成危險。因此，就所雖「抽象危險犯」，要完全不必考慮其「客觀的危險性」，是根本無法想像的，就算不必在構成要件階段判斷，在判斷一個「行為」屬於「刑法上有抽抽的行為」時，也一定判斷過。

2. 從立法的從度從從，一個行為之所以可以規定為「抽象危險構成要件」，並不在於其不需要就「危險」加以判斷，毋寧這類行為在「著手」那一剎那，瞬間爆出「鉅量危險」，相較於「具體危險構成要件」的「危險量」較緩和上昇，而「實害構成要件」的危險量更緩和上昇，在「著手點」上的「危險量」，「抽象危險構成要件」是「再明白不過」了！也就因此，我們不能把在構成要件形式上欠缺「構成要件危險結果」和在實際上不必考量「危險結果」給弄混了！

3. 從刑從從從法的舉證從度從從，相對於「具體危險構成要件」和「實害構成要件」的「結果」，毋寧「抽象危險構成要件」的從實「危險結果」在舉證上容易許多，甚至因其「明顯性」，被告自己都難以否認。固然在構成要件形式上，「抽象危險構成要件」欠缺「構成要件結果要素」的規定，但毋寧應將之理解為在我們篩選「刑法上有抽抽的行為」時，其從實「危險結果」已得致充分而「無爭議性」的證明，至構成要件該當判斷階段時，並無必要再度去重覆這樣的證明；而不是沒有必要去證明這樣的「危險性」。何況，若其完全不考慮其危險性，則會和我們對法治國刑法的「無危險，無刑罰」基本公設相矛盾。

許玉秀教授亦有高明抽見結「法律僅禁止一種危險，亦即逾越被容許程度的危險，抽象危險犯與具體危險犯所要禁止的危險是相同的，二個犯罪類型中都必須檢驗有無危險，只是在抽象危險犯是直接檢

驗行為本身的危險性，具體危險犯則除了行為本身以外，還要附加其他具體的危險狀況

### (三)、與具體危險犯的區別

依通學，具體危險犯相較於抽象危險犯，有如下之特徵結

具體危險犯屬於結果犯，抽象危險犯屬於舉動犯（行為犯），分屬兩個不同的概念範疇，僅前者必須檢驗因果關係。

137、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。原因分述如下：

(一)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。

(二)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。

(三)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。

138、刑法上所稱重傷害之定義為何？下列行為是否成立重傷害罪？試論述之。

1. 甲某日持硫酸一瓶潑向乙之臉部，至乙之臉部皮膚多處灼傷，容貌難以回復原狀。
2. 甲某日持利刀故意割斷乙右手之食指及無名指，以致該二手指無法接回。
3. 甲某日毆打乙，致乙之左眼睛受傷，該眼睛之視力僅有正常人之三分之一。

我國刑法第10條〈概念定義〉第4項規定：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。

1. 甲某日持硫酸一瓶潑向乙之臉部，至乙之臉部皮膚多處灼傷，容貌難以回復原狀。

答：屬於第六款：其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。為重傷害。

2. 甲某日持利刀故意割斷乙右手之食指及無名指，以致該二手指無法接回。答：尚未達到第四款：毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。為普通傷害罪，如果再加上食指，尚失該右手握持物品功能，就不能謂非嚴重減損一肢以上之機能，此時成立重傷害。

3. 甲某日毆打乙，致乙之左眼睛受傷，該眼睛之視力僅有正常人之三分之一。答：尚未達到第一款毀敗或嚴重減損一目或二目之視能要件，即使僅剩三分一，仍然有視物辨別功能，雖然本款規定毀敗或嚴重減損一目即已構成重傷害要件，但仍應以達到視力模糊於極短距離內無法視物辨別之程度，所以屬於普通傷害。

139、何謂陷害教唆？某甲為派出所員警，某日著便服辦案時遇見前遭該所查獲之煙毒通緝犯某乙交保在外，遂與其搭訕，佯稱要購買毒品，某乙初不願意，經某甲再三請託，始取出自己吸用之搖頭丸五顆以每顆新台幣250元出售予某甲，問甲乙之行為應如何論

斷？

教唆他人犯罪的，應當按照他在共同犯罪中所起的作用處罰。教唆不滿十八歲的人犯罪的，應當從重處罰。... 捏造事實誣告陷害他人，意圖使他人受刑事追究，情節嚴重的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成嚴重後果的，處三年以上十年以下... 依據毒品危害防治條例第 10 條 施用第一級毒品者，處六月以上五年以下有期徒刑。施用第二級毒品者，處三年以下有期徒刑。未滿二十滿十八就能處罰了也不會減輕因為刑法滿十八歲就有責任能力因此刑罰如上販賣古柯鹼、海洛因、鴉片、嗎啡，處死刑或無期徒刑販賣安非他命、大麻、罌粟、搖頭丸即MDMA，處無期徒刑或七年以上有期徒刑販賣K他命、FM2處五年以上有期徒刑...

140、警員甲趕去酒店要逮補通緝犯乙。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。

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。

#### 141、犯罪之「行為時」應如何判斷？

答：所謂「行為時」，並非泛指人類之社會行為，皆為犯罪認定之定義。

（一）人類存活於社會上，所表現出各種社會行為，也許造成若干之損壞毀傷之情況，然而若因此而認定為犯罪之表現，實在過於牽強並喪失其必要性。舉例如下：

1. 某甲開車蓄意撞傷被害人
2. 某乙到車不慎撞斃被害人
3. 某丙停於停車塔，但停車塔卻因突如其來的地震，導致丙車墜落壓必被害人

（二）依前敘之例中，可見甲、乙、丙三人皆因駕車之社會行為造成死亡之因果，然而甲乃意志所支配，已為意志可支配；而丙卻無意志之配之可能於地震之掌握。

（三）是故，可之犯罪之行為時除應認定行為時人外在之「身體動靜」外，亦須認定型為人之內心之「意志之配」可能性，若不足時，逕以刑法十二條排除之。

（四）滿足於此，方能進入罪刑法定主義之審查制。

#### 142、是說明直接故意與間接故意之異同

答：

（一）所謂直接故意：

1. 行為人對於構成要件之結果發生，確有遇見，並決議以其刑為促使預見結果之發生（刑法第十三條第一項）。亦即已積極實現構成要件之決意。
2. 例如：甲以殺乙之故意砍傷乙，至乙死亡。

（二）所謂間接故意：

1. 行為人主觀上遇見其行為顯有實現構成要件之可能，確還是施其行為，實現構成要件該當，或實現法定構成要件。

2 例如：甲為射梅鹿，路旁有農夫乙，甲知如果開槍有涉中乙之可能，但還是誤傷農夫亦所不顧而射擊。

143、甲持刀尾隨騎車乙，將其砍傷於馬路上後逃逸。惟乙育起身自行就醫卻因傷重不慎倒臥於快車道而被後方來車撞死。試問甲之刑責？

答：本題乃「行為人因果錯誤」之討論：

1 所謂「行為人因果錯誤」，乃指行為人之行為中，發生主觀因果歷程與客觀因果歷程不一致之現象。

例如本題中，甲欲砍殺乙，乙卻被撞死，因果過程中並非一致。

2 依目前通說之審查階段如下：

1. 甲對乙之死亡前行為（砍殺）；

2. 甲在乙倒地時即已離去，乙另行起身之行為並非在甲之風險實現範圍內，亦即，乙之所以被撞死，顯因自己行為所造成，並未因前行為所引發；

3. 故甲應論以殺人未遂似為適當。

144、午餐時，甲向乙要張紙，惟乙所拒絕，甲即自行取走一張紙。試問本案應如何論楚。

答：題中，甲「強行取走一張紙」之行為，應該當於強盜罪之構成要件：

（一）以我國犯罪論之審查立場，行為人客觀上為強暴脅迫奪取之行為，主觀上基於自己不法所有之意圖及故意，應該當於強盜罪無疑；

（二）行為人既已構成要件該當，即具備法規範對立否定之行為，亦返族行是違法性；

（三）為就整體法規範之立場而言：

1. 行為人甲所侵害者為一張紙，在法益保護相當性之立場而言，其侵害之法益極其輕微；

2. 從法益平衡原則而論，對一張紙之保護法益似乎無決定必要性，即可為刑法上容許之，亦即「社會相當性」理論；

3. 即使以日本學說之立場，一張紙所影響之法益極為輕微，而以「可罰違法性」認為無可罰之必要。

(四) 結論：綜上所述，可知行為人從「社會相當性」之法益比例之立場言，不具實質違法性，乙可依民事程序要求賠償。

145、何謂偶然防衛？其行為人有何刑責？

答：所謂「偶然防衛」，乃行為人面對不法之侵害之情狀，在不具備防衛意思下，卻作出抵禦侵害之防衛行為。

(一) 正當防衛之要素中，行為人符合犯罪主觀要素之知與欲，僅欠缺防衛意思。

(二) 若以三階段思考，行為人構成要件該當，且不能阻卻違法，充其量僅為量刑之問題。

(三) 惟二階論者認為，行為人主觀之構成要素該當，但其客觀要素卻因具備防衛情狀及防衛行為而阻卻違法。是故成立未遂犯。

146、甲恨乙移情別戀，約乙女到某山上僻靜處談判，以乙受傷或死亡皆可的故意將以推下山崖，乙及時抓住一調蔓條，因而毫髮無傷，試問甲有何罪責？

答：本題重點，在「擇一故意」之討論

(一) 擇一故意之意義：

1. 所謂擇一故意，係行為人在其行為時具備有兩各以上不同最質的故意，但不能確定為哪一項，而其中一項實現皆不違背其本意。

2. 例如：對於同行之甲與已開槍，明知必中一人，但不確定為何人會中。

(二) 擇一故意之論處：

由於擇一故意，就行為人而言，在該等不確定之數罪中存在故意，是故，即使著手後，未具備既遂之未遂型態下，應依一行為觸犯數罪未遂罪，依想像競合從重論處。

(三) 是故，題中，乙雖毫髮無傷，甲在殺人及傷害罪間成立未遂，且應從重以殺人未遂罪從重斷

147、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懺悔實據者，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：

10 有期徒刑執行未逾六個月。

11 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。

12 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，如其無懺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。

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。

148、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（原本為五年）。

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之事項，當事人縱未主張，法院或檢察官仍應依法下免訴判決或不起訴處分。

149、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。

150、新刑法對想像競合犯之處斷上之新限制？

答：(一)、想像競合犯處斷刑之方式本應為從一重處斷，受刑法三十五條第二項規定之影響，同種之刑，要以最高度之較長較多者為重，僅在最高度相等時，才以最低度較長較多者為重罪，果如此，如同種之刑最高度較長較多者，雖為重罪，但其最低度則未必亦較輕罪為較長較多，從一重時，可能於最低度之處斷出現輕重失衡之結果，有必要對其處斷之量刑有所限制，故新法明文「但不得科以較輕罪名所定本刑以下之刑」其理由在此。

(二)、立法政策上，繼受之母國德國及奧地利均設有此規定，修法增添乃順應時勢所趨。

151、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？

答：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。

152、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？

答：

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。

153、易服勞役之折算標準有無變動？

答：舊法第四十二條易服勞役最高度僅為六個月，依最高額每日新台幣三百元計，六個月最高折算犯罪利益，僅約當新台幣十六萬元，逾此數額，受刑人服滿勞役即無須繳納，倘犯罪所得逾越十六萬元者，無論罰金之宣告刑之額度多高，受刑人均僅須服滿六個月已足，就一般預防之觀點，舊法規定全無嚇阻犯罪之效，故新法先在第四項將易服勞役折算標準延為一年，罰金金額折算逾一年時，於第五項改採罰金總額與一年總日數及折算標準，依比例計之。如涉及金融七法之罰金刑，如受刑人於金額於新台幣五千萬元無力完納者，則第六項改採罰金總額與三年總日數及折算標準，依比例計之。

#### 154、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：

77 須法有規定需交付保護管束者。

88 須有社會危險性。

99 須先受刑罰或保安處分之宣告。

適用對象包括：

5 對受感化教育、監護、禁戒與強制工作處分。

6 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。

155、累犯加重處罰立法理由安在（何謂三振出局法案）？

答：

(一) 累犯加重處罰至二分之一之立法理由係：因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，本於特別預防之政策目的，有延長其矯正期間之必要以助其重返社會，以兼顧社會防衛之需求，本次新法累犯排除過失犯，理由亦係無確實實證支持過失再犯與刑罰反應力薄弱有直接關聯。

(二) 本次新法第四十七條第二項明示保安處分中之強制工作處分，既具有代替或補充刑罰之功能，故如發現強制工作處分不能使受刑人再社會化，五年內故意再犯自應有累犯之適用。

(三) 裁判確定前發現累犯之處罰：依刑法第四十八條規定：「裁判確定後發覺為累犯，依前條之規定更定其刑，但刑之執行完畢或經赦免後發覺者不在此限。」

156、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，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，並將緩刑期內宣告延長至確定時以資明確。

157、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。

158、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」

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。

159、甲誤將稻草人當做仇人乙，開槍射擊之。

答：

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。

160、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？

【解答】：(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。

161、甲乙是仇人，甲藉由放火燒乙的房子想要殺掉乙請問甲在法律效力上有什麼刑責？該如何處分？

答：第 173 條 放火燒燬現供人使用之住宅或現有人所在之建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。失火燒燬前項之物者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。第一項之未遂犯罰之。預備犯第一項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。第 271 條 殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。前項之未遂犯罰之。預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑。藉由放火燒房子. 著手放火燒房子了嗎? 想要殺掉乙殺死了嗎? 第 55 條 一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑

162、甲在台北綁架了A，打算開車把A載回嘉義，在A家人面前，把A槍決！當時甲把A塞在後車箱，不料…天氣太悶熱，還沒到達嘉義時，A在後車箱窒息而亡  
問題該如何解決？甲具有殺人罪還是過失致死？為什麼？甲想要的目的提早發生，該怎辦？因果關係、客觀面向、主觀面向塞車箱算是殺人的殺嗎？著手？預備？

答:1. 因果關係：若無甲的行為，即無A死的結果。〈不可想像其不存在〉故甲的行為與A死的結果具有因果關係

2. 客觀歸責：客觀歸責的存否依下列兩項標準做判斷

a. 製造法律所不容許的風險：甲將仇人A放置後車廂，本來即具有悶熱致死的危險，甲自是製造法律所不容許的風險

b. 風險實現：甲的行為造成A死的結果，自是實現了該風險

3. 有所疑問者乃甲主觀上只是想槍殺A，客觀上卻發生了甲悶死A的結果，此種「因果歷程錯誤」有否影響甲的客觀歸責？

4. 關於此因果歷程錯誤，須視其「單一行為」或「複數行為」而論。複數行為又可分為「結果延後發生」和「結果提早發生」兩種情況。本題乃「複數行為且〈死亡的〉結果提早發生」

5. 複數行為且〈死亡的〉結果提早發生，評價上因為槍殺的行為〈前行為〉尚未著手，因此只能評價為預備行為；而塞車箱的行為〈後行為〉致A死，僅能論以過失。

163、甲以為乙是無責任能力人，間接正犯教唆乙去殺人，但乙是有責任能力人，乙也故意去做，此情形要怎麼處理？甲以為乙是有責任能力人，教唆乙去殺人，但乙是無責任能力人，此情形要怎麼處理？

答:1. 甲以為乙是無責任能力人，間接正犯教唆乙去殺人，但乙是有責任能力人，乙也故意去做，此情形要怎麼處理？

甲成立教唆犯，乙成立殺人罪，兩者皆依刑法271條處斷。

2. 甲以為乙是有責任能力人，教唆乙去殺人，但乙是無責任能力人，此情形要怎麼處理？

甲成立殺人教唆犯，但乙是無責任能力之人，故乙不加以處罰，

但是甲仍然必須依刑法271條規定處斷。

164、我國刑法是否承認『共謀共同正犯』？設兩人以上共同陰謀或預備成立犯罪，可否成立共同正犯？警方查獲甲非法持有安非他命後，甲供出毒源，配合警方辦案，乙佯稱買毒方式，釣出毒源乙，再當場查獲，問甲有罪否？甲乙兩人謀議竊盜，由甲侵入乙宅行竊，乙在宅外把風，甲竊取現款萬元後，獨自吞贓，出而對乙說：『無物可竊』，乙信以為真，問甲乙之刑責各為何？試說明下列行為應如何處斷？甲教唆乙用槍殺丙，乙開槍時手法欠準，未中丙而誤中行人丁，丁不治身亡。甲教唆乙用槍殺丙，乙誤認丁為丙，而對丁開槍，將丁殺死。甲利用無責任能力之乙殺丙，乙誤認丁為丙，將丁殺死。甲幫助未滿十四歲之乙殺死丙。

答：

1. 我國承認 但是陰謀犯與預備犯的處罰以法律有規定者為限

2. 持有就是已經有犯罪了 縱使他供出毒源 並不能夠免罪 除非有認罪協商的情形

3. 甲乙兩人共謀行竊 乙幫甲把風屬於行為分攤 至於甲騙乙而獨吞贓物 僅是分贓不均的問題 無礙兩人共謀竊盜之罪

4. 打擊錯誤 而且是等價錯誤 所以對丁方面構成殺人罪

客體錯誤 也是等價錯誤 對丙構成殺人未遂 對丁構成殺人既遂

利用無行為能力 可能可以形成共犯 仍負殺人罪

幫助犯屬於從犯 如果主要行為不成犯罪 則從犯無可附麗

165、甲夜間侵入乙之住宅行竊，見乙僅著薄紗睡衣，突心生淫念，強要乙性交遭其抗拒而未遂，竟出手將乙毆打成殘，問甲之行為應如何論處？

答：一、甲夜間侵入乙之住宅行竊，依加重竊盜罪論處。其中止竊盜是因為強要與乙性交，非出於己意之中止，所以應為普通未遂，是以論處加重竊盜罪普通未遂。

二、甲侵入乙之住宅，強要與乙性交，因遭乙抗拒而未遂。出手毆乙致殘，應以妨害性

自主之加重結果犯處斷(刑§226)。

166、我國刑法第51條（數罪併罰之方法）規定,請論述之?

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，於各刑中之最多額以上，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。

167、甲男有配偶之人，偶然機會出差前往澳州，巧遇移民澳州年之昔日女友乙，二人在乙女住處發生姦情多次，並錄影製成光碟留念，甲返國之後，某日乙前來台，二人於旅館約會口交，為甲配偶跟蹤報警查獲，並提出告訴，甲乙如何論刑?

答:問題的見解，應該從"罪刑法定主義"思考~

依據刑法第一條:「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。」，因此雖然總則篇有明確定義「性交」的定義，但是分則未在修法時卻未將「通姦」改成性交，因此上述的案例甲、乙雙方在雖然旅館裡口交，但是依舊刑法裡的定義，仍不構成通姦的要件因此無罪，實務上也有不少狗男女鑽此漏洞。而修法未修改可能是立法院諸公任期的問題，立院有法案屆期不連續的規矩。

168、甲因卡債纏身，正當坐困愁城之際，偶然拾獲業已完成發票行為的A所有支票壹

紙，面額三十萬元，為求增加信用度起見，另冒B之名，刻製印章壹枚並蓋用於該票據背面而製作票據\”背書\” ，隨即持以充當擔保品，向友人乙調借現金貳拾萬元整，惜為乙當場婉拒。試問甲之行為，在現行刑法上應做如何處斷？

答:構成要件該當本案主觀構成要件為故意，構成要件該當性三要件:

1. 結果原因—行為與結果必須有其因果關係存在。
2. 行為與結果之間是否具有因果關係上,應以取向於經驗事實之「條件理論」作為判斷基準—即行為人之行為是否造成具體結果所不可想像其不存在之條件(真像是繞口令)。即是說,假冒名刻印並將之使用於A的支票上一事,此造成足以損害他人之結果可認為是「所不可想像其不存在之條件」。 二.行為不法 三.結果不法違法性 若構成要件該當,通常也具違法性,惟需考慮是否可能有阻卻違法事由存在,並足以排除其違法性----此處我看是沒有, 是否得被害人之承諾---也沒有有責性

有責性—行為符合刑法之不法構成要件,且為故意行為,至於有沒有造成實際損害,只會影響罪責或是可裁判免除而已,這便是六十一條的考慮範圍,但因為二一七的刑度才有六十一條的適用(三年以下),而因為二一七的偽造印章,已經被使用在支票(私文書,此處應討論220)構成了210變造,以及216的行使,然後還有三三九第三項的未遂,所以要討論同一行為人以一個犯罪故意,犯一罪而其方法另犯他罪名者之牽連犯,前行為,後行為,高度吸收低度等等之討論,,這是五十條及五十五條的部份而後,討論完罪數理論,再來處理主從刑的部份,供犯罪所用之物應該如何處理,是否為犯人所有?印章應沒收還是要給B?以及,應否發還A支票等問題

169、連續犯，其中一部分發生在新修正的刑法施行前〈95年7月1日〉，另一部份發生在新法施行後者，應如何處理？

答:要問刑法第2條 (從舊從輕)

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。

行為後法律有變更如果把修法前後的行為視為一整個連續行為，則是行為中法律有變

更，非行為後法律有變更，自全部適用新法但如果把修法前與修法後之行為拆開來看的話，修法前的行為有刑法第2條之適用，適用行為時之法律，仍成立連續犯修法後的行為，則適用新法，不成立連續犯

170、請敘述空白刑法&空白構成要件這兩者與刑法第2條的關係。

答:一. 意義

(1). 空白刑法(Blankettstrafgesetz)

是指僅規定罪名及法律效果 而將構成要件中的禁止內容委之於其他法律或行政規章或命令 這即是空白刑法條款

(2). 空白構成要件(Blanketttatbestand)

只有規定罪名 法律效果 與部分的構成犯罪事實 至於其禁止內容則規定於其他法律行政規章 或命令 待其補充後 方能成為完整的構成要件

二. 立法理由

立法者使用此等"空白刑法"之立法技術，是由於某些犯罪型態與社會生活有一定程度之密接性，有部分技術性或專業性的問題，以立法者之能力，無法於立法時就能通盤予以考量，或是立法者預想該刑罰規定，可能需要隨著社會變遷有彈性地靈活運用來適應現狀之必要，故將此部分之問題交由相關機關以規章或命令等方式，來加以處理。

空白刑法之立法方式，由形式上觀之看似與嚴格之罪刑法定原則有所違背，但其中空白條款之部分，是立法機關授權於行政機關，來制定補充之行政命令或行政規章，屬於"委任立法"之方式。行政機關仍須受到立法機關之監督，而非漫無標準，由於空白刑法之刑罰權範圍，在實質上還是可由立法機關來控制，且此種立法方式僅為少數例外之情形，對於罪刑法定原則之精神並無大礙。

三. 舉例

像是刑法第一百九十二條 就只說 第 192 條 (違背預防傳染病法令罪及散布傳染病菌罪)違背關於預防傳染病所公布之檢查或進口之"法令"者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。暴露有傳染病菌之屍體，或以他法散布病菌，致生公共危險者，亦同。像這樣的條文 他也沒有說到底是哪些傳染病 (將禁止內容委之於其他法律或行政規章或命令) 就是空白刑法的一種 所以如果今天行政機關說狂牛症的牛不准進口 而某甲進口被抓 隔天某甲被審判時又說開放進口 這個時候某甲應不應該受到處罰呢？就

看有沒有刑法第二條適用的問題~至於有沒有適用 就是看後來再開放進口的行政命令是不是法律而定 如果是的話 就符合 刑法第二條所說的 行為後法律有變更者，適用行為時之法律

#### 四. 爭點

到底補充變更是不是法律變更？現今有二種學說

##### 1. 事實變更說(通說 實務)

此說認為 法律有變更僅指"刑罰法律"之變更 以外的均不算

參照判例49台上1093及釋字103號

##### 2. 法律變更說(少數說)

法律變更除了刑罰變更外 尚包括填補規範之變更

171外籍人士無照駕車致人重傷肇事逃逸. 是否有刑責？

答:刑法的效力範圍依刑法第三條規定，只要在中華民國領域內接有效力，是以本案並不在於行為人是不是屬於外籍人士，而是犯罪的行為或結果是否在中華民國領域內發生(刑法第四條參照)；至於該外籍人員是不是受有外交的豁免權係屬刑事訴訟法的問題，並不影響實體法上的判斷。

172、日前有幾個藝人被查出吸食大麻，有幾個藝人宣稱是去泰國玩的時候好奇吸了幾口，請問如果出國旅遊吸食大麻或者其他毒品，返國後備查出有毒品反應，這樣是否有刑事責任？

答:依刑法第5條本法於凡在中華民國領域外犯下列各罪者，適用之：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。

也就是說在國外犯毒品罪，不管當地是否為合法，皆適用本刑法。但依第8條，如在國外施用(吸食)毒品是不適用本刑法的，所以沒有刑責。但回國後，如被驗出有毒品反應，那就要依"毒品危害條例"第20條犯第十條(吸食毒品)之罪者，檢察官應聲請法院裁定，或少年法院(地方法院少年法庭)應先裁定，令被告或少年入勒戒處所觀察、勒戒，其期間不得逾二月。觀察、勒戒後，檢察官或少年法院(地方法院少年法庭)依據勒戒處所之陳報，認受觀察、勒戒人無繼續施用毒品傾向者，應即釋放，並為不起訴之

處分或不付審理之裁定；認受觀察、勒戒人有繼續施用毒品傾向者，檢察官應聲請法院裁定或由少年法院（地方法院少年法庭）裁定令入戒治處所強制戒治，其期間為六個月以上，至無繼續強制戒治之必要為止。但最長不得逾一年。依前項規定為觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，五年後再犯第十條之罪者，適用本條前二項之規定。

173、嘉義市驚傳一名年僅17歲的少年，因為不滿父親不賺錢養家，還在外頭負債累累，搞得債主不斷上門討債，他居然事先買了一把西瓜刀，趁著爸爸熟睡時，持刀殺了爸爸後報警投案！

因為死者很少賺錢養家，小孩都靠資源回收生活，還有外出工作，補貼一點家用。

17歲的少年就是持著這把早就買好的西瓜刀，支開媽媽之後，朝正在熟睡的爸爸連砍了2刀，導致爸爸大量失血死亡，少年行凶後，曾打電話叫救護車，但為時已晚，他自行投案！嘉市警第二分局長張啟森：「因為他懷恨父親在外欠了很多債務，心存不滿。」林家是低收入戶、媽媽精神耗弱領有殘障手冊，爸爸不但不賺錢養家，還負債累累，4個孩子就靠阿公扶撫，排行老三的林姓少年好不容易長大，可以打零工賺錢貼補家用，卻一再遇上爸爸的債主上門討債，讓他難以接受。請問該17歲青少年要判什麼罪？少年凶器刀子藏兩年，算預謀嗎？會用到刑法57條量刑？此案件涉及到殺害直系親屬可以判死刑？還是重新發落？

答:第 272 條 殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。

前項之未遂犯罰之。預備犯第一項之罪者，處三年以下有期徒刑。

但是這位少年未滿18歲，並不會處以死刑或無期徒刑，而且根據少年事件處理法第 67 條規定:檢察官依偵查之結果，對於少年犯最重本刑五年以下有期徒刑之罪，參酌刑法第五十七條有關規定，認以不起訴處分而受保護處分為適當者，得為不起訴處分，移送少年法院依少年保護事件審理；認應起訴者，應向少年法院提起公訴。依第六十八條規定由少年法院管轄之案件，應向少年法院起訴。

問題一:請問該17歲青少年要判什麼罪？

答:上述少年事件處理法解答~

問題二:少年凶器刀子藏兩年，算預謀嗎？

答:要看法官及檢察官的判斷,因為刀子一般而言並不是作為傷害他人用途,不像槍枝,所以依法官判決為主

問題三：會用到刑法57條量刑？

答：會的，根據少年事件處理法第六十七條規定。

問題三：此案件涉及到殺害直系親屬可以判死刑？還是重新發落？

答：因為少年未滿18歲，因此並不會被判處死刑，但是如果滿18歲，就必須處以死刑或無期徒刑

，少年未滿18歲主要由少年事件處理法處理！

174、刑法於九十五年七月一日新法實施後..其總則第二條之原則為從新從輕,,還是從舊從新...為什麼？

答：從舊從輕或是從新從輕結果都是一樣的 所以這個修法有學者批評沒有實益

因為無論從新從輕 或者從舊從輕都會以輕刑為主 改來改去只是名稱問題 適用上並不會有問題

例如 修法前最比較重 修法後罪比較輕 無論從新從舊不是都要從輕嗎 所以這次修法並沒有太大實益。

175、刑法禁止類推和罪刑法定主義..那麼刑法可以使用擴張解釋嗎...可以使用當然解釋嗎..可以使用反對解釋嗎?如果不可以那麼吸食安非他命要如何入罪...及吞食鴉片要如何定罪？

答：刑法不能擴張解釋 因為會違反罪刑法定主義確實 吸食安非他命並不能用刑法的鴉片罪入罪 但是有毒品危害防治條例可以入罪阿 刑法上的鴉片罪已經很少適用了 由於不能擴張解釋 當時也不知道立法委員為何不修改刑法而是另外立一個子法來規範 使得鴉片罪被架空了

所以其實刑法本身有很多罪已經被子法給架空了(例如毒品危害防治條例價框鴉片罪 優生保健法架空墮胎罪等等)

176、何謂裁判上一罪?95年7月1日起適用各該法條作如何修正?請說明之

答：原本舊刑法裁判上一罪有：想像競合犯、牽連犯、連續犯，新刑法刪除牽連犯與連

續犯作為裁判上一罪的規定，最主要的原因在於：想像競合犯是「一行為」觸犯訴罪名，而牽連犯與連續犯是「數行為」觸犯數罪名，僅是為了裁判上的方便，而允許法院在裁判確定前以一罪合併裁判，但是這樣子會使得罪與刑的輕重失衡，且有助長犯罪之虞，此次修正是蠻正確的。修正後該法條的適用問題，首先要區分犯罪行為是「一行為」還是「數行為」，一行為有自然意義的一行為和法律意義的一行為，自然意義的一行為沒有問題，而法律上一行為的就比較不好認定，大部分的說法是：如果一個犯罪歷程包含了自然意義的數行為，而此自然意義的數行為具有時間與空間的密接性者，則可認定為一行為。例如在一個晚上重複偷一家便利商店三次，這三次偷竊行為即可視為法律意義的一行為。如判斷為一行為，則可能為想像競合或是法條競合（法律單數），如為數行為，則應為數罪併罰，至於要想像競合或是法條競合，就要考慮到是否具有法益保護的同一性，如具有法益保護的同一性是法條競合，如不具有法益保護的同一性則是想像競合。個人認為，實務上運用了幾十年的牽連犯和連續犯的審判技巧，始有罪判決的既判力擴張至其他具有裁判上一罪而未審理的部分，這樣子可以省卻不少審理調查的功夫，實務不太可能會全面放棄裁判上一罪的便利，關鍵點應該是在一行為的認定上，最有可能性的是擴大「一行為」的認定，照常變相的擴張有罪判決既判力。

177、有一個日本人叫做田中，和我國人民張三，搭乘日本亞細亞航空，抵達台灣桃園中正機場，還沒下飛機，田中恐嚇張三把錢交出來，是問這種行為可否以我國刑法是否能判罪？

答：刑法第3條（屬地主義）：本法於中華民國領域內犯罪者，適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內犯罪者，已在中華民國領域內犯罪論。本案例所搭乘者係「日本亞細亞航空」，非屬我國之航空器；另雖抵達台灣桃園中正機場，惟「還沒下飛機」，故亦非屬於我國刑法第3條所規範之對象。另還要考慮的是刑法第8條：「前條（第7條）之規定，於在中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人，準用之。」而刑法第7條：「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」按刑法第346條（恐嚇取財得利罪）第一項：「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，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。」檢視其刑度「處六月以上五年以下有期徒刑」與刑法第7條所謂「最輕本刑為三

年以上有期徒刑者」甚有不符，故田中（日本人）的行為不得以我國刑法論處。

178刑法中的主刑、從刑，各有哪些？

答：刑分為主刑及從刑。

主刑之種類如下：

一、死刑。

二、無期徒刑。

三、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。

四、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。

五、罰金：新臺幣一千元以上，以百元計算之。

從刑之種類如下：

一、褫奪公權。

二、沒收。

三、追徵、追繳或抵償。

179、甲與乙有仇，甲乃教唆與乙毫無恩怨之丙以傷害之犯意毆打乙，乙因而受傷，則甲有無刑責？若丙利用毆打乙之機會，發現乙所戴支手錶遺落在路邊，即利用乙不注意之際順便取走，則甲是否構成竊盜罪？

答：丙本無傷害乙之犯意，因甲之唆使，始生傷害乙之犯意，並將乙毆傷，則甲構成刑法第29條、第277條第1項之教唆傷害罪，丙構成第277條第1項之傷害罪。丙於毆打乙後，發現乙所戴支手錶遺落在路邊，即利用乙不注意之際順便取走，若該手錶已脫離乙之實力支配範圍，則丙之行為應構成刑法第337條之侵占其他離本人所持有之物罪。若該手錶尚未脫離乙之實力支配範圍，則丙之行為應構成刑法第320條第1項之竊盜罪。因丙所犯之侵占其他離本人所持有之物罪或竊盜罪非甲所教唆，所以甲對此部分不負刑責，僅構成教唆傷害罪。

180、試就下列情形，分別論處甲乙罪刑：

丙遭歹徒持刀脅迫，甲乙二人見情況危急，欲開槍擊斃歹徒解救丙，甲將歹徒擊斃，而乙因槍法不準，反將丙射殺死亡。

答：這個問題牽涉到正當防衛、是否防衛過當以及過失致死三個層面依刑法第23條規定對於現在不法侵害，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。某丙遭歹徒持刀脅迫，甲乙開槍射擊歹徒之行為係為解救某丙，其行為屬於正當防衛而非故意殺人。不過歹徒僅係持刀脅迫而未有持刀砍殺之行為，甲乙如對空鳴槍應足以喝阻歹徒，竟直接射殺，顯有防衛過當之嫌疑。至於某乙因意外射殺某丙，在開槍之前應有可能誤傷某丙之預見，因此其誤殺某丙之行為亦應負過失致死刑責。

181. 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（原本為五年）。

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之事項，當事人縱未主張，法院或檢察官仍應依法下免訴判決或不起訴處分。

182. 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。

183. 依我國刑法第五十七條規定量刑時應注意什麼事項？請說明之

答：

(一)法官從事刑罰裁量時，必須審酌與犯罪行為及犯罪行為人有關的一切情狀，始足以酌定行為與行為人的不法內涵與罪責程度，用以作為量定刑罰的準據。這些足資法官作為裁量的情狀，即稱為「刑罰裁量事實」。而依刑法第五十七條規定的刑罰裁量事實，計有十項。

(二)依刑法第五十七條規定，科刑時應以行為人之責任為基礎，審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：

1. 犯罪之動機
2. 犯罪時所受之刺激
3. 犯罪之手段
4. 犯罪行為人之生活狀況
5. 犯罪行為人之品行
6. 犯罪行為人之智識程度
7. 犯罪行為人與被害人之關係
8. 犯罪行為人違反義務之程度
9. 犯罪所生之危險或損害
10. 犯罪後之態度

184. 請解釋下列名詞：

- 1、公務員
- 2、重傷
- 3、電磁紀錄

#### 4、追徵、追償、追繳

答：

##### (1) 公務員

依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其它依法令從事公共事務，而具有法定職務權限者。

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。

##### 重傷

指毀敗或『嚴重減損』目、耳、語、味、嗅、肢及生殖機能或其它於身體健康有重大不治或難治之傷害。

##### (2) 性交

謂非基於正當目的所為下列性侵入之行為包括以性器或性器以外之物進入他人性器、肛門、口腔之行為。

##### (3) 電磁紀錄者

謂以電子、磁性、光學或其它相類之方式所制成，而供電腦處理之紀錄。

##### (4) 追徵、追償、追繳

原本散見於貪污治罪條例等特別法，此三種沒收方式，乃指不符刑法第三十八條第一項第三款所指之「因犯罪所得之物」，依同條第三項之規定，應限於犯人所有始得沒收，如非犯人所有，則依特別法有無規定論之，再者，就「因犯罪所得之物」如係不正利益應如何執行沒收？「因犯罪所得之物」其若得以市價計算者，如已經犯人消費不復存在時，應如何處理？均無明文規定，從而刑法總則之中，其一般沒收之規定，並無就上述三種情形，定有明文，倘致行為人於判決確定後仍可享受犯罪之成果，顯違反刑罰一般預防之應報功能，實應將此所得歸於國家所有，惟不論是追徵、抵繳等方式，此均涉及人民財產權之限制，依憲法第二十三條之規定，本應有法律保留原則之適用，爰將於貪污治罪條例第三十四條及第四十條之一規定內容，將之規定於刑法總則之中。簡言之，追繳係指以犯人之財產抵繳犯罪所得，追償及追繳則是針對犯罪所得中之不正利益及可以市價計算之已消費犯罪所得之沒收方式。

185. 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。

186. 何謂空白刑法？試舉一例說明之。此種法律有無違反罪刑法定原則？理由為何？

答：

（1）意義：

1. 係指某刑罰只規定罪名、法律效果與部分的構成犯罪事實，至於其禁止內容則規定於其他法律或行政規章或命令。這種構成要件必待其他法律或行政規章或命令補充其空白部分之後，方能成為完整的構成要件。

2. 例如：違背預防傳染病法令罪(刑§192I)僅規定：「違背關於預防傳染病所公布之檢查或進口之法令者，處二年以下有期徒刑…。」

像這樣的條款僅規定有罪名與法律效果，而將構成要件中的禁止內容委之於其他法律或

行政規章或命令，即屬空白刑法條款。

(2) 有無違反罪刑法定原則？

1. 這類空白刑法條款中行政規章或行政命令，雖非由國會立法權的直接運作而制定的刑事法律，但係經國會遵守明確性誠命，而授權行政機關的委任立法，其規定內涵仍應受立法權的監督，而非漫無標準。
2. 故空白刑法在刑式上雖與嚴格的罪刑法定原則不免有相違之處，但在實質上仍屬受制於立法權的規定，而且空白刑法究非屬常態，只是眾多的原則規定無法避免的少數例外。因此，並不違背罪刑法定原則。

187. 請說明下列問題：

(一)、刑法規定之文書與有價證券應如何區別？

(二)、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？

解答：

(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。

(二)、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。

## 188. 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：

1010 須法有規定需交付保護管束者。

1111 須有社會危險性。

1212 須先受刑罰或保安處分之宣告。

適用對象包括：

7 對受感化教育、監護、禁戒與強制工作處分。

8 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。

189. 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，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，並將緩刑期內宣告延長至確定時以資明確。

190. 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，應論以何罪？

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

### 191. 易服勞役之折算標準有無變動？

答：舊法第四十二條易服勞役最高度僅為六個月，依最高額每日新台幣三百元計，六個月最高折算犯罪利益，僅約當新台幣十六萬元，逾此數額，受刑人服滿勞役即無須繳納，倘犯罪所得逾越十六萬元者，無論罰金之宣告刑之額度多高，受刑人均僅須服滿六個月已足，就一般預防之觀點，舊法規定全無嚇阻犯罪之效，故新法先在第四項將易服勞役折算標準延為一年，罰金金額折算逾一年時，於第五項改採罰金總額與一年總日數及折算標準，依比例計之。如涉及金融七法之罰金刑，如受刑人於金額於新台幣五千萬元無力完納者，則第六項改採罰金總額與三年總日數及折算標

準，依比例計之。

192. 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：

77 依法停止執行。

88 因通緝或執行期間脫逃未能續行執行者。

受刑人依法另受拘束者。例如保安處分之執行。

193. 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定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。

194. 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。

## 195. 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。

196. 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。

### 197. 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。

198. 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，早既存有何機殺害對方之意，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，拙意議肯認少數說看法，次者，就既了未遂以言，中止未遂之成立，除己意中止外，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。

### 199. 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。

## 200. 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，但可以原諒，因此，罪責生效但免刑或減刑。

『高』期待可能性：這是指規範責任論下，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。

## 201、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。

202、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，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，並將緩刑期內宣告延長至確定時以資明確。

203、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。

#### 204、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。

#### 205、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。

受刑人依法另受拘束者。例如保安處分之執行。

206、累犯加重處罰立法理由安在（何謂三振出局法案）？

答：

(一) 累犯加重處罰至二分之一之立法理由係：因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，本於特別預防之政策目的，有延長其矯正期間之必要以助其重返社會，以兼顧社會防衛之需求，本次新法累犯排除過失犯，理由亦係無確實實證支持過失再犯與刑罰反應力薄弱有直接關聯。

(二) 本次新法第四十七條第二項明示保安處分中之強制工作處分，既具有代替或補充刑罰之功能，故如發現強制工作處分不能使受刑人再社會化，五年內故意再犯自應有累犯之適用。

(三) 裁判確定前發現累犯之處罰：依刑法第四十八條規定：「裁判確定後發覺為累犯，依前條之規定更定其刑，但刑之執行完畢或經赦免後發覺者不在此限。」

### 207、新刑法對想像競合犯之處斷上之新限制？

答：

(一)、想像競合犯處斷刑之方式本應為從一重處斷，受刑法三十五條第二項規定之影響，同種之刑，要以最高度之較長較多者為重，僅在最高度相等時，才以最低度較長較多者為重罪，果如此，如同種之刑最高度較長較多者，雖為重罪，但其最低度則未必亦較輕罪為較長較多，從一重時，可能於最低度之處斷出現輕重失衡之結果，有必要對其處斷之量刑有所限制，故新法明文「但不得科以較輕罪名所定本刑以下之刑」其理由在此。

(二)、立法政策上，繼受之母國德國及奧地利均設有此規定，修法增添乃順應時勢所趨。

### 208、試說明新法易科罰金要件修正之理由？

答：

(一)、按刑罰第四十一條易科罰金，本質上為易刑處分，其制度目的在濟短期自由刑之弊，基此特別預防之政策目的，其宣告條件，本不可趨於過嚴，舊法時代易科罰金要件設有須『因身體、教育、職業或家庭之關係或其它正當事由，執行顯有困難者』為宣告之條件，失之過嚴，新法為濟其弊，廢之，於同法第一項但書改列為：「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」，其理在此。

(二)、易科罰金有無及於數罪併罰規定？

易科罰金條文所謂「而受六個月之宣告」，其「宣告」於數罪併罰案件，究係指各罪之『宣告刑』，抑或是「最終合併之執行刑」，大法官釋字第三六二號係採後者定其執行刑，惟如其執行刑已逾六個月時，即已非短期自由刑，如執意再為易刑處分學者咸認至為不當，故於新法第四十一條第二項明定：「前項規定於數

罪併罰，其應執行之刑，亦適用之。」。

(三)、罰金執行如受刑人無力一次完納或一時無力完納可否准許分期繳納？

1「新法將目前實務採行之分期完納制度正式法制化」：

基於法律保留原則，罰金得否分期完納，於實務雖試行有年且具實效，仍應本於權力分立原則早日法制為宜，立法政策上，繼受之母國德國早有明文，修法增添乃順應時勢所趨。

2「分期繳納並非漫無限制需確依受刑人之經濟或信用狀況，無力於兩個月內完納始得准許分期。」

新法明定有期限利益，遲延一期則對未完納之部份逕為強制執行或易服勞役，就強制執行上，亦無須再經形式上之執行程序，實質上果無力完納逕為易服勞役，以簡約國家於程序上不必要之勞費及時日。

209、何謂空白刑法？試舉一例說明之。此種法律有無違反罪刑法定原則？理由為何？

答：

(3) 意義：

3. 係指某刑罰只規定罪名、法律效果與部分的構成犯罪事實，至於其禁止內容則規定於其他法律或行政規章或命令。這種構成要件必待其他法律或行政規章或命令補充其空白部分之後，方能成為完整的構成要件。

4. 例如：違背預防傳染病法令罪(刑§192I)僅規定：「違背關於預防傳染病所公布之檢查或進口之法令者，處二年以下有期徒刑…。」

像這樣的條款僅規定有罪名與法律效果，而將構成要件中的禁止內容委之於其他法律或行政規章或命令，即屬空白刑法條款。

(4) 有無違反罪刑法定原則？

3. 這類空白刑法條款中行政規章或行政命令，雖非由國會立法權的直接運作而制定的刑事法律，但係經國會遵守明確性誠命，而授權行政機關的委任立法，其規定內涵仍應受立法權的監督，而非漫無標準。

4. 故空白刑法在刑式上雖與嚴格的罪刑法定原則不免有相違之處，但在實質上仍屬受制於立法權的規定，而且空白刑法究非屬常態，只是眾多的原則規定無法避免的少數例外。因此，並不違背罪刑法定原則。

210、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定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。

2 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昇高之風險，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。

3 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。

211、甲拾獲乙之郵局存摺及印章，甲未依規定送警招領而盜用該印章，並偽造乙為名義之取款條向郵局取款，甲應如何處斷？

答：

(一) 甲拾獲乙之郵局存摺及印章之行為：觸犯刑法第三三七條之侵占遺失物罪。

(二) 甲盜用該印章，並偽造乙為名義之取款條行為：

1. 甲觸犯刑法第二一七條之偽造私人署押罪及刑法第二一〇條之偽造文書罪。

2. 不過刑法第二一七條之偽造私人署押罪，應為完成刑法第二一〇條之偽造私文書罪之部分，是故應只論刑法第二一〇條之偽造私文書罪即足，不另論刑法第二一七條之偽造私人署押罪。

(三) 甲向郵局取款之行為：觸犯刑法第二一六條之行使偽造私文書罪。

(四) 甲使郵局人員信之而付款：依實務意見，仍會構成刑法第三三九條第一項之詐欺取財罪處斷。

(五) 結論競合：

1. 刑法第二一六條之行使偽造私文書罪及刑法第二一〇條之偽造私文書罪之間，因為行使罪之刑度同於各該偽變造罪，並無輕重之隱憂；故實務界認為「後階之行使罪當然吸收前階之偽造罪」，僅論刑法第二一六條之行使偽造私文書罪

即足。

2. 刑法第二一六條之行使偽造私文書罪再與刑法第三三九條第一項之詐欺取財罪間，論以想像競合犯；並與刑法第三三七條之侵占遺失物罪間，構成罪併罰。

212、甲乙是鄰居，某日甲遛狗經乙家，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。

2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。

3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。

### 213、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。
- (3) 『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。
- (4) 『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『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。

2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。

214、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，早既存有何機殺害對方之意，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，拙意議肯認少數說看法，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，因已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，亦符已意中止之要件，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。

215、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。

216、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，乙因根本沒逃生通道而喪生火窟。問：甲之刑責責任如何？

答：

(1) 甲之行為，可能該當刑法第一八九條之二第一項後段之阻塞逃生通道罪之作為犯：

1. 依題示，公寓頂樓所加蓋之違建房屋仍屬集合住宅一部分，甲任意予以加蓋，似該當於本條之構成要件。
2. 然而，本條之構成要件行為需符合「阻塞」之作為，所謂阻塞，是指使原有可通行之逃生通道，變成難以通行甚至無法通行之危險程度，例如：堆放雜物或上鎖、木板加以阻隔稱之。
3. 甲是否有堆放雜物或其他相類之行為無法認定，僅就甲之出租行為而言，並不能當於本條所謂阻塞的作為，故客觀構成要件不該當。甲不成立本罪之作為犯。

(2) 甲之行為，可能該當前述同條項之不作為犯：

1. 承上所述，甲雖然無法據以認定積極阻塞逃生通道行為；然而甲明知該屋為違建，不符建築及消防法規，竟仍以故意租予外宿之學生。
2. 此等行為，乃放任違法建築之危險前行為，假設甲就該屋善盡排除風險之增設逃生設備行為，乙便可能不死於逃生無門之結果，故準因果關係成立，甲該當本罪之不作為犯。

(3) 甲之行為，可能該當前述犯罪之加重結果犯：

1. 所謂加重結果犯，乃行為人在能預見之情狀下，因故意犯輕罪卻導致重罪之過失成就。
2. 本題中，甲對不消滅違建風險具有故意，在任意租予學生行為中，意外造成學生火災致死，本罪第二項亦有明文規定，故甲成立本罪之加重結果犯，構成要件該當。

(4) 甲可否因被害人之自願承租而阻卻違法？

1. 所謂被害人之承諾，為超法規阻卻違法事由，乃指被害人允諾對某種法益之放棄，容許其侵害之造成。
2. 惟，該承諾放棄之法益必須為被害人可任意處分之類型方可阻卻違法。題中，乙明知違建不符合消防安全法令，而為圖租金便宜予以承租，被害人所處分之法益為生命或重傷之身體法益，應無適用被害人承諾以阻卻違法。故甲具違法性，且無減免責任事由。

(5) 結論：甲該當刑法第一八九條之二第二項阻塞逃生通道之加重結果犯。

217、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？

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：

(1) 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。

218、P政黨支持者甲為抗議K政黨黨主席之對中國政策不當，未經合法申請集會遊行，即率群眾乙丙丁等十幾人至黨部抗議，當場即將與K政黨支持者發生衝突，經轄區中正一分局警察出面維持秩序並發布解散命令，督促兩邊民眾迅速解散請問：

(一)、甲、乙、丙、丁四人於警局下達解散命令第三次時即立刻解散，甲、乙、丙、丁四人是否構成犯罪？

(二)、甲、乙、丙、丁四人於警局下達解散命令第三次時，仍不肯率眾離去，轄區警察因考量群眾甚為擁擠不易散去，為免暴動，未決定立刻逮捕群眾，仍持續下達解散命令第七次，甲、乙、丙、丁四人才開始率眾解散，請問甲、乙、丙、丁四人是否構成犯罪？

解答：

(一)、『刑法聚眾不解散罪其主觀要件應以具有強暴脅迫之意圖及妨害秩序之故意』：

意圖之有無，應取決於有無強暴脅迫之具體事實表徵，次就『妨害秩序之故意』而言，行為人須於行為之初，就對公然聚眾而為強暴脅迫之情事有所預見，並對該管公務員已達三次以上解散命令有所認識進而決意不解散，始足該當。

依題示之事實，甲、乙、丙、丁等於聚眾抗議時，將與B政黨群眾發生衝突，故

已屬具備強暴脅迫之意圖，惟就『妨害秩序之故意』而言，須具備該管公務員已達三次以上解散命令而仍不願解散之決意。依題示事實，甲乙丙丁四人選擇解散，顯無不解散之決意，職故，甲乙丙丁四人自不具備『妨害秩序之故意』可以斷言，故不成立本罪。

(二)、『刑法聚眾不解散罪為危險犯，本罪之既遂與否，應以該管公務員已下達三次解散命令並另為刑事追訴行為為斷。』：

查本罪為抽象危險犯，就其既遂之要求上，仍須完成一定之行為，該管公務員下達解散命令，僅為誡命義務之下達，該義務須至發生刑事追訴之法律效果，就其不解散之不作為，始生責任可言，此亦係既遂之要求所在，苟其義務之仍持續下達中，雖已逾三次，如尚無發生刑事追訴之法律效果，就其不解散之不作為，尚無發生責任可言，果如此，則本罪自無既遂可言，故本題事實足以顯示，甲乙丙丁四人尚未完成本罪行為之既遂，本法第二十五條第二項明定：「未遂犯之處罰，以法律有特別規定者為限。」，按本罪尚無處罰未遂之明文，故其行為不罰。

219、甲、乙、丙三人共同謀議行竊，由甲、乙二人於夜間伺入某公寓樓梯間竊取他人機車一輛，交由丙出售得款平分，問甲、乙、丙三人成立何條竊盜罪？如成立加重竊盜罪，應依何款論處？並說明理由。

答：

(一)甲、乙構成夜間侵入「有人居住之建築物」之加重竊盜罪(刑§321 I 1)

。

(二)甲、乙、丙三人成立共同正犯(刑§28)。理由：

1. 以自己共且犯罪之意思，參與實施構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯(54釋109)。
2. 丙雖未參與構成要件之實施，但仍為共謀共同正犯，與甲、乙成立共同正犯。
3. 甲、乙、丙不另構成「結夥三人」之加重竊盜罪(刑§321 I 4)。理由：
  - (1)刑法總則之「共同正犯」與刑法分則之「結夥」，其態樣並非一致，刑法分則規定之結夥二人或三人犯罪，應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括共謀共同正犯。
  - (2)丙既為共謀共同正犯，自不列入人數計算，故題示情形，僅甲、乙二人結夥，準

此，甲、乙、丙不構成結夥三人之加重竊盜罪。

4. 結論：甲、乙、丙成立共同於夜間侵入有人居住之建築物加重竊盜罪(刑§28、§321 I 1)。

220、某甲酒醉駕車其酒測濃度經現場臨檢呼氣已超過0.55MG/L，甲不服取締大聲辱罵員警之行為是否構成犯罪？

解答：

(一)、「甲喝酒不能安全駕駛行為，可能構成刑法第一八五條之三之酒後駕車罪」：

1、查刑法第一八五條之三明定：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其它相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者。」：

按本罪為抽象危險犯，本於一般預防之目的，立法者經驗法則認為酒醉如已達不能安全駕駛之程度者，其行為具有攻擊不特定人生命與財產之高度危險性，本罪既為『行為犯』，則其犯罪既遂與否僅以『不能安全駕駛行為是否已經完成』為斷，又因非『實害犯』故無庸討論因果關係，本罪亦未設有未遂犯之特別規定，應值注意者係「不能安全駕駛」之判斷標準為何？如係服用酒類其標準為何，此應參酌道路交通安全規則第一一四條規定，對呼氣與血液之酒精濃度設有不同規定，前者為0.55MG/L、後者為0.11MG/L。果如此，如行為人呼氣酒測值為1.25MG/L則自屬不能安全駕駛，合先敘明。

2、承前以言，本題甲服用酒類，駕駛動力車輛返家，本罪行為業已既遂，其酒測值已逾前述標準，自應解為不能安全駕駛。

3、甲之行為成立刑法第一八五條之三之酒後駕車罪。

(二)、「甲以言詞辱罵員警已構成刑法第一四〇條第一項之侮辱公務員罪。」：查刑法第一四〇條第一項明定：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱，或對於其它依法執行之職務當場侮辱者。」，前揭條文所指之「當場侮辱」係指於公務員執行職務時貶抑公務員名譽使其難堪已足，並不要求達到不特定多數人均須共見共聞之『公然』程度，簡言之，當場僅有員警一人亦構成之。依題示之事實，甲不服取締當場辱罵員警，業已符合前開要件，成立本罪。

小結：甲之行為成立刑法第一四〇條第一項之侮辱公務員罪。

(三)、競合：甲之酒駕行為與侮辱行為，犯意各別，行為數個，法益種類不同，本

於禁止評價不足之原則，既為裁判確定前所犯數罪，甲之行為應依刑法第五十條及第五十一條之規定，數罪併罰。

221、刑法有關行為時法、中間法、裁判法之適用規定，試說明之。

答：（一）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」此即所謂罪刑法定主義。依此規定，行為是否成立犯罪，亦就行為當時所施行之法律定之，若依行為時之法律不成立犯罪，亦就行為當時所施行之法律定之，若依行為時之法律不成立犯罪，縱日後法律變更，認為有罪，亦不得加以處罰，此即刑法不溯及既往原則。

（二）刑法不得溯及施行前之不罰行為而認為犯罪，但行為當時法律已認為犯罪，而行為後法律又有變更，於變更後，始加以裁判者，則變更後之新法，是否亦不溯及既往，仍適用行為時之舊法，則學說不一，約可分為四說：即從輕主義、從新主義、從新從輕主義、從舊從輕主義等。

222、試述我國刑法之適用採屬人主義之情形。

答：（一）屬人主義乃謂凡本國人違犯本國刑法者，無論該行為人係在本國境內或在領域外，原則均遵守本國法律之規定，故本國刑對於本國人均有其適用。

（二）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二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」可見其採屬人主義，其要件有四：

- 1、行為人須為中華民國人民，至是否為公務人員，在所不問。
- 2、所犯之罪，其最輕本刑須為三年以上有期徒刑。
- 3、所犯之罪非第五條及第六條之罪。
- 4、其犯罪地之法律並非不罰者。

223、刑法第二條第三項規定法律變更不處罰其行為，試申其義。

答：（一）依新刑法第二條第三項規定：「處罰或保全處分之裁判確定後，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行。」故於裁判確定前如法律有變更，以裁判作判斷，救濟被告之權益；而裁判確定後，無論訴訟之當事人或為裁判之法院，均該確定判決之拘束，而被告之刑罰

尚未執行或執行未完畢，反而無法救濟，如此對被告有失公平，是以於同條第三項有此規定。

(二) 所稱「法律變更不處罰其行為」者，專指被告之行為本為法律犯罪之規定範圍，且經裁判確定並論罪科刑後，而除罪化；並不包括減輕其刑之類。

224、試依刑法之規定，分析下列人員，是否為刑法上公務人員？1、農會人員2、看守犯人之士兵。

答：刑法上之公務人員，並非必經國家公務員考選制度及格後具有其身分者為限，亦即刑法為求完備，採最廣義之概念，只要依據法令，從事於公務之人，即為本法規範之公務人員。

8農會人員：農會為農民自行組織之團體，並非公務機關，故非具公務員之資格，亦非執行公務行為。

9看守犯人之士兵：士兵為軍人身份，其基於法令，從事看守犯人之職務，亦屬本法之公務員，是故若違反職權，仍可以瀆職、辱職等罪予以論處。

225、刑法總則之效力，除及於分則外，是否亦得適用其他刑罰法令？

答：依新刑法總則第十一條之規定：「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。但其他法律有特別規定者，不在此限。」

10其他法律若無獨立之總則者，則適用刑法總則。

11其他法律若有獨立之總則者，得在不相互矛盾之範圍，適用刑法總則。

12其他法律，雖無獨立之總則，而予以明文規定不適用刑法總則之某部分者，除特別規定不適用之部分外，其他部分，仍可適用。

13其他法律，雖無排斥刑法總則之明文，而依立法意旨，應適用其他特別規定者，則在其範圍，亦不能適用刑法總則。

14以保安處分為法律效果之刑罰法律，亦屬「有刑罰之規定者」，如戡亂時期竊盜罪犯贓物犯休安處分條例，亦屬刑法總則適用之範圍。

226、何謂空白刑法？

答：(一) 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。

(二) 空白刑法，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

227、何謂抽象危險犯？

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，亦不許反證推翻。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，無待法官就具體情節而做認定。

228、有認識過失及間接故意之區別。

答：間接故意：指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，亦即「消極容認」不法構成要件之實現。

有認識過失：指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。

229、教唆行為得否以不作為之手段為之？又不作為教唆與教唆不作為有何不同？

教唆行為得否以不作為手段為之：本題在學理上，稱為不作為教唆，多數學者認為不可能。理由如下：

11 所謂教唆犯，乃基於教唆故意，教唆正犯故意為犯罪之人，亦即使無犯意之特定第三人，產生犯意，故又稱造意犯。

22 此等教唆行為應為積極為之，或為明示，或為暗示，然若消極不作為手段而使正犯產生犯意，頗難想像。

33 故我國學者中，有表示意見者，多為否定說，拙見亦從之。

不作為教唆與教唆不作為異同：

44 所謂「不作為教唆」如前揭所述，多為否定見解。

55 所謂「教唆不作為」乃教唆犯教唆被教唆者成立不作為犯。有此類型成立可能：

1被教唆之特定第三人，對行為客體負有保證人地位，本應負保證人義務卻因教唆犯積極使其產生「不盡保證人義務」之決意，進而為不救助行為。

2此時正犯成立不作為犯，共犯自可成立教唆犯。

230、何謂「常業竊盜」？

答：所謂「常業」，係指反覆以同種類行為為目的之職業性犯罪而言，在判斷是否為常業犯時，只須行為人有賴竊盜為業之意思，而有事實之表現為已足，不以行竊之次數為標準，亦不以是否已無謀生能力或別有其他正當職業為必要。基於上述之說明可知，若行為人有以竊盜為業之意思，而其有概括犯意者，則行為人除該當刑法第三二二條之常業竊盜罪外，亦屬刑法第五十六條之連續犯。此際，便發生常業犯與連續犯之競合現象。依學者多數之見解，常業犯之構成要件雖非以行竊之次數為必要，但通常具有連續性，若其主觀上有以犯罪為業之意思時，倘該多次實施之竊盜行為亦出於行為人概括之犯意者，則兩者之間屬於法規競合現象，僅論常業罪已足，而不再論連續犯。

231、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：

有期徒刑執行未逾六個月。

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。

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。

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。

232、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，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，並將緩刑期內宣告延長至確定時以資明確。

233、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。

234、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。

235、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：

99 依法停止執行。

1010 因通緝或執行期間脫逃未能續行執行者。

1111 受刑人依法另受拘束者。例如保安處分之執行。

### 236、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：

1313 須法有規定需交付保護管束者。

1414 須有社會危險性。

1515 須先受刑罰或保安處分之宣告。

適用對象包括：

9 對受感化教育、監護、禁戒與強制工作處分。

10 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。

237、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。

238、易服勞役之折算標準有無變動？

答：

舊法第四十二條易服勞役最高度僅為六個月，依最高額每日新台幣三百元計，六個月最高折算犯罪利益，僅約當新台幣十六萬元，逾此數額，受刑人服滿勞役即無須繳納，倘犯罪所得逾越十六萬元者，無論罰金之宣告刑之額度多高，受刑人均僅須服滿六個月已足，就一般預防之觀點，舊法規定全無嚇阻犯罪之效，故新法先在第四項將易服勞役折算標準延為一年，罰金金額折算逾一年時，於第五項改採罰金總額與一年總日數及折算標準，依比例計之。如涉及金融七法之罰金刑，如受刑人於

金額於新台幣五十萬元無力完納者，則第六項改採罰金總額與三年總日數及折算標準，依比例計之。

239、試說明新法易科罰金要件修正之理由？

答：

(一)、按刑罰第四十一條易科罰金，本質上為易刑處分，其制度目的在濟短期自由刑之弊，基此特別預防之政策目的，其宣告條件，本不可趨於過嚴，舊法時代易科罰金要件設有須『因身體、教育、職業或家庭之關係或其它正當事由，執行顯有困難者』為宣告之條件，失之過嚴，新法為濟其弊，廢之，於同法第一項但書改列為：「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」，其理在此。

(二)、易科罰金有無及於數罪併罰規定？

易科罰金條文所謂「而受六個月之宣告」，其「宣告」於數罪併罰案件，究係指各罪之『宣告刑』，抑或是「最終合併之執行刑」，大法官釋字第三六二號係採後者定其執行刑，惟如其執行刑已逾六個月時，即已非短期自由刑，如執意再為易刑處分學者咸認至為不當，故於新法第四十一條第二項明定：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑，亦適用之。」。

240、罰金執行如受刑人無力一次完納或一時無力完納可否准許分期繳納？

1「新法將目前實務採行之分期完納制度正式法制化」：

基於法律保留原則，罰金得否分期完納，於實務雖試行有年且具實效，仍應本於權力分立原則早日法制為宜，立法政策上，繼受之母國德國早有明文，修法增添乃順應時勢所趨。

2「分期繳納並非漫無限制需確依受刑人之經濟或信用狀況，無力於兩個月內完納始得准許分期。」

新法明定有期限利益，遲延一期則對未完納之部份逕為強制執行或易服勞役，就強制執行上，亦無須再經形式上之執行程序，實質上果無力完納逕為易服勞役，以簡約國家於程序上不必要之勞費及時日。

241、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。

242、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：(一)刑法第一三四條規定，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。

(二)又刑法第一三四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。

243、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：

(一)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。

(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。

244、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：(一)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：

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。

(1)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。

(2)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。

(二)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。

(1)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：c具備形式上之法定程式，d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。

(2)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。

245、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：

(一)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？

(二)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）。

(三)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）。

246、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？

答：(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，於主觀構成要件之故意，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間點，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。

247、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，並填載於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、丙兩位長官的職銜章，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，政風人員知悉了前述行為。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：

甲製作紀錄表行為是否甲甲刑法第211條偽針、變針公文書罪之「足以生損害於公眾或他人」要件？甲盜刻與盜蓋長官職銜章行為是否針立刑法第218條第1項偽針公印、公印文罪？假假甲的行為針立犯罪，甲向檢察官申告自己行為是否甲甲刑法第62條所規定自首的要件？

答：(一)關於刑法第二百一十一條偽變造公文書罪抑或或其他相關偽造文書罪章中的犯罪行為。學理上咸認為我國刑法的立法乃折衷於形式主義與實質主義兩者之間，以處罰有形的偽造行為為原則，例外始處罰無形偽造行為。同時對於有形偽造行為注入實質主義之精神，就行為的結果增設「足以生損害於公眾或他人」之要件。因此，所謂的偽造，不僅作成名義人須出於虛捏或假冒，即文書的內容亦必須出於偽構。換言之，如果內容與真實一致，縱有冒名情事，亦因不足以生損害於公眾或他人而不予處罰。本題中，甲製作記錄表之行為，雖屬製作「不真正文書」（文書名義人與文書製作人不同一）之有形偽造行為。然因其內容屬實，故不符合「無形偽造」之要件，亦不符合「足以生損害於

公眾或他人」要件。

(二)刑法第二百一十八條第一項之偽造公印、公印文罪，旨在保障公印與公印文之公信力與公示作用，且一旦有該當行為，即足以認定法益損害已然發生，在定位上屬行為犯之類型，無庸在個案中進行法益損害之認定與審查。本題中，甲既盜刻並盜蓋長官職銜章，即應符合本罪之要件，而分別構成本罪，並依我國實務見解將盜刻與盜蓋理解為吸收關係，盜蓋行為吸收盜刻行為之不法內涵，僅論以盜蓋行為之犯罪即可。惟盜刻與盜蓋分屬不同行為（數行為），惟其因僅侵害一次本罪所保障之法益，故在競合關係的定性上，應可將盜刻行為解為不罰之前行為，而僅論以後行為（盜蓋行為）之犯罪即可。

### (三)自首制度之內容與適用要件：

按自首制度係針對行為人自行申告自己尚未被發覺之犯罪行為，而自願接受法院裁判之情形。因其自首行為一方面節省了國家刑事追訴的資源，另一方面，亦有獎勵行為人之悔改認過之必要，職此，在法律效果上對其刑罰加以減輕。自首制度在適用上有如下之要件：

#### 1. 行為人申告自己所犯之罪：

行為人只要以自己之行為為申告內容，而足以使刑事追訴機關憑以查明犯罪之真相，即為已足，而不以與事實真相完全相符為必要。行為人自首之方式亦無所限制，使用言詞、書面、電話等方法均可，亦無須使用自首字樣或言明自首。此外，行為人亦可透過他人代為自首，不必然要親自為之。但須受託者已代為向偵查機關自首，否則即無自首之效力。

#### 2. 申告時機須為刑事追訴機關尚未發覺之犯罪：

所謂「未發覺之犯罪」，係指刑事追訴機關（如檢察官、司法警察官或其他執行司法警察職務之人）之未發覺。至於其他私人（第三人或被害人）是否知悉，則在所不問。

#### 3. 行為人申告後而自動接受裁判：

所謂「自動接受裁判」，係指行為人須有相當足以表示其接受裁判之行動，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，則不能認為係自首。但如自動接受裁判後，卻與自首時之陳述內容不相一致，仍認為有自首之效力。

本題中，因甲申告犯罪之時點，已有政風人員（刑事追訴機關）知悉其犯罪情事，而不符合前揭「尚未發覺之犯罪」之要件，故甲之行為並不符合刑法第六十二條自首之要件。

248、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？

答：(一)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。

(二)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。

(三)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。

(四)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。

(五)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。

249、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，致A 之頭部打傷。試問甲應負何刑責？

答：甲憤而推A，可能構成刑法二七八條第二項重傷未遂罪。

(1)甲使A 撞擊牆壁，並無構成要件之傷害之結果，故討論未遂罪。

(2)然傷害並無未遂之規定，依罪刑法定主義，未遂罪須特別規定方能處罰，故此題非傷未遂。

(3)就結果而言，有可能傷害之結果，若重傷之危險有具體體現，則客觀上即有處罰之根據，亦有危險之產生。

(4)主觀上，未遂罪必須有該罪之故意，然此題甲是否有重傷故意，殊有疑問。蓋主觀上或許可看出甲憤而推A 有傷害之故意之知與欲，但是否有重傷之故意，依我國新修正

刑法第十條第四項規定，重傷為：

- 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。

5. 故依此題，甲可能無重傷故意，更遑論著手時所需探討之印象理論，即使客觀上有所危險，主觀上亦無無險，實無法以重傷未遂繩之。

(二) 甲屢向其父甲索錢花用，可能構成刑法第三零四條之強制罪。

(三) 甲僅錢花用，並無強暴脅迫之行為，亦無恐嚇之情事，故不該當任何自由法益之罪。

(四) 甲拾起桌上煙灰缸，致將A 之頭部打傷，可能構成刑法第二七八條之重傷罪。

1. 客觀上，甲為傷害行為，此對結果亦有因果關係，故只要為重傷結果，則構成要件該當。

2. 依刑法第十條第四項規定，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。

3. 解釋上，認為第六款所云之重大不治或難治，亦應同等適用於其他款項。亦即，重大不治或難治乃重傷結果的要件。於此題，A 頭部受傷似不該當重大不治或難治，故不該當重傷罪構成要件。

(五) 甲拾起桌上煙灰缸，致將A 之頭部打傷，可能構成刑法第二七七條之傷害既遂罪。

1. 客觀上，甲為傷害行為，此對結果亦有因果關係，故只要為傷害結果，則構成要件該當。

2. 此題A 受傷害無疑，故客觀構成要件該當。

3. 此題甲亦具故意，主觀構成要件該當。

甲並無阻卻無法事由，亦有責，構成刑法第二七七條之傷害既遂罪。

250、甲擬殺A，某日深夜持槍侵針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？

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：

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。

251、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？

答：(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、脅迫之行為為已足。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。

252、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。

253、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。

254、新刑法對想像競合犯之處斷上之新限制？

答：

(一)、想像競合犯處斷刑之方式本應為從一重處斷，受刑法三十五條第二項規定之影響，同種之刑，要以最高度之較長較多者為重，僅在最高度相等時，才以最低度較長較多者為重罪，果如此，如同種之刑最高度較長較多者，雖為重罪，但其最低度則未必亦較輕罪為較長較多，從一重時，可能於最低度之處斷出現輕重失衡之結果，有必要對其處斷之量刑有所限制，故新法明文「但不得科以較輕罪名所定本刑以下之刑」其理由在此。

(二)、立法政策上，繼受之母國德國及奧地利均設有此規定，修法增添乃順應時勢所趨。

255、牽連犯廢除之理由？

刑法廢除牽連犯之理由：

(一)、牽連犯之本質為數罪，其與想像競合最大差異則在於，行為個數是否單一，想像競合犯係單一故受『單一行為處罰一次性原則之拘束』，牽連犯則否，故其刑罰一次本即有違反刑罰公平之缺點。

(二)、就既判力客觀效力延伸之正當性而言，如單一案件兩部之間，時間間隔過久，縱有方法目的或原因結果之關係，從一重處斷，有鼓勵犯罪之嫌，為此造成既判力延伸亦不妥當。

(三)、現行實務上，多將牽連犯之事實論以想像競合或數罪併罰，故廢除牽連犯並不會對既有審判實務產生困擾。

(四)、立法政策上，繼受之母國德國與日本，早已廢除牽連犯之規定，修法廢除乃順應時勢所趨。

256、連續犯廢除之理由？

答：刑法連續犯廢除之主要立法理由：

一、『原刑法連續犯要件之同一罪名及概括犯意認定過寬，有鼓勵犯罪致使國家刑罰權不當行使之缺點』：

舊刑法連續犯其本質為數罪，立法之初，為考量訴訟經濟或責任吸收原則，而論以

一罪，並規定得加重其刑至二分之一，惟實務往往對本條「同一罪名」及「概括犯意」認定往往連綿數年之久，事實採證又多趨於寬鬆，起訴之後，對繼續犯同一罪名，均能以同一罪名處斷，違反刑罰公平原則至為重大。

二、『立法例上已無國家採行連續犯之立法政策』：

就繼受之母法國德國與日本為例，均已先後刪除連續犯規定，德日兩國在其實務上則視實際具體事實論以『接續犯』、『包括一罪』或『數罪併罰』處斷，以符刑罰之公平及訴訟經濟原則之平衡考量。

257、試說明新法易科罰金要件修正之理由？

答：

(一)、按刑罰第四十一條易科罰金，本質上為易刑處分，其制度目的在濟短期自由刑之弊，基此特別預防之政策目的，其宣告條件，本不可趨於過嚴，舊法時代易科罰金要件設有須『因身體、教育、職業或家庭之關係或其它正當事由，執行顯有困難者』為宣告之條件，失之過嚴，新法為濟其弊，廢之，於同法第一項但書改列為：「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」，其理在此。

(二)、易科罰金有無及於數罪併罰規定？

易科罰金條文所謂「而受六個月之宣告」，其「宣告」於數罪併罰案件，究係指各罪之『宣告刑』，抑或是「最終合併之執行刑」，大法官釋字第三六二號係採後者定其執行刑，惟如其執行刑已逾六個月時，即已非短期自由刑，如執意再為易刑處分學者咸認至為不當，故於新法第四十一條第二項明定：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑，亦適用之。」。

(三)、罰金執行如受刑人無力一次完納或一時無力完納可否准許分期繳納？

1「新法將目前實務採行之分期完納制度正式法制化」：

基於法律保留原則，罰金得否分期完納，於實務雖試行有年且具實效，仍應本於權力分立原則早日法制為宜，立法政策上，繼受之母國德國早有明文，修法增添乃順應時勢所趨。

2「分期繳納並非漫無限制需確依受刑人之經濟或信用狀況，無力於兩個月內完納始得准許分期。」

新法明定有期限利益，遲延一期則對未完納之部份逕為強制執行或易服勞役，

就強制執行上，亦無須再經形式上之執行程序，實質上果無力完納逕為易服勞役，以簡約國家於程序上不必要之勞費及時日。

(一)、按刑罰第四十一條易科罰金，本質上為易刑處分，其制度目的在濟短期自由刑之弊，基此特別預防之政策目的，其宣告條件，本不可趨於過嚴，舊法時代易科罰金要件設有須『因身體、教育、職業或家庭之關係或其它正當事由，執行顯有困難者』為宣告之條件，失之過嚴，新法為濟其弊，廢之，於同法第一項但書改列為：「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」，其理在此。

(二)、易科罰金有無及於數罪併罰規定？

易科罰金條文所謂「而受六個月之宣告」，其「宣告」於數罪併罰案件，究係指各罪之『宣告刑』，抑或是「最終合併之執行刑」，大法官釋字第三六二號係採後者定其執行刑，惟如其執行刑已逾六個月時，即已非短期自由刑，如執意再為易刑處分學者咸認至為不當，故於新法第四十一條第二項明定：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑，亦適用之。」。

(三)、罰金執行如受刑人無力一次完納或一時無力完納可否准許分期繳納？

1「新法將目前實務採行之分期完納制度正式法制化」：

基於法律保留原則，罰金得否分期完納，於實務雖試行有年且具實效，仍應本於權力分立原則早日法制為宜，立法政策上，繼受之母國德國早有明文，修法增添乃順應時勢所趨。

2「分期繳納並非漫無限制需確依受刑人之經濟或信用狀況，無力於兩個月內完納始得准許分期。」

新法明定有期限利益，遲延一期則對未完納之部份逕為強制執行或易服勞役，就強制執行上，亦無須再經形式上之執行程序，實質上果無力完納逕為易服勞役，以簡約國家於程序上不必要之勞費及時日。

258. 毒品通緝犯B 從藏匿處所外出時，正巧有兩位巡邏警察迎面而來，B 立即掏出手槍向警察開槍，但手槍並未裝有子彈，針果該兩位警察免於被殺的危險，B 若遭到逮捕。而當時手槍子彈是放在B 的口袋裡。試問B 的行為應如何處斷？並根據不同的學說見解說明理由。此外，與此問題相關的現行刑法與尚未施行之新修正刑法有何不同的規定，簡要說明之。（關於B 持有手槍部分，不必論述。）

答：(一)B 開槍可能成立殺人未遂罪 (271II)。主觀上B 誤認手槍已裝子彈，而預見殺人事實，具殺人故意。客觀上亦已開槍，實施殺人構成要件行為，達著手程度。無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。然而，其處罰為何，則有爭議。

1. 依其客觀事實，B 僅是偶然將子彈置於口袋中，並非自始不可能殺人，此未遂行為由一般人角度觀之，仍具客觀危險，屬普通未遂，得減免其刑 (26 本文)。

2. 從客觀事後的角度，B 的手槍未裝子彈，屬手段不能之不能未遂，非普通未遂。然而，部分文獻主張，所有不能未遂均適用第26 條但書，必減免刑罰。相反意見則是，唯有出於重大無知之不能未遂始能適用第26 條但書。由於B 是誤認子彈已上膛而開槍，僅屬非出於重大無知之不能未遂，其法律效果與普通未遂相同，得減免其刑。(26 本文)

## (二)新修正刑法

1. 新刑法調整未遂犯之規範體系，使第25 條成為普通未遂之專條，但未更動實質內容；新刑法第26 條：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」則是將不能未遂的法律效果修改為無罪。依此，未遂行為是否有客觀危險，不再只影響刑罰之減免，而是影響犯罪之有無：一旦認定為客觀無危險的不能未遂，即不成立犯罪。

2. 依此，如從客觀事前角度，則B 的行為應依第26 條之普通未遂處罰；若從客觀事後的角度，則B 屬不能未遂，無罪。

259、請回答下列問題：

刑法規定之文書與有價證券如何區別？

偽針他人銀行信用用卡並行使之或偽針高速公路回數票並行使之，各應針立何罪冒？

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

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 條行使偽造文書罪為已足。

3. 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。

260、何所「強盜」？何所「搶奪」？並舉例以說明。

答：(一)「強盜」之概念

1. 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。

2. 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）。

## (二)「搶奪」之概念

1. 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。

2. 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。

261. 甲男強奪乙女財物後，為丙男逮獲。試問：

丙男（倘其身分為一丙民眾）受甲男丙丙丙求後，釋放了甲男。丙男有無刑責？丙男

（倘其身分為警察）受甲男丙丙丙求後，釋放了甲男。丙男有無刑責？

答：(一)丙釋放甲之行為，不成立縱放便利脫逃罪。理由如下：

1. 按刑法第一六二條第一項之縱放便利脫逃罪，係以縱放依法逮捕拘禁之人或便利其脫逃者為其構成要件。本罪之行為客體為依法逮捕、拘禁，而已在公力拘束或監督下之人。所謂依法逮捕之人，係指合法拘束其身體自由，但尚未收禁於一定處所之人。且通說認為，行為人之身體自由必須業已在公力拘束或監督範圍下，始得成為本罪適格之行為主體，否則其脫逃並無侵害國家之司法權。因此，若行為人之身體尚未遭受公力之拘束，則非屬本罪適格之行為主體。

2. 實務及通說認為，一般人民逮捕現行犯或利害關係人逕行逮捕被通緝之被告，如未送交偵查機關前，又私將該受逮捕之人釋放者，由於該受逮捕之人尚未置於公力拘束或監督之下，並無侵害國家之司法權，因此並不成立普通縱放脫逃罪。準此而言，丙之身分倘為一般民眾，則其將甲逮獲後又釋放之行為，依上開說明可知，丙並不成立刑法第

一六二條第一項之縱放便利脫逃罪。

(二)丙釋放甲之行為，成立公務員縱放便利脫逃罪。理由如下：

按刑法第一六三條第一項之公務員縱放便利脫逃罪，係指公務員對於其職務上依法逮捕拘禁之人，於其逮捕拘禁中，予以脫逃之便利者。本題中之丙若為警察，則其將甲逮捕後，甲即屬依法逮捕、拘禁，且已在公力拘束或監督下，且為丙職務上負有監管之人。準此而言，丙釋放甲之行為，應成立刑法第一六三條第一項之公務員縱放便利脫逃罪。

262、保安處分與刑罰有何區別？

答：按保安處分與刑罰同係刑法所定之刑法上法律效果，二者雖有所差異，但非不能代替補充。茲就二者之區別敘述如後：

(1) 就本質而言：

- 1 保安處分係基於行為人或就其行為之社會危險性所作之司法處分；刑罰係基於行為人之罪責對之所施之刑事制裁。
- 2 保安處分無痛苦、惡害之性質，至於被處分人實際上所感受的痛苦，係執行處分時支附隨效果；刑罰具有惡害、痛苦性質，旨在平衡受制裁人之犯罪惡害。
- 3 保安處分係基於預防社會危險之目的而設置的防衛措施；刑罰乃因非難行為人之違法、反社會性的行為而設置的刑事制裁。
- 4 保安處分所重視者為被處分人將來之行為；刑罰所重視者為被制裁者過去之行為。
- 5 保安處分之期間及內容以不確定為原則；刑罰之期間及內容均依法確定，法官僅得在法定範圍內斟酌。

(2) 就適用上而言：

- 1 保安處分無加重其行之規定；刑罰則有。
- 2 保安處分對吳刑罰適應能力人而為處遇，例如無責任能力人、限制能力人、具有異常危險性格人等是；刑罰則對有刑罰適應能力人而為處遇。
- 3 保安處分旨在教育改善，是適用時應以新法為準；刑罰旨在處罰制裁，是適用時應以最有利於行為人之法為準。但民國九十四年刑法修正時，認為剝奪人身自由之保安處分，侵害人民權力不下於刑罰，故亦以行為時法有明文為限適用行為時法。

(3) 就執行而言：

- 1 保安處分與刑罰之執行方法及處所均有所不同。
- 2 保安處分無假釋之適用，但執行中若認為無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行；刑罰在一定條件下可予以假釋。
- 3 對裁判前受羈押的日期，可折抵刑期及拘束人身自由之保安處分。
- 4 二者均有執行時效之規定，保安處分之執行時效為七年，刑罰則視其宣告刑決定其行刑權時效長短。

263、說明共同正犯、間接正犯、教唆犯之性質

答：

- (1) 所謂共同正犯，係指兩人以上，以共同犯罪之意思，共同參與犯罪，對犯罪產生功能性的犯罪之配，並各有以對方之行為作為自己之行為，而就全部之行為負其責任之犯罪型態之謂也。依刑法第二十八條規定，二人以上共同實施犯罪行為者皆為正犯。因此，共同正犯之行為人，皆屬親自實行犯罪之行為而成立之正犯。
- (2) 所謂間接正犯，係指利用他人為自己之工具而實行犯罪之犯罪型態，其雖然未直接實行犯罪之行為，然其經由另一個做為工具之他人，實現犯罪構成要件，該經由行為工具所完成之行為，在法律評價上有如行為人親手實行一般，故間接正犯仍屬正犯之型態。
- (3) 所謂教唆犯，係指以言語、行動等方式教唆他人使之產生犯意而犯罪之犯罪型態之謂也，又稱之為造意犯，刑法第二十九條第一項亦規定，教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。教唆者並未直接參與實行犯罪行為，僅係教唆他人而惹起其人之犯意而被教唆人著手實行教唆之犯罪；教唆犯未如間接正犯對於工具具有意思之配之關係，被教唆者尚有自由決定之意思。從而，教唆犯並非正犯，而係屬於狹義之共犯，其處罰以構成要件該當且具有違法性的正犯行為為前提。

264、犯罪成立要素有哪幾種？

答：

- (1) 所謂犯罪，係指有責任能力之人，在無阻卻違法事由時，因故意或過失，違反刑法之規定所構成之不法且具有責之行為，因此，所謂犯罪成立要素包括泛構成要件該當性、違法性及有責性三者。
- (2) 構成要件該當性：某依行為充足刑法法條所規定的犯罪事實之內容，稱為該犯罪行為具備構成要件該當性，亦即該犯罪行為該當刑法分則個別法條所規定的犯罪構成

要件，前者包括犯罪主體、犯罪客體、犯罪實地、犯罪行為、犯罪及果及行為與結果間之因果關係等客觀構成要件要素，而後者係指行為人故意或過失之主觀心態，在特定犯罪上需具備該罪所訂之意圖。行為人之行為必須同時滿足客觀及主觀之每一構成要件要素，於主客觀構成要件合致時，始可謂已具備構成要件該當性。

- (3) 違法性：該當刑法分則法條構成要件之犯罪行為無阻卻違法事由者，即具備違法性。我國刑法未明定違法性之認定標準，而只例示諸般阻卻違法之事由。所謂阻卻違法事由，可分為成法定阻卻違法事由與超法規阻卻違法事由，前者已於刑法中明定：1依法令之行為、2職務上之行為、3業務上正當行為、4正當防衛及5緊急避難等。超法規阻卻違法事由雖未規定於刑法之中，卻由學說衍生發展而來，例如得被害人之承諾…皆屬之。
- (4) 有責性：亦稱罪則，其構成內容包含期待可能性、責任能力、責任條件及不法意識等。若行為人於行為時具備責任能力及責任條件，其亦對其行為不法性有所認知，且有符合規範行止的期待可能性，即可謂具有罪責。

265、何謂罪刑法定？

答：

- (1) 罪刑法定主義係指犯罪行為之法律要件及其法律效果，均須以法律明確加以規定，法律若未明文規定處罰者，及無犯罪及刑罰可言，藉以追求法律之確信、安定性。罪刑法定主義係基於人權保障之法理而來。我國刑法於第一條前段及明確規定。
- (2) 罪刑法定主義依其內容寬嚴不同，又可分為絕對罪刑法定主義與相退罪刑法定主義，前者認為犯罪所科之刑，必須法律絕對確定，法官僅得就該罪之法定刑宣告；而後者認為法律得僅設一定之裁量範圍，法官在此範圍內可斟酌個別案情而為決定。我國刑法而論，於犯罪之認定上係採絕對罪刑法定主義，對於刑罰之科處，則採相對罪刑法定主義為原則，絕對罪刑法定主義為例外。
- (3) 基於罪刑法定主義所衍生如下原則：
- 1 不溯及既往原則：行為之處罰，以行為時法律有明文規定者為限。行為時法律無明文者，則不得加以處罰。
  - 2 習慣法不得為刑法法源：一切罪與刑之宣判，均應以成文法為依據。
  - 3 絕對不定期刑之禁止：刑法上禁止對刑罰之刑度未作明確之表示，蓋有違明確性原則。
  - 4 類推禁止原則：法律對某種犯罪行為未設有明文規範時，不得比附援引其他規定

科處之。

5 罪刑規定明確性；包括構成要件明確性與法律效果明確。

266、追溯權時效，在何種情形下停止進行？

答：民國九十四年修正後，依照新修正刑法第八十三條第一項規定，追溯權時效停止之原因包括：

- 1 起訴；包括自訴權人提起自訴、檢察官依通常程序提起公訴及檢察官聲請簡易判決處刑。
- 2 依法停止偵查：1告訴乃論之罪，未經告訴權人告訴，或無告訴權人提出告訴。2被告被通緝。3因戰爭致偵查或起訴之程序開始或繼續。
- 3 因犯罪行為人逃匿而通緝；釋字第一二三號解釋明文化。

267、假釋之宣告，在何種情形下應予撤銷？

答：依民國九十四年刑法修正第七十八條第一項規定：假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上之宣告者，於判決確定後六個月內，撤銷其假釋。但假釋期滿逾三年者，不在此限。故要件如下：

- 1 假釋期間內。
- 2 故意犯罪，若是過失犯罪則不應撤銷假釋之事由。
- 3 需受有期徒刑以上刑之宣告，若僅宣告拘役或罰金者，則非應撤銷假釋之事由。
- 4 需於判決確定後六個月內為之，但若假釋期滿已於三年者，則不得再與予假釋。
- 5 裁量假釋之事由：保安處分執行法第七十四條之三對於撤銷假釋或緩刑，故違反保護管束應遵守之事項而情節重大者，仍為得撤銷假釋之事由。

268、正當防衛與緊急避難之區別

答：

(1) 相同點：

- 1 均係法定阻卻違法事由，乃法律所允許之自救行為。
- 2 若行為未過當，則阻卻其行為之違法性，不成立犯罪。
- 3 行為過當者，則減輕其罪責，得減輕或免除其刑。
- 4 均係避免自己或他人遭受損害而行為。

(2) 相異點：

- 1 正當防衛是權利行為，法律所允許之行為，故為合法行為；緊急避難為放任行為，其法律所謂允許，亦未禁止之行為。

- 2 正當防衛行為對自己或他人一切權利維護之；避難行為僅限於對自己或他人之生命、身體、自由、財產權維護之
- 3 正當防衛行為必需是客觀必要者；緊急避難行為係唯一且不得已者。
- 4 正當防衛情形下，不法侵害不得對抗防衛者；緊急避難之情形下，避難行為之相對人得對避難者為對抗行為。
- 5 防衛行為之對象為侵害者；避難行為之對象為任意第三者。
- 6 防衛者並無身分上之限制；避難者需無公務員或業務上特別業務者
- 7 對於人之侵害，始得對之為正當防衛；而緊急避難行為則不以人之侵害為限，及自然力及動物之侵害，亦可對之避難行為。

### 269、何謂想像競合犯？

答：

- (1) 意義：依一犯罪行為同時侵害數法益，該當數構成要件而成立數罪者，即屬刑法第五十五條所謂依行為觸犯數罪名之情形，應從一重處斷。
- (2) 符合下列要件者，始構成想像競合犯：
  - 1 僅一個單一行為：不限於作為或不作為，亦不限於故意行為，過失行為亦可。
  - 2 必須侵害數法益
  - 3 必須因觸犯數罪名：然此數罪名，並不限於異種罪名，亦可能為同種罪名之想像競合，即一行為該當同一構成要件數次。

### 270、何謂正當防衛？

答：

- (1) 所謂正當防衛，指對於現在不法侵害之反擊行為，固然對不正當侵害之排除或私人權利之保護，原應求諸國家公權力，但往往侵害之到來間不容髮，欲待公權力又恐緩不濟急，是有必要允許人民憑己力防衛自己，但要求該行為不得逾越必要之程度，是為正當防衛行為。刑法二十三條規定：對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人之權力之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。
- (2) 正當防衛的要件：
  - 1 客觀上必須有防衛情狀，所謂現在不法侵害：
    - (1) 所謂侵害，係指他人之一切足以破壞法益之行為，且此一他人必須是正當防衛所攻擊的對象。
    - (2) 侵害之不法性：對於合法之人為侵害或非人為侵害皆不得主張正當防衛之排

除。

(3) 侵害之現在性：侵害必須業已開始且正在進行中，所以對業已終了之侵害或尚未到來之侵害，均不得為正當防衛。

2 行為人主觀上必須有防衛的意思：即行為人必須是出於防衛自己或他人權利之意思。

3 行為人所為之防衛行為則必須具備適當性及必要性：

(1) 適當性是指行為所採取的手段必須足以排除侵害，若手段欠缺適當性，則不足認係防衛行為。

(2) 必要性又稱最小侵害性，其亦指行為人所採的手段必須是所有具有適當性之手段中，對相對人侵害最小的手段，若欠缺必要性，則為防衛過當，不能阻卻其行為之違法性，僅得依刑法第二十三條但書減輕或免除其刑。

271、直接正犯與間接正犯、固定刑與浮動刑名詞簡要解答

答：

(一)1、直接正犯：行為人親自而獨立地使用一般機械性之工具，實行構成要件該當行為而構成之正犯。

2、間接正犯：利用他人為自己之工具而實施犯罪，即行為人非親自實行犯罪，而係基於對他人之支配力，利用他人實行犯罪。

(二)1、固定刑：亦稱相對不定期刑，規定刑之最高行其與最低刑期，即刑之上下限，但法院不明確宣告。此為立法所承認、允許。

2、浮動刑：可分為兩種類型

(1)絕對不定刑，完全不規定刑罪之種類與範圍，此當然違反罪刑法定主義而被禁止。

(2)絕對不定期刑，雖規定刑之種類卻不規定刑期。

272、何謂加重結果犯？其成立要件為何？

答：

(1) 意義：指行為人出於基本構成要件故意而實行該當於基本構成要件之行為，卻生加重結果，而該當於加重構成要件而成立之犯罪，換言之，行為人對基本構成要件係出於故意而為，而加重構成要件則係因出於過失所致；惟就理論而言，過失犯也有可能加發生加重結果，只不過尚未為我國所採納。就過失犯罪又發生加重結果者，應視情況分別成立兩個過失罪或兩部分因法條競合只成立一個過失罪。

(2) 成立要件：

11 行為與加重結果間具有因果關係，而此因果關係在傳統學說及實務上係指相當因果關係。

22 行為人對加重結果之發生係能預見，所謂「能遇見」異於「有預見」，亦即行為人對加重結果之發生只需有預見可能性即是，而不必要到有所預見之程度。另外，若行為人對加重結果之發生係不能預見者，則行為人對該加重結果既不必負責，刑法第十七條對此即有明文規定：因犯罪致發生一定之結果，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。

33 基於罪刑法定主義的要求，刑法中明文規定處罰加重結果犯者，始單論一個加重結果之罪刑。

273、何謂事前故意？何謂事後故意？

答：

- (1) 行為人之行為必須同時符合犯罪之客觀構成要件及主觀構成要件，始得成立犯罪；其中主觀構成要件又可依行為人行為當時之心理狀態，區分為故意及過失。係指行為人對於實現各觀構成犯罪事實認知與實現不法構成要件之意欲。而判斷行為人主觀上有無構成要件故意，其關鍵性之時間點乃在於行為時，易言之，故意必須在行為時存在者，始有構成要件故意可言。
- (2) 事前故意，指行為人於構成要件結果發生前，對於犯罪結果發生之知與欲，事前故意與構成要件之實現無關，並非構成要件故意。
- (3) 事後故意，指行為人之行為導致特定結果發生，而發現該特並結果剛巧是行為人本所樂觀其成者，蓋故意英對客觀不法要件具備知與欲，同時再以作為或不作為實現構成要件，不可能先實現構成要件，而在事後始生故意，因此，刑法並無所謂事後故意。

274、舉例說明共謀共同正犯與教唆犯區別

答：

- (1) 共謀共同正犯之意義：依刑法第二十八條規定以觀，需有共同行為決議及共同行為實行，才構成共同正犯，然釋字第一0九號基於共同意思主體說，承認共謀共同正犯之概念，亦即以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為，不必親自共同參予行為之實施。準此，共同正犯可區分為實行共同正犯及共謀共同正犯；前者係已有共同行為之實行為前提，是屬所謂行為共同，後者則將共同正犯

之認定擴大到共同謀議之階段，是屬所謂的共同意思。

(2) 教唆犯之意義：以言語或行動等方式教唆使本無實行犯罪行為意思之他人，始之萌生犯意而犯罪者，亦可稱為造意犯，規定於刑法第二十九條第一項教唆他人始之實行犯罪行為者，為教唆犯。

(3) 區別：

- 1 性質不同：前者係屬共同正犯之一種而為正犯，後者為共犯，在犯罪之參與型態上有所不同。
- 2 主觀要件不同：前者出於自己犯罪意思，而後者在主觀上係出於教唆故意，亦及教唆者既知且欲地喚起他人從事特定犯罪行為之決意之教唆故意及具有促使被教唆者實現該不法構成要件故意。
- 3 其他參與犯之主觀心態不同：前者本來已有犯意，行為人在陰謀階段與之參與謀議而成立共謀共同正犯，後者本無犯意之他人因受行為人之教唆致萌生犯意而實施犯罪，行為人即構成教唆犯。
- 4 刑罰理由不同：前者基於共同意思主體說或犯罪之配說，後者基於責任參與理論或助益理論。

275、試述我國刑法之適用屬人主義情形

答：

(1) 我國刑法原則係採屬地主義，但基於使刑法不致因此而無法發揮規範功能之原因，乃有其他輔助原則。其中本法認為部分本國人，雖然本國領域外違犯，仍有加以處罰之必要，而兼採屬人主義。

(2) 屬人情形如下：

- 1 本國公務員在本國領域外犯特定之最：刑法第六條規定，本法規定於本國公務員在本國領域外犯以下之各罪者，適用之：第一百二十一條至第一百二十三條、第一百二十五條、第一百二十六條、第一百二十九條、第一百三十一條、第一百三十二條及第一百三十四條(以上為瀆職罪)；第一百六十三條(逃脫罪)；第二百十三條(偽造文書罪)及第三百三十六條第一項(侵佔罪)。
- 2 本國人在本國領域外犯前兩條以外之最：第七條規定：本法於中華民國人民再中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。本條即為屬人主義之情形。

276、何謂保安處分？

答：

(1) 為預防犯罪，保障社會安寧起見，對於有危險性之犯人，以其實施犯罪行為為理由，而剝奪法益處分，稱為保安處分。刑罰與保安處分雖均以犯罪為理由，而對犯人科已剝奪法益處分，然而由於刑罰著重於犯罪人之責任，而保安處分著重為犯罪人之危險性，是以各國刑法大多區別刑罰與保安處分，事謂二元主義。

(2) 依其所注意之目的而分為社會防衛之保安處分與改善教育之保安處分：

11 改善教育之保安處分：感化教育(刑§86)、禁戒(刑§88、§89)、強制治療(刑§91、§91之1)

22 社會防衛之保安處分：監護(刑§87)、強制工作(刑§90)、保護管束(刑§92、§93)、驅逐出境(刑§95)。

277、連續教唆之意義？

答：

(1) 依刑法第二十九條第一項規定：教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。因此所謂教唆行為，即已非正犯之意思從事所有足以引起特定人為特定犯罪之行為，以言語或文字等方式，均非所問。

(2) 所謂連續教唆，即以連續犯之概括犯意，先後教唆一人或數人構成要件相同之罪名。與以一教唆故意，教唆同一正犯連續為構成要件相同之罪名的教唆連續不同者是，連續教唆是教唆人為數個教唆行為，而教唆連續是教唆人只為一個教唆行為。

278、跨國犯罪有一行為地在國內時，應如何適用刑法之規定予以處罰。

答：

(1) 我國刑法關於地的效力，原則上採取屬地原則，並輔以屬人原則、保護原則及世界法原則。依刑法第三條規定，本法在中華民國領域內犯罪者適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論，此及刑法上關於屬地原則之規定。

(2) 跨國犯罪是指，整個犯罪事件，其犯罪之構成要件行為、結果及其他中間行為發生在數個不同的國家而言，依刑法第四條規定，犯罪之行為結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪。故跨國犯罪有一行為地在國內時，依刑法第四條，為在中華民國領域內犯罪，並依刑法第三條之規定，適用我國刑法。

(3) 結論：跨國犯罪有一行為地在國內時，適用我國刑法論罪科刑。

279、何謂迷信犯？為何刑法不處罰？

答：

- (1) 刑法所非難的是行為人以其所得之配之手段實現的法益侵害，倘若行為實現法益侵害的方法不是藉由行為人所得之配之手段，而是仰賴人類力量所無法掌控的超自然力量時，因為該超自然力量在一般情況之下是無法用抑制予以控制的，故非刑法所欲規範的法益侵害，學說上稱之為迷信犯，換言之，迷信犯係指企圖以超自然的力量實現法益侵害之行為。
- (2) 一般學說有三種不同見解：
  - 1 有認為該超自然力量並非具有行為品質，不屬得為刑法追究的行為，故不成立犯罪。
  - 2 有認為該超自然力量在發動上仍為人的行為，但是行為人主觀上根本不具備刑法概念上的故意，故不成立犯罪。
  - 3 超自然力量的進行難以否定在法益侵害的故意，但因行為根本不具有實現可能性，故不可能達到著手的狀態，不成立犯罪。
- (3) 現行刑法通說上以社會行為論為行為理論的主流學說，自社會行為論觀之，必須具有社會重要性的行為才是刑法的行為，超自然力量不是人可以抑制支配者，在社會重要性上相當微弱，難以肯認具有社會上的重要性，故應認迷信行為並不具有刑法上的行為品質，不成立犯罪，上述三說以第一說為當。

280、試說明空白行法補充規範的意義？

答：空白刑法，學說上又稱為空白構成要件，係指立法者僅規定罪名、法律效果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第一百九十二條之規定，並無法確定可罰性的範圍，必須有行政命令之補充，方得確定可罰性之範圍，故為空白刑法。而空白刑法補充規範，即為補充空白刑法之法律或行政命令，例如上述局外中立命令與預防傳染病之法令。此種補充規範所規範之事實，和當時之社會環境較具有密切之關係，為符合社會環境之變遷，需要較富彈性之規範方式，因此通常授權由行政機關斟酌實際需要以命令補充之。

281、甲在台北綁架了A，打算開車把A載回

嘉義，在A家人面前，把A槍決！當時甲把A塞在後車箱，不料…天氣太悶熱，還沒到達嘉義時，A在後車箱窒息而亡問題該如何解決？

甲具有殺人罪還是過失致死？為什麼？

甲想要的目的提早發生，該怎辦？

因果關係客觀面向主觀面向塞車箱算是殺人的殺嗎？著手？預備？

答：

1. 因果關係：若無甲的行為，即無A死的結果。〈不可想像其不存在〉故甲的行為與A死的結果具有因果關係。
2. 客觀歸責：客觀歸責的存否依下列兩項標準做判斷。
  - a. 製造法律所不容許的風險：甲將仇人A放置後車廂，本來即具有悶熱致死的危險，甲自是製造法律所不容許的風險。
  - b. 風險實現：甲的行為造成A死的結果，自是實現了該風險。
3. 有所疑問者乃甲主觀上是想槍殺A，客觀上卻發生了甲悶死A的結果，此種「因果歷程錯誤」有否影響甲的客觀歸責？
4. 關於此因果歷程錯誤，須視其「單一行為」或「複數行為」而論。複數行為又可分為「結果延後發生」和「結果提早發生」兩種情況。本題乃「複數行為且〈死亡的〉結果提早發生」。
5. 複數行為且〈死亡的〉結果提早發生，評價上因為槍殺的行為〈前行為〉尚未著手，因此只能評價為預備行為；而塞車箱的行為〈後行為〉致A死，僅能論以過失。

甲具有殺人罪還是過失致死？為什麼？

A: 殺人罪=其行為有導致他人死亡之可能，並有意使其發生

傷害致死罪也有可能，兇手還沒行兇前，被害人就已經死亡

還有不可能是過失致死罪，前題要行為人無殺人之故意，才可能成立客觀構成

要件： 殺人行為: 成立

A: 死亡結果與甲之殺人行為間，具客觀歸責: 成立主觀構成要件: 殺人故意: 成立

違法或阻卻罪責之事由: 成立

塞車箱算是殺人的殺嗎？

著手？預備？

A: 算預備犯，甲本身行為就已觸法且本身具相當之危險性，且有殺人故意之行為，

所以可以成立預備殺人罪。

282、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。

283、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，請問甲有無阻卻違法事由？

答：

甲之行為有阻卻違法性。

1. 對於現在不法侵害，出於防衛自己或他人權利之行為，不罰，為刑法第23條本文所定之正當防衛。甲於客觀上有緊急防衛狀態，基於防衛乙違法侵害其財產法益之主觀意

識，實施毆擊乙的攻擊性防衛行為，是其傷害乙的構成要件該當行為，具有阻卻違法事由，不成立傷害罪。

2. 依法令之行為，不罰，乃刑法第21條1項所定。又依刑事訴訟法第88條規定，現行犯，不問何人得逕行逮捕之。及同法第92條規定，無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察。本例乙正在偷取甲的財物，甲將乙扭送警察局的行為雖該當刑法第302條剝奪他人行動自由罪，其行為係依法令之行為，故亦阻卻違法而不成立剝奪他人行動自由罪。

綜上論結：甲之行為無罪。

284、甲、乙兩人沉溺於聲色場所，需錢孔急，乃基於共同犯罪之決意，由甲出面，向乙之父丙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、乙是否為共同正犯？

答：

在刑法學上，由於多數德國實務與學說認為，犯罪既遂與犯罪終了，於犯罪判斷上的區別實益之一，即為：所謂的「相繼共同正犯」及「相繼幫助犯」，於犯罪既遂後終了前，仍有可能成立。基於此項見解，乃有學者認為，擄人勒贖罪，只要被擄人喪失行動自由，處於行為人實力支配狀態下，犯罪即為既遂，第三人雖未參與擄人行為，但在被害人行動受拘束中，擔任看守人質或出面勒贖之工作者，仍可成立勒贖罪之共同正犯。亦有引用22年上字第996號判例，說明相繼幫助犯可能於犯罪終了前成立者。此外，亦有僅依本罪為繼續犯之性質，於犯罪繼續中可成立共同正犯與幫助犯之觀點說明者。至於我國判例見解，亦認為足以成立共同正犯。惟持條取款，如係放回被擄人之後，則非共同實施，亦非幫助行為，自應論以收受贓物罪。反面言之，於釋放被擄人之前，持條取款之行為，即可能成立本罪之幫助犯。

其次，由於我國學說與實務多數乃認為，擄人勒贖罪之完成，並不以財物之交付為必要，祇須意在於令人交付財物之擄人行為達於既遂狀態，犯罪即屬既遂。於是，意圖勒贖而擄人，其擄人行為完成後，基於幫助意思而為幫助行為者，即可能成立擄人勒贖罪之相繼幫助犯。

285、刑法上所稱重傷害之定義為何？下列行為是否成立重傷害罪？試論述之。

1. 甲某日持硫酸一瓶潑向乙之臉部，至乙之臉部皮膚多處灼傷，容貌難以回復原狀。

2. 甲某日持利刀故意割斷乙右手之食指及無名指，以致該二手指無法接回。
3. 甲某日毆打乙，致乙之左眼睛受傷，該眼睛之視力僅有正常人之三分之一。

答：

我國刑

法第10條第4項規定：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。

1. 甲某日持硫酸一瓶潑向乙之臉部，致乙之臉部皮膚多處灼傷，容貌難以回復原狀。屬於第六款：其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。為重傷害。
2. 甲某日持利刀故意割斷乙右手之食指及無名指，以致該二手指無法接回。尚未達到第四款：毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。為普通傷害罪，如果再加上食指，尚失該右手握持物品功能，就不能謂非嚴重減損一肢以上之機能，此時成立重傷害。
3. 甲某日毆打乙，致乙之左眼睛受傷，該眼睛之視力僅有正常人之三分之一。尚未達到第一款毀敗或嚴重減損一目或二目之視能要件，即使僅剩三分一，仍然有視物辨別功能，雖然本款規定毀敗或嚴重減損一目即已構成重傷害要件，但仍應以達到視力模糊於極短距離內無法視物辨別之程度，所以屬於普通傷害。

286、何謂陷害教唆？某甲為派出所員警，某日著便服辦案時遇見前遭該所查獲之煙毒通緝犯某乙交保在外，遂與其搭訕，佯稱要購買毒品，某乙初不願意，經某甲再三請託，始取出自己吸用之搖頭丸五顆以每顆新台幣250元出售予某甲，問甲乙之行為應如何論斷？

答：

1. 陷害教唆教唆者自始即認識到被教唆者並不能實現構成要件，或不能侵害具體法益。
2. 此種情形是甲引誘乙實施構成要件上既遂的行為，且實質上完成。
  - 1) 乙是257II正犯，從限制正犯概念開始。

2)教唆者雖認識到被教唆人實現整個既遂構成要件，惟並無意使社會法益侵害發生，且能完全控制情況，欠缺可罰性。

教唆他人犯罪的，應當按照他在共同犯罪中所起的作用處罰。教唆不滿十八歲的人犯罪的，應當從重處罰。... 捏造事實誣告陷害他人，意圖使他人受刑事追究，情節嚴重的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成嚴重後果的，處三年以上十年以下... 依據毒品危害防治條例第 10 條 施用第一級毒品者，處六月以上五年以下有期徒刑。施用第二級毒品者，處三年以下有期徒刑。未滿二十滿十八就能處罰了也不會減輕因為刑法滿十八歲就有責任能力因此刑罰如上

販賣古柯鹼、海洛因、鴉片、嗎啡，處死刑或無期徒刑販賣安非他命、大麻、罌粟、搖頭丸即MDMA，處無期徒刑或七年以上有期徒刑販賣K他命、FM2處五年以上有期徒刑...

287、甲男有配偶之人，偶然機會出差前往澳州，巧遇移民澳洲年之昔日女友乙，二人在乙女住處發生姦情多次，並錄影製成光碟留念，甲返國之後，某日乙前來台，二人於旅館約會口交，為甲配偶跟蹤報警查獲，並提出告訴，甲乙如何論刑：？

答： 一、甲乙

在澳州發生姦情是不罰∴國外且三年以下刑∴不罰

二、甲乙姦情製成光碟留念∴二人同意也不公開∴不罰

三、甲乙姦情在台北約會口交...

『刑法第十條第五項非基於正當目的所為之下列性侵入行為……』所以口交攝於『性交』之概念內。但刑法第239『有配偶而與人「通姦」者』而非規定『有配偶而與人「性交」者』，所以通姦罪或相姦罪之行為態樣範圍較狹，不能與刑法上「性交」之解釋相同，所以甲乙之口交，只為通姦之未遂之行為，但刑法無處罰『通姦未遂』之規定，所以『不罰』。由於刑罰原則上必須嚴守「罪刑法定主義」，而通姦罪法條所用字眼乃為「姦」，並非「性交」，所以不可以把刑法第10條當中對「性交」的定義帶入。而「姦」字乃僅指男女間性器官皆合之行為而已，「口交」並非「姦」，所以「口交」並不構成「通姦」行為，自不構成通姦罪。

288、甲以褓母為業，受乙之托，看顧甫滿週歲之嬰兒丙，一日將丙獨留至於無成年人留守之住處，逕自外出，因發生火警，丙因遭火災濃煙至呼吸道嗆傷，且全身燒傷，當場死亡，問甲應負何種刑事罪責？問甲可能構成1. 刑法第271條殺人罪？ 2. 第276條過失致死罪？3. 第294條為義務之遺棄罪？請按照一般刑法解題論述之。

答：

客觀構成要件之檢驗：

甲對於甫週歲之嬰兒生存風險的接管，負有保證人地位，案般通念已顯示甲外出時已提高嬰兒丙生存的風險係數，不過嬰兒丙是因火災而死，這個部份是否有第三人力量介入而導致整個風險的因果歷程被中斷，不過重點還是甲有無免於丙受第三力侵害之義務，既然是風險的接管，在保姆能力限度之內，應肯認之。

1. 第271條之檢驗:本條在於殺，殺本身已有故意內含在裡面，在行為的概念包括作為及不作為，不作為仍可能會導致作為的相同結果，重點在於甲對於嬰兒的死亡有無預見，也就是有無認識他即將會因為你的行為而導致死亡結果?在本案應否認之，嬰兒因火燒死在保姆外出之際應無法預見。

結論是刑法第271條並不罰過失，甲不構成本罪。

2. 刑法第276條第一項之檢驗：

甲那有無過失呢?判斷基準在於對而疏忽照顧的保姆甲對於嬰兒丙單獨在家會不會有意外而死亡預見的可能性，也就是刑法第14條第一項保姆按其契約上的情結應注意能注意而未盡注意義務，應有過失。

故甲之行為在違法性及有責性皆具備時，甲成立普通過失致死罪

刑法第276條第二項本認為違憲，理由是立法明文對於以某種職業為業而過失致人於死應重於一般人過失致人於死，是為對該職業之歧視，且立法者說不出正當理由要異其刑而處之，違反憲法之平等原則，違憲之法律應不予適用之，也就無進行犯罪階層論檢驗之必要。

3. 刑法第294條第二項之檢驗：

刑法

第294條，違背義務之遺棄罪: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之或不為其生存所必要之扶助養育或保護者處六個月以上五年以下有期徒刑。第二項因而致人於死者，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。乙對於加重結果應該要有預見可能性(刑法第17條)，同刑法第276條第一項之推論，已有預見可能性，有過失，故成立本罪。

立法論上的思考，開車不小心撞死人成立276條第一項過失致死罪，最多處2年有期徒刑，在本例，把嬰兒放在家裡不小心被火燒死，成立刑法第294條第二項遺棄無自救能力之人過失致死罪，最多可處無期徒刑。為何同樣過失致人於死，立法上卻異其處理，與憲法平等原則有違，甲應以較輕之罪名論之，法律有違憲之餘，但行為人可確定犯其

中一條罪時，法官仍得以較輕之罪論之。

結論:甲成立刑法276條第一項之過失致死罪處兩年以下有期徒刑，拘役，或罰金。

289、請問要成立刑法上規定的自首，必須符合那三個要件？

答：

一、須對未發覺的犯罪自首。所謂未發覺的犯罪，是指這犯罪事實或者犯罪的人，還未為有偵查犯罪權責的公務員或者機關所發覺而言。犯罪的被害人或者第三人已經知道犯罪是某人所為，但是檢察官、司法警察官、司法警察或其他有偵查權的公務員並不知情，還是算未發覺。有偵查權的公務員或者公務機關雖然知道發生了犯罪事實，對於誰是犯罪的人，並不清楚，這時候也算是犯罪未被發覺。

二、須有自首的行為。所謂自首的行為，是指犯罪行為人向有偵查權的公務員或者機關說明自己的犯罪經過。這種說明，在方法上並沒有限制，用口頭說的、用書面寫的、自己親自前往，或者委託他人代為自首的，都可以發生自首的效力。

三、須靜候接受裁判。犯罪的人自首以後，還要等待接受裁判，才能受到減輕其刑的寬典，這是法條所明定的，自首制度目的是在鼓勵犯罪的人投誠改悔，給予自新的機會，節省偵查犯罪的勞費，所以合予自首的規定，刑法都無條件減輕其刑。如果犯罪的人表面的動作，看起來是像自首，實際上只是虛晃一招，無意到案接受裁判，甚至逃匿無蹤，便不合法條所規定的自首要件。

290、何謂「既遂犯」、「未遂犯」試說明之？

答：

既遂犯

係指犯罪行為人，經故意犯罪行為各階段如決意→陰謀→預備→著手實行→完成行為→發生結果，即構成犯罪行為之既遂犯。譬如：胖虎因大雄老在棒球比賽中被三振造成比賽輸球之事忿忿不已，早已心生痛毆大雄一頓之念頭（決意），於是跟小夫討論好後（陰謀），決定在大雄下課回家的途中，躲在半路的巷子口（預備），一瞧見大雄立即堵住他（著手實行），隨即痛毆大雄（完成行為），大雄被毆打後全身是傷蹲在路旁哭泣（發生結果）。上述即是最簡單之傷害罪既遂行為之案例。

另外，犯罪行為必須實行完成，始有成立既遂犯之可能。下列各舉不同方式的完成行為供參考：

1、有犯罪行為一經著手實行，行為即可完成者，例如公然侮辱罪或通姦罪等行為犯。

2、立即發生犯罪結果為手段之結果犯，如開槍射殺行為之殺人罪。

3、經過一段時間，行為始可完成，如慢性毒藥而為之毒殺行為。

4、著手實行後，仍須繼續加工，始能完成犯罪行為，如強姦罪或普通強盜罪。此等犯罪行為人除了以強暴、威脅等不法方法強制被害人而著手實行外，尚須進而實行姦淫行為或強取他人之物或使他人交付財物等行為，強姦或強盜行為才能完成。犯罪行為人必須實行完成，才會有成例既遂犯之可能。

另再依發生結果階段來補充說明，就犯罪結果來說，行為完成後尚須有行為結果之發生，才能成立既遂犯。否則，行為實施後若未發生構成要件該當之結果，犯罪行為人僅付未遂犯之責任。就不同的犯罪型態以下舉例作說明：

1、有些犯罪必須完全破壞構成要件所保護之法益，才能認為已發生時行結果，如殺害行為已造成被害人死亡之結果。

2、有些犯罪行為只須將構成要件保護法益移置犯罪行為人其實力支配下，即可認定已發生結果，而成立既遂犯。例如犯罪行為人意圖勒贖而擄人，被擄者已喪失行動自由，而移置於犯罪行為人實力支配之下，即已構成擄人勒贖之既遂。又如犯罪行為人實行竊盜或強盜行為，而使他人之物移置犯罪行為人之實力支配下，即構成竊盜罪或強盜罪既遂。反之，若尚未移入犯罪行為人之實力支配下，僅成立竊盜罪或強盜罪未遂。

故意犯罪行為犯之中，行為如已生構成要件該當結果，即得成立既遂犯，至於犯罪行為人主觀上不法意圖是否得逞，則與既遂犯之成立與否無關。

針對未遂犯之規定，刑法第二十五條有所規定：「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。未遂犯之處罰，以有特別規定者，為限。」，未遂犯之意義係指：犯罪行為人為實現其犯意，雖已著手實施犯罪之實行，但尚未達到既遂狀態之犯罪，其中包括普通未遂犯、不能犯與中止犯。未遂犯之成立要件有三：

一、現構成犯罪事實之決意（主觀要件）。

二、著手實行構成犯罪事實之行為（客觀要件）。

三、欠缺構成要件之完全實現。

譬如：小夫想下毒害死大雄（主觀要件），於是乎在大雄的水壺裡放下氫化物（客觀要件），但是大雄常搞丟身邊物品，所以沒有喝到小夫裝在其水壺裡的含氫化物之毒水（欠缺構成要件之完全實現），依據主客觀混合理論之見解，犯罪行為人只要依其主觀之認識，而開始實行足以實現構成要件之行為，即便算是著手實行。至於該行為手段，可能需待一段時間之經過，始可能發生作用而實現構成要件；或尚待被害人之行為配

合，始能發生行為結果者，都不影響此行為階段作為著手階段之判斷。所以可以確認小夫已構成殺人罪之未遂。

291、試說明何為「不能犯」跟「中止犯」？

答：「不能犯」：

行為

之性質，根本未能達到既遂狀態而成立之未遂犯稱為不能犯。如刑法第二十六條之規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。」

譬如：尚未懷胎之婦人服墮胎藥以欲犯墮胎之犯罪行為，但因其行為主體之不能，無法發生構成要件之實現；又如小夫手持一把玩具手槍，手槍客觀上只能發出碰！碰！的聲音，並無任何殺傷力，但小夫主觀上誤以為此槍具有殺傷力，乃持此槍對大雄做出射擊之動作以欲殺害大雄，但客觀事實上大雄並無任何受傷，小夫即為行為手段不能之不能犯。行為當時而可認為行為對於行為客體無客觀危險者，即得成立不能犯。反之，若可認定行為乃具客觀危險者，則可成立普通未遂犯。

「中止犯」：

行為人出於己意而中止犯罪之實行，或防止其結果之發生，而成立之未遂犯稱為中止犯，故中止犯亦必須具備未遂犯之成立要件，使得成立。另外中止犯須出於其自我的決定，消極地終止其犯罪行為；或積極地從事足以防止行為結果發生之行為，始得成立中止犯。若是偷竊物品之行為中時見物主已返，或見巡邏員警行近，因外在壓力行程內在壓力，被迫不得不停止其實行偷竊行為，此則成立普通未遂犯，而非中止犯。依據刑法第二十七條之規定：「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，減輕或免除其刑。」，

譬如：小夫約胖虎一同去大雄家中偷竊寶物，當進入大雄房內翻搜櫃子偷竊之同時，小夫胖虎無意間發現大雄珍藏著一張其與小夫胖虎到海邊遊玩的照片，照片上大雄還寫著「我跟我的好友」，小夫胖虎見照片後感動不已，雙雙認為偷大雄的寶物愧對己心，於是中止偷竊行為離開大雄房裡，小夫胖虎此等之行為即是偷竊罪之中止犯。小夫胖虎之自我良心之譴責、及悔悟，並非外在之強制壓力，所以上述行為成立中止犯。

292、請問某苗栗縣民唐某某四年前到林口某家醫院就醫病故，家屬指控醫師林某某未即時診斷出唐姓男子罹患腫瘤致延誤第一治療時機，等發現時已無法治療；依據醫事鑑定報告，認為醫師確有疏失，是否觸犯刑法276條之業務過失罪？ 答：

是，涉及刑法第二百七十六條第二項業務過失致人於死罪：「因過失致人於死者，處二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。從事業務之人，因業務上之過失犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金。」

293、試問警方日前凌晨在中二高竹南路段測速照相，在短時間內連續拍到八輛車超速疾駛，其中一輛賓士車甚至以243公里的時速狂飆，創下國道公路警察局第二警察隊超速違規的最高速測照紀錄，原有測得最高時速是在民國93年間，在中山高苗栗北上路段測到223公里的紀錄。

當天國道二隊凌晨零時以後，在二高竹南交流道附近的南下路段執行雷達測照勤務，當地速限110公里，警方發現拍到的多張超速車違規照片，後方居然都看不到車牌，其中有三輛車的時速超過200公里，最高速的一輛車是賓士CL車款，時速高達243公里，被拍到時間是凌晨1時40分，不到兩分鐘該路段又有一輛同款車被拍到超速，時速為151公里。

警方指出，同時段經過該路段的超速車輛，有8輛車被拍到使用活動車牌，車牌可用電動方式向上掀起躲避測照，有的飆車族會違規使用這種裝置，甚至一上高速公路就掀車牌，見到巡邏車再放下車牌。題目中，飆車的行為除了以道路交通管理處罰條例處罰之，此外，還構成刑法那一種罪責？

答： 飆車

的行為除了以道路交通管理處罰條例處罰之，此外，還構成刑法公共危險罪章中第一百八十五條的規定，損壞或壅塞陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備或以他法致生往來之危險者，處五年以下有期徒刑，拘役或五百元以下罰金。

294、刑法之適用範圍有包含時間及場所的適用範圍其中在場所的適用範圍採取屬地主義為主而屬人主義為輔有甚麼含義？而時間的適用範圍是那時候用？這個問題可以分成那些部分回答？

答： 一、刑法

的「空間效力」，「屬地主義(原則)」，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)」，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。

295、何謂保護主義？與何謂世界法主義？

答：

所謂「保護主義(原則)」(Schutzprinzip)，簡單說，乃指國家主權基於「保護」本國重要之國家法益或是國民重要之個人法益免受侵害之故，無論犯罪之行為人係本國人或外國人，亦不問犯罪地在本國領域內或是領域外，均有我國刑法之適用。

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。

296、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：這個

問題可以分成三個部分回答：

一、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」。

## 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。可是我們如何知道此行為是否合於法價值？職是之故，產生了「阻卻違法事由」的概念。「阻卻違法事由」乃是針對「違法性」之概念作反面的描述，即正面的描述違法性有其難度，所以從反面的角度——即透過描述何者為法價值所允許——去顯現違法性之內涵。因此，阻卻違法事由又可分為「法定阻卻違法事由」與「超法規的阻卻違法事由」。前者係指刑法第21條(依法令之行為)、第22條(業務上正當行為)、第23條(正當防衛)與第24條(緊急避難)所規定者，後者則指刑法雖未明文，但自學說或是法理上認為應該能夠阻卻違法之事由。

## 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)。

結論：國家刑罰權，乃是針對國家對人民作出刑罰之主權行為，具有高度的侵害性，而刑法作為國家發動刑罰權之依據，如不能作必要且適當的限縮，會導致國家有濫用刑罰權之可能，有鑒於歷史過去的種種，刑法學家們致力於提出一套完整且緊密的理論，去框架國家刑罰權，以確保人格尊嚴之維護，同時兼具公平與正義的內涵。

297、對於宗教斂財騙色者，可引用刑法哪些法條起訴呢？

答：

依我國刑法第十六章妨害性自主罪有以下法條可以起訴宗教斂財騙色者：

一、修正刑法第二百二十一條：新修正刑法第二百二十一條規定：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。（第一項）前項之未遂犯罰之。（第二項）」相較於原刑法規定，本條修正有兩項重點：（一）保護對象之擴大：傳統之強姦罪及準強姦罪保護對象僅限於婦女，新修正刑法則將男性亦納入保護對象之範疇。（二）行為態樣之增加：傳統係以「姦淫」為規範之行為態樣，新修正刑法則係以「性侵入行為」為規範之行為態樣，又可分為三種行為類型：1、以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行為：除包括傳統男對女之姦淫行為外，並進一步包括男對女之肛交、口交和男對男之雞姦行為；2、以性器以外之其他身體部位進入他人性器、肛門之行為：將傳統男對女或女對男之猥褻行為納入強制性交罪之規範；3、以器物進入他人之性器、肛門之行為：將性侵害行為亦納入強制性交罪之規範。

二、修正刑法第二百二十二條：修正刑法第二百二十二條規定：「犯前條之罪而有左列情形之一者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑：

一、二人

以上共同犯之者。

二、對十四歲以下之男女犯之者。

三、對心神喪失、精神耗弱或身心障礙之人犯之者。

四、以藥劑犯之者。

五、對被害人施以凌虐者。

六、利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者。

七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。

八、攜帶兇器犯之者。

前項

之未遂犯罰之。」按原刑法第二百二十二條僅規範共同輪姦行為，新修正刑法則將前開

八種行為列為加重強制性交罪，應加重其刑。

三、刪除刑法第二百二十三條：原刑法第二百二十三條係對強姦殺人罪之結合犯以規範，新修正刑法廢除之，而移至第二百二十六條之一加以規範。

四、修正刑法第二百二十四條：配合刑法第二百二十一條之修正，將刑法第二百二十四條修正為：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。」

五、增訂刑法第二百二十四條之一：配合刑法第二百二十二條之修正，增訂刑法第二百二十四條之一加重強制猥褻罪之規定：「犯前條之罪而有第二百二十二條第一項各款情形之一者，處三年以上十年以下有期徒刑。」

六、修正刑法第二百二十五條：配合刑法第二百二十一條之修正，並例舉「其他相類之情形」，修正刑法第二百二十五條規定：「對於男女利用其心神喪失、精神耗弱、身心障礙或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。

（第一項）對於男女利用其心神喪失、精神耗弱、身心障礙或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。（第二項）第一項之未遂犯罰之。（第三項）」。

七、修正刑法第二百二十六條：原刑法對於共同輪姦因而致被害人於死或羞憤而自殺或意圖自殺而成重傷者，並無加重結果犯之規定，修正刑法則增加之，並配合刑法第二百二十二條、第二百二十四條之一之修正，規定：「犯第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條、第二百二十四條之一或第二百二十五條之罪，因而致被害人於死者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；致重傷者，處十年以上有期徒刑。

（第一項）因而致被害人羞忿自殺或意圖自殺而致重傷者，處十年以上有期徒刑。（第二項）」

八、增訂刑法第二百二十六條之一：原刑法僅就犯強姦罪而故意殺被害人設有結合法之規定，修正刑法第二百二十六條之一：「犯第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條、第二百二十四條之一或第二百二十五條之罪，而故意殺害被害人者，處死刑或無期徒刑；使被害人受重傷者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。」則就強制性交罪、加重強制性交罪、強制猥褻罪、加重強制猥褻罪與乘機性交猥褻罪均設有結合犯之規定。

298、甲經營賭博電玩，招警查獲，而唆使乙頂罪，丙、丁均為警員，明知乙意圖使甲逃避刑事追訴，而出面頂替，由丙製作筆錄，丁則告知乙應如何應訊製作警訊筆錄，且中途以電話詢問甲經營電動玩具賭博經過情形，問甲乙丙丁刑責為何？ 答：

乙構成頂替罪之正

犯。迨無疑問。

乙、丙、丁共同製作不實筆錄一節，乙究應構成「使公務人員登載不實罪」抑或為「公務人員登載不實罪」之共犯則應討論。按警察於偵查時所製作之筆錄，固屬公務人員依法令所為之文書，為所謂之「使公務人員登載不實罪」，必公務員就該文書一經他人申報，即有就其申報內容登載之義務，而其登載內容有屬不實者，始足當之。若公務員就該申報，尚須為實質之審查以判斷其真偽始得為一定之記載者，則不能夠成本罪。

至丙丁為公務員其明知乙非犯罪人，而仍三人共同完成不實之筆錄，就丙丁而言，已構成刑法第二一三條「公務員登載不實罪」之共同正犯亦無多大爭議。惟本罪為身分犯，乙並非公務員是否可以成立本罪之共犯，則有疑義。此時應以刑法第三一條第一項後段，以為解決，而論以本罪之共犯。

乙之頂替罪及公務員登載不實罪間有牽連關係，應從一重論以刑法第三一條第一項、刑法第二一三條之罪。

另丙丁之這製作不實筆錄係為完成乙之頂罪行為部分：

首先，頂替罪屬己手犯，乙丙丁間雖有犯意之聯絡，亦有行為之分擔，丙丁仍不能構成頂替罪之共同正犯。

其次，乙出面頂罪，雖由甲之唆使，但其頂替行為之完成，係由丁向甲詢問後，在由其告知乙應如何應丙之偵訊，才得以製作完成助成乙頂罪之警訊筆錄，核其行為，同時兼有幫助及教唆乙頂罪之故意，依高度行為吸收低度行為法理，幫助為教唆所吸收，應僅論以教唆頂替罪。丙丁之教唆頂替罪與公務員登載不實罪兼有方法結果之牽連關係，應從一重論以刑法第二一三條之罪。

另外，乙之頂替犯罪，係由甲之唆使，但依實務上見解認為，犯人隱蔽自己之行為為刑法所不罰，則教唆他人頂罪以求隱蔽，亦在不罰之列，故甲不會成立頂替罪之教唆犯。依本題而言，至多只能成立賭博罪章之罪。

299國內某立法委員甲男(已婚)，與其助理乙女(未婚)，因相愛而無視輿論非難，相偕至美國某州完成結婚典禮，並於婚後，環遊世界度蜜月。事後證明二人於中國大陸北京遊玩時，於某大飯店結下「愛的結晶」，四個月後，二人感情失和，分手回到國內。試

問，若經甲男原配提出告訴，我國台北地方法院地檢署可否對二人起訴，法院得否審判？

答：

### 1. 甲與乙重婚，並無我國刑法之適用：

甲之刑責：甲為有配偶之人，其與乙女重為婚姻應成立刑法第237條前段之重婚罪。

刑法之適用：  
屬地原則之檢驗：

甲與乙重婚之行為地為美國，非屬在我中華民國領域內犯罪，故無刑法第3條「屬地主義」原則之適用。

公務員屬人主義(刑6)之檢驗：

甲之身分為立法委員，雖屬刑法第10條第2項之「公務員」，但因重婚罪。非屬刑法第6條所例示之罪，故亦無「公務員屬人主義」原則之適用。

一般國民屬人主義(刑7)之檢驗：

重婚罪非屬最輕本刑3年以上之重罪，故無刑法第7條「一般國民屬人主義」原則之適用。

國家社會保護主義、世界主義(刑5)之檢驗：

重婚行為並非侵害我國國家、社會之重大法益之犯罪，亦非侵害世界共通性法益之犯罪，故無刑法第5條「保護主義」、「世界主義」原則之適用。

國民之保護主義之檢驗：

甲為我國立法委員，並非外國人。故無刑法第8條適用之餘地。

小結：綜上述，甲在美國與乙重婚雖構成重婚罪，但並無我國刑法之適用，故不能予追訴處罰。

### 2. 乙與甲相婚

行為，不能依我國刑法予以追訴處罰：

乙之刑責：

客觀上，乙為無配偶之人，其與甲結婚，乃是與重婚者相婚之行為，主觀上，乙明知甲為有配偶之人仍與之結婚，應成立刑法第237條後段之與有配偶而為重婚者相婚罪。

刑法之適用：  
屬地原則之檢驗：

乙與甲相婚地為美國，並非在我國領域內犯罪，故無刑法第3條「屬地主義」原則之適用。

刑法之適用：

屬地原則之檢驗：

乙與甲相婚地為美國，並非在我國領域內犯罪，故無刑法第3條「屬地主義」原則之適用。

公務員屬人主義(刑6)之檢驗：

乙之身分雖僅為立委助理，但依立法院組織法，其職務乃在襄助立法委員處理法案之提案及審查工作等事務之人，故立委助理，亦係刑法第10條第2項所稱，依法令從事於公務之人員。惟相婚罪並非刑法第6條所例示之犯罪，故亦無「公務員屬人主義」原則之適用。

一般國民屬人主義(刑7)之

檢驗：

相婚罪非屬最輕本刑3年以上之重罪，故無刑法第7條「一般國民屬人主義」原則之適用。

國家社會保護主義、世界主義(刑5)之檢驗：

相婚罪非侵害我國國家、社會之重大法益之犯罪，亦非侵害世界共通性法益之犯罪，故無刑法第5條「保護主義」、「世界主義」原則之適用。

國民之保護主義之檢驗：

乙並非外國人。故無刑法第8條適用之餘地。

小結：乙與甲相婚，雖成立相婚罪，但不能依我國刑法予以追訴處罰。

3. 甲與乙之通姦行為得適用我國刑法予以追訴處罰：

甲為有配偶之人，其與乙之通姦，成立刑法第239條前段之「通姦罪」，乙為無配偶之人，乙與甲之相姦，成立刑法第239條後段之「與配偶之人相姦罪」。但因甲乙二人之行為地保在大陸北京，是否可認係在我國領域內犯罪。並非無疑，惟依學者通說及實務見解，大陸地區仍屬我中華民國之領土，從而在大陸地區犯罪，仍屬在中華民國領域內犯罪，故依刑3之屬地主義原則，甲乙之行為得適用我國刑法予以追訴處罰。

300、關於抹黑以及毀謗在刑法上有何法條規定？

答：

依我國

刑法第二十七章 妨害名譽及信用罪

第309條（公然侮辱罪）

公然侮辱人者，處拘役或三百元以下罰金。

以強暴犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。

### 第310條（誹謗罪）

意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。

散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。

對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。

### 第311條（免責條件）

以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：

- 一 因自衛、自辯或保護合法之利益者。
- 二 公務員因職務而報告者。
- 三 對於可受公評之事，而為適當之評論者。
- 四 對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述者。

第312條 對於已死之人公然侮辱者，處拘役或三百元以下罰金。

對於已死之人犯誹謗罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。

### 第313條（妨害信用罪）

散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。

第314條（告訴乃論）本章之罪，須告訴乃論。

## 301、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。

## 302、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：

1616 須法有規定需交付保護管束者。

1717 須有社會危險性。

1818 須先受刑罰或保安處分之宣告。

適用對象包括：

11 對受感化教育、監護、禁戒與強制工作處分。

12 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。

303、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。

304、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。

304、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。

306、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失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，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，並將緩刑期內宣告延長至確定時以資明確。

307、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：

13 有期徒刑執行未逾六個月。

14 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。

15 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。

308、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（原本為五年）。
  - 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之事項，當事人縱未主張，法院或檢察官仍應依法下免訴判決或不起訴處分。

309、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。

400、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：

1212 依法停止執行。

1313 因通緝或執行期間脫逃未能續行執行者。

1414 受刑人依法另受拘束者。例如保安處分之執行。

401、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。

#### 402、累犯加重處罰立法理由安在（何謂三振出局法案）？

答：

- （一）累犯加重處罰至二分之一之立法理由係：因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，本於特別預防之政策目的，有延長其矯正期間之必要以助其重返社會，以兼顧社會防衛之需求，本次新法累犯排除過失犯，理由亦係無確實實證支持過失再犯與刑罰反應力薄弱有直接關聯。
- （二）本次新法第四十七條第二項明示保安處分中之強制工作處分，既具有代替或補充刑罰之功能，故如發現強制工作處分不能使受刑人再社會化，五年內故意再犯自應有累犯之適用。
- （三）裁判確定前發現累犯之處罰：依刑法第四十八條規定：「裁判確定後發覺為累犯，依前條之規定更定其刑，但刑之執行完畢或經赦免後發覺者不在此限。」

#### 403、新刑法對想像競合犯之處斷上之新限制？

答：

- （一）、想像競合犯處斷刑之方式本應為從一重處斷，受刑法三十五條第二項規定之影響，同種之刑，要以最高度之較長較多者為重，僅在最高度相等時，才以最低度較長較多者為重罪，果如此，如同種之刑最高度較長較多者，雖為重罪，但其最低度則未必亦較輕罪為較長較多，從一重時，可能於最低度之處斷出現輕重失衡之結果，有必要對其處斷之量刑有所限制，故新法明文「但不得科以較輕罪名所定本刑以下之刑」其理由在此。
- （二）、立法政策上，繼受之母國德國及奧地利均設有此規定，修法增添乃順應時勢所趨。

#### 404、牽連犯廢除之理由？

答：

刑法廢除牽連犯之理由：

- (一)、牽連犯之本質為數罪，其與想像競合最大差異則在於，行為個數是否單一，想像競合犯係單一故受『單一行為處罰一次性原則之拘束』，牽連犯則否，故其刑罰一次本即有違反刑罰公平之缺點。
- (二)、就既判力客觀效力延伸之正當性而言，如單一案件兩部之間，時間間隔過久，縱有方法目的或原因結果之關係，從一重處斷，有鼓勵犯罪之嫌，為此造成既判力延伸亦不妥當。
- (三)、現行實務上，多將牽連犯之事實論以想像競合或數罪併罰，故廢除牽連犯並不會對既有審判實務產生困擾。
- (四)、立法政策上，繼受之母國德國與日本，早已廢除牽連犯之規定，修法廢除乃順應時勢所趨。

405、連續犯廢除之理由？

答：

刑法連續犯廢除之主要立法理由：

- 一、『原刑法連續犯要件之同一罪名及概括犯意認定過寬，有鼓勵犯罪致使國家刑罰權不當行使之缺點』：  
舊刑法連續犯其本質為數罪，立法之初，為考量訴訟經濟或責任吸收原則，而論以一罪，並規定得加重其刑至二分之一，惟實務往往對本條「同一罪名」及「概括犯意」認定往往連綿數年之久，事實採證又多趨於寬鬆，起訴之後，對繼續犯同一罪名，均能以同一罪名處斷，違反刑罰公平原則至為重大。
- 二、『立法例上已無國家採行連續犯之立法政策』：  
就繼受之母法國德國與日本為例，均已先後刪除連續犯規定，德日兩國在其實務上則視實際具體事實論以『接續犯』、『包括一罪』或『數罪併罰』處斷，以符刑罰之公平及訴訟經濟原則之平衡考量。

406、試說明新法易科罰金要件修正之理由？

答：

- (一)、按刑罰第四十一條易科罰金，本質上為易刑處分，其制度目的在濟短期自由刑之弊，基此特別預防之政策目的，其宣告條件，本不可趨於過嚴，舊法時代易科

罰金要件設有須『因身體、教育、職業或家庭之關係或其它正當事由，執行顯有困難者』為宣告之條件，失之過嚴，新法為濟其弊，廢之，於同法第一項但書改列為：「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」，其理在此。

## (二)、易科罰金有無及於數罪併罰規定？

易科罰金條文所謂「而受六個月之宣告」，其「宣告」於數罪併罰案件，究係指各罪之『宣告刑』，抑或是「最終合併之執行刑」，大法官釋字第三六二號係採後者定其執行刑，惟如其執行刑已逾六個月時，即已非短期自由刑，如執意再為易刑處分學者咸認至為不當，故於新法第四十一條第二項明定：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑，亦適用之。」。

## (三)、罰金執行如受刑人無力一次完納或一時無力完納可否准許分期繳納？

### 1 「新法將目前實務採行之分期完納制度正式法制化」：

基於法律保留原則，罰金得否分期完納，於實務雖試行有年且具實效，仍應本於權力分立原則早日法制為宜，立法政策上，繼受之母國德國早有明文，修法增添乃順應時勢所趨。

### 2 「分期繳納並非漫無限制需確依受刑人之經濟或信用狀況，無力於兩個月內完納始得准許分期。」

新法明定有期限利益，遲延一期則對未完納之部份逕為強制執行或易服勞役，就強制執行上，亦無須再經形式上之執行程序，實質上果無力完納逕為易服勞役，以簡約國家於程序上不必要之勞費及時日。

## 407、易服勞役之折算標準有無變動？

答：

舊法第四十二條易服勞役最高度僅為六個月，依最高額每日新台幣三百元計，六個月最高折算犯罪利益，僅約當新台幣十六萬元，逾此數額，受刑人服滿勞役即無須繳納，倘犯罪所得逾越十六萬元者，無論罰金之宣告刑之額度多高，受刑人均僅須服滿六個月已足，就一般預防之觀點，舊法規定全無嚇阻犯罪之效，故新法先在第四項將易服勞役折算標準延為一年，罰金金額折算逾一年時，於第五項改採罰金總額與一年總日數及折算標準，依比例計之。如涉及金融七法之罰金刑，如受刑人於金額於新台幣五千萬元無力完納者，則第六項改採罰金總額與三年總日數及折算標準，依比例計之。

408、請解釋下列名詞：

4 公務員

5 重傷

6 電磁紀錄

4、追徵、追償、追繳

答：

(1) 公務員

3 依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其它依法令從事公共事務，而具有法定職務權限者。

4 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。

(1) 重傷

指毀敗或『嚴重減損』目、耳、語、味、嗅、肢及生殖機能或其它於身體健康有重大不治或難治之傷害。

(2) 性交

謂非基於正當目的所為下列性侵入之行為包括以性器或性器以外之物進入他人性器、肛門、口腔之行為。

(3) 電磁紀錄者

謂以電子、磁性、光學或其它相類之方式所制成，而供電腦處理之紀錄。

(4) 追徵、追償、追繳

原本散見於貪污治罪條例等特別法，此三種沒收方式，乃指不符刑法第三十八條第一項第三款所指之「因犯罪所得之物」，依同條第三項之規定，應限於犯人所有始得沒收，如非犯人所有，則依特別法有無規定論之，再者，就「因犯罪所得之物」如係不正利益應如何執行沒收？「因犯罪所得之物」其若得以市價計算者，如已經犯人消費不復存在時，應如何處理？均無明文規定，從而刑法總則之中，其一般沒收之規定，並無就上述三種情形，定有明文，倘致行為人於判決確定後仍可享受犯罪之成果，顯違反刑罰一般預防之應報功能，實應將此所得歸於國家所有，惟不論是追徵、抵繳等方式，此均涉及人民財產權之限制，依憲法第二十三條之規定，本應有法律保留原則之適用，爰將於貪污治罪條例第三十四條及第四十條之一規定內容，將之規定於刑法總則之中。簡言之，追繳係指以犯人之財產抵繳犯罪所得，追償及追繳則是針對犯罪所得中之不正利益

及可以市價計算之已消費犯罪所得之沒收方式。

409、新刑法第二條第一項揭示法律不溯及既往原則（簡稱：實體從舊原則），刑法第二條第一項但書揭示從新從輕原則，請簡要敘述在實體刑罰及保安處分上兩原則之適用關係，並請回答下兩小題：

（一）、某甲於三月一日偷米一包，三月一日竊盜罪最重處罰七年（簡稱：舊法），經檢察官起訴，法院於九月一日審判，法院發現竊盜罪於五月一日最重處罰已改為三年（簡稱：新法），請問法院應以何法下判決？

（二）、某甲於三月一日開始偷米，接續犯案到八月一日才停止，三月一日竊盜罪最重處罰七年（簡稱：舊法），經檢察官於七月一日起訴，七月一日以後陸續發生之犯罪，檢察官亦依連續犯併案全部移送法院審理，法院於九月一日審判，法院發現竊盜罪於五月一日最重處罰已改為三年（簡稱：新法），請問法院應以何法下判決？

答：

（一）、「甲於三月一日偷米一包之行為，法院應從新法論處」：

1、按刑法第一條明定行為之處罰以行為時法律有明文規定者為限，依此原則可派生出「實體法不溯及既往原則」（以下簡稱：實體從舊原則），同法第二條明定：「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」，此乃法律有變更之『從新從輕原則』，惟舊法時代『從舊原則』畢竟仍屬法無明文，有賴增補，同時舊法第二條條文用語『裁判時之法律』，雖因解為『從新原則』，但『從新從輕原則』，其實實際適用之結果與『從舊從輕原則』相一致，並無不同，不如逕將文字修正為「行為時法律」更符一致，新法第二條特將從舊從輕予以明文。

2承上以言，甲於三月一日偷米一包之行為，其行為時之法律為舊法，舊法為重刑，而法律變更後之新法，法定刑輕，依新法第二條，甲應依新法處斷。

3小結：甲應論以新法處斷。

（二）、「某甲於三月一日開始偷米，接續犯案到八月一日才停止之行為，法院應論以新法」。

1、按刑法第二條係指：「行為後法律有變更者」，條文所指之行為後，應視犯罪類型不同而異其處理方式，如為接續犯或繼續犯各應依其最後一行為時或行為終

了時定其法律適用，法律於行為接續期間縱有變更，乃不真正溯及既往，非法律有變更，係單純實體從舊，根本不新舊法比較之問題。

2、依題示，甲之偷米行為係接續犯，最後一個行為時為八月一日，本即應依八月一日有效法律適用，即較輕之新法。

500、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』。

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。

501、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，從舊原則顯有不當之處。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§2Ⅱ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§2Ⅱ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。

502、何謂共謀共同正犯？我國實務對其採取何種態度？

試分別說明之。

答：

所謂共謀共同正犯係指，二個以上之行為人，以共同犯罪之意思事前謀議，而推由謀議之部分人進而著手於犯罪行為之實行，則該僅參與謀議卻未參與行為分擔之人，亦得藉他人之實行行為而成立共同正犯。

實務見解

實務上認為事前與盜匪同謀，事後得贓，若係以自己犯罪之意思，推由他人實施，仍應成立共同正犯（28院1905）。

刑法§28所謂「實施」係指犯罪事實之結果直接由其發生，別乎教唆或幫助而言，即未著手實行前之陰謀或預備等罪，如有共同實施情形，亦應適用該條處斷。至實行在現刑法上

乃專就犯罪行為之階段而言，用以別乎陰謀、預備、著手各階段之術語（31院2404）。亦即，「實施」之意涵較「實行」為寬，包括客觀不法構成要件之各階段行為，行為人參與實行，固屬§28之共同實施，即如未參與實行，但因其與其他行為人已有犯意之聯絡，而合意由其他行為人擔任實行，並視他人之實行為自己之實行者，亦屬§28之共同實施。

以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事前同謀而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯（釋字109）。亦即，釋字109認為§28共同正犯包括「共謀共同正犯」與「實行共同正犯」。

惟刑法分則或刑事特別法中規定之結夥二人或三人以上之犯罪，應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限。不包括共謀共同正犯在內（7647刑庭決議）。此外，結夥犯全體皆須具有責任能力（37上2454）。

### 503、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。

#### 504、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）。

505、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，而為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。

506、甲男駕駛自小客車停在超商前，未熄火即下車購物，前後不到一分鐘時間，車子被乙所竊，三分鐘後，這輛車高速追撞共騎機士丙女、丁女，在劇烈衝撞中，頭部受創嚴重，兩人分別送往醫院急救，結果丙女不治、丁女顱內大量出血重傷。甲有無刑責？

答：某甲應無刑事責任。

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。

不作為犯之保證人地位：依我刑法第十五條第一項之規定：「對於犯罪結果之發生，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：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）；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~4~義務）；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：乃是導致法益損害密切之危險來源。乃是違法之行為。與法益保護規範之違反，是為相等。因此，不論基於風險超越理論、抑或風險自負原則，對被害行為之危險行為製造者應為乙，而非甲；是故，甲無論從法律或事實言，應無因果歸責，不需論以刑責。

#### 507、試說明不作為犯之因果關係應如何認定。

答：

不作為犯，乃行為人不為法律規範期待保證人所應為之特定行為，或不著手從事被期待之特定行為。由於此等被期待行為之不出現，而導致構成要件該當結果之發生。因其行為乃消極手段，其因果關係之結構異於作為犯。至於不作為犯之因果關係如何？見解不一：

他行為說：於應作為時所實施之其他行為，如應哺乳而縫衣，則嬰兒因縫衣而無法進食而餓死。

先行行為說：先於不作為而為之引起義務行為，如褫母與僱主訂立僱傭契約，則應認為與結果之間有因果關係。

妨果條件說：以為一定結果之發生，倘非起果條件存在，則係妨果條件未發生作用，故此種任意壓抑妨果條件之情形，應認為具有原因力，故結果雖非行為所引起，如有此種情形存在，則應認為有因果關係。

準因果關係說：以為如可認為倘有作為則結果極可能不致發生，則應認為不作為對結果之發生具有因果關係。不作為與結果之關係顯難與作為與結果之關係相比擬，此種因果關係不易證明，充其量為可能性之推測而已，若行為人做期待之行為，則幾乎不發生結果。則得認為該不作為與結果間，具有因果關係。故學者對於不作為之因果關係稱為「準因果關係」或「假設因果關係」。通說與實務採此說。

#### 508、甲投擲一顆手榴彈炸死三人，應如何論以競合：

答：

甲投擲一顆手榴彈炸死三人，應論以想像競合犯：

- 1、所謂想像競合犯者，即以一犯意，為一個行為，而侵害數個法益，符合數個犯罪構成要件，發生數相同或不同結果，成立數個罪名，應從一重罪處

斷。刑法第五十五條本文「一行為而觸犯數罪名，從一重處斷」之規定即是。

2、至於想像競合之內涵如下：

c (1) 須基於一行為：所謂一行為乃指基於一個決意實施之一個行為。至於基於單一之意思或概括之意思，在所不問。

d (2) 須侵害數法益：一個行為發生侵害數個法益之結果始有想像競合之問題。數個結果又必各自具獨立可罰性，因而雖侵害數個法益，而該被害法益在法律上屬於單一性質者，亦仍無成立想像競合犯之可言。

e (3) 須觸犯數罪名：想像競合犯所以從一重罪之刑處斷，而不依數罪併罰之例辦理者，在於數個犯罪構成要件競合於一個行為之上，故一個行為所誘發之數個結果，必須合於數個構成要件，成立數個罪名，始有成立想像競合犯之可言。

f (4) 須從重罪處斷：比較輕重，以法定刑為標準，至各該犯罪名是否另有總則上加重、減輕其刑之原因，係屬另一個問題。

3、綜合上述，甲投擲一顆手榴彈，卻炸死三人，乃一行為侵害三個不同之人身生命法益，應論以想像競合犯。

509、乙持刀殺死自己之父親，應如何論以競合：

答：

乙持刀殺死自己之父親，應論以法條競合之特別關係：

所謂法條競合，乃行為人所實施之一行為或數行為，因法令制訂完善，以致同時有數個法條可予規範，由司法裁判者就該數個法中擇一最適當者適用之，而不適用其他法條。

亦即，法條競合非真正之犯罪競合，只不過係因同一犯罪有數個刑罰法條對其為重覆的規定，外觀上遂發生符合數個刑罰法條的情況，其實此等法條相互排斥，依其中一個法條論罪即為已足。

至於法條競合之內涵，學說不一，大致而言，諸如特別關係、補充關係、吸收關係等理論，甚至包含不罰前（後）行為理論。

題中，乙持刀殺死自己之父親，雖同時該當於刑法分則271 條之普通殺人罪及272 條之殺害直系血親尊親屬罪。然該兩條文均為保護乙父而設，是故，乙持刀殺死自己之父親，應論以法條競合之特別關係，優先適用刑法

分則272 條之殺害直系血親尊親屬罪，而不再適用刑法分則271 條之普通殺人罪。

600、過失犯罪之不法構成要件並未完整地描述犯罪之構成事實，可謂一種有待補充之構成要件。試問：行為人是否具有過失犯罪之構成要件，究應如何判斷？試從「注意」層面及「風險」層面討論之。

答：

本題所探討之「過失犯」，其概念非如故意犯般完整，學界常稱其為「待補充之構成要件」，即見其隨時代演化其結構之特性，愈趨精細複雜。本題試就「注意」及「風險」層面簡析如下：

「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。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；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，卻未善盡此等義務，以致客觀上該當於因果關係各種要素產，應即論以過失。

「風險層面」之創造：自從客觀歸責理論問世以降，學者亦有逕依創造風險及實現風險之地位審查過失犯。

就過失犯言，因其地位與故意犯同為構成要件不法，故應依行為人創造不被容許之風險審核，其異於故意犯者，乃行為人違背應注意之義務以致客觀上創造該等風險；行為人進而實現該等風險，進而論以構成要件該當，以避免學習者將過失犯誤而定義為「應為而不為」之不作為犯。

惟此兩種審查方式並未牴觸，不論「注意之違反」或「風險之創造」，仍應滿足主觀疏失及客觀行為之要素，始可成立。

601、在台北市街道甲以時速三十公里開車，但是甲闖紅燈，在離開十字路口一千公尺處，一位小孩突然跑出來要過街，剛好衝到甲車正前方；甲立即煞車，但已來不及，因而撞死小孩。試問：對甲的行為應如何處斷？

答：

刑法過失責任之演變與信賴原則之建立：

傳統刑法關於過失犯之認定，祇須行為人主觀上有預見行為結果之可能，且實際上出現具備因果關係之構成要件結果，即可構成。

惟此論理若貫徹至現代社會生活中，例如交通事故案件，常有不合情理之現象。是以本於合理分配風險、社會容許相當性行為之原理，學理上乃創設信賴原則，認為在通常情形下，汽車駕駛人對於不可知之他方違規行為，並無預見之義務，從而，法益侵害結果之發生，倘係由他方不可預期之行為所致，則行為人不負防免結果發生之義務，而不成立過失犯罪。

在刑法實務上，早期對此信賴原則理論持否定之態度，晚近見解則有變為肯定之趨勢。例如：七十四年台上字第四二一九判例、八十四年台上字第五三六〇號判例均有說明。

甲雖然駕車闖紅燈，惟事故地點距十字路口有一千公尺之遙，衡諸常理，此一違規行為與事故發生之間，應無相當因果關係，必須予以排除，另就與事故密切關連之情況判斷。準此，甲既然是在前述基本案例情形下撞死小孩，對其行為之評價，自然應與前述論理相同，認為無罪。

602、某甲夥同數名友人至朋友乙宅作客，相談甚歡，某乙不斷向大家勸酒。甲欲離去時早已不勝酒力，乙忙於送客未及勸阻，任由甲騎車返家。甲出發不久後因酒醉騎車不慎滑倒，當場死亡。試問乙成立何種犯罪類型？

答：

乙之勸酒行為成立「過失不純正不作為犯」。理由如下：

1、客觀構成要件：

不作為：甲之死亡雖由自己騎車不慎引起，惟乙在勸酒之後對甲應有排除酒醉騎車之義務，乙卻消極不為之，足以形成不作為。

甲因乙之消極不勸阻而致死，設若乙能勸阻，甲或許可避免死亡之不幸結果，依準因果關係論，有相當因果歸責。

乙為勸酒者，應排除受勸酒之客人甲損害結果，亦即應盡保護者保證人之地位。至此，乙之客觀不作為該當。

2、主觀構成要件：

乙忙於送客，未能善盡「使客人平安返家」之注意，此乃乙基於良知、理性、小心且謹慎之人，在勸酒後對不勝酒力之客人應具備之注意

義務，故乙雖無使甲死亡之知與欲，但違反注意義務，應考慮刑法上之過失犯。

本題未特別明言違法性及責任，視為乙有違法性及責任。

結論：依犯罪論，乙對甲應構成過失致死之不純正不作為犯。

603、何所「間接正犯」？何所「教唆犯」？並請各舉一例說明之。

答：

#### (一)間接正犯

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。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（84上易6406、89台上5772判決同旨罪支）。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。

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而取走風衣，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

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1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」。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。又教唆犯的責任，依同條第2項，教唆犯之處，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罰罪的法定刑決定之。

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。

## 604、刑法第2條第1項所「行為後法律有變更」之「法律」

一語，其意如何？是否兼指行政機關頒布之命令？行政命令如有變更，是否亦甲此之「法律有變更」？

答：

### (一)：法律變更與空白刑法

現行刑法第二條第一項規定：「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」本條所謂「法律變更」，實務與學說意見分歧。可以確定的是，刑事程序的規定與事實的變更，並不屬於此處的法律變更，至於是否包括「補充空白構成要件之行政規章或命令」之變更，則有不同見解，說明如下：

#### 1、否定說（事實變更說）

此為我國實務意見，如釋字第103號解釋。其理由認為，刑法第二條所謂有變更之法律，乃指刑罰法律而言，並以中央法規標準法第二條之規定制定公布者為限，行政法令縱可認為具有法律同等之效力，但因其並無刑罰之規定，究難解為刑罰法律，故如事實變更及刑罰法律外之法令變更，均不屬於本條所謂法律變更範圍之內。（92年台非字第336號判決結論相同）

#### 2、肯定說（法律變更說）

依學說意見，法律變更乃指足以影響可罰性範圍與其法律效果之法令有修正或廢止而言，補充空白刑法的行政命令等補充規範，雖然不具備法律形式，而且沒有刑法之實質內涵，但其與空白刑法結合，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」，故屬於法律變更；近來實務判決亦偶有接受此看法者，如91年台上第2868號判決。

### (二)：管見

傳統見解針對空白刑法的使用，認為所謂「法律變更」，應指「刑罰法律變更」，如處罰的規定未改變，只是填補構成要件內容

的事項有變更，並非刑罰法律本身的變更；對於實務將形成刑罰權內容的要件要素視為非法律內容，並誤解事實變更存在的形式，學說多有不同意見，亦已如前述。

管見以為，立法機關既已授權，關鍵應在於「授權明確性」與否，而非「是否屬於法律」；屬於空白構成要件之行政命令變更時，因足以影響可罰性的範圍，而具有規範性，允宜認為仍屬於法律變更，而有刑法第二條第一項之適用。

## 605、試說明褫奪公權之意分。依刑法規定，於何種情形下，要併予宣告褫奪公權？

答：

### (一)褫奪公權的意義與內容

褫奪公權性質為能力刑與資格刑，係指國家剝奪犯罪者在公法上所享有一定權利能力之刑罰手段；藉由剝奪犯罪行為人一定期間內從事公職的資格與行使公權的能力，以減少其再度危害社會的機會，就社會保安的需要，有其必要性。依現行刑法第三十六條，褫奪公權之內容有三款，分述如下：

- 1、為公務員之資格
- 2、為公職候選人之資格
- 3、行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格

民國95年7月1日施行之新刑法，有鑑於第三款係不分情節、犯罪種類，齊頭式的剝奪人民選舉權之行使，似與受刑人之再社會化目的有悖，迭遭質疑其與預防犯罪之關係。為兼顧預防犯罪與受刑人在社會三之理想，遂將第款刪除，移列於「公職人員選舉罷免法」「總統副總統選舉罷免法」中規範，以與憲法第二三條以法律限制基本權利行使之必要性、比例原則相契合。

### (二)褫奪公權之宣告

褫奪公權屬於從刑之一，應與主刑裁判時一同宣告之（刑法第三十七條第三項）；依其時間長短，可分為終身褫奪與有期褫奪：

#### 1、終身褫奪公權

依刑法第三十七條第一項規定，宣告死刑或無期徒刑者，宣告褫奪

公權終身。就此法院無裁量空間，為法定褫奪。

其效力自裁判確定時發生（刑法第三十七條第四項）。

## 2、有期褫奪公權

依現行刑法第三十七條第二項規定，宣告六月以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，宣告一年以上十年以下褫奪公權。法院依犯罪之性質裁量是否褫奪公權，是裁量褫奪，其要件如下：

- (1)宣告六月以上有期徒刑民國95年7月1日施行之新刑法，認為宣告六月以上未滿一年有期徒刑者，犯罪情狀多屬輕微，並無褫奪公權之必要。而將其宣告刑之下限由六月酌改為一年。
- (2)依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要所謂「犯罪之性質」，係指「喪失廉恥以及其他情形認為有褫奪公權之必要者」（民國24年7月總會決議（十四））。

## 606、何所有認識之過失？未必故意？其區別何在？

答：有認識之過失及未必故意（間接故意）之意義及區別：

### 1、區別：

- c (1)間接故意：指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（刑一三II），亦即「消極容認」不法構成要件之實現。
- d (2)有認識過失：指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（刑一四II）。

### 2、各種區別理論：

- c (1)容認說（又稱容忍說、同意說）：行為人就行為結果之發生，是否容忍以為斷。
- (2)蓋然性說（又稱相當可能性說）：行為人就行為結果之發生，就發生可能性是否存在認知為斷。
- e (3)防果說：行為人是否積極防止結果發生之立場以為斷。
- f (4)漠然說（漠視說）：行為人就行為結果之發生，是否為漠視之態度以為斷。

## 607、公務員的職務行為有時會甲甲刑法所規定的犯罪攝針要

件，對此，刑法第二十一條第二項規定：「依所甲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「服從分務的對象」以及「所服從的命令內容」二方面，說明該規定的意義。

答：

(一)服從義務之對象：

按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"，次按公務員服務法第二條規定"長官就其監督範圍以內所發命令，官有服從之義務."，是以服從義務之對象即以具備公務員身分，且與發佈命令者有上下隸屬關係之下級公務員為限，亦即兩者間應具指揮監督關係。

(二)所服從之命令內容：

1、學說上通常可見三說，簡述如下：

c (1)絕對服從說：

長官之職務上命令，屬下有絕對服從之義務，無論命令形式上不備或實質上違法，均無權審查而拒絕。

d (2)形式審查說：

下級公務員對長官之命令，須審查其形式是否具備，若形式不具備，即無服從之義務；若形式具備，縱實質上違法，下級公務員尚應據以執行，因此，其執行行為仍不失為依據命令執行職務。

e (3)實質審查說：

下級公務員對長官職務上之命令固須遵守，但命令違法即不應執行，故對長官之命令，除應審查其形式是否具備外，尚應兼及其實質是否合法。

實務及通說：以形式審查說為當。

凡上級公務員之命令如具備形式要件，有合法之形式，即足以對下級公務員發生拘束力；反之，若不具備此要件，亦即欠缺合法之形式，自始不生命令之效力，從而下級公務員縱加以執行，其執行行為亦不能視為職務上之行，更無所謂阻卻違法。

608、我國刑法第一條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。刑束人身自由之保安處分，亦同。」一丙稱之為「罪刑法定原若」，試詳附理由回答下列所問：

(一)在罪刑法定原若下是否容許「類推適用」與「擴張

解釋」？理由何在？試各舉一例加以說明。

(二)超法規(律)阻卻違法事由有無違反「罪刑法定原則」？法理依據何在？

答：

(一)罪刑法定主義在使處罰犯罪之罪名，構成要件與效果(刑罰種類，範圍)

均以法律明文規定，使人民有遵循之標準，避免突襲性刑罰之出現，故類推適用與擴張解釋倘若使刑法擴大適用，將違反刑法謙抑思想之精神，應為法所不許，前者如使用竊盜之行為人，類推刑法第三二〇條之普通竊盜罪予以處罰，後者如將刑法第一九五條之偽造貨幣罪之貨幣擴張解釋為包含清朝乾隆通寶之骨董幣。

(二)超法規阻卻違法事由，即法律所未規定而學理所承認得以阻卻構成要件該當行為違法性之事由，如推測承諾或義務衝突等，亦即得使本具構成要件該當之行為合法化，致行為人不受刑罰之處罰，因而限縮刑法適用之範圍。承上所述，罪刑法定主義在避免以類推適用或擴張解釋或不成文習慣法之方式擴大刑法之適用，違反刑法謙抑思想之基本精神，超法規阻卻違法事由雖非刑法明文規定，惟其存在既在限縮刑法適用，自與刑法謙抑思想有悖，當無違反罪刑法定主義。

609、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：

(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。

610、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。

答：

(一)依我國刑法第33條規定，刑罰之主刑有下列五種：

- 1、死刑。
- 2、無期徒刑。
- 3、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。
- 4、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）
- 5、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）

(二)刑法關於加重其刑之規定：（請任選2 種）

- 1、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。
- 2、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。
- 3、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。
- 4、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。
- 5、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。

- 6、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。
- 7、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。
- 8、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。
- 9、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。
- 10、刑法第264條規定：公務員包庇他人犯本章(鴉片罪)各條之罪，依各該條之規定，加重其刑至2分之1。

(三)刑法減輕其刑之規定：(請任選二種，下以刑總為主)

- 1、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。
- 2、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。
- 3、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。
- 4、刑法第20條規定：瘡啞人之行為，得減輕其刑。
- 5、刑法第23條但書規定：防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。
- 6、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。
- 7、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。
- 8、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。

9、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。

10、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。

611、：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？

ANS:(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.

612、何謂純正身分犯?何謂不純正身分犯?

ANS: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。

613、何謂故意？何謂動機？兩者有何不同？

ANS:(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。

614、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？

ANS:(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。

(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。

615、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？

ANS: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。

616、未遂犯與既遂犯如何區別？未遂犯之構成要件為何？

ANS:(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。

617、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？

ANS:(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)利用他人不具備成要件該當性之行為：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。

618、何謂幫助犯？其構成要件及其處罰規定如何？

ANS:(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，得接正犯之刑減輕之」。

619、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？

ANS:(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。

620、何謂保安處分？其與刑罰性質有何不同？

ANS:(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。

621、某甲係我國籍船員，因在國外運輸毒品海洛因，經美國法院判有

期徒刑十年確定，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四條第一項(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？

- ANS:(一)本案中，甲的犯罪地在美國，受美國主權所及，美國法院自得對甲的犯罪行為加以裁判從本國的行罰權觀點來看，非屬我國主權之行使，僅為一種事實狀態，而非具有確定力的裁判，因此本國法院自得再對其犯罪行為予以判決、處罰，依刑法第九條本文規定：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。」
- (二)然而因為在外國已經受刑罰的執行，若對同一犯罪刑罰，執行數次刑，未免過苛，因此本國法院得以已經外國刑罰執行的事實狀態，作為免除刑罰執行的依據。我國刑法第九條但書亦規定：「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。」
- (三)小結：我國法院得對甲運輸海洛因的行為加以判決、處刑，但得免其刑全部或一部之執行。

622、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。

ANS:依據我國實務及學說意見，正當防衛之要件可區分為二，客觀要件為包括防衛行為，即所謂現在不法侵害；主觀要件部分則為防衛意思。另縱符合上開要件，防衛行為必須符合適當性及必要性原則，換言之，所採取之防衛手段必須有助於防衛目的的達成，且在所有有效的防衛手段中，選擇侵害最輕微者，始足以主張正當防衛阻卻違法。以下就本題兩案例析述之：

- (一)1、甲將乙之犬擊斃，係屬損壞他人之物，且甲對此事實有所認識不意欲實現。故甲之行為已該當一般毀損罪之構成要件。
- 2、但在違法性之審查階段，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之侵害，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、因此，若乙之犬係受乙之命令而攻擊甲，此時已存在一現時不法之侵害，且甲有一回擊之防衛行為，在主觀上，甲係防衛自身之生命，身體法益，故可主張正當防衛，若乙之犬係自發性地攻擊甲，充其量僅係自然災害，因此客觀上不存在現實不法之侵害，亦即欠缺防衛情狀，故甲無法主張正當防衛，但仍有緊急避難可資適用。

(二)1、也持鐵條，把甲女打成重傷，乙亦對此事實有所認識並意欲實現。乙之行為係該當重傷罪構成要件。

- 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，存在現時不法之侵害，且甲有防衛行為，主觀上，甲也有防衛意思。依顯示，可知悉甲女係身材嬌小，而乙男卻體格壯碩，也就是說，乙男只須以一般防衛之手段即可阻止甲女，但乙男竟然以鐵條反擊，不符合正當防衛之必要性原則。故乙男之反擊行為過當。

- 3、故乙男雖可主張正當防衛，但過當之防衛無法阻卻違法，只能依刑法第二十三條但書減輕或免除其刑。

623、甲將因車禍受傷之乙送至丙所開設之外科醫院，但丙以設備不足為由拒絕收治，甲不得已再將乙送至某公立醫院，但乙卻因醫治遲誤而不治，試問丙是否成立犯罪。

ANS:(一)丙拒絕醫治的行為，可能成立刑法第二七一條第一項，殺人既遂罪

- 1 丙拒絕醫治受傷之乙，對於乙既以存在的生命危險，不為法律所期待丙醫生所為之救治行為，丙拒絕醫治係一不作為。但因丙醫院的設備不足，縱然收治乙，仍無法給予適當的治療以有效救助乙的生命，因此丙對乙的生命法益並無作為可能性，不會成立殺人罪的不作為犯。

- 2 小結：丙不成立殺人既遂罪。

(二)丙拒絕醫治的行為，可能成立刑法第二九四條第一項，有義

## 務之遺棄罪

- 1 遺棄罪以「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」為其客觀構成要件。本案中，丙為醫師，依照醫療法第六十條第一項規定：「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」換言之，丙負有依其人員及設備能力急救的義務，今丙拒絕收治的原因在於其醫院設備不足，無法對以採取有效的救助行為，若設備果真不足，則此時丙並無救助之義務，因此不該當有義務遺棄罪的構成要件。

- 2 小結：丙不成立遺棄罪。

(三)結論：丙因醫院設備不足而未收治丙，不成立犯罪。

624、甲誘使五歲幼童乙至丙宅行竊，惟乙卻誤闖丁宅，並將財物竊取到手交與甲。試問甲應負何刑責？

ANS: 甲使乙至丙宅行竊，可能成立刑法第三二〇條第一項，竊盜既遂罪

- (一)甲以無責任能力之乙為工具，且乙僅五歲，依刑法第十八條第一項規定：「未滿十四歲人之行為，不罰。」故乙之行為因欠缺責任能力而阻卻罪責，不成立犯罪，因此甲居於完全之支配地位，以下就甲是否成立竊盜罪之間接正犯檢討之。

- (二)竊盜罪以破壞他人對其動產之持有，建立自己之持有為其客觀構成要件。甲利用無責任之乙，欲以乙為犯罪工具，破壞丙對其動產持有建立自己之持有，為竊取之行為，但被利用的乙誤闖丁宅發生客體錯誤時，此時對幕後之利用者的責任有何影響，學說上有不同的看法：

- 1 甲說：將被利用人之錯誤，視為利用人之錯誤，換言之，當被利用人發生客體錯誤時，利用人亦以客體錯誤論之。
- 2 乙說：被利用人等同於機械之工具，亦即有如使用行為工具之失誤，現象上有如打擊錯誤，所以對於目的客體成立未遂，對於失誤之客體成立過失，二者依想像競合處理。

管見以為，就間接正犯之利用支配關係而言，由被利用人所擔任之工具，有如利用人所使用之機械性工具，故亦無辨認行為客體之必要。亦即，間接正犯中被利用之

工具的客體錯誤，其彰顯之現象有如打擊錯誤，故以乙說為妥。

(三)結論：甲對於目的客體，即丙之財物，依刑法三二〇條第二項竊盜未遂罪處理。對於失誤客體丁之財物，由於工具者僅五歲，所以甲對於其可能發生失誤的情形應有預見可能性，而具有過失，但刑法並無過失竊盜罪之規定，故不罰，甲僅成立一個竊盜未遂罪。

625、警員甲趕去某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。

ANS:(一)甲開槍射擊，可能成立刑法第二七一條第一項，殺人罪

- 1 甲對乙開槍，擊中乙的胸部，若無甲對乙開槍的行為，乙不會發生死亡結果，乙的死亡結果與甲的開槍行為有因果關係，而甲的開槍行為對他人的生命法益製造了法所不容許的風險，此一風險在乙的死亡結果中實現，乙的死亡結果可歸責給甲。甲客觀上該當於殺人罪的構成要件。
- 2 甲對上開事實有所認識，並決意行之，具備殺人之故意。
- 3 惟甲係因乙先掏槍對甲射擊，甲為開槍之行為時，其生命身體之安全係面臨來自於乙的不法侵害，故具備防衛情狀，甲亦是基於保護自己的生命身體安全，而開槍還擊，故有防衛之意思。甲所採取的開槍手段，有阻止乙繼續加害自己的作用，並為甲當下所得選擇對乙侵害最小之手段，故開槍行為符合正當防衛的適當性及必要性。故，甲得主張正當防衛阻卻違法。
- 4 小結：甲開槍擊中乙的行為，因正當防衛阻卻違法，不成立殺人罪。

(二)甲開槍射擊，可能成立刑法第二八四條第一項，過失重傷害罪

- 1、甲開槍擊中丙，丙受重傷，若無甲的開槍行為，則丙不會受重傷，丙的重傷結果與甲的開槍行為具有因果關係，且甲開槍的行為對他人之生命身體法益製造了法所不容許的風險，此一風險亦在丙的重傷結果中實現，因此丙的重傷結果可歸責給甲。甲客觀上該當重傷害罪的構成要件。
- 2、惟甲主觀上並未認識其所開槍的對象是路人丙，故甲對丙之重傷結果並未預見，故不具重傷害故意，但甲為警員受過專業的射擊訓練，應可知道開槍射擊的可能誤中

目標以外的人或物，且其開槍之地點在酒店門口，為一人來人往之地，但卻仍未預見，甲對丙的重傷結果有過失。

3、甲是為了避免自己的生命身體受到乙的攻擊，而採取開槍射擊的手段，但因丙非不法侵害之來源，因此不能對丙的傷害結果主張正當防衛，僅能認為係於自己遭受危難之時，為避免自己生命身體的緊急危難所採取之緊急避難行為。惟甲為了保護自己的生命身體法益，而侵害丙的重大身體法益，正不符合緊急避難心段的衡平性原則，因此不能依此阻卻違法，但依刑法第二十四條第一項但書，得減輕或免除其刑。

4、小結：甲成立過失重傷害罪，但得減輕或免除其刑。

(三)結論：甲成立過失重傷害罪，但得減輕或免除其刑。

626: 甲要殺乙，見乙床上被窩突起，以為乙正在睡覺，對著乙的被窩連開數槍，後來才發覺，事實上乙一早就已經起床外出，問甲的刑事責任如何？

ANS: 甲開槍的行為，可能成立刑法第二七一條第二項，殺人未遂罪

(一)甲出於殺乙的故意，對著被窩開槍，主客觀混合理論的標準來看，依甲對其犯罪過程的想像，已經著手實行殺乙的行為，且由客觀第三人的眼光來看，也會認為甲已經著手於殺人行為。惟因乙不在被窩中，因而未發生乙死亡之結果，為殺人之未遂。

(二)惟於本案的犯罪情狀，甲的行為是否可能成立不能未遂？答案應是否定的。所謂不能未遂是指，行為人所採取的手段，本質上就不可能導致犯罪構成要件結果被實現，而本案中，甲所採取的殺人手段為開槍，是一對他人生命身體有高度危險的殺人行為，只是因為發生偶然的因素，導致構成要件未被完全實現，因此並非不能未遂，而是普通未遂。

(三)甲無其他阻卻違法或阻卻罪責事由。

(四)結論：甲開槍的行為，成立殺人未遂罪。

627: 甲在機場外見A穿著打扮多為名牌貨，因此將自己的行李拉到A旁邊，隨後攔下計程車，趁A不注意，指示司機乙將其身旁的行李搬至後車廂，讓司機連同A的行李也一併投上車後離去。問

甲之刑事責任如何？

ANS: 甲指示司機將行李搬上車的行為，可能成立刑法第三二〇條第一項，竊盜既遂罪

(一) 竊盜罪以破壞他人對其動產之持有，建立自己之持有為其客觀構成要件。其中竊盜罪之構成要件，並未限定行為人的違犯方式，因此，甲利用不知情之乙，欲以乙為犯罪工具，破壞A對其行李箱之持有，並建立自己之持有，為以間接正犯方式所為整竊取行為，甲客觀上該當於竊盜罪之構成要件。

(二) 甲對上開事實有所認識並決意行之。

(三) 甲無其他阻卻違法或阻卻罪責事由，成立竊盜既遂罪。

628: 甲乙兩人爭吵，引發甲殺乙的欲念，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、丙之行為？

ANS: (一) 甲拿刀刺乙的行為，可能成立刑法第二七一條第一項，殺人罪

1、殺人罪以攻擊他人生命法益導致他人死亡為其客觀構成要件。

甲拿刀刺乙，為足以侵害乙生命法益之殺人行為，若無甲拿刀刺乙，則不會發生乙流血過多而死之結果，乙的死亡結果與甲的行為有因果關係，且甲拿刀刺乙即對乙的生命法益製造了法所不容許的風險，此一風險亦在嗣後乙的死亡結果中實現，故乙的死亡結果可歸責給甲。甲客觀上該當於殺人罪之構成要件

2、甲對上開事實有所認識並決意行之，有殺人故意。

3、甲無其他阻卻違法或阻卻罪責事由，成立殺人罪。

(二) 丙拿刀刺乙的行為，可能成立刑法第二七一條第一項，殺人罪

1 同前論述，丙拿刀刺乙的行造成了乙的死亡，且乙的死亡可歸責給丙。丙有殺人故意，違法且有責，成立殺人罪。

2 但有疑問的是，丙是否與甲成立共同正犯，或僅為幫助甲而成立幫助犯。雖然依題示，丙拿刀加入犯罪，是為了幫助居於下風的甲，但依照實務見解之「主客觀擇一標準」，丙既然客觀上實施了構成要件行為，即已超過幫助犯的不法內涵，應屬於共同正犯的行為，而甲於丙加入之時，對於與丙一起殺乙之事

實有所認識，丕有利用丙之行為共同遂行犯罪之意思，因此可認為有共同行為決意。

3 小結：丙成立殺人罪，且與甲成立共同正犯關係。

(三)結論：甲丙成立殺人罪之共同正犯。

629、甲因犯強盜罪經法院判決，宣告有期徒刑七年六個月，判決確定後，又犯擄人勒贖罪，由檢察官分別起訴後，分別宣告擄人勒贖罪十四年有期徒刑、贓物罪罰金三萬元確定，試問應如何定甲之應執行刑？

ANS:(一)依刑法第五十三條規定：「數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑。」其內涵為，數罪並非在同一審判程序或同一判決程序裁判者，若其本來就可能於同一審判程序中審理，適用第五十一條之規則者，則依本條，可依第五十一條之規定，定其應執行之刑，以達到實質上合併裁判之效果。但若數裁判的各罪，本來就不可能於同一審判程序中審理，則無適用第五十一條之可能。換言之，刑法第五十三條之適用，以數裁判宣告之數罪，均在裁判確定前違犯者為必要。

(二)本題所示之事實，擄人勒贖罪與贓物罪是在強盜罪裁判確定後所犯，三罪本來就不可能在同一程序中審理判決，因此並無五十三條之適用。兩判決所宣告之刑，應分別執行之。

630、某被告犯罪，判決確定後逃亡，由執行機關通緝，於獲案後，適又患重病必須就醫，經檢察官指揮於病癒前停止執行。在此種情形下，行刑權之時效應否停止進行？又應如何計算？

ANS:(一)時效停止：本案事實包含「逃亡經通緝」及「檢察官指揮停止執行」兩個部分。前者依刑法第八十五條第一項第二款規定，為行刑權時效停止之事由，後者依同條項第一款，及刑事訴訟法第四六七條規定，亦為行刑權時效停止之事由。故就這兩種情形，行刑權時效期間均應停止進行。

(二)行刑權時效之計算：本案中，因案件事實分為以下部分

1、自判決確定之日起算，至被告逃亡遭通緝之時：時效進行中。

2、被告被通緝之期間至遭緝獲時：就不超過行刑權時效期間四分之一的部份，時效停止進行，超過之部分，則時效繼續進行。

故，行刑權時效為：「判決之日起至遭通緝時」、「通緝期間超過行刑權時效其間四分之一的部分」、「被告被緝獲至停止執行時」及「被告患病停止執行超過行刑權時效其間四分之一的部分」等，四段期間的加總即為時效進行的期間，倘四段加總超過行刑權時效期間，即不得再予執行。

**631**、「連續犯」與「接續犯」應如何區別？試就司法實務之見解申述之。

**答**（一）連續犯與接續犯之定義：

1. 連續犯係指行為人基於之概括犯意，以連續數行為侵害數個法益，並且該當數同一罪名之犯罪型態。
2. 接續犯係指行為人基於單一犯意，反覆實施同性質之行為，各行為間具有時空上之密接性，並且侵害單一法益之犯罪型態。

（二）連續犯與接續犯之區別，分述如下：

1. 行為數不同：

（1）連續犯係為之刑法上之數行為，客觀上為獨立評價之數行為，因此如非基於刑法上連續犯之規定時，原本應成立數罪而依照刑法第五十條之數罪併罰處理之。目前新法已刪除刑法第五十六條連續犯之規定，因此如新法施行之後，即依照數罪併罰之規定而以數罪處理之。

（2）接續犯所實施之數行為，由於具有時空上之密接性，且僅侵害單一法益，雖客觀上有數接續之行為，但認定上屬於一個整體行為，因此刑法評價上僅為一行為之。

2. 侵害法益之情況不同：

（1）連續犯係以連續數行為侵害數個法益，其侵害之法益為複數，因此連續犯係以行為人之概括犯意連續數行為侵害數個法益之情況。

（2）接續犯僅為侵害單一法益之犯罪型態，其侵害之法益為單數，因此接續犯係以行為人之單一犯意而侵害一個法益之情況。

### 3. 行為人主觀要件上之不同：

(1) 連續犯行為人之主觀要件，係基於概括犯意而以連續數行為侵害數個法益，因此連續犯之主觀要件上必須基於連續與概括犯意。

(2) 接續犯行為人之主觀要件，僅基於單一之犯意而為之。

(三) 司法實務對於「連續犯」與「接續犯」之見解：

#### 1. 實務對於連續犯之見解：

(1) 實務上對連續犯之判定，主要在於行為人主觀上之概括犯意。(86年台上字第3295號判例)

(2) 連續犯係反覆實行數個性質相同之行為。(20年上字第88號判例)

(3) 連續侵害數個同性質之法益。

(4) 連續犯之其前後行為，在時間差距上可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，構成同一之罪名，始足當之。(86年台上字第3295號判例)

#### 2. 實務對於接續犯之見解：

(1) 接續犯乃基於單一之犯意而為。

(2) 接續犯之數行為於同時同地或密切接近之時地實施。(86年台上字第3295號判例)

(3) 侵害同一之法益。

(4) 接續犯各行為在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理。(86年台上字第3295號判例)

632、甲將因車禍受傷之乙送至丙所開設之外科醫院，但丙以設備不足為由拒絕醫治，甲不得已再將乙送至某公立醫院，但乙卻因醫治遲誤而不治，試問丙是否成立犯罪？

**答**(一)因丙拒絕醫治而使乙遲誤治療而死亡，關於丙是否成立犯罪，分述如下：

#### 1. 丙之拒絕醫治之行為，性質上屬於不作為：

關於丙之拒絕醫治行為，性質上應屬於不作為。按基於社會合理之期待，丙應為醫療之特定作為，且醫療法第60條第一項亦規定：醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之

急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。準此而言，丙具有治療之法定義務，故丙之拒絕治療行為構成刑法上之不作為。

## 2. 丙之不作為與乙死亡間因果關係之判定：

按關於不作為之因果關係，通說係採「假設之因果關係」，因此需進一步判定當時之具體情況，若丙之拒絕醫療行為與乙之死亡間具有強烈之關連性或具有幾近確定之可能性，此時即應認為該不作為與結果間具有因果關係。準此，由於丙對於客觀事實具有認知，且法律上負有救助之義務，而丙客觀上具有能救助而不救助之情形，兼以如得肯認丙之拒絕治療與乙之死亡間具有強烈關連之確定性，應認為丙拒絕治療之行為與乙之死亡結果間具有因果關係。

## 3. 丙基於法令規定，應對病患乙具有救助或治療義務：

(1) 丙基於醫師法與醫療法之規定，對於急救之病患具有救助與治療之義務，因此須予以救治或採取必要措施。

### (2) 保證人之地位之判定：

按丙雖具有救助或治療之義務，然而亦涉及保證人地位之判定，按由法益保護之觀點論之，關於保證人之地位區分為保護者之保證及監督者之保證，而本例中，由於並未締結醫療契約，因此基本上宜認為丙尚不具備保證人之地位或義務。

## 4. 丙僅涉及醫療法規上之行政責任：

按依照醫療法第102條之規定，關於違反第六十條第一項之情形，僅處以新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，並令限期改善，如屆期未改善者，則按次連續處罰。準此可知，丙之拒絕醫療行為，基本上僅構成醫療法規上之行政責任，因此原則上並不負有刑法上之責任。

5. 另外，如丙之拒絕救治之情況已符合刑法遺棄罪之規定，則丙亦可能構成刑法上之遺棄罪，併此述明之。

**633**、何謂「共犯之從屬性」？試就我國共犯之種類，說明現行刑法對共犯從屬性之規定。

**答** (一)共犯從屬性之定義與內涵：

1. 按所謂共犯係指教唆他人之犯罪或幫助他人犯罪之犯罪型態，因此共犯於行法理論上須依存於一個或多個主行為始足以成立犯罪。若並無犯罪之主行為存在，此時由於共犯之行為無所附麗，即無法成立共犯之。
2. 關於共犯處罰之依據，係基於共犯之犯罪特質與其可罰性之基礎乃從屬於正犯而存在，故學理上稱之為共犯從屬性理論。

(二)共犯從屬性之學說：

1. 嚴格從屬性說：

認為主行為須具備構成要件該當、違法與有責時，此時基於正犯之犯罪已成立時，共犯始亦成立之。而如依此說之見解，則涉及刑法上有責性之責任能力判斷與相關問題，蓋如被教唆或被幫助之人係無責任能力人時，則該教唆者或幫助者將不成立犯罪之。

2. 限制從屬性說：

認為主行為僅須是故意違犯而具違法性之行為即可，換言之，縱算被教唆或被幫助者並無責任能力，此時基於限制從屬性理論，認為不以正犯須具備罪責可罰性為斷，只要教唆者與幫助者之行為，促使該正犯實現構成要件該當性與違法性已足，因此教唆者與幫助者之行為仍可依法處罰之。

(三)我國刑法之規定：

1. 現行刑法之規定：

由現行刑法第二十九條第一項與第三項，以及第三十條之規定可知，我國刑法應兼採嚴格從屬性與限制從屬性說之立法。

**634**、何謂未遂教唆、教唆未遂？何謂連續教唆、教唆連續？

**答**(一)教唆未遂：

指「教唆人」教唆「被教唆人」後，「被教唆人」之實行犯罪已達著手階段，惟未達既遂，此時

犯罪型態屬於未遂犯，而教唆人因從屬於正犯（被教唆人）之未遂行為，因此成立教唆

未遂。例

如：甲教唆乙殺丙，乙雖殺丙，惟丙並未死亡，此時乙成立刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪，

而甲基於刑法第二十九條第二項之規定，成立殺人未遂之教唆犯。

(二)未遂教唆：

1. 未遂教唆之定義：

指「教唆人」教唆「被教唆人」後，「被教唆人」並未產生犯罪決意，或尚未著手實行。依照現

行刑法第二十九條第三項前段規定：被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。

2. 新修正刑法已將第二十九條第三項刪除，因此新法對於「失敗教唆」與「無效教唆」之情況，

如被教唆人並未產生犯罪決意，或雖生決意卻未實行者，教唆人即不成立教唆犯。

(新法乃採共犯從屬性說中之「限制從屬形式說」)

3. 按學理上關於未遂教唆之類型，復區分為：

1. 未至教唆：指教唆人雖已實施教唆行為，惟被教唆人並不知有教唆行為存在。

2. 失敗教唆：指教唆人雖已實施教唆行為，但被教唆人拒絕或並未接受教唆之。

3. 無效教唆：指教唆人實施教唆行為後，被教唆人雖同意為犯罪行為，惟被教唆人尚未為著手之實行。

→注意新法之規定→目前這些型態都已經不成立教唆犯。

(三)教唆連續：

按教唆人若以一個教唆行為，教唆他人連續實行數個行為而犯同一之罪名，此時即構成教唆連續犯。關於教唆連續犯之處罰，學理上與實務上之見解如下：

1. 依照想像競合之規定處理：

學理上認為此時應成立教唆之想像競合犯，即教唆人之一教唆行為，使被教唆人實現多數不法構成要件之，故教唆人應依照想像競合之規定處理之。

## 2. 認為僅成立一個教唆罪：

按實務上55年台上字2336號判例認為：刑法上之教唆犯，有連續教唆與教唆連續之分，教唆人如以連續犯意先後教唆行竊，固應成立連續犯，倘係一個教唆行為教唆連續竊盜，或被教唆人自動連續行竊，祇應成立一個教唆罪，不生連續問題。

### (四)連續教唆：

指教唆人基於連續之教唆故意，先後連續為數個教唆行為，以唆使他人犯同一罪名，此時符合刑法第五十六條連續犯之規定，因此成立教唆之連續犯。惟目前新法以廢除連續犯之規定，此時即應依照刑法第五十條數罪併罰之規定處理之，換言之，此時需依照教唆人之教唆行為與被教唆人之著手型態，分別判定其罪責之。

**635**、犯罪中之「把風」行為係屬「共同正犯」或「從犯（幫助犯）」？試說明之。

**答**(一)共同正犯與幫助犯之意義：

(1) 刑§28：二人以上共同實施犯罪之行為者，皆為正犯。

(2) 刑§30：幫助他人十型犯罪行為者，為幫助犯。雖他人不知幫助之情者，亦同。

(二) 把風行為之性質與判定標準：

1. 把風行為之性質：

(1) 甲說：認為把風行為如屬構成要件行為或構成要件以外行為之分擔，應成立共同正犯。

例如：24年上字第2868號判例認為：在場把風，固非實施強盜罪構成要件之行為，但其夥同行劫，如係為自己犯罪之意思而參與，則雖僅擔任把風而未實行劫取財物，仍應依共同正犯論科。

(2) 乙說：認為把風行為僅屬幫助犯之情況。

例如：21年上字第2022號判例認為：在外把風，而未分擔強暴、脅迫及劫取財物之行為，即不過於正犯之實施中，為其排除障礙，俾得容易實施，自係於實施犯罪行為之際，與以直接及重要之幫助，不能認為共同正犯。

2把風行為之判定標準：

(1) 以自己犯罪之意思並實行構成要件之行為者，為正犯。

(2) 以自己犯罪之意思，參與構成要件或構成要件以外之行為者，為共謀共同正犯。

(3) 以幫助之意思，幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。

636、何謂「不罰之後行為」？成立「不罰之後行為」須具備何種要件？試舉例以明之。

答(一)「不罰之後行為」之定義：

按所謂「不罰之後行為」，學理上亦稱為「與罰之後行為」，乃指行為人為犯罪行為後，復為另一相隨之後行為，惟基於法益侵害之同一性，後行為之法益侵害部分已由前行為所含括，因此後行為並不予以處罰。

(二)「不罰之後行為」成立要件：

1. 行為複數：行為人具有前後兩個行為。
2. 法益侵害之相同性：行為人所侵害之法益相同。
3. 行為客體相同。
4. 該後行為於刑法上亦受規範。（後行為成立他罪）

(三) 茲舉例說明之：

按「不罰之後行為」較常見之例子，例如甲竊取他人古董花瓶，甲已構成刑法第三二〇條之竊盜罪，之後甲發覺該花瓶為贗品，一氣之下乃將花瓶毀，關於甲之後行為部分，亦符合刑法三五四條毀損他人器物罪，惟基於對他人之物（包含所有權或監督支配關係）之法益侵害觀之，由於後之毀損行為已被前之竊盜行為所涵蓋，因此甲關於毀損罪之部分不另成立他罪之。

637、數罪併罰有廣義與狹義之分，試分別舉例說明其意義及處斷之方法。

答一、概念：數罪併罰→實質競合。

1. 狹義數罪併罰：刑法第五十條規定，裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。

2. 廣義數罪併罰：

- (1) §50 裁判確定前犯數罪者，併合處罰之
- (2) §55-想像競合犯或牽連犯（新法刪除）→回歸§50
- (3) §56 連續犯（新法刪除）→回歸§50

## 二、刑法處斷之方法：

### 1. 定數罪併罰之方法，依刑法第五十一條之規定：

- (1) 如宣告多數死刑者，僅執行其一。
- (2) 宣告之最重刑為死刑者，不執行他刑。但從刑不在此限。
- (3) 宣告多數無期徒刑者，執行其一。
- (4) 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。
- (5) 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。但不得逾二十年。
- (6) 宣告多數拘役者，比照前款定其刑期。但不得逾四個月。
- (7) 宣告多數罰金者，於各刑中之最多額以上，各刑合併之金額以下定其金額。
- (8) 宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之。
- (9) 宣告多數沒收者，併執行之。
- (10) 依第五款至第九款所定之刑，併執行之。

### 2. 裁判確定後餘罪之處理：依刑法第五十二條之規定：數罪併罰，於裁判確定後，發覺未經裁判之餘罪者，就餘罪處斷

### 3. 執行刑之判定：依刑法第五十三條之規定：數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑

### 4. 各罪中有受赦免時餘罪之執行：依刑法第五十四條之規定：數罪併罰，已經處斷，如各罪中有受赦免者，餘罪仍依第五十一條之規定，定其應執行之刑，僅餘一罪者，依其宣告之刑執行。

**638**、何謂累犯？新通過之刑法有何規定？請依刑法之基本原則評析之。

## 答（一）累犯之定義：

### 1. 累犯之定義：

按累犯係指受徒刑之執行完畢或一部之執行而赦免後，行為人復於釋放後一定期間內，故意再犯犯罪者，因此刑法第四十七條第一項規定：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。

## 2. 擬制累犯之定義：

按新修正刑法除規定累犯外，復於第四十七條二項新增擬制累犯之規定，認為如符合刑法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，以累犯論之。

### (二) 新修正刑法於累犯章之重要修正：

#### 1. 累犯之適用明文規定限於「故意犯」：

依照新修正刑法第四十七條第一項觀之，新法乃增列行為人「故意再犯有期徒刑以上之罪者」之用語，因此係以行為人故意再犯之情形為限，始成立累犯之。

#### 2. 增訂「擬制累犯」之規定：

按就刑法第四十七條新增列之第二項以觀，其規定因強制工作而免其刑之執行者，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論，關於此項擬制累犯規定之增訂，其要件限縮於因強制工作處分而免其刑之執行者，亦即行為人先受刑法第九十條之強制工作宣告後，由於該處分之期間原則上為三年，或係執行滿一年六月後，認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行，因此考量其處分性質與期間之長短，基本上宜認為已具有替代刑罰與符合矯治之目的，惟強制工作處分由於涉及行為人有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪之情況，因此新修正刑法第四十七條第二項是以增列擬制累犯之規定，然而若考量累犯加重之刑事政策理由觀之，本條項之規定並不符合基於犯罪行為人之惡性而為重罰之目的。

#### 3. 依軍法受裁判者，仍適用累犯規定(第四十九條)。

#### 4. 未增列「特別累犯」與「三犯之加重處罰」之規定。

### (三) 新修正刑法於累犯章之評述：

按刑法係採「行為刑法與責任刑法之原則」，因此就刑罰之目的以觀，並非僅著重於應報理論之思想，而係在於「刑法預防理論」與「行為人矯治」以及「再社會化」之目的，而雖然累犯制度有其於刑事政策與防衛社會之目的，然而就行為刑法與責任刑法之

罪責角度而言，行為人之可歸責性與罪責，須本於行為人之行為而判定之，故累犯制度之加重規定，係以行為人受徒刑之執行等為基礎，事實上並非就行為人之犯罪行為為評價，因此就行為刑法與責任刑法，乃至罪刑均衡之原則以觀，均有所違背，誠然累犯之制度有其防衛社會之目的，然而若過度採用累犯之制度，除涉及違反行為刑法與責任刑法之原則外，亦不符合行為人矯治與再社會化之目的，因此就保障人權之意旨以觀，似宜適度限縮累犯規定之適用之。

**639**、刑法第四十七條之「累犯」，其成立要件為何？其法律效果為何？試判斷下列事例中，是否得成立累犯：

(一) 某甲因犯竊盜罪而遭宣告緩刑，在緩刑期間，甲又犯傷害罪。

(二) 某甲因犯竊盜罪而被判刑，在服刑途中，甲越獄潛逃，在逃亡期間，再犯竊盜罪。

**答**1. 累犯之要件：按關於累犯之要件，基本上並不包含擬制累犯之情況，因此累犯之要件為：

(1) 犯罪行為人曾受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免。

(2) 犯罪行為人須基於故意而再度犯罪。

(3) 犯罪行為人再犯有期徒刑以上之罪。

(4) 犯罪行為人於刑之執行完畢或赦免後五年以內再犯之。

(5) 犯罪行為人之所犯前罪非在外國法院受裁判。

因此由上述之要件可知，如犯罪行為人曾受徒刑之執行或一部之執行而赦免後，如行為人基於故意而於五年內再犯有期徒刑以上之罪，基本上即符合刑法第四十七條第一項累犯之規定。而關於

五年期間之計算，則應由行為人受刑之執行完畢或赦免之翌日起算之，並且宜注意行為人之前罪須非於外國法院受裁判之情況，始有累犯規定之適用之。

2. 累犯之法律效果：

依刑法第四十七條第一項之規定，關於累犯之法律效果，乃係加重其本刑至二分之一。按累犯之法律效果，性質上屬強制加重量刑之規定，因此法官於量刑時，須審酌行為人

再犯之罪之法定刑度，並得加重其本刑至二分之一，因此實務47年台上字第1004號判例見解認為：刑法第四十七條所謂加重本刑至二分之一，祇為最高度之規定，並無最低度之限制，法院於本刑二分之一以下範圍內，如何加重，本有自由裁量之權。

(一) 某甲因犯竊盜罪而遭宣告緩刑，在緩刑期間，甲又犯傷害罪：

本題題示中，由於某甲犯竊盜罪後受有緩刑宣告，因此涉及在緩刑期間，甲又犯傷害罪之情形。按緩刑期間行為人復犯刑法第二七七條第一項之普通傷害罪之情形，就累犯之要件以觀，首先並不符合犯罪行為人曾受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免之要件，因此緩刑期間如行為人復犯他罪，係涉及刑法第七十五條撤銷緩刑宣告之問題，故緩刑期內因故意犯他罪，而在緩刑期內受不得易科罰金之有期徒刑以上刑之宣告確定者，應撤銷其緩刑宣告之。然而由於刑法第二七七條第一項之普通傷害罪屬於告訴乃論，因此若被害人並未提出告訴或自訴時，基本上某甲並不涉國家刑罰權之追訴，併此述明之。

(二) 某甲因犯竊盜罪而被判刑，在服刑途中，甲越獄潛逃，在逃亡期間，再犯竊盜罪：

本題題示中，由於某甲因犯竊盜罪而被判刑，並於服刑途中甲越獄潛逃，因此係甲於逃亡期間再犯竊盜罪之情形。按依題示甲雖已受有期徒刑一部之執行，然而就累犯之要件以觀，仍不符犯罪行為人曾受徒刑之執行完畢或一部之執行而赦免之要件，準此而言，本題之甲亦無刑法第四十七條第一項累犯規定之適用。

**640**、何謂「特別累犯」？其法律效果為何？其制度目的？請試就刑法總則修正草案中之內容加以說明並評論其得失。

**答** (一) 特別累犯之定義：

(1) 所謂特別累犯，依照刑法修正草案之第四十七條第一項後段規定，係指「如所犯為最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，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，加重本刑二分之一」者。

(2) 修正草案之第四十七條第二項復規定：「曾依前項後段規定加重其刑，受徒刑之執行完畢或一部之執行而赦免後，故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者，加重

本刑一倍。」

因此特別累犯之制度，係將重大刑案定為最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪，並明定此類累犯「加重本刑二分之一」。而特別累犯如在執行完畢或一部之執行而赦免後，復第三度故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者，則再「加重本刑一倍」之。

## （二）特別累犯制度之目的

按刑法修正草案立法理由中認為：刑法雖設有累犯加重之規定，但由於法條僅規定加重之最高限制，以致效果不彰。另外，就犯罪學之研究而認為，重大刑案犯罪者，易有累犯之傾向與矯正不易之情況，且一般累犯之加重規定，對重大刑案犯罪者並無顯著之嚇阻作用，因此「基於防衛社會之需求」，爰酌採美國法例「三振法案」之精神，並參酌刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款之規定，制定「特別累犯」之加重制度，以重大刑案最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪為基準，而將累犯分類分級加重其刑。

## （三）特別累犯之法律效果：（「加重本刑二分之一」與「加重本刑一倍」）

按所謂「加重本刑二分之一」者，指「對此類累犯一律加重本刑二分之一」之意義，因此有別於「加重本刑至二分之一」之規定，按加重本刑至二分之一者，僅規定其加重之最高限制，並無規定其加重之最低限度，因此法官得視個案具體情況加重，而實務上亦常具有不同個案間加重與否或加重比例不一之情況。而特別累犯所採之「加重本刑二分之一」，則法官並無裁量之餘地。

因此就刑法草案第四十七條結構而言，第一項前段為「一般累犯」之規定，因此法官仍得視個案之具體情況，「加重本刑至二分之一」。而如所犯為第一項後段與第二項之特別累犯情況，則應適用第一項後段與第二項之規定，一律加重本刑二分之一或加重本刑一倍。

## （四）新法並未增列特別累犯與三犯加重處罰之規定：

依照司法院之提案，原於草案第四十七條第一項後段與第四十七條第二項增訂「特別累犯」與「三

犯之加重處罰」之規定，依照草案之說明，其係基於刑法社會防衛之目的參酌美國「三振法案」

之立法例而為增訂，惟本次修正並未通過，因此新法並無「特別累犯之加重規定」。

（補充說明：關於草案中特別累犯與三犯之加重處罰之規定，立法審查中審查會對於本草案並未詳述理由，僅直接未予採用。就刑法理論而言，應是基於罪責原則與刑事政策之理由。另外，就草案中立委之提案而言，均係建議刪除第四十七條累犯之規定。）

#### （五）對特別累犯制度之評析：

按刑法修正草案中所採之特別累犯制度，雖係基於刑法社會防衛之目的，然而就行為刑法與責任刑法之原則以觀，特別累犯係違反罪責原則而課予行為人重刑之制度，且就刑法之目的而言，並非僅在應報之刑罰理論，而係應具有矯治與預防之機能，並應促使行為人再社會化之目的，因此若只係一味的採取嚴苛的重刑監禁制度，除違反憲法上之人權保障，亦涉及刑事政策上司法資源與社會資源過度勞費之情況，準此而言，基於法治國家人權保障之觀點，考量行為刑法、責任刑法與罪刑均衡原則，以及刑法之矯治性、預防性與教育性之目的，立法政策上宜認為應就累犯制度再為檢討與修正，以期符合刑法之目的與保障人權之意旨之。

### 641、何謂自首？如何自首？與自白是否相同？

#### 答（一）自首之定義與內容：

1. 自首之定義：刑法第六十二條規定：對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑。所謂自首，係指犯罪行為人於其犯罪事實未經偵查機關（或稱刑事追訴機關）發覺之前，主動向偵查機關陳述其犯罪事實，稱之為自首。因此除了行為人須陳述其犯罪事實外，最主要係須於犯罪被發覺前而主動向偵查機關陳述之。

#### 2. 自首之要件：

（1）犯罪行為人陳述所犯之犯罪事實。

（2）偵查機關未發覺該犯罪事實。

（→其他人發覺亦可，只要偵查機關發現犯罪事實前，即可視為自首。）

（3）犯罪行為人主動向偵查機關陳述。

→須向偵查機關為之，若係向一般人或親友為之，並不生自首之效力。而所謂偵查機關，乃指檢察官、檢察事務官、司法警察官與司法警察。

致於陳述之方式，只要犯人之意思表示達到偵查機關即可，原則上採取較廣義之認定，但基本上以言詞或書面為主，但一般而言，多於偵查機關為當面陳述之。

(4) 行為人自首後必須接受裁判，而非拒不到案或逃逸無蹤。

→區別：寄信去示威，那不是自首。

## (二) 自白之定義與內容：

自白係指犯罪行為人於偵查或審判中，主動陳述犯罪事實，稱之為自白。因此其發生時點係在犯罪被發現之後，且犯罪行為人已被訴追或係已進入審判之程序。一般而言，自白為犯罪行為人自己之陳述，至於實務上例如多數犯罪行為人型態之共同犯罪行為人，涉及其彼此自白之部分，亦有稱：「共犯之自白」(多屬共同正犯之型態，但亦含括教唆犯與幫助犯)，但此類「共犯之自白」，學理上認為除犯罪行為人對其自己產生自白之效力外，對他犯罪行為人僅屬於「證人之證言」之情況。

## (三) 自首與自白之區別：

### 1. 犯罪事實是否已被發覺不同：

按自首係於「偵查機關發覺前」為之；而自白則係在犯罪被發現之後。

### 2. 時點不同：

自首係於「偵查機關發覺前」；自白係在犯罪被發現後之偵查或審判中。因此自首係尚未至偵查階段之時點，而自白至少須至偵查階段方為之，故二者時間點不同。

### 3. 減輕其刑之情況不同：

按刑法第六十二條原規定對於未發覺之罪自首而受裁判者，減輕其刑。故實務上均採取「必減主義」，然而新修正刑法則改採「得減主義」。其立法理由係認為，應由法官於裁判時視具體情況決定減輕其刑與否，除對於真誠悔悟者除可使其有減刑其刑而自新之機會外，亦對於狡黠之徒得基於公平之原則免其濫用自首減刑之制度之。

至於自白之部分，刑法上並無特別減輕其刑之規定，因此係以刑法第五十七條之各款為採酌與量刑之標準，而犯罪行為人自白之部分，即涉及第五十七條第十款所定之犯罪後態度之情況，然而由於此款僅屬於法官量刑之標準，因此法官仍係基於犯罪行為人所犯罪行整體而依照刑法第五十七條各款量刑之。

642、緩刑與假釋制度之目的各為何？緩刑期滿緩刑之宣告未撤銷，及假釋期滿未撤銷假釋者，各有何法律效果？

答（一）緩刑與假釋制度之定義

1. 緩刑之定義與要件：

（1）緩刑之定義：

所謂緩刑，指對於初犯輕微之犯罪者，暫緩其宣告刑之執行，而如緩刑期滿，緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。因此若犯罪行為人於法院宣告緩刑後，並於緩刑期間內不再犯罪，則其刑之宣告即失其效力。

另外，就制度上而言，緩刑制度包含暫緩刑之宣告主義與暫緩宣告刑之執行主義，而我國刑法係採暫緩宣告刑執行主義，併此述明之。

（2）緩刑之要件：

依照刑法第七十四條第一項規定，關於緩刑之要件為：

A. 受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告。

B. 具有下列兩種情形：

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。

C. 認以暫不執行為適當者。

D. 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。

2. 假釋之定義與要件：

### (1) 假釋之定義：

所謂假釋，指對於受徒刑之執行達一定期間之受刑人，基於客觀事實與要件之判定後，認為該受刑人已改過遷善，因此暫予釋放之，關於此種暫予釋放之制度，即稱之為假釋。因此若該受刑人假釋後，並於假釋期間內不再犯罪，且未經撤銷假釋者，則其未執行之刑，以已執行論之。

### (2) 假釋之要件：

依照刑法第七十七條第一項規定，假釋之要件為：

A. 受徒刑之執行而有悛悔實據。

B. 符合一定期間經過：無期徒刑須逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二。

C. 採許可假釋制度：即由受刑人之監獄報請法務部後，經其許可後方得假釋出獄之。

D. 無下列事由：（限制之要件）（刑法第七十七條第二項）

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。

### (二) 緩刑與假釋制度之目的

#### 1. 緩刑制度之目的

按緩刑制度之主要目的在於獎勵犯罪行為人之悔過自新，並避免短期自由刑之弊，以免犯人於監獄內服刑後，產生不良之影響而悖於再社會化之情況。因此宣告緩刑，應就犯罪行為人有無再犯之虞與其自新之客觀狀況而加以審酌之。

#### 2. 假釋制度之目的

關於假釋制度之目的，除具有避免長期自由刑之弊端外，基本上亦同於緩刑制度，即考量受刑人悔過自新之情況，並促使其早日再社會化，因此予以假釋之機會，進而早日回

歸一般社會之生活之。

### (三) 緩刑與假釋期滿未撤銷時之法律效果

#### 1. 緩刑期滿而未撤銷緩刑宣告之法律效果

刑法第七十六條規定：緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。但依第七十五條第二項、第七十五條之一第二項撤銷緩刑宣告者，不在此限。因此原則上如緩刑期滿未經撤銷緩刑者，其刑之宣告即失其效力，即與未曾受徒刑之宣告者相同。

**643**、何謂緩刑？何謂褫奪公權？甲公務員犯A、B兩罪，經同一訴訟程序加以審判，法官對A、B兩罪分別宣告有期徒刑六個月及一年六個月，並分別宣告褫奪公權二年與三年，並諭知緩刑兩年，問甲是否應入獄服刑，其公務員身分是否受影響？

**答**（一）緩刑之定義與要件：

#### 1. 緩刑之定義與要件：

##### （1）緩刑之定義：

所謂緩刑，指對於初犯輕微之犯罪者，暫緩其宣告刑之執行，而如緩刑期滿，緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。因此若犯罪行為人於法院宣告緩刑後，並於緩刑期間內不再犯罪，則其刑之宣告即失其效力。

另外，就制度上而言，緩刑制度包含暫緩刑之宣告主義與暫緩宣告刑之執行主義，而我國刑法係採暫緩宣告刑執行主義，併此述明之。

##### （2）緩刑之要件：

依照刑法第七十四條第一項規定，關於緩刑之要件為：

A. 受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告。

B. 具有下列兩種情形：

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。

C. 認以暫不執行為適當者。

D. 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。

## （二）褫奪公權之定義與內容：

所謂褫奪公權，乃指剝奪受判決人擔任公務員或為公職候選人之資格，其性質上屬於從刑，而刑法第三十六條即規定，褫奪公權者，褫奪為公務員之資格與為公職候選人之資格。另外，刑法修正前，第三十六條第三款亦包含剝奪行使選舉、罷免、創制、複決等公民權之刑罰手段，惟目前已無本款之限制之。

## （三）本題中由於甲受有緩刑宣告，因此並不用入監服刑，其公務員身分亦不受影響：

1. 依照刑法第五十一條第五款與第八款規定，定其應執行之情況：

題示中，法院係就主刑之自由刑與從刑之褫奪公權兩部分定執行刑之。就刑法第五十一條第五款與第八款規定觀之，其中關於自由刑之部分，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。而宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之。因此本題中，甲褫奪公權之執行刑應為三年，而有期徒刑之部分，則由法院就A、B兩罪之一年六個月以上，兩年以下之期間而定執行刑之。

2. 甲受有緩刑宣告，因此不需入監服刑，亦不影響其公務員身分：

按由於甲受有緩刑宣告，此時基於緩刑諭知之效力，甲可暫緩刑之執行，且依據刑法第七十條之規定，若甲於緩刑期間過後，其緩刑之宣告未經撤銷者，刑之宣告即失其效力，因此原則上甲並不須入監服刑。而關於緩刑宣告對於褫奪公權之效力，釋字第56號認為：公務員被判褫奪公權時，如其主刑經宣告緩刑者，在緩刑期內，除別有他項消極資格之限制外，非不得充任公務員。

準此而言，甲受有緩刑宣告，於緩刑期間內，原則上仍得充任公務員，因此甲不需入監服刑，亦不影響其公務員身分之。

644、我國刑法中所規定之主刑、從刑，各有那些種類？

## 答（一）主刑之定義與種類：

### 1. 主刑之定義

按所謂主刑，亦稱為「單獨刑」或「本刑」，其意義係指得獨立宣告之刑罰。

### 2. 主刑之種類：

依刑法第三十三條規定，主刑之種類如下：

- （1）死刑：指剝奪受刑人生命之刑罰，亦稱為「生命刑」。
- （2）無期徒刑：指將受刑人拘禁於監獄終身之刑罰。
- （3）有期徒刑：指一定期限內拘禁受刑人於監獄之中，其期間為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：指將受刑人暫時拘禁於監獄，其期間為一日以上，六十日未滿。但遇有加重時，得加至一百二十日。其性質上仍屬於自由刑之一種。
- （5）罰金：性質上屬於財產刑，即令受犯罪宣告之人須繳納一定數額之金錢。而目前刑法係以新臺幣一千元以上，並且以百元為計算單位之。

## （二）從刑之定義與種類

### 1. 從刑之定義

按所謂從刑，亦稱為「附加刑」，其意義係指附隨於主刑而宣告之刑罰。

### 2. 從刑之種類

依刑法第三十四條規定，從刑之種類如下

- （1）褫奪公權：指基於國家刑罰權而剝奪犯罪者於公法上為公務員之資格與公職候選人之資格之刑罰手段。

（→新修正刑法第三十六條僅剩二款：為公務員之資格與公職候選人之資格。）

- （2）沒收：指基於國家刑罰權而沒收與犯罪有關之物品之處分。

依刑法第三十八條之規定，得沒收之物為：一、違禁物。二、供犯罪所用或犯罪預備之物。三、因犯罪所生或所得之物。而違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之。至於供犯罪所用或犯罪預備之物與因犯罪所生或所得之物，則以屬於犯罪行為人為限，

得沒收之。但如另有特別規定者，仍依其規定之。

(3) 追徵、追繳或抵償：按新修正刑法第三十四條增列第三款之規定，其立法理由認為，價額之追繳、追徵或抵償之規定為現今刑事法制所承認之從刑，且德國及日本立法例亦設有相類之規定，因此宜於刑法總則中明定之。

645、何謂保安處分，目的為何？試依該制度之目的，將我國刑法所規定之七種保安處分加以分類。

答 (1) 保安處分之定義

所謂保安處分，係指國家以防衛社會為目的，基於公權力之作用，對於特定行為人，依刑法或刑事特別法之規定所為之處分。而就保安處分之實質內涵以觀，包含「拘束人身自由之保安處分」與「非拘束人身自由之保安處分」，前者由於具有自由刑之性質，因此應有罪刑法定主義與不溯及既往原則之適用。

(2) 保安處分之立法理由與目的

1. 刑事政策上之理由：基於「社會防衛與社會安全」之觀點：

刑法除規定主刑與從刑之外，復規定保安處分，其目的乃基於刑事政策上之理由，按刑法雖以刑罰之方式為主要之手段，然而就各國之刑法立法例與刑事政策而言，多採「刑法之法律效果之雙軌理論」或「刑罰與保安處分之二元主義」，亦即除了刑罰之外，另設有保安處分之制度。而學理上認為，保安處分乃係基於「社會防衛與社會安全」之觀點，強調犯罪之發生係涉及行為人之危險性，因此於法律效果之制度上，除刑罰之方式外，尚須有針對行為人個人之危險性與基於預防目的之制度設立，亦即涉及對於行為人或特定人之反社會性格實行矯治與教育之機能之。

2. 考量罪責原則與罪責之均衡，進而不以刑罰做為制裁手段：

因此，關於保安處分之目的，乃指不以刑罰之手段，而基於犯罪預防與防衛社會之觀點，考量罪責原則與罪責之均衡，進而不以刑罰做為制裁手段，而改採原則上不具有刑罰性質之保安處分制度，以期落實刑法之功能與效用之。因此保安處分最主要之目的即在於防衛社會安全與預防犯罪或犯罪之危險，因此保安處分性質原則上並非刑罰，而係

類似於行政罰之概念，然而就保安處分之實質內涵以觀，事實上保安處分如涉及拘束人身自由之情況，其性質亦類似於自由刑，因此仍宜以保安處分之實質內涵予之判定較為允妥之。

(3) 學理上可區分為以教育為目的與社會防衛為目的之保安處分：

另外，就德國法制與學理上而言，德國刑法將其保安處分制度依目的而分為二種，一種係是以矯治與教育為目的之保安處分，另一種則係以社會防衛為目的之保安處分。而我國刑法雖無此兩種區分類型，然而基本上仍具有此兩種分類之目的，即具有矯治教育與防衛社會之目的之。

我國保安處分依照德國法例之分類：

(1) 偏向教育性質之保安處分：包括感化教育、禁戒處分、監護、保護管束與強制治療。

(2) 社會防衛性質之保安處分：包括強制工作與驅逐出境。

646、何謂保安處分，其類型有幾？

答(1) 所謂保安處分，係指國家以防衛社會為目的，基於公權力之作用，對於特定行為人，依刑法或刑事特別法之規定所為之處分。而就保安處分之實質內涵以觀，包含「拘束人身自由之保安處分」與「非拘束人身自由之保安處分」，前者由於具有自由刑之性質，因此應有罪刑法定主義與不溯及既往原則之適用。

(2) 保安處分之種類

我國刑法關於保安處分之種類，共以下幾種：

1感化教育處分：（刑法第八十六條）。

2監護處分：（刑法第八十七條）。

3禁戒處分：分成施用毒品成癮者與酗酒者之禁戒處分（刑法第八十八條、第八十九條）。

4強制工作處分：（刑法第九十條）。

5強制治療處分：（刑法第九十一條）。

6保護管束：（刑法第九十二條、第九十三條）。

7驅逐出境：（刑法第九十五條）。

647、何謂保安處分？保安處分之性質如何？有何特點？

答（1）所謂保安處分，係指國家以防衛社會為目的，基於公權力之作用，對於特定行為人，依刑法或刑事特別法之規定所為之處分。而就保安處分之實質內涵以觀，包含「拘束人身自由之保安處分」與「非拘束人身自由之保安處分」，前者由於具有自由刑之性質，因此應有罪刑法定主義與不溯及既往原則之適用。

### （2）保安處分之性質

關於保安處分之性質，學理上有一元論與二元論之細部爭議，前者認為保安處分與刑罰性質上相同，均具有懲罰性與基於社會倫理之可非難性而為處罰，後者則認為二者性質上並不相同，並且各有不同之目的與內涵。目前通說與各國立法例多採二元論，認為是保安處分乃基於防衛社會與預防犯罪之目的而設置之刑事措施，因此具有代替或補充刑罰之功能。而如就各國之刑法立法例與刑事政策以觀，目前制度上多採「刑法之法律效果之雙軌理論」或「刑罰與保安處分之二元主義」，因此保安處分於性質上與刑罰並不相同之。由上述可知，保安處分乃現行刑法制度中，除刑罰以外，畀予另一種法律效果之制度，蓋刑法原則上係以刑罰為主要手段而制裁犯罪行為人，而保安處分則係針對特定人或行為人之社會危險性而施以社會防衛或基於社會安全之保安措施，因此二者之性質有別，然而若以併行之角度觀之，刑罰與保安處分二者仍得併行之，蓋除了其性質與目的不同之外，但是於落實刑法上之矯治、犯罪預防之目的與防衛社會安全之情況則係相同之。

### （3）保安處分之特點（保安處分與刑罰之不同點）

關於保安處分之特點，茲述如下：

1. 保安處分與刑罰之性質不同
2. 保安處分與刑罰之目的不同
3. 保安處分具有刑罰之代替或補充性：

按刑罰著重於刑之處罰，因此對於偶發性犯罪或不具有刑罰適應能力之人而言，刑罰並

無法具有妥善之規範功能，且如涉及短期自由刑之宣告，亦對於輕微犯罪之犯罪行為人之再社會化不易，因此考量刑罰制度功能上之限制與短期自由刑之弊，乃設置保安處分用以代替或補充刑罰之。

#### 4. 保安處分期間較具彈性與不確定性：

基於罪刑法定主義，刑罰之宣告須本於刑法之規定而由法官量刑酌定之，而保安處分由於涉及其目的之社會防衛性與維護治安之機能，因此其處分之期間較為彈性，然而亦相對上具有較高之不確定性，按雖然目前關於保安處分多設有一定之期間，然而例如強制治療處分，刑法第九十一條第二項即規定：前項處分於刑之執行前為之，其期間至治癒時為止。因此係以其客觀上至治癒為止為期間之。

#### 5. 保安處分具有緩和刑罰之痛苦性與監禁制度之特性：

按保安處分雖難於社會防衛之目的外，另涉及矯治與教育之目的，準此而言，例如感化教育處分與禁戒處分，即涉及矯治與教育之機能，因此並不同於刑罰之痛苦性與原則上以監禁作為手段之情況。

#### 6. 保安處分具有救濟短期自由刑弊端與促進行為人再社會化之情況不同：

關於保安處分，如由刑罰之自由刑角度觀之，雖然保安處分亦具有拘束人身自由之類型，然而若以非拘束人身自由之保安處分以觀，其具有救濟短期自由刑之弊端與促進行為人再社會化之功效

，因此相較於刑罰，對於行為人之社會生活而言，較具有緩和性與適當性之。

### 648、請問何謂追訴權時效？何謂行刑權時效？

#### 答（1）追訴權時效之定義：

按所謂追訴權時效，又稱為「起訴權時效或刑罰請求時效」，係指犯罪發生後，基於法律之規定，因一定期間之經過後，由於並無公訴或自訴之提起，因此使刑罰之追訴權歸於消滅之。

#### （2）行刑權時效之定義：

按所謂行刑權時效，又稱為「行刑時效或刑罰執行權時效」，乃指犯罪行為人於科刑之裁判確定後，客觀上不執行其刑，並經由一定之法定期間經過後，依法律之規定而使國家喪失對犯罪行為人或受刑人之刑罰執行權，因此如行刑權時效因不行使而消滅，則國家並不能再對該犯罪行為人或受刑人執行刑罰之。

649、請問追訴權時效之停止與行刑權時效之停止，我國刑法有何規定？

答（一）追訴權時效之停止

1. 追訴權時效停止之定義：

刑法第八十三條第一項規定：追訴權之時效，因起訴而停止進行。依法應停止偵查或因犯罪行為人逃匿而通緝者，亦同。因此原則上追訴權之時效係因起訴而停止其進行，而如具有依法應停止偵查或因犯罪行為人逃匿而通緝之情況時，關於追訴權之時效亦停止進行之。

2. 追訴權時效停止原因之消滅事由：

刑法第八十三條第二項規定：前項時效之停止進行，有下列情形之一者，其停止原因視為消滅：

一、諭知公訴不受理判決確定，或因程序上理由終結自訴確定者。

二、審判程序依法律之規定或因被告逃匿而通緝，不能開始或繼續，而其期間已達第八十條第一

項各款所定期間四分之一者。

三、依第一項後段規定停止偵查或通緝，而其期間已達第八十條第一項各款所定期間四分之一者。

另外，就刑法第八十三條第三項之規定可知：如涉及追訴權之時效係因起訴、依法應停止偵查或因犯罪行為人逃匿而通緝而停止時，自其停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算之。

（二）行刑權時效之停止

1. 行刑權時效停止之定義與事由：

刑法第八十五條第一項規定：行刑權之時效，因刑之執行而停止進行。因此關於行刑權之時效，原則上係因刑之執行而停止進行。另外，同條項亦規定，如具有不能開始或繼續執行之情況時，亦屬於行刑權時效之停止，其原因為：

- 一、依法應停止執行者。
- 二、因受刑人逃匿而通緝或執行期間脫逃未能繼續執行者。
- 三、受刑人依法另受拘束自由者。

## 2. 行刑權時效停止原因之消滅事由：

刑法第八十五條第二項規定：停止原因繼續存在之期間，如達於第八十四條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因視為消滅。

至於其計算之方式，依刑法第八十五條第三項之規定，如涉及因刑之執行、依法應停止執行、受刑人被通緝與依法另受拘束自由等原因而停止進行之時效，應自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算之。

## 650、刑法上之從刑，有無行刑權時效完成之問題？

**答**按依照刑法第三十四條之規定，從刑係指褫奪公權、沒收與追徵、追繳或抵償。而從刑之制度係配合主刑而為設置，因此從刑之行刑權時效應依主刑而決定之。

目前刑法第八十四條之行刑權時效之規定，就其內容觀之，除主刑之行刑權時效外，關於從刑之部分，僅涉及專科沒收之行刑權時效規定。然而就刑法理論上而言，從刑性質上係附屬於主刑，因此行刑權時效亦應有所適用，方屬的論，準此而言，關於從刑之行刑權時效，應依主刑之行刑權時效而定之，因此若主刑之行刑權時效已然消滅，則此時宜認為從刑之行刑權時效亦應隨之而消滅之。另外，如涉及刑罰已開始執行時，由於行刑權已然落實，故此時即無行刑權時效消滅之問題。因此由上述可知，刑法上之從刑，其行刑權時效應以主刑為判定之，若主刑之行刑權時效已然完成，此時從刑之行刑權時效亦屬完成，或係由於從刑無所附麗而消滅之。

按罰金或專科沒收執行之時效為三年，刑法第八十四條第一項第五款定有明文。又沒收為從刑，依前司法行政部四十二年六月十日台（42）令參字第二八二〇號及六十二年十一月二十二日台（62）函刑字第二〇五五號函示意旨，「從刑之執行時效期間，應同

主刑」。亦即其執行時效仍適用刑法行刑權時效之規定。另追繳、追徵之執行時效，依前司法行政部六十六年八月八日台（66）函刑字第○六八一六號函示意旨，以其刑事執行之本質，並未變更，時效自應視主刑之種類，分別適用刑法第八十四條、第八十五條之規定。因此，罰金或專科沒收之執行，刑法有明文規定時效。而「沒收、追繳及追繳之執行時效，雖法律無明文規定，然有解釋可作為適用之依據」。

651、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】：

### 1 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。

### 2 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。

652、何謂「間接正犯」？何謂「教唆犯」？並請各舉一例說明之。

【擬答】：

### 3 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。

#### 4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。

653、緩刑與假釋制度的目的各為何？緩刑期滿緩刑之宣告未撤銷，及假釋期滿未撤銷假釋者，各有何法律效果？

#### 【擬答】

##### 5緩刑與假釋制度之目的

- 1 緩刑者，對於初犯輕微之犯罪者，暫緩其宣告刑之執行，倘犯人在法院宣告之緩刑期間內能夠潔身自愛，不再犯罪者，則不再執行已宣告之刑。緩刑制度之目的，在救濟短期自由刑之弊，避免犯人感染監獄內的惡習，使其身受

執行，而自甘墮落；且偶發性犯罪，品性原非不良，緩其刑之執行，亦可促其悔過自新。

- 2 假釋者，對於受徒刑之執行達一定期間的受刑人，因有足夠事實，足資認定該受刑人業已改過遷善，乃附條件暫予釋放，該受刑人若於釋放後能夠保持良善，則在所餘刑期內或在特定期間內，假釋未經撤銷者，則該尚未執行之剩餘刑期，即視同已執行完畢。假釋制度之目的，在救濟長期自由刑之弊，即對於執行情況良好的受刑人，能鼓勵其改過遷善，早日重新適應社會生活。

#### 6 緩刑與假釋期滿未撤銷時之法律效果

- 1 刑法第76條規定：「緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。」所謂刑之宣告失其效力，係指緩刑期滿未經撤銷緩刑者，其原罪刑之宣告為無效，即以「未犯罪」論。又刑之宣告者，包括主刑及從刑之宣告在內。
- 2 刑法第79條第1項規定：「在無期徒刑假釋後滿十五年，或在有期徒刑餘刑期內未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論。」依此規定可知，假釋期滿未經撤銷假釋者，其未執行之刑，視為「已執行完畢」。

654、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？

【擬答】：

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：

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。

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。

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。

655、我國刑法中所規定之保安處分有那些種類？

【擬答】：

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。各保安處分有其各自的目的：感化教育用對付少年犯；監護處分用以對付精疾病犯罪人；禁戒處分用以對付毒癮或酒癮的犯罪人；強制工作用以對付習慣犯；強制治療用以對付傳染性病的犯罪人以及性犯罪人；保護管束用以對付假釋的出獄人與受緩刑宣告的人驅逐出境當然是對付外國人。

656、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。

【擬答】：

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。

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。

657、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】：

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。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。

658、關於各種主刑，應依如何標準以定其輕重？

【擬答】：

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：

1 各不同種類主刑，其輕重應以第三十三條各款次序定之。

2 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。

3 倘不能依前兩項之標準定其重輕者，舊時代僅粗略以「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 有併科者重於無併料者。

3 次重主刑如有選科或併料者，則依前兩款之標準定之。

659、試說明沒收之範圍？其方法有幾？

【擬答】：

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。

660、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？

【擬答】：

1 近代量刑標準之立法目多本於『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，於所金刑尚須注意犯罪所得超過罰金甚多時，宜本顧罪罰相當原則，妥適引用第五十八條酌予加重。

2 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。

661、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？

【擬答】：

1 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。
- 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。
- 3 犯最重本刑為『一年以三年未滿者之有期徒刑』為十年。
- 4 犯最重本刑為『一年未滿者之有期徒刑、拘役、罰金』為五年。

2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。

3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之事項，當事人縱未主張，法院或檢察官仍應依法下免訴判決或不起訴處分。

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

【擬答】：

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，舊法時代為列罰必減事由，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：

1 在要件部份：

1須報告自己之犯罪：不得為他人之犯罪

2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。

3須接受讓該管公務員之裁判：如逃匿未接受裁判者則仍不生自首之效力。

2 效力部份：

1可主張減刑寬典

2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。

663、何謂緩刑，應具備那些要？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？

【擬答】：

(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，依照規定於第二項，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，本即重在特別預防，旨在促進過失犯或惡性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。

664、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？

【擬答】：

- (一) 刑法第七十七條受徒刑之執行而有悛悔者實據者，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。

665、行刑權時效期間，刑法係如何規定？如何起算？

【擬答】：

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。
- 2 宣告為『三年以上十年未滿者有期徒刑者』為三十年。
- 3 宣告為『一年以三年未滿之有期徒刑』為十五年。
- 4 宣告為『一年未滿之有期徒刑、拘役、罰金』為七年，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。

666、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。

667、『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。

668、請問教唆之教唆、教唆之幫助、幫助之教唆、幫助之幫助在共犯結構中之意義為何，試說明之。

答：間接參與行為，國內有稱為『共犯之共犯』或『連鎖之共犯』，所謂間接參與行為，是指教唆或幫助行為不是直接對正犯為之，而是透過他人，茲將其類型及效果說明如下：

（一）教唆之教唆：

是指教唆他人轉而教唆第三人實施犯罪，又稱作『輾轉教唆』或『間接教唆』，此種情形通說認為成立教唆犯，實務上最高法院28年7月25日決議亦認為教唆之教唆仍屬於教唆犯，但以所教唆之人已向他人教唆其實行犯罪為成立要件。

（二）教唆之幫助：

1. 教唆犯說：

教唆不以針對正犯為限，教唆共犯亦應屬之，從教唆犯採獨立處罰之立場以觀，教唆者應依其加工行為之型態成立教唆犯，又教唆犯之處罰雖以其所教唆之罪為內容，但若幫助犯因正犯不成立犯罪而不受處罰時，教唆幫助之可罰性不受影響。

2. 幫助犯說：教唆幫助行為，實質上是透過他人之行為對於正犯提供助力，故應成立幫助犯，是以基於從屬性理論，必須正犯已成立犯罪，教唆幫助行為才能成立幫助犯，實務上最高法院28年7月25日決議亦同此見解。

（三）幫助之教唆：

現行法對於幫助犯之處罰規定為『得按正犯之刑減輕之』，而非規定『得按幫助之罪減

輕之』。因此，幫助教唆犯若有正犯之存在而成立幫助犯時，應解為正犯之幫助犯。亦即正犯若成立犯罪，幫助教唆行為可成立幫助犯，實務亦同此見解，惟有學說認為（許玉秀老師）幫助教唆，則係對教唆犯為便利援助之行為，係幫助教唆造意，對正犯而言，係參與使正犯形成犯罪意思之行為，就作用力之大小而言，居於次要地位，然就其作用之性質仍屬造意，而非對正犯行為之便利協助，故應為教唆犯。

(四)幫助之幫助：

1. 幫助犯說：

通說認為，此種情形，是透過他人對正犯提供助力，是以應成立幫助犯，惟基於從屬性理論，必須正犯成立犯罪，幫助幫助行為才能成立幫助犯，實務亦同此見解。

2. 不罰說：

幫助行為有其從屬性，若無法律明文規定，即不得加以處罰，共犯之處罰範圍不宜過廣，幫助之幫助及教唆之幫助，對於犯罪之關係尤為疏遠，無處罰之必要。

(五)總結：

『教唆之幫助』、『幫助之幫助』、『幫助之教唆』通說認為均是幫助犯，故稱此三種情形為『間接幫助犯』，而教唆之教唆則仍認為得成立教唆犯。

669、何謂累犯？其要件為何？

【擬答】：

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。

670、新刑法對想像競合犯之處斷上之新限制？

【擬答】：

- 1 想像競合犯處斷刑之方式本應為從一重處斷，受刑法三十五條第二項規定之影響，同種之刑，要以最高度之較長較多者為重，僅在最高度相等時，才以最低度較長較多者為重罪，果如此，如同種之刑最高度較長較多者，雖為重

罪，但其最低度則未必亦較輕罪為較長多，從一重時，可能於最低度之處斷出現輕重失衡之結果，有必要對其處斷之量刑有所限制，故新法明文「但不得科以較輕罪名所定本刑以下之刑」其理由在。

2立法政策上，繼受之母國德國及奧地利均設有此規定，修法增添乃順應時勢所趨。

671、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

672、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間點，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。

673、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。

674、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。

675、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。

676、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。

677、「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」如在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。

678、根據我國現行刑法中之規定，說明準中止犯之針立要件。

「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。

679、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（法治國原若） 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。」（§13Ⅱ）。

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。

680、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，故在刑法的評價上，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。

681、何所「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？試就法治國原若評述之。

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：以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。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。」

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。

### 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「交」。

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。

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。

縱上，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。

682、何所「罪刑法定主義」？何所「從舊從輕」原若？請分別說明之。

### 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：

禁止習慣法

禁止類推適用

要求構成要件明確性

禁止溯及既往

禁止絕對不定期刑

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。

683、何所刑法上之「自首」？其法律效果如何？

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：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。

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。

行為人申告後必須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。

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。

684、何所「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？

#### 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。

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：

須受二年以下有期徒刑、拘役或罰金的宣告

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。

須以暫不執行為適當

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：

向被害人道歉。

立悔過書。

向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。

向公庫支付一定之金額。

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。

完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。

保護被害人安全之必要命令。

預防再犯所為之必要命令。

685、何所「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？

## 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。

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。

686、刑法第九十條第一項規定：「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰針習而犯罪者，於刑之執行前，令針勞動場所，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所的與功能，評斷以強制工作此一手段作為保安處分之妥適性。

保安處分之目的與功能保安處分與「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。

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。

「強制工作」保安處分之妥適性關於強制工作，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。

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。

687、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？（題示：從打架之情形，是否有針立正當防衛之可能展開論述。）

於正當防衛之情形，是否有受防衛之法於與被反擊之法於，應有於於之問題？

乙可能主張正當防衛（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：

c 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。

d 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。

688、何所「假釋」？刑法規定之假釋要件為何？撤銷假釋之要件為何？

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：

c有期徒刑執行未滿六個月者。

d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。

e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）。

689、何所「想像競合犯」？何所「牽連犯」？何所「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。

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。」

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。」

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。

690、請回答下列問題：

我國刑法中假有刑罰與保安處分，試說明兩者在本我上有何差異？

我國刑法中所規定之保安處分有 那些種類？

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。

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？

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：

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。

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。

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？

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。

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。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。

691: 甲以行竊之意，進入他人住宅後，尚未竊得財物，因被事主發覺乃起意行強，將其財物劫走。試問，甲之罪則為何？

解：

1 行為人著手於竊盜行為之實行，無論達既遂或尚七未遂階段，倘因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫行為者，固應依本法第 329 條規定，成立「準強盜罪」。惟著手後尚未得手之際，變更竊盜犯意盜犯意而實施，「強行取財」行為，則與準強盜罪之要件尚有未合，本質上應為純粹之強盜犯意而實施行竊。

2 甲意圖為自己不法之所有而實施行竊，程度上尚處未得手階段，程度上尚處未得手階段，應成立第 320 條第 3 項之竊盜未遂罪；惟依前段所述，甲被事主發覺後起意行強，是其後之行為應論以強盜罪，此二行為所侵害之法益同一，僅程度上有輕重前後之別，因而僅程度上有輕重前後之別，因而，學說及實務見解均傾向於認為，該竊盜未遂行為不另論罪，僅論以強盜罪責為已足。

3甲侵入他人住宅，意在行竊，符合「無故侵入」之要件，應成立第306條第1項之侵入住宅罪。該侵入住宅行為及行竊、強盜行為，按行為人主觀及客觀之一般通念，均得解為有牽連關係，應論以牽連犯。

4結論：

甲之行為，應成立積極侵入住宅罪(刑法306I)及普通強盜罪(刑法328I)，二行為間有方法目的、原因結果之牽連關係，應依第55條後段規定，論以牽連犯，徼一重之強盜罪處斷。

5補充說明：

94年2月2日刑法修正條文將牽連犯予以刪除(新法95年7月1日施行)，而回歸想像競合及數罪併罰處理。本題甲之行為係二行為故應數罪併罰之。

692: 甲在凌晨駕車不慎撞倒路人乙，乃商請在場的另一路人丙協助，共同將乙抬上甲所駕的汽車。甲並未即將乙送往醫院急救，反而將車開往其友人丁家共謀對策。丁認為事態嚴重，且車禍現場目擊者僅丙一人，應可逃避過失責任。乃由丁駕車開往郊外候車站，甲、丁二人合力將乙抬放於候車亭內，揚長而去。其後，戊路過候車亭，將乙送醫急救，惜因延誤急救時機流血過多，乙終不治身死。甲、丁應負何刑責？

解：

(一)甲之刑責：

1就駕車肇事部而言：

甲駕車，本應依其飭注意之範圍，避免侵及其他參與交通者之生命及身體法益，但因不注意而不慎撞倒路人乙，併乙生傷害之結果，應成立過失傷害罪(刑法284I、14I)

2就移置他處之部分而言：

(1) 甲主觀為殺人故意或遺棄故意？

甲之主觀為何乃本題第一個爭點，惟管見以為：「甲為逃避責任，將受傷之乙載往郊外置於候車站」，推究其主觀應可認定仍基於遺棄之故意而未達於「殺人」之故意。

(2) 甲是否有扶助義務？

甲之行為是否構成刑法第294條第1項之有扶助義務之遺棄罪，爭點為義務或道路交通管理 罰條例第62條第2項，甲皆負有採取救護或為其必要扶助措施之「扶助」義務。

(3) 小結：甲基於遺棄故意遺棄因駕車撞傷之丙，應負刑法第294條第1項之遺棄致死罪。

3罪數：甲成立過失傷害及遺棄致死罪，兩者犯意有別，屬數罪併罰。

## (二)丁之刑責：

丁就乙之受傷，並未有危險之前行為(刑法15II)，是以，就無自救力之乙並無扶助、養育或保護之義務、惟其與甲不僅於事前共謀，於認為事態嚴重後，復與甲共同將乙抬至郊外候車亭棄置(積極之移置行為)，應與甲成立遺棄致死罪之共同正犯，惟因丁對無自救力之乙依法令或契約並無扶助、養育或保護之義務，應論以無義務者之遺棄致死罪(刑法293、28、31II)

693:市長甲為籌措地方建設資金，以市銀行之名義發行彩票，銷售之情形頗為良好；乙認為市銀行發行之彩票有利可圖，遂予以偽造，並持以出售於人。問乙之所為有無罪責為？

解：(一)偽造彩票部：

1彩票濕政府所發行，其為閉產權利之證書，其票所表示之財產權利之行使或移專與該票具有密切不可分之關係，應為有價證券，某乙認為有利可圖而偽造，且持以出賣，故其不法所有之意圖自明此乙意圖供行使之用而偽造有價證券，自應成立刑法第201條第1項之偽造有價證券罪。

2乙之偽造行為若曾偽造市銀行之印章、印文者，乙即應對立刑法第二百十八條之偽造公印、公印文罪。但公印、公印文為成有價證券之一部，如於偽造之有價證券上偽造公印、公印文，即吸收於偽造有價證券行為之內，不另構成偽造公印、公印文罪。

3乙偽造彩票，一則未經政府允准，二則其意圖不法營利，然乙並非發行人，僅係偽造以市銀為名義發行人之彩券，而市銀行之發行，係受政府允准的。故乙之行為不構成刑法269條第1項之發行彩票罪。

(二)持以出售於人：

1行為人將偽造之虛偽彩票冒充真正之彩票，自應成立刑法第201條第2項，行使偽造有價證券之罪。

2持以出售營利，因行使偽造有價證券之本質當然含有詐欺之性質，故行使偽造有價證券而取得財物，不另成立詐欺取財罪。

3故僅成立行使偽造有價證券罪。

(三)偽造有價證券罪與行使有價證券罪之關係：

偽造與行使，依重行為吸收輕行為之理，應依偽造有價證券罪處斷。

694: 甲應邀作客，與主人發生爭吵，主人下逐客令；甲以曾得到邀請為由，堅持不理開。問：甲是否有罪？如有罪，該罪責為何？

解：

甲應邀至主人家作客的行為，可能成立無故侵入住居罪(刑306之1)。甲受邀到主人家作客係得到居住權人的同意而進入，並非侵入行為。主觀上，甲也無侵入之故意，不成立無故侵入住居罪。但主人退去之鬼求而堅持不理開的行為，成立無故留滯住居罪(刑306之2)所謂受退去之要求而留滯，係指進入他人住宅後，已受退去之要求，而仍留滯不退之行為，為純正不作為犯。本題中，甲受邀作客後，被主人下逐客令，卻仍不理開，已形成留滯行為，客觀構成要件該當。主觀上甲認識退去之要求而有留滯不退的故意，主觀構成要件也該當。

結論：

甲成立無故留滯住居罪。

695: 甲、乙兩人沉溺聲色場所，資金周轉不靈，乃基於共同犯罪之決意，由甲出面，向乙之父丙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100萬元。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觸犯何種罪責？

解：

一個人的意思決定，如何在同一個時間既自由又不自由？恐嚇取財罪的被害人，其主觀認知是所為犧牲與配合；詐其罪的被害人則是心甘情願的處分財產。實務見解即認為：以恐嚇使人將物交付，有時固也含有詐欺的性質，但與詐欺罪的區別，則在於有無施用威嚇，使人心生恐懼之情形為斷。(28上1238判例)第339條與第346條，無法同時對同一個被害人成立。如面臨恐嚇取財罪與強制罪的競合，也可考慮扼要陳述：(兩者間具有法條競合的特別關係，僅論以恐嚇取財罪已足。)即可。

696、甲在逛家樂福時，順手牽羊放了一包餅乾在隨身帶的背包裡，恰巧被正盯著監視器的保全人員某乙發覺。試問甲之罪責？

解：49年台上字第939號判例認為；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，自難因其贓木尚未搬理現場，而謂為竊盜未遂。(92台上2766判決同)。申言之，作為竊盜罪行為客體的動產並不需要被{拿走}，只要行為人可以四該物為事實上支配，建立新的持有關係，即為已足。

如題目中在甲包包理面的那一包餅乾，雖然還在賣場內，稚已完全被甲所掌握；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技，甲犯竊盜既遂。

697:某甲在購入之假信用卡背面簽名欄，任意簽(李四)之姓名，其簽(李四)姓名之行為，係犯違造私文書罪或違造準私文書罪？

解：

按在信用卡背面簽名欄簽名，自形式上整體觀查，即足以知悉係表示信用卡之簽名者於信用卡有效期限內有權使用該信用卡之辨識及證明，並非依習慣或特約表示一定用意之證明，性質上係屬刑法第210條之私文書，某甲應成立刑法第210條之違造私文書罪。

698:甲欠乙錢未還，又素與丙不睦。適甲意庾營利略誘婦女，為乙、丙知獲。乙遂乘機向甲表示：必須加倍還錢否則，即以略誘事提出告發。丙亦甲：將於三日後，向檢察官告發其略誘事。問：乙、丙是否犯罪？所犯何罪？請附理由解析之。

解：乙部分：乙應成立刑法第346條恐嚇取財罪。

1行為人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，應成立刑法第346條第1項之恐嚇取財罪。其要件有三：

- (1) 須有為自己或第三人不法所有之意圖。
- (2) 須有恐嚇行為，即以將來惡害之事，通知他人，使人發生張佈之心，恐嚇內容不限於生、身體、自由、名譽或財產。
- (3) 使人將本人第三人之物交付或得財產上之不法利益。

2惟本例，乙以揭發甲之犯罪為手段，是否恐當「恐嚇」行為？

依照「目的手段關係」理論，違法性之判斷應同時考慮目的與手段間之關係，本例以合法之手段(揭發他人犯罪)而達取得不法利益(加倍還錢)之目的，而其目的非在合法受領給付，應具非難性，乃屬恐嚇行為。實例亦採之，認為所通知之惡害縱其實現為法之所許，但若行為人利用之作為恐嚇手段，仍成立本罪(59台上1750)

### 丙部分:丙無犯罪

行為人以身體、生命、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人，致生危害於公安者，構成刑法第305條之恐嚇罪。其要件有：

1須有恐嚇行為。恐嚇乃指以「不法」之惡害相通知於人，使人心生張怖之謂，若係基於正當合法之原大，不能構成本罪。

2須以加害身體、生命、自由、名譽與財產直為恐嚇內容為限。

3須為單純之恐嚇，其侵害者為個人自由，祇須具有使他人人生張怖之人心已足，如另有其他目的，則構成他罪。

4須恐嚇致生危害於安全：

即產生心生畏怖之安全上危險。就題示丙知甲犯法而語甲：將於三日後，向檢方告發其略誘事。吾人分析之：

- (1) 丙之通知是刑事訴訟法第240條規定，不問何人知有犯罪嫌疑者，得為告發之正當合法利，符點恐嚇要件。
- (2) 且丙告發，對於甲而言，能否產生心生畏怖之危險，亦不可知。
- (3) 丙無其他不法目的。因此應認為丙無犯罪。

699: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？

解：

- (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，法律推定其具有安全駕駛能力，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！

700. 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。

解：

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。

701. 甲因竊盜罪經地方法院判處有期徒刑一年，甲心灰意冷，向法院聲明捨棄上訴。甲之妻乙覺得甲應受緩刑判決，乃以自己名義，向法院提起上訴，問乙之上訴是否合法？

解：

刑事訴訟法第三百四十五條規定，被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴。而所謂「獨立上訴」，係指上訴與否不受被告之意思拘束，縱使被告捨棄或撤回上訴，亦不影響配偶之獨立上訴權。因此，在本案例中，乙係甲之配偶，自得依第三百四十五條之規定，獨立以自己名義為甲之利益提起上訴。故乙之上訴為合法。

702. 李四騎機車被貨車追撞，司機逃逸，李四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？

解：

- (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) 李四告知警員甲，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，將對李四發生損害，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。

703. 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？

解：

- (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。

704. 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？

解：

(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。

705. 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？

解：

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。

706: 甲計畫謀殺乙；丙。於宴會中，甲先下劇毒於乙之酒杯，隨後伺機又下劇毒於丙之酒杯。乙丙飲毒中毒而亡。請問甲之罪責為？

解：

- 1 甲之謀殺乙、丙二人，乃本於括之預定犯意。
- 2 甲下劇毒於乙、丙二人酒杯之行為，雖其間具有時空之一併性，惟殺乙與丙之行為

顯然可加以區分，非認定「一行為」，而應解為係具有連續性數殺人行為。

3甲先後刪為侵害乙、丙二人不同之「生命法益」。

4甲所犯二罪，為本法所規定之「同一罪名」。

5惟亦有學者認為人個法益不適用連續犯之規定，應論以實質競合犯，應論以實質競，數罪併罰。

6刑法修正條文刪除連續犯之規定，使回歸實質競合。

惟本案後依現行法，甲之行為侵、丙之生命法益，且行為結果間復有相當因果，應依本法第56條規定，論以殺人既遂罪之連續犯，並得加重其刑至二分之一。

707: 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？

解：

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)。

708: 某甲高考及格，任職公務員數年，戶位素餐，不僅常半夜刷卡報加班，還常莫名積壓公文。人事單位忍無可忍，正準備為文舉發，被其發覺遂奪其公文，當場撕掉。某甲所為如何評價？

解: 爾分之一

刑法第352條的毀損文書罪，所稱文書，是指有法律交往的證據價值，有權利義務內涵的意思表示，並且記載於有体物上，如借據，學校公告。撕毀一般名片、日記甚至刪除

他人電腦檔案，均只成立第354條的毀損器物罪。

709:某甲為警員，於夜間執勤時，攜帶槍械進入乙之私人住宅內行竊，試問甲之刑事責任如何論處？

解:

(1) 某甲夜間進入乙之私人住宅，構成加重竊盜罪(刑法321-1)。

(2) 某甲攜帶槍械行竊，構成加重竊盜罪(刑法321-1)本款之[攜帶凶器而犯之者]，所謂凶器，並不限其種類，只要客觀上對於人的生命、身體、安全構成威脅，具有危險性隻凶器均屬之，且不以攜帶之初有行兇意圖為必要。本提中，某甲攜帶槍械，應符合本款之加重要件。

(3) 競合:

某甲之行為同時成立第321條第一向第一款與第三款之加重竊盜罪，依據實務見解，因為竊盜行為只有一個，只成立一罪，不能認為是法條競合，其判決主文應該各種加重情形順序揭明，並應引用各款(69台3945)。

(4) 刑罰:

依據第134條之規定，公務員假借職上之權力、機會或方法，以意犯瀆職罪章以外之各罪者，加重其刑至二分之一。本提中，某甲為警員，且屬執行勤務中，應依本條加重其刑至二分之一。

710: 甲為貨運行負責人，僱用某乙為司機，某丙為助手，三人在車輛行駛中，原由某乙駕駛，改由某甲親自駕駛，改由某甲親自駕駛車，不慎壓斃行人，某甲為脫刑責，於檢察官偵察中囑乙自認開車肇事，某丙則到庭具當供證當時係乙所駕駛，並非某甲壓斃行人。

解:丙成立偽證罪，乙為業務上過失致人於死及頂替罪之牽連犯，甲成立過失致人於死罪。

1丙雖於檢察官偵查中，僥倖具結為虛偽陳述，惟丙係甲之受僱人，依舊刑事訴訟法第186條但書第5款之規定，不得令具結，故丙到庭具結，不生效力，從而亦不具備偽證罪之要件，自難令丙負偽證責任(44台上714)。但92年刑事訴訟修法，丙具結，於此仍須負偽證責任。

2乙以駕駛為業，就其駕駛之卡車，應有注意使其不致傷害他人之義務，學說稱之「危險產之監督」，乃竟任由甲駕駛，因而肇事，似應負業務上過失致人於死不作為犯罪責。惟甲如亦有卡車之駕駛執照，則乙使其駕駛即不得謂其有何過失。

乙於偵查中自認開車肇事，成立第164條第2項之頂替罪，本罪與前述業務上過失致死罪，（惟應注意，牽連犯已於九十四年修正刪除，是故即使此處為二個故意犯罪行為，仍應依刑法50數罪併罰之），依刑法第五十條併合處罰。

3甲非以駕駛為業，駕車壓斃行人，成立第276條第1項普通過失致人於死罪，其後唆使乙自認，乃教唆他人頂替之行為，依無期待可能性，應不成立教唆偽證罪（81廳刑字13529號）

711. 連續犯之概念如何？

結合犯與其基礎之單一犯或相結合之單一犯是否成立連續犯？

1. 何謂連續犯：

依刑法第56條及參酌釋字第152條解釋. 應只基於概括之犯意. 觸犯基本構成要件相同之罪名之謂也。

2. 依前述概念. 結合犯與其相結合之單一犯(例如:強盜故意殺人與殺人)不得成立連續犯. 因其構成要件並不相同. 反之. 結合犯與奇基礎之單一犯(例如:強盜故意殺人與強盜). 因其構成要件相同. 故得成立連續犯。

712. 所謂從一重處斷. 其重輕如何判斷？

A:按一行為而觸犯數罪名. 或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者. 從一重處斷(刑法第55條)。所謂(從一重處斷). 乃指法定刑而言。

想像競和犯或牽連犯在刑法總則上之加重減輕. 並不著於法定本刑之範疇. 因此在比較各罪名之輕重時. 並不在斟酌考慮範圍內. 反之. 分則上之加重減輕. 則屬法定本刑之範圍. 故在此比較之輕重應加考量。

713. 過失犯間否成立連續犯？

1. 釋字第152號解釋: {刑法第56條所謂之(同一罪名)汐止基於概括之犯意. 連續數行為. 觸犯構成犯罪要件相同之罪名者而言。} 其解釋理由書中更明白表示: {連續犯之成立要件有三. 其一即為(基於概括之犯意。)} 故依此解釋. 為有故意犯罪行為方可成立連

續犯。

2. 故過失犯雖屬同一構成要件. 亦不成立連續犯。

3. 惟94年2月2日公佈(95年7月1日實施)之刑法條文以刪除連續犯的處罰。

714. 繼續犯. 接續犯與連續犯三者間各有何異同. 試舉例比較說明之。

一 定義:

1. 連續犯. 指行為人基於概括之犯意. 連續數行為. 侵害基本構成要件相同之罪名之犯罪。

2. 繼續犯. 係以一個行為持續的侵害法益. 其特性則僅屬一個行為. 不過其不法侵害係在持續狀態中而言. 例如: 私刑拘禁罪. 其拘禁被害人之期間內係不斷地侵害被害人的行動自由。

3. 接續犯: 係在密集之時間內出於同一意思而持續為相同行為. 在社會觀念上可認為是同一行為之延續者而言. 自屬接續犯。

二 區別:

1. 相同點: 繼續犯與接續犯接僅為一個行為。

2. 相異點:

(1) 連續犯係數個行為. 繼續犯、接續犯則為一個行為。

(2) 連續犯係概括犯意. 繼續犯、接續犯係單一犯意。

(3) 連續犯不以侵害同依法益為限. 即同類法益亦在內. 繼續犯、接續犯則以侵害同一法益為限。

(4) 連續犯係處斷上一罪. 繼續犯、接續犯則係單純一罪。

715. 舉例說明{間接故意}與{有認識之過失}之意義為何?

(1) 間接故意:

係指行為人透過消極容任不法構成要件之實現來達到與行為相同的結果。即刑法第13條第二項所謂的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益者. 以故意論

(2) 有認識過失: 指行為人對於構成犯罪之事實. 雖預見其具有發生之可能. 但因低估其危險性或高估自己之能力或其他原因而確信其不會發生, 然結果仍就實現法定構成要件也。即刑法第14條第二項所謂的行為人對於構成犯罪之事實, 雖預見期能發生而確

信其不發生者，以過失論。

716、試說明沒收之範圍？其方法有幾？

擬答：

沒收係為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犯罪所生或所得之物，且違禁物不問是否為犯罪嫌疑人所有均可沒收，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，但對全部贓款負帶返還責任，新法均將之明文化。

717、行刑權時效期間，刑法係如何規定？如何起算？

擬答：

行刑權時效會因刑之重輕而有不同，其輕重之別，蓋以各罪之宣告行為本，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！
- (2) 宣告為三年以上十年未滿者之有期徒刑，為三十年！
- (3) 宣告為一年以上三年未滿者之有期徒刑者，為十五年！
- (4) 宣告為一年未滿有期徒刑、拘役、罰金，為七年。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！

718、稱謂累犯？其要件為何？

擬答：(1)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份執行而赦免後在犯罪！
3. 前罪執行完畢或赦免後五年在犯罪！
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唯過失犯不在此限！

719、甲每天都有在住家附近散步，一日，目睹因已闖紅燈致丙慘遭輾斃的嚴重車禍發生，甲當場受驚，心臟病發，死亡！乙應否負責？

解析：

乙不用負責！理由如下：

每個人面臨心理壓力時,如何處以與調適,是個人自己的問題,而應屬於生活中的一般風險,乙所為固然造成丙死亡的法益侵害,亦欠缺風險與結果間的關聯!

720、請試舉保安處分之種類?

- (1)第八十六條,感化教育處分
- (2)第八十七條,監護處分
- (3)第八十八條,禁戒處分
- (4)第九十條,強制工作處分
- (5)第九十一條,強制治療處分
- (6)第九十二條,代替保安處分之保護管束
- (7)第九十五條,驅逐出境處分

721、試述刑罰之種類?

1. 褫奪公權
2. 沒收
3. 追徵追繳或抵償

722、試述刑法之主刑種類?

- (1) 生命刑~~死刑
- (2) 自由刑,種類如下:
  1. 無期徒刑
  2. 有期徒刑
  3. 拘役
- (3)財產刑,種類如下:
  1. 罰金
  2. 專科罰金
  3. 併科罰金
  4. 易科罰金

723、何謂多重結合之結合犯?

擬答：

倘結合犯之行為係結合了兩個以上之結合犯型態，例如強盜而故意強制性交並故意殺人，此時依通說及實務見解均認為，基礎行為只有一個，只能在數個相結合之罪中擇一結合，在與餘罪併罰之，通常係與較重者相結合，在與餘罪併罰！

724、請說明法條競合之意義？

擬答：

法條競合適指行為人的一個犯罪行為，在形式上該當於數個法條的犯罪構成要件，然而這幾個法條之間僅係因為法條規定的錯綜複雜，以致有數個法條同時可以適用，而實際上再對行為作處斷的時候，應該只適用其中一個法條，極足以將該犯罪行為之不法內涵全部加以評價！

725、何謂實質競合之意義？

擬答：

實質競合乃指同一行為人出於數犯意，而為數行為，實現數構成要件，而構成數罪，又此數罪間並無其他競合之情況，且可能再一刑事訴訟程序中同時審判之犯罪競合現象！

726、原因自由行為之意義為何？

擬答：

按行為人責任能力有無之判斷，原則上應以行為之行為時為準，如行為人實施違法行為時，係處於精神障礙的狀態，基本上應無罪則能力！

727、何謂正當防衛，請試舉之！

擬答：

正當防衛又稱緊急防衛，乃指針對現在進行之不法侵害或攻擊行為所為之必要防衛！被害人由於他人現在之不法侵害或攻擊，在無法立即獲得公力保護之危急情狀下，基於人類隻自衛本能，使用私立，從事必要之防衛，已排除現在正在進行之不法侵害或攻擊！

728、何謂因果關係？

擬答：

因果關係乃指行為與結果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聯，使能夠成犯罪，行為人方負犯罪即遂之刑事責任，否則，結果與行為之間若無原因與結果之連鎖關係，自不應使行為人負刑事責任！

729、何謂接續犯？

擬答：

所謂接續犯，係指行為人主觀上出於單一之犯意，在時間與空間密切知情狀下，接續數個同一行為，而持續侵害同一個法益，實現同一構成要件，所成立之一罪也！

730、何謂接續犯之種類，並試舉說明？

擬答：

(1) 逐行接續犯：

即行為人所實施之數個行為，均足以該當犯罪構成要件，惟因行為人係以單一之意思進行，在時間及場所上極為密接，亦即此數個行為僅為一個犯罪行為之數個動作者！

(2) 進展接續犯：

行為人所實施之數個行為，均係為完成某犯罪而接續進行，惟僅最後之行為該當犯罪構成要件，其餘之先行行為則均未當於構成要件也！

731、情侶甲乙在漁人碼頭歡度週末，不料一言不合，小兩口竟糾起嘴來。乙女一氣之下，抓了甲男的手機就往海里丟。問乙女是否成立竊盜？

ans:不成立竊盜罪，因為欠缺所有意圖，只能往毀損推敲。簡之，毀損者重在破壞他人持有，竊盜者尚欲據此建立的持有:稚即便外觀上是對於他人持有之物的毀棄，若實質上是為了實現其經濟目的，仍可成立竊盜。

732、甲失業，仍商請乙暫借五萬元應急，雙方約明一個月後返還，越睥週，甲突然人間蒸發，遍尋不著。乙不得已，僱請鎖匠打開甲宅大門，入內取走電視機與沙發低債。乙所為會否構成竊盜？

ans:債權人的行為，已經取得財產上的利益，可以肯定其所有意圖。問題在於，若債權

人所有系抵償債務人客觀上已屆清償期的債務，是否還具有不法所有意圖。

733、債權人甲到債務人乙之家中討債，見乙無錢可還，便命人搬走乙之傢俱來抵債，甲誤此急事民法所規定的自助行為，係依法令之行為而無違法性。請問甲的此種錯誤，應如何予以評價？

ans:學說就此，處理上多要求先確定債務的種類，除非是特定之債務，否則，如仍是種類之債，因債權人仍無法主張物權上的財產利益，自應構成竊盜。理由是；即使債務人不清償債務，債權人也只能依照民事起訴及執行程序求償，而不是直接自行取償。簡言之，僅種類之債才肯定不法意圖。

734、甲在逛家樂福時，順手牽羊放了一包餅乾在隨身帶的背包裡，恰巧被正盯著監視器的保全人員某乙發覺。

ans;49年台上字第939號判例認為；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理現場，而謂為竊盜未遂。(92台上2766判決同)。申言之，作為竊盜罪行為客體的動產並不需要被{拿走}，只要行為人可以四該物為事實上支配，建立新的持有關係，即為已足。

在甲包包理面的那一包餅乾，雖然還在賣場內，稚已完全被甲所掌握；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技，甲竊盜既遂。

735、某甲煙癮難耐，以金屬幣投入自動販賣機，獲取香菸一包。某甲所為是否成立竊盜？

ans;行為人的行為違反動產持有人的支配意願。也因此，自動販賣機持有人，心理希望移轉香菸持有的方式，絕不是拿假錢來換；不正確的使用方式，不過是針對機器使用所對應的{竊盜}方法罷了，不是什麼詐術的行使，本例當然可以成立竊盜，不過由於立法者對此已在刑法新增第339條之1第一項予以處理，故行為人應成立該不正使用收款設備罪。

736、待業中的某甲，迫於生活壓力，需錢孔急，遂於白天趁鄰居乙出門上班時，撬開

門鎖，入室行竊。豈料乙剛好感冒在家休息，旋即在開門後遭乙的報警逮捕。某甲行為應如何評價？

ans:學說與實均一貫認為:以基本的竊盜行為是否著手，作為判斷基礎;僅著手於加重竊盜之加重部分(如正在爬牆or破壞門窗)，尚非著手。

737、甲某日至a宅行竊，得手後正擬潛逃時，適a返家撞見，乃將其送警局法辦，惟途中甲趁a疏忽之際，掙扎逃逸。試問甲應負何刑責？

ans:成立刑法第306條第1項，第302條第1項;是否成立第161條第一項則有爭議。出題者刻意迴避關於可能成立加重竊盜與準強盜兩罪的事實陳述，意在將考題單純化，考生實無庸想像甲可能毀越牆垣、可能對乙的逮捕反抗而施強暴行為;建議將焦距鎖定第161條第1項的是否成立與第306條第1項，第320條第1項兩罪成立後，依新刑法是否(必)數罪併罰兩點。

738、甲於某日中午趁乙上班不在之際，潛入乙宅行竊得手，後因見乙宅值錢之物頗多，復於夜深人靜時，再度潛入行竊，正拉開衣櫃抽屜竊取珠寶時，將熟睡中之乙驚醒，乙出聲喝斥，甲乃持扁鑽將乙之手臂刺傷，並將珠寶強取而去。問對甲如何論罪科刑？

ans:因為甲在(白天)進去，所以只能將侵入住宅行為與竊盜行為分開來看，這個第一次的入室行竊，不構成加重竊盜罪，而只成立刑法第306條與第320條的想像競合。至於第二次，都已經著手了，那理知道珠寶拿到一半竟然(出槌)，只能說運氣不女，加重竊盜未遂。為什麼呢?前面提過，這兇器，一定要未使用;既然甲都拿出扁鑽刺傷乙的手臂了，就只好往第328條以下搞敲，依實務見解，將直接成立加重強盜，最後的結論是:甲成立320條、第330條，數罪併罰。

739、甲於其所經營之商店內懸掛(偷竊著罰200倍)之告示，乙竊取該店物品，經甲查獲，甲乃向乙稱(應賠償所竊物品價錢200倍之金額，否則送警局)，乙迫於無奈，給付之，問甲是否成立恐嚇取財罪？

ans: 否定說: 按刑法上之恐嚇取財罪，須行為人主觀上有為自己or第三人之不法所有意圖，客觀上有以將來之惡害通知被害人，使被害人心生畏懼，始足當之。本件既既有竊取甲物品之行為，甲對之即有損害賠請求權，雖甲所索賠之數額於民事上難謂適當，然尚難認其主觀上有不法所有之意圖，再者，乙竊盜行為本應受刑事追訴，甲向其稱將送警局究辦，而無恐嚇可言，是甲之行為不構成恐嚇取財罪。(70台上2823判決)

740、甲、乙兩人沉溺聲色場所，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100萬元。丙擔心乙受害，乃如數支付，甲、乙兩人平普其不法所得。問: 甲、乙之行為應如何處罰?

ans: 一個人的意思決定，如何在同一個時間既自由又不自由? 恐嚇取財罪的被害人，其主觀認知是所為犧牲與配合; 詐其罪的被害人則是心甘情願的處分財產。實務見解即認為: 以恐嚇使人將物交付，有時固也含有詐欺的性質，但與詐欺罪的區別，則在於有無施用威嚇，使人心生恐懼之情形為斷。(28上1238判例) 第339條與第346條，無法同時對同一個被害人成立。如面臨恐嚇取財罪與強制罪的競合，也可考慮扼要陳述: (兩者間具有法條競合的特別關係，僅論以恐嚇取財罪已足。) 即可。

741: 甲受即將前往西藏一年淨化心靈的乙所託，代為管理某乙位於鬧區的停車場。豈料乙所託非人，甲竟竊得其管業契據，對外主張其產權已移轉入己?

ans: 實務見解認為前行為的竊盜與後行為的侵佔，成立牽連犯，從一重處斷。林山田教授則認為成立(不罰的前行為)，僅成立侵占罪。實務認為(管業契據)仍屬(動產)，不失其物的性質，而有上述見解; 惟契據作為證明產權的文書，單獨竊取並無意義，此正有如竊取機車鑰匙後再偷車一樣，只要對後行為處罰，即足以含蓋前行為，故後說可採。

742: 某甲高考及格，任職公務員數年，戶位素餐，不僅常半夜刷卡報加班，還常莫名積壓公文。人事單位忍無可忍，正準備為文舉發，被其發覺遂奪其公文，當場撕掉。某甲所為如何評價?

ans: 刑法第352條的毀損文書罪，所稱文書，是指有法律交往的證據價值，有權利義務

內涵的意思表示，並且記載於有体物上，如借據，學校公告。撕毀一般名片、日記甚至刪除他人電腦檔案，均只成立第354條的毀損器物罪。

743: 甲久病厭世，配偶乙也已照料至心力憔悴，乃虛違對其提議共赴黃泉，甲信以為真，先走一步。乙究成立教唆自殺?抑或殺人罪的間接正犯?

ans: 依56年台上字第1767號判決:(上訴人自己無自殺之決意，僅虛與委蛇詭稱同死，而使被害人先自殺，對於被害人吞服藥物必發生死亡之結果，已有預見，且不違背其本意，自應負殺人之間接故意，論以殺人罪。)roxin對於此種(施用詐術而引起他人自我損害的動機錯誤)，則認為行為人對於自殺的影響力屬不確定;縱使在常見的所謂施用詐術使他人誤以為患絕症而自殺的案例，自殺者的決定仍是自由的，否定成立間接正犯。

744: 甲因金融卡現借用事宜與某銀行經理乙相處不愉快。某日甲欲與乙理論，於是在未得同意的情形下直接近入了乙(不對外開放的辦公室)試問甲是否成立犯罪?

ans: 侵入住宅罪的成立兩否，源頭在於對本罪保護法益的理解。就此，大別有居住權說與平穩說兩種看法。依85年上更1字第1190號判決:(刑法第306條第1項之不法侵入住宅罪，所謂(無故)，係指無正當理由;(侵入)，係指未得有支配或管理權人之允許，擅自入內者而言。)甲在未得同意下，接進入乙(辦公室)，成立侵入住宅罪。

745: 甲應邀作客，與主人發生爭吵，主人下逐客令;甲以曾得到邀請為由，堅持不理開。問: 甲是否有罪?

ans: 甲應邀至主人家作客的行為，可能成立無故侵入住居罪(刑306之1)甲受邀到主人家作客係得到居住權人的同意而進入，並非侵入行為。主觀上，甲也無侵入之故意，不成立無故侵入住居罪。但主人退去之鬼求而堅持不理開的行為，成立無故留滯住居罪(刑306之2)所謂受退去之要求而留滯，係指進入他人住宅後，已受退去之要求，而仍留滯不退之行為，為純正不作為犯。本題中，甲受邀作客後，被主人下逐客令，卻仍不理開，已形成留滯行為，客觀構成要件該當。主觀上甲認識退去之要求而有留滯不退的故意，主觀構成要件也該當。結論: 甲成立無故留滯住居罪。

746: 甲為了跳舞，乃欺騙正在開party的乙，說是其友人丙的配偶，而順利進入乙宅？

ans: 若區分阻卻構成要件之同意與阻卻違法之承諾，則甲的(侵入)縱得乙同意(實際上被歸類為承諾)，也不過生阻卻違法之效力而已；但，由於通說認阻卻違法之承諾)必須意思表示無瑕疵，甲的欺騙行為不能說已經得到一個有效的承諾，從而仍屬(侵入)住宅。

747: 甲深夜喝酒開車，撞傷機車騎士，甲明知有人受傷，卻仍加速理去。警方隨後攔截，酒精檢測結果，發現甲已達不能安全駕駛之程度。問：甲成立何罪？

ans: 甲喝酒開車的行為成立不能安全駕駛罪(刑185之3): 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，具備罪責，成立本罪。

748: 某甲在購入之假信用卡背面簽名欄，任意簽(張三)之姓名，其簽(張三)姓名之行為，係犯違造私文書罪或違造準私文書罪？

ans: 按在信用卡背面簽名欄簽名，自形式上整體觀查，即足以知悉係表示信用卡之簽名者於信用卡有效期限內有權使用該信用卡之辨識及證明，並非依習慣或特約表示一定用意之證明，性質上係屬刑法第210條之私文書，某甲應成立刑法第210條之違造私文書罪。

749: 甲向乙借錢，乙即自行以甲的名義製作借據。

ans: 我實務上(20上1050、30上465判例)向來認為(違造文書，必其內容不實，且足以辨別係以他人之名義所作，始足構成。)且我刑法尚針對行為結果，增設(足生損害於公眾或他)之規定，部分學者乃據此認為，我國刑法僅以形式主義為原則，卻同時對於有形違造行為(注入實質主義的精神)，申言之，只要內容與真實一致，縱有冒用名義情事，

也可因(不足)生損害於公眾或他人，而不予處罰。惟有力見解均認為我國採取形式主義立法例，上述案例雖然內容真實，但製作人非名義人，乙既屬無權製作，此等有形違造的行為，仍應成立違造文書罪。

750: 甲、乙交好，乙有車一台，其住處的管理員丙也有備用鑰匙，以備不時之需。甲乙出雙入對的事，丙非常清楚，且常由乙電告丙甲將借用其車。某日，甲乙交惡，甲遂騙丙：(乙同意我開車出門，請給我key。)丙不疑有他，交出。甲取車後揚長而去。甲詐欺否？

ans: 就此，有三種看法：1、事實貼近說(實際為處分的第三人與財產受損人都有事實上密切關係，特別是共同持有)2、規範貼近說(第三人是站在被害人的立場處分財產；又稱為立場理論，是多數說)3、權限說(處分者必須有法的權限，其處分才能視同被害人所為)。林師認為；上述停車場案，無論採何說，均成立詐欺罪。

751、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，丙見甲自遠處踽踽而來，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？民國九十三年司法官

#### (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。

752、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。民國九十一年律師

擬答

(一) 未遂之定義：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之行為人，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. 說：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

**【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。

753、公務員甲係安分守己的公務員，從不接受賄賂，丙欲行賄甲，即打電話給甲之妻乙，乙係一愛錢的婦人，即跟甲夫說，有人會將錢拿給他，甲因而收受丙所交付之前，問甲. 乙如何處斷

[95調查局三等法律實務組]

擬答[一]甲所為欠缺收賄故意，不構成犯罪

依提旨，甲雖具備公務員身分，然其對於收賄一事並『不知情』，既不知情，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。客觀的行為不具有貪瀆性，甲所為不構成犯罪。

[二]乙利用有身份的公務員收賄行為，原則上亦應不構成犯罪

1 依照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分犯罪的情形，亦應以利用人本人具備身分為前提。

3 實質之，在身份犯或己手犯的情形，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，根本不敢興趣，焦點應該是在『幕後者』；如利用人欠缺身分，非難基礎即不存在，除非法有明文規定處罰〔如刑法214條〕否則利用人應不成立間接正犯

4 然而，院字第785號解釋卻作了相異的處理，肯定無身份者利用的身分而不知情之人，可以成立間接正犯，併予說明..

754、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，攜帶出店外，交由其友乙接走逃逸。試問對甲，乙應如何論罪科刑？〔92年公務人員升官等考試〕

擬答〔一〕甲將店內物品攜出店外的行為成立業務侵佔罪〔刑法336條2項〕

業務侵佔罪之成立，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，擅自處分，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法之所有，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逸的行為，成立業務侵占罪之共同正犯〔刑法第336條第2項，第31條第1項〕

普通侵占罪，行為人必須易持有為所有，為純正身分犯；業務侵占罪，行為人係基於業務關係，易持有為所有，為純正身分犯與不純正身分犯的結合，學說上稱為“雙重身分犯”。面對題示情形的“雙重身分犯罪參與問題”，實務係依刑法第31條第1項處理〔28上2536、70台上2481判例〕

本題中，無業務關係的乙將店內物品接走逃逸，與有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。

755、某甲開著他的愛車去加油，即將加滿之際，服務生某乙見機車加油道大排長龍，其他

同事忙不過來，乃暫時跑過去幫忙加油。某甲當下見有機可乘，遂在沒付錢下，匆匆離去。問某甲行為是否可罰？

擬答[1]某甲所為不成立詐欺罪：

題示情形，甲根本沒有行使詐術，亦沒有影響某乙的決定，而不過是單純利用了某乙自己跑去機車加油道的狀態而已。

[2]甲所為可能成立竊盜罪：

題示情形，固然某乙才是汽油持有人，但當某甲加滿油時，應可認為某甲已經系汽油的單獨持有人。關鍵在於：某甲是否亦為系爭汽油的所有人？少數意見認為，基於一個有效的買賣契約，

某甲已經完全具有汽油的所有權。壓倒性意見則認為：上述說法認定取得所有的時點過早，在自助商店，買賣契約與所有權讓與行為均遲至結帳才發生，汽油仍屬『他人動產』。

雖然如此，某甲所為仍非竊盜。竊盜罪的客觀構成要件除了要求必須是他人動產外，尚應存在一個『竊取行為』。題示情形，持有的移轉經過加油員的[有效]同意，構成要件不該當，不成立竊盜罪。

[3]某甲行為成立侵占罪：

某甲未付錢就將『載著別人汽油的』車開走，突顯其易持有為所有的不法所有意圖，其以所有人自居的行為，成立侵佔罪。

756、成年人A藉家計困難為由，勸其15歲之養女B賣淫圖利。問A觸犯何罪？

擬答

[1]養女乃親屬關係而服從養父監督之人，養父A則意圖營利而勸誘養女B與他人性交之賣淫行為，其行為觸犯刑法232條之加重引誘性交罪

[2]A之養女B年僅15歲，A之引誘性交行為同時觸犯第233條第2項之引誘未滿16歲男女與人性交罪。

[3]A之行為同時觸犯上述二罪名，因係法規競合，應適用刑罰較重之第232條處斷，不另論以第233條之罪名。

[4]A之行為，雖以家計困難為由，惟就罪名之成立未有影響。至該家計困難之事由，僅得解為犯罪之動機，犯人之生活狀況而為科刑時審酌之情狀，自屬量刑上應併注意之事項。

[5]結論：A之行為應為論以第232條之加重引誘性交罪

757、A於深夜潛入某貿易公司之辦公室，一面搜索財物，一面吸煙，並將未完全熄滅之菸蒂順手扔棄地上。當A毫無所獲欲離開時，見地面之雜紙冒煙，本極易撲滅，但其反而迅速逃離現場，因而引起大火，問A之刑責為何？

擬答[1]公司辦公室不問是否有人值夜，均不失為有人居住之建築物。因所謂有人居住，祇要系供人居住，不以行竊時，居住人現在其建築物內為必要。藉此以觀，A之所為相當於刑法第321條第1項第1款之規定，惟A搜索財物未獲，當屬已著手而未果，故應屬未遂，是其行為應論以刑法321條第2項加重竊盜未遂之罪。又其侵入建築物部分不另成立無故侵入住宅罪，因為侵入部份已包含於加重竊盜罪之構成要件之中，故不另論罪。

[2]當起火之始，A本可容易撲滅，但其反逃離現場，因而引起大火。可見A有放火之未必故意極為明顯，應令付不作為放火罪責。貿易公司並非住宅，而係建築物，故如平時有人但放火時未有人在場的情況，應屬刑法174條『放火燒毀現未有人所在之建築物』之範疇；若放火當時有人在場，則屬刑法173條之『放火燒毀現有人所在之建築物』範疇。結論：本題A應成立刑法321條第2項加重竊盜未遂及173條第1項放火罪二罪併合處罰。

758、A在B開設之賭場賭博，欠B鉅額賭債，B為索回賭債，乃持刀以二天內不還即予殺害等詞恐嚇A，B所為應成立何罪？

擬答按賭債為自然債務，性質上係屬不法原因之給付，A原可拒付給付，故B以恐嚇之手段要求索回賭債，已經逾越社會通念上一般可容忍之程度。惟本題關鍵在B是否具備主觀上不法所有之意圖，亦即行為人主體上明知財物為其所不應得，而欲違法獲得，方足成立。如B誤認賭債係合法之債權，縱令法律上認為賭債非債，然就行為人主觀之意思而言，仍無不法所有之意圖可言，B之所為尚難成立刑法346第1項之恐嚇取財罪，而僅成立第305條之恐嚇危害安全罪。

759、甲獨居山中，地勢荒僻，絕少人跡。月黑風高，甲獨酌獨飲，不覺飄飄然，醉之極矣。甲步蹣跚，身體如風之擺柳，拿起鐮刀亂舞，吆喝不斷。此時有登山迷路甲，尋聲走近甲的立身處，正欲出身發問，卻遭鐮刀掃中頭部，甲則渾然未察，翌日清晨，甲酒醒，發現陌生人倒臥血泊，已無生命跡象。檢察官以過失致死罪將甲提起公訴。問：如果你是甲的辯護律師，如何答辯？

擬答

[一]律師可能的答辯

1 甲無行為能力. 行為是指人類意志可能支配之外在舉止, 甲因酒精引響, 其對行走, 吆喝聲及舞刀動作的支配能力大減, 可能達全無支配可能性的程度.

2 甲無過失. 過失至少以主觀預見可能性為要件. 依甲所處荒僻環境, 及甲渾然未察的酒醉程度可推知, 甲可能無法預見其揮動鐮刀動作會侵害他人生命的外在事實, 因而阻卻過失甲無責任能力[刑法191條]. 依實務見解. 由於甲渾然未察其鐮刀掃中乙頸部可推知, 對外界事務全然欠缺知覺理會及判斷作用[26條渝上237], 甲可以主張心神喪失. 縱依新法第19條第1及3項, 甲因此而無法辨識行為違法及控制行為, 係故意自陷此精神障礙所致, 然依通說見解, 第3項之原因自由行為應以自陷精神障礙所致, 第3項之原因自由行為應以自陷精神障礙時及實現構成要件時對法益侵害有預見可能性為要件, 基於前述1, 2討論, 其不符合此要件, 因此, 仍得適用同條第1項阻卻罪責.

[2] 依甲之精神障礙程度及其影響, 律師可能主張上述答辯. 如對此有疑法院應為有利被告之假設下判決.

780、甲乙二人應丙之邀共同乘座由丙所駕駛之小客車, 不料途中丙不慎肇事撞傷丁。甲乙兩人思報答丙以往之恩情, 而共同商量由甲出面自承該車係由甲所駕駛肇禍。嗣於丙被訴過失傷害之偵查程序中, 甲乙均供前具結而為虛偽之陳述係甲駕車肇事。問甲乙兩人共犯(或各犯)何罪?

八十九年律師

(一) 甲虛偽陳述並具結可能構成刑法一六四條二項的頂替罪

本罪客觀上以頂替為要件, 而頂替必須假冒自己為犯人或脫逃人, 甲非肇事之人, 而於偵查程序中供稱自己是犯罪之人, 故客觀構成要件該當。主觀上甲知自己頂替的事實, 而甲的意圖也是使得丙能夠不接受刑事訴追, 故有使丙隱避的意圖, 主觀構成要件該當, 沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由, 甲構成本罪。

(二) 甲虛偽陳述並具結可能構成刑法一六八條的偽證罪

本罪客觀上以證人、鑑定人、通譯在審判或偵查時就案情有重要關係的事項, 為虛偽陳述, 並就之為有效的具結為要件, 本題中甲是在檢察官為偵查而以證人的身分指陳何人肇事之時, 反於客觀真實而為自己肇事的供述, 但甲身為證人又具有供稱肇事者的雙重身分時, 所作的具結是否有效則有問題, 因為甲可能會該當於刑事訴訟法一八一條所指的「因陳述而使自己受追訴者」, 如甲屬之時, 即享有具結證言權, 甲的具結就不是有

效的具結，就此問題有肯定說及否定說兩種看法，管見以為以否定說為當，因為甲應該是「因『陳述』本身而受刑事訴追」，而不是刑訴一八一條所規定「因陳述某一『事實』，而就該陳述的『事實』而受刑事訴追」之人，因此甲仍得為有效的具結，客觀要件該當，甲主觀上認識虛偽陳述的事實，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，構成本罪。

### （三）乙虛偽陳述並具結可能構成刑法一六四條二項的頂替罪

本罪客觀上以頂替為要件，因此就構成要件本身的理解上應該是一種「親手犯」，否則頂替的概念會過度擴張，而親手犯是否構成正犯不能用犯罪支配有無的觀點來認定，而應該用是否「行為人親手為之」來認定，本題中乙不是親自為頂替行為，不具親手性，無法該當於本罪的客觀構成要件。

### （四）乙虛偽陳述並具結可能構成刑法一六四條二項幫助頂替罪

本罪客觀上須有幫助事實，乙和甲謀議，可以說是一種心理上的必要且不可欠缺的助長，有精神上的幫助力，而正犯又存在，因此客觀要件該當。主觀上乙有幫助故意和幫助既遂故意，沒有其他阻卻違法和罪責事由，乙構成本罪。

### （五）乙虛偽陳述並具結可能構成刑法一六八條的偽證罪

乙在偵查中為證人，而為反於真實的虛偽陳述，供稱甲為犯人，且乙不具有拒絕證言權，客觀構成要件該當，而乙對其行為有認識，沒有其他阻卻違法和罪責事由，乙構成本罪。

（六）競合：甲一行為構成頂替罪和偽證罪，兩者保護法益不同，前者為司法訴追權的有效行使，後者為證言的法庭上真實陳述，應為想像競合，甲從一重偽證罪處斷。乙一行為構成幫助頂替罪和偽證罪，想像競合，從一重偽證罪處斷。

781、A在其自用住宅二樓，擺設麻將牌，撲克牌，賓果等賭博性電動機具，長期供不特定之顧客進出利用該等機器賭博，而為不法之營業。問A應否成立刑法第266條第一項之賭博罪？

擬答按在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，構成賭博罪，刑法第266第一項前段，訂有明文。查A擺設賭博性電動機器之二樓，雖屬住宅，原非公眾得出入場所，但既長期允

許不特定人隨時出入賭博，而為非法之營業，以失純粹住宅之性質，而與公眾得出入之場所無異，從而在該場所擺設賭博性機器供顧客賭博，應成立普通賭博罪。

782、某行空公司之飛機，因機場休護人員之疏忽，漏未將輪胎之螺絲拴緊，以至於飛航途中，該輪胎脫落下來，飛機飛抵機場降落時，因機場緊急處理得宜，機上乘客飽受一場虛驚，人，機均倖免於難，請問機場修護人員是否涉有刑法公共危險罪？

擬答〔一〕刑法第184條既例示『損壞軌道，燈塔，標示』而該條係針對損壞交通設備致生公共危險所為之處罰規定，固本條之行為客體限於上開例示有關之交通設備，且條文之『他法』係指損壞之外，與損壞性質相類性，足使該等設備之功能未能發揮而發生具體危險者方屬之。因法條既例示一，二，而以『其他』或『他法』概括其餘，解釋上因自應與例示者性質相近似者方可，否則範圍過於廣泛，當非立法本意。

〔二〕題示情形，既非對交通設備為損壞或相類之行為，而係對飛機本身維修不力，依上揭說明，自不成立本罪。且其他法律並無處罰之條文，依罪行法定原則，自不成立犯罪。

783、A打電話邀B至其住處，雙方發生爭吵，繼而互毆，A將B勒昏後綑綁B之手腳，並基於殺人之犯意，持水果刀朝B頸部猛刺，B因失血過多當場死亡。問A如何處斷？

擬答〔一〕殺人與妨害自由之關係非常密切，如對於同一被害人先無殺人意思而妨害其自由，嗣而始產生殺人意思，此種情形與先有殺人意思而妨害被害人之自由，繼而予以殺害，在刑法上並非成立同一之犯罪。關於此點，實例曾載：『殺人行為對於被害人之行動自由不能無所妨害，如果妨害自由即屬於殺人行為之一部分時，自不應更論以妨害自由之罪。被告與某甲共將乙綑勒，用斧頭砍斃，其捆勒舉動，係殺人行為之一部分，只能包括的論以殺人之罪，不得援引刑法302條第1項與殺人罪比較，從一重處斷。』〔二八上三零六九〕

〔二〕本題A在綑綁B之手腳是否基於殺人之故意而為，實係妨害自由是否為殺人行為之一部份之關鍵所在。依題示，A係以殺B之意思綑綁B之手腳，則妨害自由不失為殺人之附隨行為，不另外成立他罪。

784、A某日潛入B宅，擬傷害B，適B不在，為消怒氣，乃持刀將B客廳沙發割裂得體無完膚。試問對A如何論罪科刑？

擬答

1 A侵入住宅乃為傷害B，其構成侵入住宅〔刑306〕及傷害未遂，惟後者不處罰未

遂

顧僅能論以前罪。

2 A另行起意割裂B之沙發，又觸犯毀損罪〔刑354〕

3 A犯第306條第1項侵入住宅罪與354條之毀損罪，應依54條之規定數罪併罰。

785、A明知B之勞力士錶係搶奪得來，竟向B買受，價款已交付，但手錶尚未取得，即經警查獲，則A之刑責為何？

擬答：A不構成犯罪。故買贓物罪之構成要件如下：

[一]主觀要件：A認識B之手錶為財產犯罪所得之物〔贓物〕，並有意購買，具有本罪之故意

[二]客觀要件：雖AB成立買賣契約，並為價金之交付，但於物移入支配行為前，犯最上屬未遂

，而故買贓物罪〔刑法349第2項〕不罰未遂犯，故A不構成犯罪。

786、某商店於店內張貼『偷竊者按原物售價賠償一百倍』之警語，A偷竊某食品時不幸被捕，該店老闆B按警語要求賠償，若從之則不送警。A為求脫身，只好照價一百倍賠償。試問B是否成立恐嚇取財罪？

擬答[一]肯定說 實務多數見解：權利不得濫用，其行使以超過社會通念可得容忍之程度，否則難謂合法。

B固有損害賠償請求權，惟該損害額僅為該包裝食品之價格；竟索討百倍之賠償額，顯係以送警法辦嚇A利用A其不願受刑事追訴弱點，以獲得高額之賠償，其有乘機恐嚇要挾之意甚明，以超越社會通念可得容忍之程度，要難謂其對超越部分無不法所有意圖，自應構成恐嚇取材罪〔司法院80年廳刑一字562號函之22參照〕

[二]否定說：竊取他人財物之被告，除於刑事上應負竊盜之刑事責任外；被害人自得於民事上要求被告依此犯罪所致之損害賠償責任。是故，本題中商店老闆B自得向被告A要求賠償，此乃法律上之權利。至於被害人基於損害賠償之基礎為不當比例之要求，此為民事上不當得利之問題，尚無須立即以刑事上恐嚇罪嫌予以相繩，以符合刑法謙抑思想之精神。

[三]部份學者及70年臺上字第2823號判決，法務部84年檢字二字第0536號函亦採否定見解。

787、A至餐廳用餐而不付帳〔所謂白吃白喝〕應負何種刑事罪責？

擬答:A之行為是否構成詐欺罪. 主要之爭點在於A是否以詐術使人將本人或第三人之物交付. 一般而言, 欺罔之手段可分為積極之欺罔或不作為之欺罔, 對A之行為亦可由此分析:  
[一]一說以為A無支付飲食費之意思而為飲食行為, 本身為欺罔之行為, 故與積極之欺罔行為無異.

[二]另一說以為不告知無支付對價之意思或能力, 其不告知相當於不作為之欺罔.

學者多肯定此種白吃白喝行為乃欺罔之手段, 惟究屬積極或消極之欺罔則有爭議. 惟無論如何, A之白吃白喝行為已肯定為欺罔手段之實施, 故A之行為構成刑法339條第1項之詐欺取材罪.

788、某汽車旅館負責人A, 與錄影帶出租店老闆A, 意圖營利, 兩人商量, 以四六分帳方式, 由B於A旅客住宿之房間內, 私裝針孔攝影機, 長期竊錄不同房客投宿之男女性愛鏡頭, 並製成錄影帶, 拷貝數份, 出租供人觀賞, 問A, B之罪責?

擬答[一]B以出租錄影帶為業, 意圖散布, 播送男女性愛錄影帶, 無正當理由, 於A經營之汽車旅館房間內架設針孔攝影機, 偷錄住房男女非公開之性愛鏡頭. 一般而言, 夫婦間或男女朋友之男歡女愛, 係屬

不欲暴露於眾人面前之事項, 應屬當事人隱私權之一部分. B侵害他人隱私權, 應構成刑法第315條之2第2項之意圖散布竊錄罪. 又因為本罪為高度行為, 吸收刑法第315條之1第2款竊錄之低度行為, 故不另成立該罪.

[二]A雖未參加偷攝非公開之男女性愛鏡頭行為, 但其存營利之意圖, 提供汽車旅館房間, 便利B裝設針孔攝影機, 應構成刑法第315條之2第1項之意圖營利供給場所竊錄罪.

[三]針孔攝影機及其相關設備器材, 因屬供犯罪所用之物, 應沒收之[刑法第38條1項2款]. 而所偷攝製成之錄影帶, 包括母帶及拷貝之部份, 乃屬竊錄內容之附著物及物品, 不問屬於A, B與否, 均沒收之[刑法315之3]\

789、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 八十八年司法官考試

擬答(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。

790、甲以獲得內線消息，慫恿其任職某公司出納主任之姊姊乙挪用五百萬公款購買股票，保證三天內獲利兩百萬，二人均分，乙終於動心而挪用，次日因公司急需款項週轉而事發。試論斷甲、乙之罪責。

八十六年司法官

擬答(一)乙之刑責：

1. 乙可能構成業務侵占罪：乙為公司之出納主任，將因業務上持有公司所有之款項五百萬元，挪用購買股票，其行為符合刑法第三三六條第二項之業務侵占罪構成要件，且無阻卻違法與阻卻責任之事由，乙成立業務侵占罪。
2. 乙可能構成背信罪：乙為公司之出納主任，係為公司處理事務，竟為自己與其弟甲之利益，而違背其職務挪用持有公司所有款項五百萬，購買股票，致生損害於公司，其行為符合刑法第三四二條第一項背信罪之構成要件，且無阻卻違法與阻卻責任事由，乙成立背信罪。
3. 競合：業務侵占罪與背信罪之關係，實務上認為**侵占係特殊之背信**，祇適用侵占罪處罰已足。學說上有認為係**法條競合之擇一關係或特別關係**，只適用侵占罪處斷，亦有認為侵占罪與背信罪所保護之法益不同，二罪係想像競合犯之關係。依實務，乙應適用業務侵占罪處斷。

(二)甲之刑責：甲慫恿其姊乙挪用公款購買因得知內線消息之股票，並聲明保證三天內獲利二百萬元，二個人均分，其行為並非單純使乙產生業務侵占之犯意，而係以自己

犯罪之意思，與乙形成共同正犯之共同行為決意(犯意聯絡)，惟甲並無「業務持有」之特別關係，應成立何罪，學說及實務上有不同見解，茲分述如下：

1. 甲說：業務侵占罪之「業務持有」關係，係一不可分之「**純正身分**」，無業務持有之人與有業務持有之人共同侵占，無業務持有關係之人，應依刑法第三十一條第一項論以業務侵占罪之共同正犯(二八上二五三六例)。
2. 乙說：業務侵占罪之「業務持有」關係，係一「**雙重身分**」，即「持有」為純正身分，「業務」係加重刑罰之不純正身分，無業務持有關係之人與有業務持有之人共同侵占，無業務持有關係之人應依刑法第三十一條第二項論以普通侵占罪(蔡墩銘)。
3. 管見認為「**業務持有**」係**雙重身分**，因此無業務持有關係之人，必須適用刑法第三十一條第一項，才可成立侵占罪之共同正犯，然後再適用刑法第三十一條第二項，無業務關係之人論以通常之刑，即普通侵占罪。

本題甲之行為應成立刑法第三三五條第一項之普通侵占罪。

791·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：合法於執行逕行逮補時，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補時，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，如無合法之逮補即不得為之緊急搜索。是警員戊在合法逮補丙之時，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。

792、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。

793· 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

一一個刑法第二百七十一條之殺人罪之未遂犯。

794· 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。

795· 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。

796. 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。

797. 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。

798. 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。

799. 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。

800. 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。

801. 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。

802. 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。

803. 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。

804.：甲欠乙錢未還，又素與丙不睦。適甲意欲營利略誘婦女，為乙、丙知悉。乙遂乘機向甲表示：必須加倍還錢否則，即以略誘事提出告發。丙亦甲：將於三日後，向檢察官告發其略誘事。問：乙、丙是否犯罪？所犯何罪？附理由解析之。

A：乙部分：乙應成立刑法第346條恐嚇取財罪。

1行為人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，應成立刑法第346條第1項之恐嚇取財罪。其要件有三：

(4) 須有為自己或第三人不法所有之意圖。

(5) 須有恐嚇行為，即以將來惡害之事，通知他人，使人發生張佈之心，恐嚇內容不限於生、身體、自由、名譽或財產。

(6) 使人將本人第三人之物交付或得財產上之不法利益。

2惟本例，乙以揭發甲之犯罪為手段，是否恐當「恐嚇」行為？

依照「目的手段關係」理論，違法性之判斷應同時考慮目的與手段間之關係，本例以合法之手段(揭發他人犯罪)而達取得不法利益(加倍還錢)之目的，而其目的非在合法受領給付，應具非難性，乃屬恐嚇行為。實例亦採之，認為所通知之惡害縱其實現為法之所許，但若行為人利用之作為恐嚇手段，仍成立本罪(59台上1750)

二、丙部分：丙無犯罪

行為人以身體、生命、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人，致生危害於公安者，構成刑法第305條之恐嚇罪。其要件有：

1須有恐嚇行為。恐嚇乃指以「不法」之惡害相通知於人，使人心生張怖之謂，若係基於正當合法之原大，不能構成本罪。

2須以加害身體、生命、自由、名譽與財產直為恐嚇內容為限。

3須為單純之恐嚇，其侵害者為個人自由，祇須具有使他人生張怖之人心已足，如另有其他目的，則構成他罪。

4須恐嚇致生危害於安全：

即產生心生畏怖之安全上危險。就題示丙知甲犯法而語甲：將於三日後，向檢方告發其略誘事。吾人分析之：

- (4) 丙之通知是刑事訴訟法第240條規定，不問何人知有犯罪嫌疑者，得為告發之正當合法利，符點恐嚇要件。
- (5) 且丙告發，對於甲而言，能否產生心生畏怖之危險，亦不可知。
- (6) 丙無其他不法目的。因此應認為丙無犯罪。

805. 甲將他人飼養於鳥籠中之名貴鸚鵡一隻放走。

A: 本法第320條第1項所稱之「竊取」行為，依同條立法理由所示，即「喪失他人之所有，而移入於自己所持有」之意，是以，倘僅破壞他人對財物之支配管領力，卻未進而建立自己對該財物之支配管領力者，即難謂與竊取行為相尚，從而，甲之行為不成立竊盜罪。

2 甲放走他人籠內之名貴鸚鵡，雖該鸚鵡(財物)之性質、外形及其功能並未因而發生任何不銀之改變，惟事實上該他人就鸚鵡因支配管領而顯現之經濟上利益已破裂。甲之行為足生損周於該他人，依學者通說及前述立法理由所示，甲之行為應成立第354條之單純毀損罪。

3 結論: 甲之行為應負單純毀損罪(刑法354)之刑責。

若依甘教授之見解，則:

- (1) 甲成立準遺盜罪(刑法329)及侵入住宅罪(刑法306)之牽連犯。
- (2) 甲成立殺人罪與竊盜罪，數罪併罰。
- (3) 甲成立詐欺取財罪。
- (4) 甲若具排玉他人所有，實現其經濟目的，成立竊盜罪，否則，只單純係民事賠償問題。

806. 甲在凌晨駕車不慎撞倒路人乙，乃商請在場的另一路人丙協助，共同將乙抬上甲所駕的汽車。甲並未即將乙送往醫院急救，反而將車開往其友人丁家共謀對策。丁認為事態嚴重，且車禍現場目擊者僅丙一人，應可逃避過失責任。乃由丁駕車開往郊外候車站，甲、丁二人合力將乙抬放於候車亭內，揚長而去。其後，戊路過候車亭，將乙送醫急救，惜因延誤急救時機流血過多，乙終不治身死。甲、丁應負何刑責?

A: (一) 甲之刑責:

1 就駕車肇事部而言:

甲駕車，本應依其飭注意之範圍，避免侵及其他參與交通者之生命及身體法益，但因不注意而不慎撞倒路人乙，俾乙生傷害之結果，應成立過失傷害罪(刑法284I、14I)

2就移置他處之部分而言：

(4) 甲主觀為殺人故意或遺棄故意？

甲之主觀為何乃本題第一個爭點，惟管見以為：「甲為逃避責任，將受傷之乙載往郊外置於候車站」，推究其主觀應可認定仍基於遺棄之故意而未達於「殺人」之故意。

(5) 甲是否有扶助義務？

甲之行為是否構成刑法第294條第1項之有扶助義務之遺棄罪，爭點為義務或道路交通管理 罰條例第62條第2項，甲皆負有採取救護或為其必要扶助措施之「扶助」義務。

(6) 小結：甲基於遺棄故意遺棄因駕車撞傷之丙，應負刑法第294條第1項之遺棄致死罪。

3罪數：甲成立過失傷害及遺棄致死罪，兩者犯意有別，屬數罪併罰。

(二)丁之刑責：

丁就乙之受傷，並未有危險之前行為(刑法15II)，是以，就無自救力之乙並無扶助、養育或保護之義務、惟其與甲不僅於事前共謀，於認為事態嚴重後，復與甲共同將乙抬至郊外候車亭棄置(積極之移置行為)，應與甲成立遺棄致死罪之共同正犯，惟因丁對無自救力之乙依法令或契約並無扶助、養育或保護之義務，應論以無義務者之遺棄致死罪(刑法293、28、31II)

807. 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？

A:(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。

808、甲欠乙錢未還，又素與丙不睦。適甲意欲營利略誘婦女，為乙、丙知悉。乙遂乘機向甲表示：必須加倍還錢否則，即以略誘事提出告發。丙亦甲：將於三日後，向檢察官告發其略誘事。問：乙、丙是否犯罪？所犯何罪？附理由解析之。

A：乙部分：乙應成立刑法第346條恐嚇取財罪。

1行為人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，應成立刑法第346條第1項之恐嚇取財罪。其要件有三：

(7) 須有為自己或第三人不法所有之意圖。

(8) 須有恐嚇行為，即以將來惡害之事，通知他人，使人發生張佈之心，恐嚇內容不限於生、身體、自由、名譽或財產。

(9) 使人將本人第三人之物交付或得財產上之不法利益。

2惟本例，乙以揭發甲之犯罪為手段，是否恐當「恐嚇」行為？

依照「目的手段關係」理論，違法性之判斷應同時考慮目的與手段間之關係，本例以合法之手段(揭發他人犯罪)而達取得不法利益(加倍還錢)之目的，而其目的非在合法受領給付，應具非難性，乃屬恐嚇行為。實例亦採之，認為所通知之惡害縱其實現為法之所許，但若行為人利用之作為恐嚇手段，仍成立本罪(59台上1750)

二丙部分：丙無犯罪

行為人以身體、生命、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人，致生危害於公安者，構成刑法第305條之恐嚇罪。其要件有：

1須有恐嚇行為。恐嚇乃指以「不法」之惡害相通知於人，使人心生張怖之謂，若係基於正當合法之原由，不能構成本罪。

2須以加害身體、生命、自由、名譽與財產直為恐嚇內容為限。

3須為單純之恐嚇，其侵害者為個人自由，祇須具有使他人生張怖之人心已足，如另有其他目的，不構成他罪。

4須恐嚇致生危害於安全：

即產生心生畏怖之安全上危險。就題示丙知甲犯法而語甲：將於三日後，向檢方告發其略誘事。吾人分析之：

(7) 丙之通知是刑事訴訟法第240條規定，不問何人知有犯罪嫌疑者，得為告發之正當合法利，符點恐嚇要件。

(8) 且丙告發，對於甲而言，能否產生心生畏怖之危險，亦不可知。

(9) 丙無其他不法目的。因此應認為丙無犯罪。

809、某甲為郵局職員，利用職務上之機會，將某乙交寄之掛號信打開後，取出其信封內匯票一張，然後偽造收件人某丙之簽章。再將其持向受信地的郵局領得票款壹拾萬元，問某甲成立何罪？試說明之。

A：一依某甲之行為所成立之罪名如下：

1打開掛號信之行為：

甲係在郵局務機關執行職務之公務員，其開拆他人郵件構成刑法第133條無故開拆投寄之郵件之「郵電公務員妨害郵電秘密罪」。一般人拆開他人之封緘信函，應成立第315條之罪，郵電人員成立本罪，依特別法住於普通法原刪，自不另論第315（27上1294）

2取出匯票之行為：

此種行為究應論以侵占罪或應以侵佔罪或應論以竊盜罪？實務上認為運送途中之整個郵袋，固因業務而持有，但對於其內封存之物品，顯在不得自由處分之狀態，自無支配力之可言，從而竊取封存中物品之所有，非侵佔罪，應構成「竊盜罪」（29上171、52台上1948）

3偽造丙簽章：

本應構成刑法第217條之偽造私印章罪，然因其嗣後仍有將偽造之某丙印章持以加蓋而領取票款之行為，故可認為某甲係以偽造印文為目的而偽造印章，僅論以偽造印文罪，即為已足，並不另行成立偽造印章罪。

4持向郵局領取票款之行為：

此項行為乃處分竊得財產之行為，包含於竊盜罪之意圖與行為中，故不再論之。

(二)以上某甲所觸犯之「郵電務員妨害郵電秘密」（刑法133）、「竊盜罪」（刑法320）、

「偽造印文罪」(刑法217I)，三罪之間有方法結果之牽連關係，故應依刑第55條後段規定，從一重之「竊盜罪」斷。因94年2月2日新修刑法已刪除牽連犯規定，而本題甲之行為不論被認為是一行為或數行為，皆侵害多數法益，為完全評價之故，應依數罪併罰，予以處斷。

810、甲計畫謀殺乙；丙。於宴會中，甲先下劇毒於乙之酒杯，隨後伺機又下劇毒於丙之酒杯。乙丙飲毒中毒而亡。

A:1甲之謀殺乙、丙二人，乃本於括之預定犯意。

2甲下劇毒於乙、丙二人酒杯之行為，雖其間具有時空之一併性，惟殺乙與丙之行為顯然可加以區分，非認定「一行為」，而應解為係具有連續性數殺人行為。

3甲先後刪為侵害乙、丙二人不同之「生命法益」。

4甲所犯二罪，為本法所規定之「同一罪名」。

5惟亦有學者認為人個法益不適用連續犯之規定，應論以實質競合犯，應論以實質競，數罪併罰。

6刑法修正條文刪除連續犯之規定，使回歸實質競合。

惟本案後依現行法，甲之行為侵、丙之生命法益，且行為結果間復有相當因果，應依本法第56條規定，論以殺人既遂罪之連續犯，並得加重其刑至二分之一。

811、甲無故侵入他人住宅(第三〇六條)且非法搜索該住宅(第三〇七條)。

A:題意稱:「且非法」，則甲之行為目可排除「另起犯意」之情形;易言之，前提上本題應認定為「甲本意在於非法搜索住宅而無故侵入並非法搜索。」

1甲之前後行為分別符合刑第306條第1項侵入住宅及第307七條違法搜索罪之要件，惟甲之犯意乃於違法搜索住宅行為，應為違法搜索罪所吸收，不另論罪。

2刑法第306條、第307條2條文間，就「住宅」不受非法侵擾之保護方向初無二致，行為有前後高低度之關係是以，本案中，甲之先前「侵入他住宅」行為，解釋上應為「不之前行為」，宜適用法條競合中之補充關係加以處理，亦即僅論以非法搜索住宅罪即為已足。

811:Q:某甲借與其友張三新台幣伍萬元，當時並未書立借據，某甲恐張三失信賴債，乃

摹擬張三筆跡，偽造借據一紙。

A: 甲無書立借據之權，竟假冒張三名義作成借據，惟借據內容真實無偽，甲是否成立偽造文書罪(刑法210)?

1 依形式主義，認偽造文書罪所妨害者，乃社會公眾對文書名義真正所具之信用，故凡無製雁權而擅自製作者，均係偽造，至於實質內容如何 在所不問。

2 依實質主義，偽造是否成立，應以文書內容是否虛偽為斷，倘只名義虛偽，而內容不偽，尚難謂為偽造。

3 刑法之處罰有形的偽造，非只因其冒用他人名義，而在於虛偽文書有害於公共信用及社會交往之安全，故必內容虛偽，方有發紐如此妨害之可能。現今學說認偽造文書，必文書之名義人非屬真正，同時其內容亦欠真實，如足當之。此一見解，堪稱為折衷說，頗值贊同。

4 後按甲對張三確有債權存在，是其偽造借據行為不足生損害於債務人，從而不符合刑法第210條之「足以生損害於公眾或他人」要件

5 綜上論結，甲不成立偽造文書罪。

812: Q: 甲計畫謀殺乙；丙。於宴會中，甲先下劇毒於乙之酒杯，隨後伺機又下劇毒於丙之酒杯。乙丙飲毒中毒而亡。

A: 1 甲之謀殺乙、丙二人，乃本於括之預定犯意。

2 甲下劇毒於乙、丙二人酒杯之行為，雖其間具有時空之一併性，惟殺乙與丙之行為顯然可加以區分，非認定「一行為」，而應解為係具有連續性數殺人行為。

3 甲先後刪為侵害乙、丙二人不同之「生命法益」。

4 甲所犯二罪，為本法所規定之「同一罪名」。

5 惟亦有學者認為人個法益不適用連續犯之規定，應論以實質競合犯，應論以實質競，數罪併罰。

6 刑法修正條文刪除連續犯之規定，使回歸實質競合。

惟本案後依現行法，甲之行為侵、丙之生命法益，且行為結果間復有相當因果，應依本法第56條規定，論以殺人既遂罪之連續犯，並得加重其刑至二分之一。

813: Q: 夾甲為貨運行負責人，僱用某乙為司機，某丙為助手，三人在車輛行駛中，原由某乙駕駛，改由某甲親自駕駛，改由某甲親自駕駛車，不慎壓斃行人，某甲為脫刑責，

於檢察官偵察中囑乙自認開車肇事，某丙則到庭具當供證當時係乙所駕駛，並非某甲壓斃行人。

A:丙成立偽證罪，乙為業務上過失致人於死及頂替罪之牽連犯，甲成立過失致人於死罪。

1丙雖於檢察官偵查中，僥倖具結為虛偽陳述，惟丙係甲之受僱人，依舊刑事訴訟法第186條但書第5款之規定，不得令具結，故丙到庭具結，不生效力，從而亦不具備偽證罪之要件，自難令丙負偽證責任(44台上714)。但92年刑事訴訟修法，丙具結，於此仍須負偽證責任。

2乙以駕駛為業，就其駕駛之卡車，應有注意使其不致傷害他人之義務，學說稱之「危險產之監督」，乃竟任由甲駕駛，因而肇事，似應負業務上過失致人於死不作為犯罪責。惟甲如亦有卡車之駕駛執照，則乙使其駕駛即不得謂其有何過失。

乙於偵查中自認開車肇事，成立第164條第2項之頂替罪，本罪與前述業務上過失致死罪，(惟應注意，牽連犯已於九十四年修正刪除，是故即使此處為二個故意犯罪行為，仍應依刑法50數罪併罰之)，依刑法第五十條併合處罰。

3甲非以駕駛為業，駕車壓斃行人，成立第276條第1項普通過失致人於死罪，其後唆使乙自認，乃教唆他人頂替之行為，依無期待可能性，應不成立教唆偽證罪(81廳刑字13529號)

814: Q:甲某日至a宅行竊，得手後正擬潛逃時，適a返家撞見，乃將其送警局法辦，惟途中甲趁a疏忽之際，掙扎逃逸。試問甲應負何刑責？

A:成立刑法第306條第1項，第302條第1項；是否成立第161條第一項則有爭議。出題者刻意迴避關於可能成立加重竊盜與準強盜兩罪的事實陳述，意在將考題單純化，考生實無庸想像甲可能毀越牆垣、可能對乙的逮捕反抗而施強暴行為；建議將焦距鎖定第161條第1項的是否成立與第306條第1項，第320條第1項兩罪成立後，依新刑法是否(必)數罪併罰兩點。

815:Q:甲久病厭世，配偶乙也已照料至心力憔悴，乃虛違對其提議共赴黃泉，甲信以為真，先走一步。乙究成立教唆自殺？抑或殺人罪的間接正犯？

A:依56年台上字第1767號判決:(上訴人自己無自殺之決意，僅虛與委蛇詭稱同死，而使被害人先自殺，對於被害人吞服藥物必發生死亡之結果，已有預見，且不違背其本意，

自應負殺人之間接故意，論以殺人罪。)roxin對於此種(施用詐術而引起他人自我損害的動機錯誤)，則認為行為人對於自殺的影響力屬不確定;縱使在常見的所謂施用詐術使他人誤以為患絕症而自殺的案例，自殺者的決定仍是自由的，否定成立間接正犯。

816:Q: 債權人甲到債務人乙之家中討債，見乙無錢可還，便命人搬走乙之傢俱來抵債，甲誤此急事民法所規定的自助行為，係依法令之行為而無違法性。請問甲的此種錯誤，應如何予以評價?

A:學說就此，處理上多要求先確定債務的種類，除非是特定之債務，否則，如仍是種類之債，因債權人仍無法主張物權上的財產利益，自應構成竊盜。理由是;即使債務人不清償債務，債權人也只能依照民事起訴及執行程序求償，而不是直接自行取償。簡之，僅種類之債才肯定不法意圖。

817. Q: 甲因竊盜罪經地方法院判處有期徒刑一年，甲心灰意冷，向法院聲明捨棄上訴。甲之妻乙覺得甲應受緩刑判決，乃以自己名義，向法院提起上訴，問乙之上訴是否合法?

A: 刑事訴訟法第三百四十五條規定，被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴。而所謂「獨立上訴」，係指上訴與否不受被告之意思拘束，縱使被告捨棄或撤回上訴，亦不影響配偶之獨立上訴權。因此，在本案例中，乙係甲之配偶，自得依第三百四十五條之規定，獨立以自己名義為甲之利益提起上訴。故乙之上訴為合法。

818. Q: 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？

A: (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。

819. Q: 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？

A: (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。

820:Q: 公務員甲係安分守己的公務員，從不接受賄賂，丙欲行賄甲，即打電話給甲之妻乙，乙係一愛錢的婦人，即跟甲夫說，有人會將錢拿給他，甲因而收受丙所交付之前，問甲. 乙如何處斷

A:[一] 甲所為欠缺收賄故意，不構成犯罪

依提旨，甲雖具備公務員身分，然其對於收賄一事並『不知情』，既不知情，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。客觀的行為不具有貪瀆性，甲所為不構成犯罪。

[二] 乙利用有身份的公務員收賄行為，原則上亦應不構成犯罪

1 依照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分犯罪的情形，亦應以利用人本人具備身分為前提。

3 實質之，在身份犯或己手犯的情形，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，根本不敢興趣，焦點應該是在『幕後者』；如利用人欠缺身分，非難基礎即不存在，除非法有明文規定處罰[如刑法214條]否則利用人應不成立間接正犯

4 然而，院字第785號解釋卻作了相異的處理，肯定無身份者利用的身分而不知情之人，可以成立間接正犯，併予說明..

821:Q: 某甲開著他的愛車去加油，即將加滿之際，服務生某乙見機車加油道大排長龍，其他同事忙不過來，乃暫時跑過去幫忙加油。某甲當下見有機可乘，遂在沒付錢下，匆匆離去。問某甲行為是否可罰？

A:[1] 某甲所為不成立詐欺罪：

題示情形，甲根本沒有行使詐術，亦沒有影響某乙的決定，而不過是單純利用了某乙自己

跑去機車加油道的狀態而已。

[2]甲所為可能成立竊盜罪：

題示情形，固然某乙才是汽油持有人，但當某甲加滿油時，應可認為某甲已經系汽油的單獨持有人。關鍵在於：某甲是否亦為系爭汽油的所有人？少數意見認為，基於一個有效的買賣契約，

某甲已經完全具有汽油的所有權。壓倒性意見則認為：上述說法認定取得所有的時點過早，在自助商店，買賣契約與所有權讓與行為均遲至結帳才發生，汽油仍屬『他人動產』。

雖然如此，某甲所為仍非竊盜。竊盜罪的客觀構成要件除了要求必須是他人動產外，尚應存在一個『竊取行為』。題示情形，持有的移轉經過加油員的[有效]同意，構成要件不該當，不成立

822:Q:A於深夜潛入某貿易公司之辦公室，一面搜索財物，一面吸煙，並將未完全熄滅之菸蒂順手扔棄地上。當A毫無所獲欲離開時，見地面之雜紙冒煙，本極易撲滅，但其反而迅速逃離現場，因而引起大火，問A之刑責為何？

A:[1]公司辦公室不問是否有人值夜，均不失為有人居住之建築物。因所謂有人居住，祇要係供人居住，不以行竊時，居住人現在其建築物內為必要。藉此以觀，A之所為相當於刑法第321條第1項第1款之規定，惟A搜索財物未獲，當屬已著手而未果，故應屬未遂，是其行為應論以刑法321條第2項加重竊盜未遂之罪。又其侵入建築物部分不另成立無故侵入住宅罪，因為侵入部份已包含於加重竊盜罪之構成要件之中，故不另論罪。

[2]當起火之始，A本可容易撲滅，但其反逃離現場，因而引起大火。可見A有放火之未必故意極為明顯，應令付不作為放火罪責。貿易公司並非住宅，而係建築物，故如平時有人但放火時未有人在場的情況，應屬刑法174條『放火燒毀現未有人所在之建築物』之範疇；若放火當時有人在場，則屬刑法173條之『放火燒毀現有人所在之建築物』範疇。

結論：本題A應成立刑法321條第2項加重竊盜未遂及173條第1項放火罪二罪併合處罰。

823:Q: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，丙見甲自遠處踽踽而來，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？

A:(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。

824:Q: 成年人A藉家計困難為由, 勸其15歲之養女B賣淫圖利. 問A觸犯何罪?

A:[1]養女乃親屬關係而服從養父監督之人，養父A則意圖營利而勸誘養女B與他人性交之賣淫行為，其行為觸犯刑法232條之加重引誘性交罪

[2]A之養女B年僅15歲，A之引誘性交行為同時觸犯第233條第2項之引誘未滿16歲男女與人性交罪。

[3]A之行為同時觸犯上述二罪名，因係法規競合，應適用刑罰較重之第232條處斷，不另論以第233條之罪名。

[4]A之行為，雖以家計困難為由，惟就罪名之成立未有影響。至該家計困難之事由，僅得解為犯罪之動機，犯人之生活狀況而為科刑時審酌之情狀，自屬量刑上應併注意之事項。

[5]結論：A之行為應為論以第232條之加重引誘性交罪

825:Q:A在B開設之賭場賭博，欠B鉅額賭債，B為索回賭債，乃持刀以二天內不還即予殺害等詞恐嚇A，B所為應成立何罪？

A:按賭債為自然債務，性質上係屬不法原因之給付，A原可拒付給付，故B以恐嚇之手段要求索回賭債，已經逾越社會通念上一般可容忍之程度。惟本題關鍵在B是否具備主觀上不法所有之意圖，亦即行為人主觀上明知財物為其所不應得，而欲違法獲得，方足成立。如B誤認賭債係合法之債權，縱令法律上認為賭債非債，然就行為人主觀之意思而言，仍無不法所有之意圖可言，B之所為尚難成立刑法346第1項之恐嚇取財罪，而僅成立第305條之恐嚇危害安全罪。

826:Q:甲冒充警察對路人乙實施臨檢，甲之行為應成立何罪？

A:(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§159『公然冒用公務員服飾、?章或官銜罪』及§158I『冒充公務員而行使其職權』之罪，惟甲除冒充警察之職權外，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§159『公然冒用公務員服飾、?章或官銜』之規定，而應處以刑法§158『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§302剝奪他人行動自由罪，此乃一行為構成刑法§158I與妨礙自由罪之想像競合犯，應依§55想像競合之規定，從一重處斷，處以妨礙自由罪。

827:Q:學生甲悉乙家藏有私槍，擬向主關機關檢舉，又恐空言無據遭以反啜，乃邀約同學丙丁潛入乙家搜索，果搜得私槍一把攜至警局舉發。問甲丙丁之行為有無刑責，應如

何處斷？

A: 甲邀約丙丁潛入乙家搜索，甲丙丁三人皆為共犯，因共犯之成立除共同實施犯罪行為者外，以有意思聯絡共同實施犯罪。甲丙丁無故侵入乙之住宅，侵害之法益為個人居住之自由，應負刑法§306 侵入居住罪之刑責。又此乃無搜索職權之普通人民，侵入他人住宅，擅行搜索，與刑法§307 違法搜索罪之有搜索權之人，違法搜索為成立要件，故甲丙丁僅為侵入住屋罪之共同正犯。

828:Q: 某甲與某乙行竊第一次成功，第二次於夜間向某丙行竊，被丙發現，某乙趁隙逃脫，甲被丙拉住，猛擊某丙始告逃脫，試問甲乙應為何處斷？

A: 甲觸犯刑法§329 準強盜罪和刑法§320 普通竊盜罪；乙則犯刑法§320 普通竊盜罪和刑法§321 加重竊盜未遂罪。

理由：本案甲乙共同行竊第一次成功，顯係甲乙二人犯竊盜既遂罪，第二次夜間向丙行竊，被丙發現，以趁隙脫逃，則乙又犯加重竊盜未遂罪，而甲被丙拉住，甲猛擊丙始告逃脫，甲犯刑法§329 準強盜罪。

829:Q: 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，?脫逃逸。試問甲應負何刑責？

A: 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。

830:Q: 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？

A: (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§122III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。

831、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—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。

832、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。

833、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，可以適用得被害人承諾的法理，某甲不構成侵入住宅罪。

834、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。」

835、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。

836、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。

837、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。

838、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。

839、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。

840、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。

841、甲乙是鄰居，某日甲溜狗經乙家，為了報復乙老是給他錯誤的明牌，拾起地上石塊打破乙家門窗，恰巧乙家因瓦斯洩，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棺，丙欲探究竟，甲以為棺之持刀係來找碴，遂縱狗咬丙，致丙受傷，請問甲對丙之刑責為何？

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責任」，核其文所指『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，因涉及不法意識瓦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：

2、「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任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『容構成要偉之事實』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。

- 3、『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。
- 4、『罪責說』：此說以新古典三階層為本，故意有雙重機軸，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，有責任上之大不同，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，應以其為本。
- 5、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，應論以法第二七七條傷害罪為當。
- 6、據上論結，甲縱狗傷丙之行為，應成立刑法第二七七之傷害罪。

842、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，可以適用得被害人承諾的法理，某甲不構成侵入住宅罪。

843、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，已達旣著手。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。

844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，前往現場處理，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。

845、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。

846、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，法律推定其具有安全駕駛能力，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)，乙自始既不具有保證人地位，仍然不構成犯罪！

847、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(刑法第三0六條第一項)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)

848、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，形成持續的分理，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。

849、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)。

850、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。

851. 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：出售乙車：

1. 普通竊盜罪(刑法320 I)。客觀上，甲不因其無權取得乙車之複製鑰匙
2. 匙而取得持有，該車仍是由乙持有。儘管乙出國，依據社會日常觀
3. 念，乙不因此喪失對該車之持有。因此，甲將乙車交付丙，實係未
4. 得持有人乙之同意而破壞其持有，建立新持有（不以自己取得持有

5. 為必要 )，是竊取他人動產。主觀上，甲對上述事實有認識，具竊盜故意，亦有為他人不法所有之意圖。無阻卻違法及最責事由，成立本罪。

2. 加重竊盜既遂罪(刑法321 I )。甲持複製鑰匙竊走乙車，不符合毀越其他安全設備(刑法321 I 2 )之加重要件。依事實，難以判斷如何進入乙的別墅，不符合第1款之加重要件。故不成立本罪。

3. 普通侵占罪(刑法335 I )。本罪以行為人實施侵占行為前即已對他人之物取得持有為前提。依前述，甲在出售前尚未取得該車之持有，不成立本罪。

4. 詐欺取財罪(刑法339 I )。甲冒充所有權人，是就交易重要之點所實施之詐術，使丙誤認其有處分權限而交付價金。丙是以低於市價一成之價款購得，雖無財產實害，但是丙對該車之占有是基於甲的竊盜行為而來，原占有人得於二年內隨時請求回復(民949)，故其整體財產陷入具體危險。主觀上，甲具不法得利意圖及詐欺取財故意，無阻卻違法及最責事由，成立本罪。

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。

852. 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。

853. 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。

854. 甲於深夜潛入某貿易公司之辦公室，一面搜索財物，一面吸菸，並將未完全熄滅支菸蒂隨手丟棄地上。當甲毫無所獲欲離開時，見地上之雜物冒煙，本極易撲滅，但其反而迅速逃離現場，因而引起大火，問甲之刑責如何？

1 公司辦公室不問是否有人值夜，均不失為友人居住之建築物，且當起火之始，甲本可撲滅，但其

反而逃離現場，因而引起大火，可見甲有放火之未必故意，應令其負不作為放火罪之責。

故甲應成立刑法§173I放火罪。

2甲潛入辦公室意在行竊，為甲搜索財物未獲，應屬已著手但未遂，故甲應成立刑法§321II加重竊盜罪未遂。至其侵入建築物部分，故甲應成立刑法加重竊盜罪未遂。至其侵入建築物部分，因已包含於加重竊盜罪之構成要件中，不另成立無故侵入住屋罪。

3結論：甲應成立刑法§173I放火罪與刑法§321II加重竊盜罪未遂，二者數罪併罰。

#### 855. 甲偽造某國立大及教育部之公印，製作假畢業證書，應如何論罪處斷？

1偽造學校畢業證書或證明書，應成立刑法§212之罪，已見院字第2334號解釋，至偽造學校之印章，應分別成立刑法§218I或§217I之罪。如與偽照畢業證書或證明書有方法結果之關係，應依同法§55從一重處斷。

2偽造學校畢業證書，並偽造教育部、省教育廳或其他主管教育機關之公印，加蓋其上著，應成立刑法§212，及同法§218I之罪，並依同法§55從一重處斷。如送審時，經發現其有犯罪嫌疑，依刑事訴訟法第220條之規定，自應予以告發。

#### 856. 甲冒充警察對路人乙實施臨檢，甲之行為應成立何罪？

1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§159『公然冒用公務員服飾、徽章或官銜罪』及§158I『冒充公務員而行使其職權』之罪，惟甲除冒充警察之職權外，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§159『公然冒用公務員服飾、徽章或官銜』之規定，而應處以刑法§158『冒充公務員而行使其職權罪』。

2甲無職權而對路人乙實施臨檢之行為，已犯刑法§302剝奪他人行動自由罪，此乃一行為構成刑法§158I與妨礙自由罪之想像競合犯，應依§55想像競合之規定，從一重處斷，處以妨礙自由罪。

857. 甲欠乙錢未還，又素與丙不睦。適甲意欲營利略誘婦女，為乙、丙知悉。乙遂乘機向甲表示：必須加倍還錢否則，即以略誘事提出告發。丙亦甲：將於三日後，向檢察官告發其略誘事。問：乙、丙是否犯罪？所犯何罪？附理由解析之。

A: 乙部分：乙應成立刑法第346條恐嚇取財罪。

1行為人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，應成立刑法第346條第1項之恐嚇取財罪。其要件有三：

(10) 須有為自己或第三人不法所有之意圖。

(11) 須有恐嚇行為，即以將來惡害之事，通知他人，使人發生張佈之心，恐嚇內容不限於生、身體、自由、名譽或財產。

(12) 使人將本人第三人之物交付或得財產上之不法利益。

2惟本例，乙以揭發甲之犯罪為手段，是否恐當「恐嚇」行為？

依照「目的手段關係」理論，違法性之判斷應同時考慮目的與手段間之關係，本例以合法之手段(揭發他人犯罪)而達取得不法利益(加倍還錢)之目的，而其目的非在合法受領給付，應具非難性，乃屬恐嚇行為。實例亦採之，認為所通知之惡害縱其實現為法之所許，但若行為人利用之作為恐嚇手段，仍成立本罪(59台上1750)

二丙部分:丙無犯罪

行為人以身體、生命、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人，致生危害於公安者，構成刑法第305條之恐嚇罪。其要件有：

1須有恐嚇行為。恐嚇乃指以「不法」之惡害相通知於人，使人心生張怖之謂，若係基於正當合法之原大，不能構成本罪。

2須以加害身體、生命、自由、名譽與財產直為恐嚇內容為限。

3須為單純之恐嚇，其侵害者為個人自由，祇須具有使他人張怖之人心已足，如另有其他目的，院構成他罪。

4須恐嚇致生危害於安全：

即產生心生畏怖之安全上危險。就題示丙知甲犯法而語甲：將於三日後，向檢方告發其略誘事。吾人分析之：

(10) 丙之通知是刑事訴訟法第240條規定，不問何人知有犯罪嫌疑者，得為告發之正當合法利，符點恐嚇要件。

(11) 且丙告發，對於甲而言，能否產生心生畏怖之危險，亦不可知。

(12) 丙無其他不法目的。因此應認為丙無犯罪。

858. (一)某甲於乙競選縣長之際，以行賄之意思交付某乙新台幣一百萬元，某乙則允於當選後派某甲為縣府機要秘書，嗣乙雖已當選，但並未履行諾言。

A: 甲、乙皆不成立犯罪。

1獲於乙視選縣長之際，行求並交付財賂，並非刑法第123條準受賄罪上處罰之行為，不得準照刑法第122條第3項予以論罪，此乃罪刑法定主義下之當然結論。稚準受賄罪無同刑法第122條第3項之行賄罪規定，在立法政策上尚有檢討之必要。乙尚未當選縣長即收受賄賂、本已該當刑法第123條之構成要

件，而應論以刑法第121第1項不違背職務受賄罪。惟第123條準受賄罪必以其於為公務員後覆行而成立9處罰條件)，本例乙未覆行諾言，故不成立該罪。或謂題例情形，乙應成立詐欺取財罪，惟吾人不表贊同，蓋詐欺取財罪乃行為人藉欺罔手段，使人陷於錯誤，而為財物之交付為構成要件，乙未以積極行

為施用詐術，固無論，即其允於當選後派甲為縣府機要秘書，亦與有告知一定事實之義務候，故意違反告知義務，利用對方不知而使之為財物交付之消極施用詐術情形，迥不相。

859. 夾甲為貨運行負責人，僱用某乙為司機，某丙為助手，三人在車輛行駛中，原由某乙駕駛，改由某甲親自駕駛，改由某甲親自駕駛車，不慎壓斃行人，某甲為脫刑責，於檢察官偵察中囑乙自認開車肇事，某丙則到庭具當供證當時係乙所駕駛，並非某甲壓斃行人。

A: 丙成立偽證罪，乙為業務上過失致人於死及頂替罪之牽連犯，甲成立過失致人於死罪。

1 丙雖於檢察官偵查中，僥倖具結為虛偽陳述，惟丙係甲之受僱人，依舊刑事訴訟法第186條但書第5款之規定，不得令具結，故丙到庭具結，不生效力，從而亦不具備偽證罪之要件，自難令丙負偽證責任(44台上714)。但92年刑事訴訟修法，丙具結，於此仍須負偽證責任。

2 乙以駕駛為業，就其駕駛之卡車，應有注意使其不致傷害他人之義務，學說稱之「危險產之監督」，乃竟任由甲駕駛，因而肇事，似應負業務上過失致人於死不作為犯罪責。惟甲如亦有卡車之駕駛執照，則乙使其駕駛即不得謂其有何過失。

乙於偵查中自認開車肇事，成立第164條第2項之頂替罪，本罪與前述業務上過失致死罪，(惟應注意，牽連犯已於九十四年修正刪除，是故即使此處為二個故意犯罪行為，仍應依刑法50數罪併罰之)，依刑法第五十條併合處罰。

3 甲非以駕駛為業，駕車壓斃行人，成立第276條第1項普通過失致人於死罪，其後唆使乙自認，乃教唆他人頂替之行為，依無期待可能性，應不成立教唆偽證罪(81廳刑字13529號)

860. 某甲借與其友張三新台幣伍萬元，當時並未書立借據，某甲恐張三失信賴債，乃摹擬張三筆跡，偽造借據一紙。

A: 甲無書立借據之權，竟假冒張三名義作成借據，惟借據內容真實無偽，甲是否成立偽造文書罪(刑法210)?

1 依形式主義，認偽造文書罪所妨害者，乃社會公眾對文書名義真正所具之信用，故凡無製雁權而擅自製作者，均係偽造，至於實質內容如何 在所不問。

2 依實質主義，偽造是否成立，應以文書內容是否虛偽為斷，倘只名義虛偽，而內容不偽，尚難謂為偽造。

3刑法之處罰有形的偽造，非只因其冒用他人名義，而在於虛偽文書有害於公共信用及社會交往之安全，故必內容虛偽，方有發紐如此妨害之可能。現今學說認偽造文書，必文書之名義人非屬真正，同時其內容亦欠真實，如足當之。此一見解，堪稱為折衷說，頗值贊同。

4後按甲對張三確有債權存在，是其偽造借據行為不足生損害於債務人，從而不符合刑法第210條之「足以生損害於公眾或他人」要件

5綜上論結，甲不成立偽造文書罪。

861. 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？

A:(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。

862. 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？

(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。

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

甲持拾獲之A之身份証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，甲並未造成偽造或變造身分證，亦不構成行使偽造、變造之文書，惟是否構成§ 215 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文書之行為無處罰之明文，而§ 215 之罪應認為有排斥普通人成立間接正犯之適用，此觀諸§ 213，§ 214 之關係，其意甚明，依罪刑法定原則，甲之行為不構成犯罪。

864. 某甲與某乙行竊第一次成功，第二次於夜間向某丙行竊，被丙發現，某乙趁隙逃脫，甲被丙拉住，猛擊某丙始告逃脫，試問甲乙應為何處斷？

結論：甲觸犯刑法§ 329 準強盜罪和刑法§ 320 普通竊盜罪；乙則犯刑法§ 320 普通竊盜罪和刑法§ 321 加重竊盜未遂罪。

理由：本案甲乙共同行竊第一次成功，顯係甲乙二人犯竊盜既遂罪，第二次夜間向丙行竊，被丙發現，以趁隙脫逃，則乙又犯加重竊盜未遂罪，而甲被丙拉住，甲猛擊丙始告逃脫，甲犯刑法§ 329 準強盜罪。

865. 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。

866. 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，可以適用得被害人承諾的法理，某甲不構成侵入住宅罪。

867. 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，於是趁管理員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。

868. 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。

869. 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。

870. 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。惟對私行拘禁行為，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。

871. 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。

872: 某甲為郵局職員，利用職務上之機會，將某乙交寄之掛號信打開後，取出其信封內匯票一張，然後偽造收件人某丙之簽章。再將其持向受信地的郵局領得票款壹拾萬元，問某甲成立何罪？試說明之。

A: 一依某甲之行為所成立之罪名如下:

1 打開掛號信之行為:

甲係在郵局務機關執行職務之公務員，其開拆他人郵件構成刑法第133條無故開拆投寄之郵件之「郵電公務員妨害郵電秘密罪」。一般人拆開他人之封緘信函，應成立第315條之罪，郵電人員成立本罪，依特別法住於普通法原刪，自不另論第315 (27上

1294)

2取出匯票之行為：

此種行為究應論以侵占罪或應以侵占罪或應論以竊盜罪？實務上認為運送途中之整個郵袋，固因業務而持有，但對於其內封存之物品，顯在不得自由處分之狀態，自無支配力之可言，從而竊取封存中物品之所有，非侵占罪，應構成「竊盜罪」(29上171、52台上1948)

3偽造丙簽章：

本應構成刑法第217條之偽造私印章罪，然因其嗣後仍有將偽造之某丙印章持以加蓋而領取票款之行為，故可認為某甲係以偽造印文為目的而偽造印章，僅論以偽造印文罪，即為已足，並不另行成立偽造印章罪。

4持向郵局領取票款之行為：

此項行為乃處分竊得財產之行為，包含於竊盜罪之意圖與行為中，故不再論之。

(二)以上某甲所觸犯之「郵電務員妨害郵電秘密」(刑法133)、「竊盜罪」(刑法320)、「偽造印文罪」(刑法217I)，三罪之間有方法結果之牽連關係，故應依刑第55條後段規定，從一重之「竊盜罪」斷。因94年2月2日新修刑法已刪除牽連犯規定，而本題甲之行為不論被認為是一行為或數行為，皆侵害多數法益，為完全評價之故，應依數罪併罰，予以處斷。

873:市長甲為籌措地方建設資金，以市銀行之名義發行彩票，銷售之情形頗為良好；乙認為市銀行發行之彩票有利可圖，遂予以偽造，並持以出售於人。問乙之所為有無罪責？

A(一)偽造彩票部：

1彩票濕政府所發行，其為閉產權利之證書，其票所表示之財產權利之行使或移專與該票具有密切不可分之關係，應為有價證券，某乙認為有利可圖而偽造，且持以出賣，故其不法所有之意圖自明此乙意圖供行使之用而偽造有價證券，自應成立刑法第201條第1項之偽造有價證券罪。

2乙之偽造行為若曾偽造市銀行之印章、印文者，乙即應對立刑法第二百十八條之偽造公印、公印文罪。但公印、公印文為成有價證券之一部，如於偽造之有價證券上偽造公印、公印文，即吸收於偽造有價證券行為之內，不另構成偽造公印、公印文罪。

3乙偽造彩票，一則未經政府允准，二則其意圖不法營利，然乙並非發行人，僅係偽造以市銀為名義發行人之彩券，而市銀行之發行，係受政府允准的。故乙之行為不構成刑法269條第1項之發行彩票罪。

(二)持以出售於人:

1行為人將偽造之虛偽彩票冒充真正之彩票，自應成立刑法第201條第2項，行使偽造有價證券之罪。

2持以出售營利，因行使偽造有價證券之本質當然含有詐欺之性質，故行使偽造有價證券而取得財物，不另成立詐欺取財罪。

3故僅成立行使偽造有價證券罪。

(三)偽造有價證券罪與行使有價證券罪之關係:

偽造與行使，依重行為吸收輕行為之理，應依偽造有價證券罪處斷。

874:甲欠乙錢未還，又素與丙不睦。適甲意欲營利略誘婦女，為乙、丙知悉。乙遂乘機向甲表示:必須加倍還錢否則，即以略誘事提出告發。丙亦甲:將於三日後，向檢察官告發其略誘事。問:乙、丙是否犯罪?所犯何罪?附理由解析之。

A:乙部分:乙應成立刑法第346條恐嚇取財罪。

1行為人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，應成立刑法第346條第1項之恐嚇取財罪。其要件有三:

(13) 須有為自己或第三人不法所有之意圖。

(14) 須有恐嚇行為，即以將來惡害之事，通知他人，使人發生張佈之心，恐嚇內容不限於生、身體、自由、名譽或財產。

(15) 使人將本人第三人之物交付或得財產上之不法利益。

2惟本例，乙以揭發甲之犯罪為手段，是否恐當「恐嚇」行為?

依照「目的手段關係」理論，違法性之判斷應同時考慮目的與手段間之關係，本例以合法之手段(揭發他人犯罪)而達取得不法利益(加倍還錢)之目的，而其目的非在合法受領給付，應具非難性，乃屬恐嚇行為。實例亦採之，認為所通知之惡害縱其實現為法之所許，但若行為人利用之作為恐嚇手段，仍成立本罪(59台上1750)

二丙部分:丙無犯罪

行為人以身體、生命、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人，致生危害於公安者，構成刑法第305條之恐嚇罪。其要件有：

1須有恐嚇行為。恐嚇乃指以「不法」之惡害相通知於人，使人心生張怖之謂，若係基於正當合法之原大，不能構成本罪。

2須以加害身體、生命、自由、名譽與財產直為恐嚇內容為限。

3須為單純之恐嚇，其侵害者為個人自由，祇須具有使他人人生張怖之人心已足，如另有其他目的，不構成他罪。

4須恐嚇致生危害於安全：

即產生心生畏怖之安全上危險。就題示丙知甲犯法而語甲：將於三日後，向檢方告發其略誘事。吾人分析之：

(13) 丙之通知是刑事訴訟法第240條規定，不問何人知有犯罪嫌疑者，得為告發之正當合法利，符點恐嚇要件。

(14) 且丙告發，對於甲而言，能否產生心生畏怖之危險，亦不可知。

(15) 丙無其他不法目的。因此應認為丙無犯罪。

875(一)某甲於乙競選縣長之際，以行賄之意思交付某乙新台幣一百萬元，某乙則允於當選後派某甲為縣府機要秘書，嗣乙雖已當選，但並未覆行諾言。

A: 甲、乙皆不成立犯罪。

1獲於乙視選縣長之際，行求並交付財賂，並非刑法第123條準受賄罪上處罰之行為，不得準照刑法第122條第3項予以論罪，此乃罪刑法定主義下之當然結論。惟準受賄罪無同刑法第122條第3項之行賄罪規定，在立法政策上尚有檢討之必要。乙尚未當選縣長即收受賄賂、本已該當刑法第123條之構成要件，而應論以刑法第121第1項不違背職務受賄罪。惟第123條準受賄罪必以其於為公務員後覆行而成立(9處罰條件)，本例乙未覆行諾言，故不成立該罪。或謂題例情形，乙應成立詐欺取財罪，惟吾人不表贊同，蓋詐欺取財罪乃行為人藉欺罔手段，使人陷於錯誤，而為財物之交付為構成要件，乙未以積極行為施用詐術，固無論，即其允於當選後派甲為縣府機要秘書，亦與有告知一定事實之義務候，故意違反告知義務，利用對方不知而使之為財物交付之消極施用詐術情形，迥不相。

876: 某甲為貨運行負責人，僱用某乙為司機，某丙為助手，三人在車輛行駛中，原由某乙駕駛，改由某甲親自駕駛，改由某甲親自駕駛車，不慎壓斃行人，某甲為脫刑責，於檢察官偵察中囑乙自認開車肇事，某丙則到庭具當供證當時係乙所駕駛，並非某甲壓斃行人。

A: 丙成立偽證罪，乙為業務上過失致人於死及頂替罪之牽連犯，甲成立過失致人於死罪。

1 丙雖於檢察官偵查中，僥倖庭具結為虛偽陳述，惟丙係甲之受僱人，依舊刑事訴訟法第186條但書第5款之規定，不得令具結，故丙到庭具結，不生效力，從而亦不具備偽證罪之要件，自難令丙負偽證責任(44台上714)。但92年刑事訴訟修法，丙具結，於此仍須負偽證責任。

2 乙以駕駛為業，就其駕駛之卡車，應有注意使其不致傷害他人之義務，學說稱之「危險產之監督」，乃竟任由甲駕駛，因而肇事，似應負業務上過失致人於死不作為犯罪責。惟甲如亦有卡車之駕駛執照，則乙使其駕駛即不得謂其有何過失。

乙於偵查中自認開車肇事，成立第164條第2項之頂替罪，本罪與前述業務上過失致死罪，(惟應注意，牽連犯已於九十四年修正刪除，是故即使此處為二個故意犯罪行為，仍應依刑法50數罪併罰之)，依刑法第五十條併合處罰。

3 甲非以駕駛為業，駕車壓斃行人，成立第276條第1項普通過失致人於死罪，其後唆使乙自認，乃教唆他人頂替之行為，依無期待可能性，應不成立教唆偽證罪(81廳刑字13529號)

877: 某甲借與其友張三新台幣伍萬元，當時並未書立借據，某甲恐張三失信賴債，乃摹擬張三筆跡，偽造借據一紙。

A: 甲無書立借據之權，竟假冒張三名義作成借據，惟借據內容真實無偽，甲是否成立偽造文書罪(刑法210)?

1 依形式主義，認偽造文書罪所妨害者，乃社會公眾對文書名義真正所具之信用，故凡無製雁權而擅自製作者，均係偽造，至於實質內容如何在所不問。

2 依實質主義，偽造是否成立，應以文書內容是否虛偽為斷，倘只名義虛偽，而內容不偽，尚難謂為偽造。

3 刑法之處罰有形的偽造，非只因其冒用他人名義，而在於虛偽文書有害於公共信用及

社會交往之安全，故必內容虛偽，方有發紐如此妨害之可能。現今學說認偽造文書，必文書之名義人非屬真正，同時其內容亦欠真實，如足當之。此一見解，堪稱為折衷說，頗值贊同。

4後按甲對張三確有債權存在，是其偽造借據行為不足生損害於債務人，從而不符合刑法第210條之「足以生損害於公眾或他人」要件

5綜上論結，甲不成立偽造文書罪。

878:甲、乙、丙三人共謀行竊，由乙、丙二人前往竊取，得手後將贓物三人朋分變賣花用。

A:甲、乙、丙成立共同竊盜罪。

1甲、乙、丙三人共謀行竊，由乙、丙二人前往竊萬，乙、丙成立共同竊盜罪(刑法320I、28)，固無疑義。

2甲事前同謀，事後分贓，係共謀共同正犯(釋109)，且因刑法上結夥三人以上犯加重竊盜罪，但成立普通竊為罪不包括共謀共同正犯。

879:甲、乙、丙三人某日在旅館房間內賭博財物;數日後，又在某丁所有公寓內賭博財物。

A:甲、乙、丙、丁皆不成立犯罪。

1甲、乙、丙在旅館房間內賭博，是否成立第266條第1項之賭博罪，端視旅館房間是否公眾得出入之場所。按公眾得出入之場所，係指不特定之多數人得出入之處所，旅館房間應視同私宅，其非不特定之多數人得出入之處所，當無疑義，惟實務則傾向肯定說，似無可採信。至甲、乙、丙又在丁之公寓內賭博，依上述說明，公寓非公眾得出入之場所，固不待言，從而，亦不該當賭博罪之構成要件。據上論結，甲、乙、丙不成立犯罪。

2後如意圖營利，則成立第268條圖利供給賭博場所或聚眾賭博罪。丁如非營利意圖，則不成立犯罪。

880: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？

A:(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。

881:甲在凌晨駕車不慎撞倒路人乙，乃商請在場的另一路人丙協助，共同將乙抬上甲所駕的汽車。甲並未即將乙送往醫院急救，反而將車開往其友人丁家共謀對策。丁認為事態嚴重，且車禍現場目擊者僅丙一人，應可逃避過失責任。乃由丁駕車開往郊外候車站，甲、丁二人合力將乙抬放於候車亭內，揚長而去。其後，戊路過候車亭，將乙送醫急救，惜因延誤急救時機流血過多，乙終不治身死。甲、丁應負何刑責？

A:(一)甲之刑責:

1就駕車肇事部而言:

甲駕車，本應依其應注意之範圍，避免侵及其他參與交通者之生命及身體法益，但因不注意而不慎撞倒路人乙，併乙生傷害之結果，應成立過失傷害罪(刑法284I、14I)

2就移置他處之部分而言:

(7) 甲主觀為殺人故意或遺棄故意？

甲之主觀為何乃本題第一個爭點，惟管見以為：「甲為逃避責任，將受傷之乙載往郊外置於候車站」，推究其主觀應可認定仍基於遺棄之故意而未達於「殺人」之故意。

(8) 甲是否有扶助義務？

甲之行為是否構成刑法第294條第1項之有扶助義務之遺棄罪，爭點為義務或道路交通管理 罰條例第62條第2項，甲皆負有採取救護或為其必要扶助措施之「扶助」義務。

(9) 小結：甲基於遺棄故意遺棄因駕車撞傷之丙，應負刑法第294條第1項之遺棄致死罪。

3罪數：甲成立過失傷害及遺棄致死罪，兩者犯意有別，屬數罪併罰。

(二)丁之刑責：

丁就乙之受傷，並未有危險之前行為(刑法15II)，是以，就無自救力之乙並無扶助、養育或保護之義務、惟其與甲不僅於事前共謀，於認為事態嚴重後，復與甲共同將乙抬至郊外候車亭棄置(積極之移置行為)，應與甲成立遺棄致死罪之共同正犯，惟因丁對無自救力之乙依法令或契約並無扶助、養育或保護之義務，應論以無義務者之遺棄致死罪(刑法293、28、31II)

882: 甲以行竊之意，進入他人住宅後，尚未竊得財物，因被事主發覺乃起意行強，將其財物劫走。

(一)1行為人著手於竊盜行為之實行，無論達既遂或尚七未遂階段，倘因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫行為者，固應依本法第329條規定，成立「準強盜罪」。惟著手後尚未得手之際，變更竊盜犯意盜犯意而實施，「強行取財」行為，則與準強盜罪之要件尚有未合，本質上應為純粹之強盜犯意而實施行竊。

2甲意圖為自己不法之所有而實施行竊，程度上尚處未得手階段，程度上尚處未得手階段，應成立第320條第3項之竊盜未遂罪；惟依前段所述，甲被事主發覺後起意行強，是其後之行為應論以強盜罪，此二行為所侵害之法益同一，僅程度上有輕重前後之別，因而僅程度上有輕重前後之別，因而，學說及實務見解均傾向於認為，該竊盜未遂行為不另論罪，僅論以強盜罪責為已足。

3甲侵入他人住宅，意在行竊，符合「無故侵入」之要件，應成立第306條第1項之侵入住宅罪。該侵入住宅行為及行竊、強盜行為，按行為人主觀及客觀之一般通念，均得解為有牽連關係，應論以牽連犯。

#### 4結論:

甲之行為，應成立積極侵入住宅罪(刑法306I)及普通強盜罪(刑法328I)，二行為間有方法目的、原因結果之牽連關係，應依第55條後段規定，論以牽連犯，徹一重之強盜罪處斷。

#### 5補充說明:

94年2月2日刑法修正條文將牽連犯予以刪除(新法95年7月1日施行)，而回歸想像競合及數罪併罰處理。本題甲之行為係二行為故應數罪併罰之。

883(二)甲於殺死某人後，臨時起意將其人口袋所藏金錶一只取走。

A:1 甲殺死娛人之行為，應論以殺人既遂罪(刑法271I)

2 甲殺死某人後，取走其口袋內金錶之行為，學說上雖有認：「人死亡後，其財產並不因而喪失管領權及所有權，是以應成立竊盜罪。」惟理論上，竊盜罪所保護之法益係財物之持有權，而死者顯然無法對其生前之財物作事實之支配管領；更者持有並非繼承之標的。因此，該金錶應不得解為竊盜罪之適格客體，易言之，死者遺物倘繼承人未具事實上之支配管領力，應屬「離本人持有之物」，從而，甲取走死者口袋內金袋之行為，應成立侵點脫離持有物罪(刑法337)。

3 甲犯殺人罪後，始臨時起意實施侵占行為，二行靈間犯意各別，各獨立成罪。

4 結論: 甲所犯之殺人既遂罪(刑271I)與侵占脫離持有物罪處罪之。

884: 甲施用詐術將某五歲小孩頸上所戴項鍊騙走。

A:1 5歲小孩得否充作準詐欺罪(刑法341)之被害人，學說上固有爭議，惟：「準詐欺罪性質上為詐欺罪之補充規定，限於未積極地施用詐術而僅消極利用他方之缺陷，始得適用。」一點，則為學說及實務一致之見解，因此，本例事實無法甲以準詐取取財之罪責。

見解，因此，本例事實無法論甲以準詐欺取財之罪責。

2 按詐欺罪，須有「被害人之陷於錯誤」、「因錯誤而為財物處分」之要件始足成立；而，其被害人須為精神健全一成熟之人。倘為五歲之幼童，顯然欠缺處分財產能力，亦即欠缺交付財物或利益之能力，甲雖施以詐術，然其取走項鍊之行為，則有如竊盜罪

之取物行為。學說上多認係構成竊盜罪而非詐欺罪(解為成立詐欺罪者亦有之，參呂有文，刑各，頁416，其謂詐欺罪不以被害人具有財產處分行為能力為必要，只要客觀上蝕財產處分行為即足)。

3結論:依上開論述，甲之行為應成立竊盜罪(刑法320I)

885甲將他人飼養於鳥籠中之名貴鸚鵡一隻放走。

A:本法第320條第1項所稱之「竊取」行為，依同條立法理由所示，即「喪失他人之所有，而移入於自己所持有」之意，是以，倘僅破壞他人對財物之支配管領力，卻未進而建立自己對該財物之支配管領力者，即難謂與竊取行為相當，從而，甲之行為不成立竊盜罪。

2甲放走他人籠內之名貴鸚鵡，雖該鸚鵡(財物)之性質、外形及其功能並未因而發生任何不銀之改變，惟事實上該他人就鸚鵡因支配管領而顯現之經濟上利益已受破壞。甲之行為足生損害於該他人，依學者通說及前述立法理由所示，甲之行為應成立第354條之單純毀損罪。

3結論:甲之行為應負單純毀損罪(刑法354)之刑責。

若依甘教授之見解，則:

(5) 甲成立準遺盜罪(刑法329)及侵入住宅罪(刑法306)之牽連犯。

(6) 甲成立殺人罪與竊盜罪，數罪併罰。

(7) 甲成立詐欺取財罪。

(8) 甲若具排玉他人所有，實現其經濟目的，成立竊盜罪，否則，只單純係民事賠償問題。

(9)

886:甲計畫謀殺乙;丙。於宴會中，甲先下劇毒於乙之酒杯，隨後伺機又下劇毒於丙之酒杯。乙丙飲毒中毒而亡。

A:1甲之謀殺乙、丙二人，乃本於括之預定犯意。

2甲下劇毒於乙、丙二人酒杯之行為，雖其間具有時空之一併性，惟殺乙與丙之行為顯然可加以區分，非認定「一行為」，而應解為係具有連續性數殺人行為。

3甲先後刪為侵害乙、丙二人不同之「生命法益」。

4甲所犯二罪，為本法所規定之「同一罪名」。

5惟亦有學者認為人個法益不適用連續犯之規定，應論以實質競合犯，應論以實質競，數罪併罰。

6刑法修正條文刪除連續犯之規定，使回歸實質競合。

惟本案後依現行法，甲之行為侵、丙之生命法益，且行為結果間復有相當因果，應依本法第56條規定，論以殺人既遂罪之連續犯，並得加重其刑至二分之一。

887:甲無故侵入他人住宅(第三〇六條)且非法搜索該住宅(第三〇七條)。

A:題意稱:「且非法」，則甲之行為可排除「另起犯意」之情形;易言之，前提上本題應認定為「甲本意在於非法搜索住宅而無故侵入並非法搜索。」

1甲之前後行為分別符合刑第306條第1項侵入住宅及第307七條違法搜索罪之要件，惟甲之犯意乃於違法搜索住宅行為，應為違法搜索罪所吸收，不另論罪。

2刑法第306條、第307條2條文間，就「住宅」不受非法侵擾之保護方向初無二致，行為有前後高低度之關係是以，本案中，甲之先前「侵入他住宅」行為，解釋上應為「不之前行為」，宜適用法條競合中之補充關係加以處理，亦即僅論以非法搜索住宅罪即為已足。

888、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。

889、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。

900、甲乙是鄰居，某日甲遛狗經乙家，為了報復乙老是給他錯誤的明牌，拾起地上石塊打破乙家門窗，恰巧乙家因瓦斯洩，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棺，丙欲探究竟，甲以為棺之持刀係來找碴，遂縱狗咬丙，致丙受傷，請問甲對丙之刑責為何？

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責任」，核其文所指『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，因涉及不法意識瓦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：
- 2、「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任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。
- 3、『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。
- 4、『罪責說』：此說以新古典三階層為本，故意有雙重機軸，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，有責任上之大不同，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符合，應以其為本。

5、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，應論以法第二七七條傷害罪為當。

6、據上論結，甲縱狗傷丙之行為，應成立刑法第二七七之傷害罪。

901 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。

902、甲殺乙，於乙倒地後予以放火，問甲成立何罪？

答：(一) 乙死亡：

3. 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，構成單一個刑法第二百七十一條之殺人罪之未遂犯。

903. 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。

904. 甲、乙二人爭風吃醋，甲以木棍將乙毆成輕傷。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。

905. 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。

906. A與B為夫妻，於產前檢查得知B所懷之胎兒有畸型之缺陷，基於事前之謀議，由A於產後立即將嬰兒勒斃。問：A、B之行為應如何處斷？

答：（一）A可能觸犯：

刑法第二百七十一條之殺人罪：A勒斃已出生之嬰兒，客觀上具備殺人之構成要件，主觀上亦有殺人故意，違法並有責。

（二）B可能觸犯：

刑法第二百七十四條之生母殺嬰罪：B與A共謀殺其甫出生之嬰兒，B係嬰兒之母，且A亦於嬰兒甫出生即勒斃之，符合本罪之客觀構成要件，主觀上亦存在故意，違法並有責。

907. 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。

908. 甲因竊盜罪經地方法院判處有期徒刑一年，甲心灰意冷，向法院聲明捨棄上訴。甲之妻乙覺得甲應受緩刑判決，乃以自己名義，向法院提起上訴，問乙之上訴是否合法？

答：刑事訴訟法第三百四十五條規定，被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴。而所謂「獨立上訴」，係指上訴與否不受被告之意思拘束，縱使被告捨棄或撤回上訴，亦不影響配偶之獨立上訴權。因此，在本案例中，乙係甲之配偶，自得依第三百四十五條之規定，獨立以自己名義為甲之利益提起上訴。故乙之上訴為合法。

909. 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。

910. 慣竊甲某日在公共汽車上扒竊乘客A之財物後，迅即遞交其未滿十四歲之同夥乙接贓下車逃逸。試問甲、乙應負何刑責？

答：（一）甲可能構成第三百二十條之竊盜罪：甲意圖為自己不法之所有，扒竊A之財物，且已得手，甲之客觀行為符合刑法第三百二十條竊盜罪之構成要件；意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者。且甲亦具有主觀竊盜故意，違法並有責。

（二）乙雖有與甲共同竊盜之決意，但其僅是接受甲之贓物而逃逸，必須以與甲成為共同正犯，始構成此罪。乙之客觀行為即符合共同正犯中之一種參與型態，主觀上亦有故意，無阻卻違法事由。根據刑法第十八條第一項：未滿十四歲人之行為，不罰，乙既未滿十四歲，則當然欠缺罪責要素。其行為不罰。

911. 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。

912. 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。

913. 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。

914. 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。

答：則甲之偷竊行為不能適用刑法第三百三十四條阻卻刑罰及需告訴乃論規定，因甲與鑽石項鍊所有人丙無父子關係，故甲之偷竊行為構成刑法第三百二十條之普通竊盜罪。

915. 婦人某甲久病臥床，又因其夫移情別戀，拋棄其母子二人，生活陷入困頓，心生絕望，乃攜同其五歲稚子某乙，擬跳海自殺。在懸崖上，甲婦對乙童說：「跟媽媽一起死好嗎？」乙童應允。甲婦遂抱乙童跳海，甲婦旋為路人救起，但乙童卻被海浪捲走，葬身海底。問某甲之刑責如何？

答：（一）甲可能構成刑法第二百七十一條第一項規定，殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。第二百七十五條第一項規定，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。乙童的同意如有效，基於「生命法益不得自願放棄」之原則，甲仍應構成刑法第二百七十五條之受囑託、承諾殺人罪；如同意無效，則構成普通殺人罪。

（二）同意是否有效：按刑法第二百七十五條之「同意」，學說認為需被害人具有「意思決定的能力」且能「瞭解生命的意義」，方可認為其在自由意志下同意。本題中，五歲之孩童顯無此種能力，其同意無效，甲仍構成刑法第二百七十五條之普通殺人罪。

916. 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？

答：甲殺害A之前的一刻鐘，A早已死亡，故甲之行為並非構成殺人罪，雖甲已著手為殺人行為，但卻客觀上不能達成者，是為不能未遂。

（一）按刑法第26條規定：「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰」，不能未遂之要件可以區分為：

1. 行為不能發生構成要件之結果。
2. 必須有主體不能、客體不能或手段不能其中一種。
3. 有無危險，關係到行為得減免或必減免之問題。

(二) 本例甲在行為時，客觀的情況下，A已經不能成為殺人罪的客體，因此甲之行為為不能未遂。

917. 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。

918. 甲因遊手好閒，不務正業，屬向其父A索錢花用。某日，向其父親索錢未果，憤而用手推A，致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？

答：（一）甲之行為可能構成傷害罪

1. 按刑法第277條規定：「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。」

2. 甲拾起桌上煙灰缸砸擲，致將A之頭部打傷，應構成本罪。

（二）甲之行為可能構成暴行傷害尊親屬罪

1. 按刑法第280條規定：「對於直系血親尊親屬，犯第二百七十七條或第二百七十八條之罪者，加重其刑至二分之一。」

2. 從上開見解得知，甲對A係犯傷害罪，而A是甲之父親，因此依照刑法第280條規定，甲對A之傷害罪需加重其刑至二分之一。

919. 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。

920. 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。

921. 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

3. 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。」

4. 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。

922. 甲為監所管理員，因犯人A桀驁不馴，屢次出言頂撞，乃於某寒冬夜，將A於操場罰站一宵，並一日不准用餐，試問甲應負何刑責？

本題中甲之行為可能成立刑法§126I凌虐人犯罪，本罪之客觀構成要件為：

- (1) 有管收，解送或拘禁犯人之公務員。
- (2) 行為客體為人犯。
- (3) 施以凌虐之行為。

(4) 於執行職務之際施以凝虐。

923. 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？

(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§122III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。

924：甲於深夜潛入某貿易公司之辦公室，一面搜索財物，一面吸菸，並將未完全熄滅支菸蒂隨手丟棄地上。當甲毫無所獲欲離開時，見地上之雜物冒煙，本極易撲滅，但其反而迅速逃離現場，因而引起大火，問甲之刑責如何？

4公司辦公室不問是否有人值夜，均不失為友人居住之建築物，且當起火之始，甲本可撲滅，但其反而逃離現場，因而引起大火，可見甲有放火之未必故意，應令其負不作為放火罪之責。故甲應成立刑法§173I放火罪。

5甲潛入辦公室意在行竊，為甲搜索財物未獲，應屬已著手但未遂，故甲應成立刑法§321II加重竊盜罪未遂。至其侵入建築物部分，故甲應成立刑法加重竊盜罪未遂。至其侵入建築物部分，因已包含於加重竊盜罪之構成要件中，不另成立無故侵入住屋罪。

6結論：甲應成立刑法§173I放火罪與刑法§321II加重竊盜罪未遂，二者數罪併

罰。

925：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。

926：某甲於高速公路上超速行駛，警員將之攔下，並填發違反道路交通管理事件之通知單。某甲為求推卸責任，意於「收受通知聯者」一欄類偽簽某乙之姓名，表示已收到該通知單後，在交回警員處理。問某甲所為應如何論罪？

依題意，某甲犯偽造文書罪之刑法§214「使公務員登載不實罪」依規定：「明知為不實之事項，而使公務員登載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。」

927：甲偽造某國立大及教育部之公印，製作假畢業證書，應如何論罪處斷？

3偽造學校畢業證書或證明書，應成立刑法§212之罪，已見院字第2334號解釋，至偽造學校之印章，應分別成立刑法§218I或§217I之罪。如與偽照畢業證書或證明書有方法結果之關係，應依同法§55從一重處斷。

4偽造學校畢業證書，並偽造教育部、省教育廳或其他主管教育機關之公印，加蓋其上者，應成立刑法§212，及同法§218I之罪，並依同法§55從一重處斷。如送審時，經發現其有犯罪嫌疑，依刑事訴訟法第220條之規定，自應予以告發。

928：某甲經營百貨店，今供人於店內簽賭大家樂為主持人，並由A假借神壇委託刊登廣告預測號碼招攬顧客，已丙二人訂閱簽賭，試問A、甲、乙、丙四人各犯罪？

1結論：本提甲犯普通賭博罪。A犯妨礙秩序罪。乙丙二人係在主持人甲提供之店內（係公共得出入之場所）圈選下注者，故係觸犯普通賭博罪。

2理由：

- 1 本題主持人甲提供公眾得出入之場所（百貨店內）供賭博簽賭，故觸犯刑法§266普通竊盜罪。
- 2 以柄賭徒因於主持人甲提供之「公眾得出入之場所」（指百貨店內）圈選下注者，故犯普通竊盜罪。
- 3 本題A係廣告委託，假借神壇委託刊登廣告預測號招攬賭徒訂閱簽賭而其行為達到「以文字或他法公然煽惑他人犯罪或違反法令或詐欺取財程度」，故觸犯妨礙秩序罪責。

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

甲持拾獲之A之身份証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，甲並未造成偽造或變造身分證，亦不構成行使偽造、變造之文書，惟是否構成§215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文書之行為無處罰之明文，而§215之罪應認為有排斥普通人成立間接正犯之適用，此觀諸§213，§214之關係，其意甚明，依罪刑法定原則，甲之行為不構成犯罪。

930：某甲教唆某乙持刀至員林殺害某丙，乙乘車至彰化被警察帶捕，試問甲乙應負何刑責？

殺人罪未遂之成立，乙有牀害他人生命之故意，且著手於刺殺之實行而未發生死亡之結果為要件。本題意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§271II之預備殺人罪。至教唆犯、幫助犯之成立，已被教唆者實

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。

931：甲先傷害乙，因遇乙反抗，遂將乙殺死，應如何處斷？

1 甲先傷害乙，甲即成立刑法§277 普通傷害罪。

2 又依題意『甲先傷害乙，因遇乙反抗，遂將乙殺死。』可知甲先傷害乙，遭遇反抗，遂將乙殺死係繼續行為，無間斷，其行為無停止繼續中，故傷害行為（低度）被殺死行為（高度）吸收，且甲原先之傷害犯意，亦因乙之反抗，而轉為殺人故意，故應成立刑法§271 普通殺人罪，依規定『處死刑，無期徒刑或十年以上有期徒刑』。

932：甲收養未滿十歲之乙為養女後，迫其從事粗重工作，且不時予以毆打，致乙發育不良，問甲之行為，有無罪責？

甲收養未滿十歲之乙為養女後，迫其從事粗重工作且不時予以毆打，係成立普通傷害罪，致乙發育不良，甲之所為有罪，應依刑法§286 妨礙幼童自然發育罪，應處五年以下有期徒刑、拘役或科五百元以下罰金。

933：甲冒充警察對路人乙實施臨檢，甲之行為應成立何罪？

3 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§159 『公然冒用公務員服飾、徽章或官銜罪』及§158I 『冒充公務員而行使其職權』之罪，惟甲除冒充警察之職權外，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§159 『公然冒用公務員服飾、徽章或官銜』之規定，而應處以刑法§158 『冒充公務員而行使其職權罪』。

4 甲無職權而對路人乙實施臨檢之行為，已犯刑法§302 剝奪他人行動自由罪，此乃一行為構成刑法§158I 與妨礙自由罪之想像競合犯，應依§55 想像競合之規定，從一重處斷，處以妨礙自由罪。

934：某甲與某乙發生衝突後，某甲用力推倒某乙，致其某乙倒下時將其幼兒某丙壓斃，某乙亦受傷。問某甲所犯何罪？

依題意為一行為犯數罪，應從重處罰。某甲用力推倒某乙，致使某乙倒下，並受傷，犯傷害罪。又某甲用力推倒某乙，致某乙倒下時將其幼兒某丙壓斃，犯過失致死罪。依刑法§276規定：因過失致人於死者，處二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。

935：學生甲悉乙家藏有私槍，擬向主關機關檢舉，又恐空言無據遭以反啜，乃邀約同學丙丁潛入乙家搜索，果搜得私槍一把攜至警局舉發。問甲丙丁之行為有無刑責，應如何處斷？

甲邀約丙丁潛入乙家搜索，甲丙丁三人皆為共犯，因共犯之成立除共同實施犯罪行為者外，以有意思聯絡共同實施犯罪。甲丙丁無故侵入乙之住宅，侵害之法益為個人居住之自由，應負刑法§306侵入居住罪之刑責。又此乃無搜索職權之普通人民，侵入他人住宅，擅行搜索，與刑法§307違法搜索罪之有搜索權之人，違法搜索為成立要件，故甲丙丁僅為侵入住屋罪之共同正犯。

936：某甲與某乙行竊第一次成功，第二次於夜間向某丙行竊，被丙發現，某乙趁隙逃脫，甲被丙拉住，猛擊某丙始告逃脫，試問甲乙應為何處斷？

結論：甲觸犯刑法§329準強盜罪和刑法§320普通竊盜罪；乙則犯刑法§320普通竊盜罪和刑法§321加重竊盜未遂罪。

理由：本案甲乙共同行竊第一次成功，顯係甲乙二人犯竊盜既遂罪，第二次夜間向丙行竊，被丙發現，以趁隙脫逃，則乙又犯加重竊盜未遂罪，而甲被丙拉住，甲猛擊丙始告逃脫，甲犯刑法§329準強盜罪。

937：設某甲之物被某乙損毀，問以應負何種刑事責任？

結論：乙若故意將甲之物損毀時，則乙應負損毀罪。

理由：查損毀罪之成立要件，需主體為自然人、需有故意、需有毀棄損壞之行為或致不堪用、需足生損害於公眾或他人者，因此，本題若係故意為之者，則應成立刑法§354毀損罪。

938：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。試問甲成立搶奪、竊盜、或詐欺罪？

1 某甲至珠寶店佯裝顧客，帶店家轉身之際取走兩條項鍊，應成立刑法§325I之搶奪罪。因某甲係乘人不備，而公然掠取他人財物，並非乘人不知秘密竊取他人財物，故不成立竊盜罪，應成立搶奪罪。

2 而詐欺罪則須行為人以詐術使人陷於錯誤而為財物之交付，本題中並無施用詐術使店主陷於錯誤，而係公然掠取，亦不成立詐欺罪。

939：甲某日與A因事爭執甚烈，A突自懷中取出尖刀一把朝甲猛刺，甲因曾受某種特殊訓練，乃空手入白刃，將該尖刀奪取到手。惟因不滿A動輒揮刀，遂持該尖刀回刺一刀，致A當場負創倒地，不幸斃命。試問甲應負何刑責？

甲持刀回刺A時，對甲而言，以不存在「現在」不法侵害，因A持刀刺向甲時，甲已將刀奪下，嗣後甲持刀刺向乙，係對過去之侵害為攻擊，既不存在現在不法侵害，則甲無主張正當防衛之可能，亦無討論有無過當防衛之必要。故本題中甲持刀刺向A之行為應構成刑法§271I殺人罪。

940：某甲酒醉倒臥路上，被巡邏警員帶至警局，酒醒後，竟大聲咆嘯，並搗毀警局辦公室內玻璃板及座椅各一。問某甲應成立何罪名？如何處斷？

甲搗毀警局辦公室內玻璃板及座椅各一，構成刑法§354之搗毀罪。

其又在警局大聲咆嘯，並搗毀警局辦公室內玻璃板及座椅，應成立刑法§135I之妨礙公務罪。兩罪有方法結果之牽連關係，依刑法規定，從一重處斷。

941：甲向乙借用刑法教科書準備考試，並答應乙考前五天返還，但屆期卻以尚未準備完成為由，拒絕返還予乙，直到考完後才返還。試問：本案應如何處理？

1 甲與乙之間存有民事上借貸關係，甲本應於借貸期滿時將該書返還於乙，惟期限屆至，甲卻以尚未準備為由，拒絕退還，已現出於主觀上易持有為所有之意思，屬侵

佔行為，該當刑法§335I侵占罪之客觀構成要件。

2甲在主觀上應知該書非其所有，卻仍不願返環，甲主觀上已有易持有為所有之占有他人之物之故意，惟侵佔罪之主觀構成要件中，除須有侵佔故意外，尚須有為自己或他人不法所有之企圖，本例中，甲在考完後即將書返還，可見甲並無不法所有之意圖，故主觀構成要件不該當。

3綜上，甲之行為不成立刑法§335I侵占罪，至多僅為民事上債物不履行之問題而已。

942、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，某甲闖紅燈撞到行人，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）（§15II）；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。

943、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。

(三)時效經過後法律效果之不同：

1. 追訴時效經過後的法律效果：

就實體而言，乃是一種個人的刑罰解除事由；就程序法而言，則是一種訴訟障礙。

故追訴時效經過後犯罪與刑罰均消滅，國家追訴權因而喪失，檢察官不得提起公訴，被害人不得提起自訴。

偵查中發現時效已完成，應為不起訴處分（刑訴§252-2）。審判中發現時效已完成，應之免訴之判決（刑訴§302-2）。

判決未確定前發現者，得為上訴之理由。已確定者得為再審事由（刑訴§420 I）。

2. 行刑時效經過後的法律效果：

裁判確定的科刑，若於行刑時效期間內未執行者，則行刑權即因罹於時效而消滅，故該確定裁判之刑，即不得執行；惟確定裁判對於罪與刑的宣告，則不受影響，故仍具效力。

944、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。

945、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。

946、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)

947、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)

948、甲開車不慎撞倒乙，致其頭胸受傷，甲未將其送醫救治，僅將之拖至路旁稻田，棄置甚久，終告不治，問甲須負何種刑責？

答：(一)甲開車不慎撞倒乙致其頭胸受傷之行為，可能成立刑法第二百八十四條第一項前段之過失輕傷罪：

### 1. 構成要件該當性：

客觀上，若無甲開車不慎撞倒乙，不會發生乙頭胸受傷之結果，故甲開車不慎之行為，與乙之傷害結果間具有因果關係。主觀上，甲開車不慎，違反客觀必要注意義務，製造法所不容許之危險，具有行為不法，而只要甲謹慎駕駛，即可迴避結果之發生，故甲亦違反客觀上結果迴避之義務，亦有結果不法，該當本罪之構成要件。

2. 小結：甲之行為無阻卻違法及罪責之事由，故成立過失致傷罪。

(二)甲未將乙送醫救治，僅將之拖至路旁稻田棄置之行為，可能成立刑法第二百九十四條第一項之有義務者之遺棄罪。

### 1. 不法構成要件該當性：

(1)客觀上，甲開車不慎撞倒乙致其頭胸受傷，不論依道路交通管理處理處罰條例第六十二條第二項，或依刑法第十五條第二項規定，某甲對於受傷之某乙，乃係依法令負有保護義務之人。又依題示，乙被甲撞倒後，無法自行就醫，是為無自行維持其生存所必要之能力的無自救力之人。甲未將乙送醫救治，反而將之拖至路旁稻田，乃是將無自救力之人，自原來場所，移轉至其他場所，而使其生命陷於危險狀態之移棄行為。

(2)主觀上，甲認識其對於乙依法負有保護之義務，而將乙拖至路旁稻田，乃是積極的遺棄行為，而仍決意遺棄之，具有遺棄之故意。

2. 小結：甲無阻卻違法及罪責事由，成立有義務者之遺棄罪。

(三)甲未將乙送醫救治，僅將之拖至路旁稻田棄置之行為，可能成立刑法第二百九十四條第二項之有義務者遺棄致死罪。

### 1. 構成要件該當性：

客觀上，承前所述，甲撞傷乙後，未將其送醫救治，僅將之拖至路旁稻田棄置之行為，成立有義務者之遺棄罪。而依題示，乙因被棄置過久，終告不治，而死亡之結果。且甲之遺棄行為與乙之死亡結果間亦具有因果關係。主觀上，甲對於其撞傷乙，將之拖至路旁稻田棄置，而不予送醫救治，可能導致乙死結果之結果，應具有預見可能性，故該當有義務者遺棄致死罪之構成要件。

2. 小結：甲無阻卻違法及罪責事由，故成立有義務者遺棄致死罪。

(四)甲未將乙送醫救治，僅將之拖至路旁稻田棄置之行為，可能成立刑法第二百七十一條第一項、第十五條之普通殺人罪之不純正不作為犯。

### 1. 構成要件該當性：

(1)客觀上，依題示，乙因被棄置過久，終告不治，故有構成要件該當結果之發生。

同前述，甲開車不慎撞倒乙致其頭胸受傷，不論依道路交通管理處理處罰條例第六十二條第二項，或

依刑法第十五條第二項規定，某甲對於受傷之某乙，乃係依法令負有保護義務以防止乙死亡結果發生之保證人。甲未將乙送醫救治，僅將之拖至路旁稻田棄置之行為，乃係在可以為救治乙之生命以防止乙死亡結果發生之情況下，即有作為可能性之情況下而未為法規範所期待其救治乙生命之不作為（參照54年度第一次民刑庭總會決議），同時，本題中，若甲即時將乙送醫救治，即不會發生乙死亡之結果，則甲之不作為與乙之死亡結果間亦具因果關係，且甲以不作為之方式，造成乙的死亡結果，在刑法上之非價，與甲以作為之方式造成乙的死亡結果相當。

(2)主觀上，甲應可預見其未將乙送醫救治，僅將之拖至路旁稻田棄置，可能導致乙受救助的機會減低而生死亡的結果，仍容認此結果之發生，即甲主觀上乃有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之殺人的間接故意（刑§13Ⅱ）。

2. 小結：甲無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

(五)甲開車不慎撞倒乙，致其頭胸受傷，甲未將其送醫救治，僅將之拖至路旁稻田棄置之行為，可能成立刑法第一百八十五條之四之肇事逃逸罪：

1. 構成要件該當性：

客觀上，甲開車不慎撞倒乙，致其頭胸受傷，乃是駕駛動力交通工具肇事並已致使他人產生傷害之結果，而甲將乙撞傷後，未將其送醫救治，僅將之拖至路旁稻田棄置，然後離去的行為，乃是未停留在肇事現場，盡其救助義務，而逕行離去之逃逸行為。主觀上，甲對於肇事後逃逸之行為，具有認識且決意為之，故該當本罪之構成要件。

2. 小結：甲無阻卻違法及罪責事由，故成立肇事逃逸罪。

(六)競合（結論）：

1. 綜上述，甲開車不慎撞倒乙，致其頭胸受傷之行為，成立過失輕傷罪。

2. 甲未將其送醫救治，僅將之拖至路旁稻田棄置之行為，另分別成立有義務者之遺棄罪、有義務者之遺棄致死罪、不純正不作為之殺人罪、及肇事逃逸罪。應如何適用法條，討論如下：

(1)甲所成立之肇事逃逸罪與有義務者之遺棄罪，因所侵害之法益具有同一性，成立法條競合，應優先適用基本規定之有義務者之遺棄罪，而排除駕駛動力交通工具肇事逃逸罪（參照甘添貴著，刑各Ⅰ，252頁）。

(2)甲所成立之有義務者之遺棄罪與有義務者遺棄致死罪，因所侵害之法益亦具有同一性，成立法條競合。而在構成要件之關係上，有義務者遺棄致死罪與有義務者之遺棄罪具有特別關係，應優先適用特別規定之有義務者遺棄致死罪，而排除基本規定之有義務者之遺棄罪（參照甘添貴著，刑各Ⅰ，249頁）。

(3)甲所成立之有義務者遺棄致死罪與不純正不作為殺人罪，因所侵害之法益亦具有同一性，皆屬侵害

人身安全之犯罪，故應成立法條競合。而在構成要件之關係上，因二罪在法益侵害之方向上，具有發展關係，因此二罪之間乃具有補充關係，殺人罪之基本規定，有義務者遺棄致死罪為補充規定，故應優先適用基本規定之普通殺人罪，而排除有義務者遺棄致死罪之適用（參照甘添貴著，刑各 I，248 頁）。

3. 至於甲先前所成立之過失輕傷罪與之後成立不純正不作為之殺人罪間，因非係同一犯罪決意所為，應依刑法第五十條以數罪併罰之。

949、王君於公務員依法執行職務之時，先則以粗話辱罵；嗣又以強暴脅迫相向。問應如何處斷？

答：（一）王君於公務員依法執行職務之時，以粗話辱罵之行為，可能成立刑法第一百四十四條第一項之侮辱公務員罪：

1. 不法構成要件該當性：

客觀上，依題示，該公務員乃係依法執行職務之公務員，王君對該依法執行職務時之公務員，以粗話辱罵之行為，乃是當場以言語對他人為有害於感情名譽之輕蔑表示，並足使他人在精神上、心理上感受到難堪的侮辱行為。主觀上，王君認識其於公務員依法執行職務之時，以粗話辱罵之行為，乃是當場侮辱依法執行職務之行為，仍決意為之，該當本罪之構成要件。

2. 小結：王君無阻卻違法及罪責事由，故成立本罪。

（二）王君於公務員依法執行職務之時，以粗話辱罵之行為，可能成立刑法第三百零九條第一項之公然侮辱罪：

1. 不法構成要件該當性：

客觀上，王君於公務員依法執行職務之時，以粗話辱罵之行為，固屬對該公務員個人，為有害其感情名譽之輕蔑表示的侮辱行為，惟本題並未敘及王君為侮辱該公務員個人時，係處於不特定人或多數人直接得以共見共聞之「公然」狀態，故無由該當本罪之構成要件。

2. 小結：王君不成立公然侮辱罪。

（三）王君於公務員依法執行職務之時，以強暴脅迫相向之行為，可能成立刑法第一百三十五條之妨害公務執行罪：

1. 不法構成要件該當性：

客觀上，該公務員乃係依法執行職務之公務員，且依題示，王君有對該依法執行職務時之公務員，施強暴脅迫之行為。主觀上，王君對於公務員依法執行職務時施強暴脅迫之行為，具有認識且決意為之，故該當本罪之構成要件。

2. 小結：王君無阻卻違法及罪責之事由，故成立本罪。

(四)競合：

綜上述，王君於公務員依法執行職務之時，先則以粗話辱罵；嗣又以強暴脅迫相向之行為，成立侮辱公務員罪及妨害公務執行罪，依實務見解，王君之行為顯係基於一個妨害公務之犯意而發生，行為不可分割，乃係一行為而同時觸犯數罪名，應從一重處斷，論以妨害公務罪（71.9.司法院業務研究會第二期）。

惟本文認為，王君係以先後二個行為，分別成立侮辱公務員罪及妨害公務執行罪，惟兩罪之間具有法益保護之同一性，論以其後之妨害公務罪，其不法內涵與責任內涵即足以涵蓋之前的侮辱公務員罪，即侮辱公務員罪乃是妨害公務罪與罰（不罰）之前行為，僅論以妨害公務罪為已足。

950、甲獲悉其友乙擬前往A宅傷害A，遂將其所持尖刀一把借予乙使用。乙於某巷口適遇A獨自踽踽而行，乃持該尖刀朝A之手臂猛刺，不意A聽到聲響，迴身查看時，該尖刀竟刺中A之心臟，致A當場倒地，經送醫急救，仍告藥石罔效。試問對甲、乙二人應如何論罪科刑？

答：(一)甲乙均成立刑法第二百七十七條第一項之普通傷害罪

1. 所謂幫助犯乃刑法第三十條第一項規定之「幫助他人犯罪者」，即指對於實施故意違法行為之他人提供協助者，最高法院刑庭總會決議亦稱「以幫助他人犯罪之意思而參與，其所參與之行為，為犯罪構成要件以外之行為者」乃屬幫助犯。

2. 本題甲知悉乙欲傷害A，即出借其持有之尖刀一把供乙傷A之用，且乙嗣後果持該刀朝A手臂猛刺，則甲確係基於幫助乙犯傷害罪之意思，為傷害罪構成要件以外之行為，故甲成立傷害罪之幫助犯；乙則實施傷害罪之構成要件行為，而成立傷害罪之正犯。

(二)甲乙應負刑法第二百七十七條第二項傷害致死罪之刑責

1. 所謂加重結果犯，依刑法第十七條「因犯罪致發生一定之結果，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」規定之反面解釋可知，其應具備如后要件：(1)行為人實施基本構成要件之故意行為(2)法規定處罰之加重結果(3)結果之發生須能預見，其中「能否預見」，依通說見解應以一般人在客觀上預見為審酌依據，蓋此加重結果即為過失犯之類型。

2. 題乙雖本於傷害之故意而持尖刀猛刺A之手臂，惟尖刀既屬利刃兇器，持以猛刺人之身體，依一般人在客觀上之經驗足可認定乙能預見有發生致死結果之可能，但甲於出借該利刃尖刀時，對此加重結果不應能預見，是以甲不應就A致死結果負責。

(三)結論：甲成立刑法第二百七十七條第二項傷害罪之幫助犯，乙則成立該因傷致死罪之正犯。

951、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。

952、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；

(一)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。

1. 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。

2. 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）。

(二)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：

1. 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。

2. 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。

3. 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，而為強暴脅迫，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。

953、甲撞見舊識乙竊其自行車，但來不及攔阻。次日，甲在路上撞見在散步的乙，一步向前要抓乙，乙重踹甲下體而掙脫。問：本案如何論處？

答：乙可能之刑責如下：

(一)乙先有之竊取自行車行為，依題意無其他隱義，應論以竊盜既遂罪。

(二)惟乙次日面對目擊者甲之追捕行為而言，可否主張阻卻違法，討論如下：

1. 乙重踹甲之下體，達成對被害人身體上之侵害，依題意並未達成失去生殖機能程度，應從輕論以刑法輕傷罪。

2. 惟乙是否可以主張阻卻違法：

(1)所謂正當防衛，乃指行為人面對「現在不法」之侵害，而作出防衛自己或他人之行為。

(2)「現在不法」之義，雖已擴及：「即將開始」、「業已發生」及「既遂後即時被發覺」之認定，但依題意，甲於次日方發現乙，已不符「現在不法」之認定，故甲逕行追捕乙之合法性，恐有疑義。

(3)是故，「甲之追捕」對乙而言，仍屬非法逮捕，為不法之侵害，乙應可主張阻卻違法。惟應注意者，為是否過當之問題。

(三)乙可能僅能論以竊盜罪是。

954、甲和乙是表兄弟，甲為丙和丁之子；幼年失怙的乙叫丙姑姑，叫丁姑丈，由丙和丁扶養成人。甲和乙一人分別持一個枕頭，將因數年前車禍意外而雙雙成為「植物人」的丙和丁悶死。甲和乙隨即互砍自殺身亡。問：本案如何論處？

答：面對本題悲劇，甲、乙刑責可能如下：

(一)甲殺丙、丁之刑責：

1. 甲先後悶死己父之行為：

丙、丁雖為「植物人」，縱然實務界有腦死說藉以認定人之死期，但依實務意見之「呼吸心跳停止說」而言，丙、丁仍有人之跡象，故甲構成刑法第二七一條之殺人既遂罪。

2. 甲亦該當於刑法第二七二條之殺害直系血親尊親屬罪。

3. 該兩條文屬法條競合之特別關係，應論以後者之刑法第二七二條之罪。

(二)乙殺丙、丁之刑責：

1. 乙先後悶死丙、丁行為：如同前述，構成刑法第二七一條之殺人既遂罪。

2. 至於乙是否構成刑法第二七二條之殺害直系血親尊親屬罪：

(1)乙雖尊稱丙、丁為姑丈及姑母，但並不符合直系血親尊親屬之規範構成要件。

(2)乙雖受其扶養成人，但依題意並未看出收養之養父（母）子之關係，亦不足論刑法二七二之罪。

(3)然而依刑法第三十一條第二項之規定：

1. 乙仍應與其犯之甲先論以刑法二七二條之共同正犯。

2. 但乙並不具備該加重身分，故只能科以刑法二七一條通常之刑，而回復論以刑法第二七一條通常之罪。

(三) 甲、乙隨即互砍身亡：

1. 甲、乙若計劃為之互砍行為，則除刑法第二七一條之罪外，另行該當刑法第二七五條加工自殺罪，並得依該條第三項論以「謀為同死減免其刑」，因此乃刑事政策學就該等悲劇之減免考量。

2. 刑法第二七五條既為刑事政策之考量，自應優先於二七一條之適用。

(四)結論：

1. 甲應論以兩個殺害直系血親尊親屬罪，視其為一行為或兩行為，分別論以想像競合或連續犯，再與刑法二七五條論以方法結果間之牽連犯。

2. 乙應論以兩個普通殺人罪，競合方式同甲論處。

955、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。雖然乙沒被毒死，但是仍舊是痛苦難當，在地上翻轉哀嚎。甲看到乙的慘狀，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？

答：甲之涉及刑責為未遂犯之間爭議

(一)甲涉及殺人未遂：

1. 甲主觀上具備殺人犯意，而客觀上亦已準備毒藥讓乙吸用，已達著手程度。
2. 惟藥量不足致乙「無法死亡」一事，應論未遂無疑。惟究為障礙未遂抑或不能未遂？

或有疑問：

- (1)若依客觀未遂論之，甲之藥劑量並不足以致乙死亡，應為不能未遂。
- (2)若以主觀上印象理論言之，甲主觀上已表現出毒殺被害人之惡性及險，僅因劑量不足，仍為障礙未遂。
- (3)我國實務通常綜合審查前述兩論，即行為人主觀表現惡性，一般人視為危險；惟事實上無法顯現出劑量毒犯人之危險，似為不能未遂。

(二)甲雖於送乙就醫致乙死亡，但仍然只論殺人未遂犯：

1. 所謂因果關係，指行為人意思支配導致結果產生之關係歷程，均由行為人所掌握控制。
2. 本題中，若以「單純事實面」觀之，甲若不送乙就醫，乙不會死亡；但若於「法律評價面」觀察，顯然不在甲所能預見之危險範圍內。
3. 故不論以修正條件論，相當性理論或歸咎性理論言之，均不應將死因歸責於甲。

(三)甲既於心不忍，積極送乙就醫，且死因不可歸責於甲，甲仍可成立中止未遂；至於甲毒殺乙之行為，究為障礙未遂或不能未遂？在與中止未遂競合下，仍應從輕論以中止未遂犯為妥適。

956、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？

答：甲之行為是否構成刑法第三〇六條無故侵入他人住宅罪？應注意其所侵入之客體，是否可本罪規範？

(一)本罪行為客體：他人住宅、建築物、附連圍繞之土地或船艦，

1. 住宅：指供人住宿房屋，不以有久住意思為限，即旅社房間、商舖、店家皆屬之。
2. 建築物：指圍有牆壁，上有屋頂，可供居住或其他用途之土地定著物。包括機關及官署辦公室（二八院一九二二）。

3. 附連圍繞之土地：條文中附連圍繞之土地，指與住宅、建築物相連圍繞，且四週設有鐵絲、牆、籬笆..等隔離者為限。

(二)本罪行為—無故侵入：

1. 保衛團保警及協助保衛團務之人，對於保區內居戶藏有違禁物品之嫌疑，前往搜查起獲，仍其應有之任務，因之進入家宅起槍之行為，自不得謂為無故（二〇上一〇五五）。

2. (舊)刑法第三二〇條第一項所謂無故侵入他人住宅，指無正當理由擅入他人住宅而言。如出於有權搜查之職務上行為，自不能謂為無故侵入（二二上八九一）。

(三)依題意，雖然行為人之侵入客體不符合住宅之認定，然而依二八年院字一九二二號解釋，該辦公室仍供其他（辦公）用之用，又非對外開放致多數人或不特定人能任意進出之公共場所，應符合該釋字之規範。

(四)是故行為人應論以本罪第一項之侵入建築物罪。

957、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，遂改變主意，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，將來丙必能指出兇手，後患無窮，仍執意將丙殺死。問甲應負何罪？

答：(一)甲乙聯合殺丙之行為，構成共同正犯，所謂共同正犯，乃二人以上行為人間具備犯意之聯絡，及行為之分擔，依題意甲、乙應論刑法第二十八條之共同正犯。

(二)甲乙著手殺死丙後，甲卻心生不忍：

1. 所謂著手，乃進行未遂階段之始點。依題意，無論以實務之形式客觀論或學界之主、客觀混合論言之，皆已著手而進入未遂討論。

2. 甲於著手後心生不忍，若宜為己意善性為中止行為，依刑事政策之考量，可適用刑法第二十七條之中止未遂犯，即使於共同正犯之一人或數人，亦可為之。可參酌94.2.2 修正公布，95.7.1 施行之刑法第二十七條第二項：「前項規定，於正犯或共犯中之一人或數人，因己意而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。」即明。

(三)不過，依題意，乙仍將被害丙殺死，在因果關係成就下，既已達既遂，無法符合未遂犯「不能既遂」之前題要件。應予注意！

(四)題故，甲雖心生不忍，因因果已經成就，仍應與乙論以殺人既遂，只是甲犯罪之態度，可以於刑罰論中以刑法五十七條等酌量減之。

958、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？

答：甲之落跑行為究竟構成搶奪罪抑或其他罪名？不無疑問。

(一)搶奪罪之特色：

1. 搶奪罪之性質，係乘人不備而掠取之，故須用不法之腕力，自財物所持人支配範圍，移轉於自己之所持，方與該項罪質相符。若財物所持人事實上業已喪失財物之所持，從而不法領得者，則僅能成立他罪，而不可指為搶奪（一九上五三三）。

2. 刑法上之搶奪罪，其為搶奪他人所有物雖與強盜罪無殊，但搶奪行為僅指乘人不及抗拒而為爭奪者而言，如果施用強暴脅迫使人不能抗拒而為奪取，足以喪失其意思自由為已足，縱令被周人實際並無抗拒行為，仍於強盜罪之成立，不生影響（二〇非八四）

(二)是故本題若以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）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）來看，應為搶奪罪無疑。

(三)不過，搶奪罪之認定是否如此？學理上對搶奪罪提出疑問者並不在少數，其與竊盜罪之界限，約略如下數說：

1. 是否造成身體傷害為區別：其實兩者皆為竊盜作為基礎，若行為人對被害人未有身上之傷害而為竊取者，此為竊盜罪；反之，若行為人被害人同時有身體上之傷害（之虞）而為竊取者，此為搶奪罪。黃榮堅老師應採此說（其意見發表於月旦法學，23期55 頁）。

2. 是否抑制被害人自由為區別：所謂搶奪，乃行為人以當場直接侵害被害人自由意思手段，破壞其對物之監督支配關係，但尚未達抑制其自由意思程度之行為。若無當然直接侵害被害人自由意思之手段為之者，應屬竊盜；若已達抑制其自由意思程度之行為者，則為強盜。甘添貴老師應採此說（可參照其著體系刑法各論之II，109 至110 頁）。

3. 以對被害動產之鬆緊程度為區別：所謂搶奪，乃行為人就被害人緊密持有之動產為破壞，以致於影響被害人生命或身體法益者而言。反之，若行為人就被害人寬鬆持有之動產為破壞，而尚未影響被害人生命或身體法益者，則僅能論以竊盜。林東茂老師應採此說（刑事法雜誌43 卷2 期47 頁）。

(四)是故，雖然依實務意見，為搶奪罪無疑；惟若從學理言之，即然被害老闆並無任何身體傷害之虞，亦無自由直接受侵害之有，似應論以竊盜罪，較為妥適。

959、甲某日潛入乙宅，擬傷害乙，適乙不在，為消怒氣，乃持刀將乙客廳沙發割裂得體無完膚。試問

對甲應如何論罪科刑？

答：(一)牽連犯之意義：牽連犯者，乃犯一罪而其方法或結果的行為另行觸犯其它罪名之謂。

(二)牽連犯之成立要件(94.2.2 修正公布，95.7.1 施行之刑法，已刪除§55 後之牽連犯規定)

1. 須有二個以上的犯罪行為：即其原因行為與結果行為，或方法行為與目的行為須各為獨立之犯罪行為。又此所指之二以上行為，依學習之多數見解，均以故意行為為必要。

2. 二個人以上之犯罪行為間：須有牽連關係；即原因行為與結果行為、或方法行為與目的行為之間，不但行為人之主觀上有犯意繼續之連貫，且在客觀上有直接密切之關係。牽連關係之有無認定，學理上約有以下諸說：

(1)客觀說：以二行為間就一般社會的觀念而觀察，是否可認為某一行為為實施犯罪之「通常方法」或「當然結果」而決之，至行為人主觀上是否具牽連之意思則非所問。

(2)主觀說：認為牽連關係應就犯人之主觀犯意決之，凡依行為人之意思可認為某種行為係犯一罪之方法行為或結果關為，即得成立牽連關係。

(3)折衷說：認為因方法或結果行為而另犯他罪名者，除於行為人主觀上須有犯意繼續連貫外，並須於客觀上具有通常方法與當然結果之直接密切關係，使可謂為牽連關係。

《結論》我國通說及實務見解，採折衷說。故行為人之主觀上有犯意繼續之連貫，且在客觀上有直接密切之關係，方得論為牽連犯。

3. 二個以上之犯罪行為須觸犯不同之罪名之一：即原因行為與結果行為，或方法行為與目的地行為所觸犯之罪名不同，此為牽連之特性。蓋相牽連之二以上行為，即有方法行為與目的地，或原因與結果之不同，自不可能觸犯相同之罪名。且此不同之罪名必須無結合犯之特別規定。

(三)牽連犯之處罰：刑法第五十五條後段規定：「犯一罪而方法或結果之行為犯他罪名者，

從一重處斷。」即就其所犯本罪之罪名，與方法或結果行為所觸犯之罪名，按其法定刑比較其輕重，由審判官就較重或最重之法條自由裁量之，惟沒收得併科之。

(四)如上所述，本題回答如下：

1. 在構成要件該當性之判斷：

(1)甲潛入乙宅：該當刑法第三〇六條第一項之侵入住宅罪。

(2)甲欲傷害乙而未遇乙：此乃刑法第二七七條第一項傷害罪之預備犯，依罪刑法定主義，不罰。

(3)甲持刀將乙客廳沙發割裂得體無完膚：該當刑法第三五四條之毀損罪。

2. 本題甲無阻卻違法之事由，並為有責之行為。

3. 在罪數論之判斷上：刑法第三〇六條第一項之侵入住宅罪與刑法第三五四條之毀損罪，二者無牽連

關係，應依刑法第五〇條之規定數罪併罰。蓋甲之行為，客觀上毀損他人之物，固須侵入他人住宅，而有直接密切之關係；但主觀上，甲於侵入住宅時，並未有毀損之犯意，並無犯意繼續之連貫，故不得論為牽連犯，僅得依刑法第五〇條之規定數罪併罰。

960、甲教唆乙至丙將丙殺害，惟乙誤闖入丁，將丁槍殺後，適丁之妻戊返家撞見，為殺人滅口，乃復將戊槍殺後逃逸。試問甲、乙各應負刑責？

答：(一)稱教唆犯者，謂教唆他人犯罪者。而稱錯誤者，謂行為人所認識之事實與客觀之事實不一致。

(二)教唆錯誤之處理：

1. 關於構成要件之錯誤：

(1)客體錯誤：如甲教唆乙殺丙，但乙誤認丁為丙而殺死丁，甲仍須成立故意教唆殺人既遂罪（最高法院24年上字第1262號）。

(2)打擊錯誤：如甲教唆乙殺丙，但乙技術不佳，未中丙，卻中其旁邊之丁，則正犯之乙負故意殺人未遂，甲亦負故意教唆殺人未遂。

2. 關於責任能力之錯誤：

被教唆人原為無責任能力人，而教唆犯誤認為有責任能力人，則無責任能力人雖不成立犯罪，但教唆者仍依其所教唆之罪而成立教唆犯。但亦有認為應成立間接正犯者。吾人認為似以後說為當。

3. 罪於罪名之錯誤：

(1)如甲教唆乙強盜，乙只實施竊盜，則甲應成立教唆強盜未遂，乙負竊盜罪。

(2)如甲教唆乙強姦丙女，乙卻實施強姦殺人，則甲負教唆強姦，乙負強姦殺人罪。

4. 關於禁止錯誤：

行為人以其主觀上認為係合法之行為，但卻為定須加以處罰之行為，而教唆他人實施，並不唆故意之成立，仍應成立教唆犯。如甲教唆正懲戒處罰中之乙對其父母反擊（正當防衛），立教唆傷害罪（刑法第二七七條），乙則須承直系血親尊親屬罪（刑法第二八〇條）。

5. 對於未教唆之事項，由行為人單獨負責，教唆人不負責。

(三)如上所述，本題回答如下：

1. 甲教唆乙至丙家殺丙，丙強入丁宅，將丁殺死。乙成立主一條殺人既遂罪，而甲成立故意教唆殺人既遂罪。

2. 乙殺戊之部分：並非甲所得預見，故乙雖成立二七一條之殺人既遂罪，但甲不成立教唆殺人罪。

3. 結論：乙成立二個殺人既遂罪，因係臨時起意，故應數罪併罰，甲成立一個故意教唆殺人既遂罪。

961、A因山洪爆發，受困於溪中，情況危急，消防局接獲報案後，前往營救，因器材不足，無法救A。當地消防局聯絡附近之政府救災單位B，因B掌有救援直昇機，B稱須獲上級同意後方的出勤，消防局等候許久，未獲回音。民眾C憤而挾持B單位之飛行員D，前往營救，終使A倖免於難，問C之行為是否可以主張緊急避難？又若無C之行為，而係B單位之飛行員D，不滿未獲上級同意，逕行駕機前往營救，D之行為是否可以主張緊急避難？

答：本題乃在探討緊急避難之阻卻適法事由問題。分述如下：

(一)C可能涉及強制罪：

1. 政府救災單位B屬救災職權之公務員，對民眾受災時本有救助之義務。惟B依行政內部之組織，須受上級同意方得出勤，反之言之，即未得上級同意前，B不出勤，尚屬合法。
2. C在B尚不須出勤之情狀下，以挾持之手段強制B加單位之飛行員D前往營救，已屬強暴脅迫使D為行無義務之事，應屬刑法第三百零四條之強制罪構成要件該當。
3. 惟依法益衡量說，人之生命法益屬最高位階，應超越其他法益而最重要，是故C為A之生命保全，出於不得已之行為（因在場之消防局器材不足無法盡救助義務），在自可主張緊急避難。
4. 是故C可主張之，以阻卻違法，不成立本罪。

(二)飛行員D逕行駕機出勤之行為，可能涉及者，乃行政機關內部下級服從權之違抗。

1. 按公務員服務法而言，下級公務員應遵守上級命令為之，D不滿未獲上級同意，逕行駕機前往營救，有違該服從命令之規定。
2. 惟D之行為，在刑法上並不該當何罪，應論者，僅前述之行政懲處而已，惟仍可主張緊急避難，理由同之法益衡量面，可供參考。

962、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。

963、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：（1）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。

（2）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。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。
- 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。
- 3、阻卻違法的承諾必須以具體行為表現於外部。
- 4、行為人對於被害人的承諾要有認識。
- 5、基於承諾而為的行為必須具有社會相當性。

（3）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。

（4）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，可以適用得被害人承諾的法理，某甲不構成侵入住宅罪。

964、某甲係曳引車司機，平日以駕駛曳引車載運貨物為業，為從事駕駛業務之人於某日上午，駕駛曳引車行經設有行車管制號誌之交岔路口時，路上之燈號為紅燈而停車，適有行人乙，手推幼兒乘坐之嬰兒車，沿行人穿越道向行走，因行進速度較慢，僅穿越車道，行至甲所駕車輛之左前方處時，設置在路上之號誌即轉換為紅燈，甲見號誌變換為綠燈而起步時未注意，即貿然起步前行車輪撞擊乙及乘坐之嬰兒車，乙受有擦傷及右手掌腫痛之傷害，嬰兒則受有腦部受損併腦漿外露頭骨骨折等傷害，經送醫急救後，當日上午不治死亡，試問某甲的刑責為何？

答：本件係甲駕駛營業曳引車於綠燈起步時，撞及推行嬰兒車而沿行人穿越道穿越道路之證人即乙為由，甲於綠燈起步時，未充分注意車前狀況為唯一肇事原因之結論，穿越道旁穿越，依經驗法則此一狀況亦為日常可見之行人通行現象，客觀上並不影響車輛駕駛人，對其車前狀況之預見能力與應變能力，不宜因行人未完全在穿越道『標線』上穿越，即減除行人穿越道對穿越行人之保護功能。復依客觀上相當因果關係法理審察，車輛駕駛人於行人穿越道前，如能充分注意車前狀況，並禮讓行人先行，類似本案之事故根本不致發生。故肇因關鍵並非行人是否完全依規定在行人穿越道『標線』上行走，而係汽車駕駛人有無注意車前狀況；因此認甲未充分注意車前狀況。另依道路交通安全規則第103條第2項規定『汽車行經行人穿越道，遇有行人穿越時，無論有無交通指揮人員指揮或號誌指示，均應暫停讓行人先行通過』。藉「經驗法則」、「日常可見」、「相當因果關係法理等抽象用語為論述依據外，亦均為強調車輛駕駛人有禮讓行人義務之規定，顯係針對車輛駕駛人明知行人通過而仍予爭道為前提之案例，論知認甲涉犯刑法第276條第2項業務過失致死罪、第278條第2項前段業務過失傷害罪。

965. 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

966. 甲跟乙借一台數位相機，並且遲遲未還，所以乙自行到甲的住所，趁甲沒有關門，自行取回，請問乙犯了什麼罪？

答：數位相機乃是乙的，乙侵入甲的住宅取回自己所有之物並無不法之所有之意圖因此不夠成竊盜罪但是夠成侵入住居罪刑法第 320 條(普通竊盜、竊佔罪)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，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。意圖為自己或第三人不法之利益，而竊佔他人之不動產者，依前項之規定處斷。

967. 甲乙丙三人共謀殺曾有仇恨之丁，丙後來因為生病而臨時取消計畫，但是甲乙兩人仍依照原計畫由甲持刀乙按住丁手腳，將他殺死，請問假乙丙之罪行？

答：甲乙丙共謀殺丁因此第 28 條二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。雖丙事後因生病無參與仍構成共謀共同正犯因此甲乙丙應構成殺人罪而以刑法殺人罪論處第 271 條(普通殺人罪) 殺人者，處死刑、無期徒刑前項之未遂犯罰。預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑。預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑。

預備犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑。

968：甲持槍前往酒店喝酒，因不滿酒店服務態度而與服務生爭執，竟憤而對服務生開槍，致該服務生當場死亡，同時流彈亦傷及在旁之客人之腹部，經送醫急救，割除腎臟一只後，始保住性命，問：甲所為係犯何罪？所犯各罪之法律關係為何？

答：甲對服務生開槍，此行為可能構成刑法271殺人罪，主觀上甲基於故意，客觀上甲向服務生開槍並造成服務生死死亡結果，甲又無其他阻卻違法事由及減免罪責事由；故該當刑法271 第1項殺人既遂罪。二. 流彈傷及在旁之客人造成割除腎臟，此行為可能構成刑法284過失傷害罪，主觀上甲應注意能注意而未善盡注意與迴避義務，客觀上傷及在旁之客人並造成割除腎臟，按刑法第10條第4項割除腎臟已達重傷定義；甲又無其他阻卻違法事由及減免罪責事由，故該當刑法284條第1項後段 過失重傷害罪三、甲一開槍行為觸犯二個罪名，按刑法55條本文從一重處斷，以刑法271第1項殺人既遂罪論處。

969：某高中二年級學生甲女，被二位男生乙丙騎機車帶至卡拉OK，約十多人。凌晨唱歌喝果汁後又喝酒，不久感覺精神恍惚四肢無力，想回家卻被阻隔，三點多欲離開時卻不支倒地。醒來時發現躺在加害人家中床上，昏睡不醒，因長褲拉鍊打開，疑被性侵

害。乙丙所為係犯何罪？

答：1. 十數名男生以唱卡拉OK為藉口，以酒灌醉甲女，並對其實施性侵害，可以涉及刑法第二百九十八條第二項加重略誘罪及刑法第二百二十二條第一項第一款加重強制性交罪。2. 若此十數名男生未對其實施性交，而僅有猥褻行為，則屬違反刑法第二百二十四條之一加重強制猥褻罪：

刑298 II、III 意圖營利、或意圖使婦女為猥褻之行為或性交而略誘之者，處一年以下七年以下有期徒刑，得價科一千元以下罰金。前項之未遂犯罰之。

刑221 對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。

刑222 I 犯前條之罪而有左列之情形者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑：

- 一、二人以上共同犯之者。
  - 二、對十四歲以下男女犯之者。
- 前項之未遂犯罰之。

刑224對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反意之方法而為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。

刑224-1犯前之罪而有第二百二十一款之情形者，處三年以上十年以下有期徒刑。

刑227對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。

對於未十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。

對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑。

對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。

第一項、第三項之未遂犯罰之。

可能之刑期：

依此行為判斷，該群男生所可能受到之刑罰如下：

1. 對甲女實施強制性交者，依刑法第二百二十二條第一項第一、二款，得處無期徒刑或七年以上有期徒刑。
2. 對甲女實施猥褻之行為者，依刑法第二百二十四條之一，得處三年以上十年以下有期徒刑。
3. 以上行為之未遂犯均罰之。

970：國中三年級學生甲參加學測與該校乙生在校時就有不愉快衝突發生，甲生向乙生

說學測時要打他。學測當天甲生約了他校另二位同學A生與B生及綽號小龐一群人將甲生約到校外路口後，即以單車二輛，掃帚二支，水桶二個，木板一片為武器，圍毆甲生，致使甲生身上多處挫傷無流血外傷，所犯各罪之法律關係為何？

答：甲生、A生與B生及綽號小龐一群人以單車二輛，掃帚二支，水桶二個，木板一片為武器，圍毆甲生，致使甲生身上多處挫傷之行為該當於刑法第二百七十七條之普通傷害罪。

涉及相關法律條文：

刑277 I 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。

少年29 少年法院依少年調查官調查之結果認為情節輕微，以不付審理為適當者，得為不付審理之裁定，並為左列處分：

一、轉介兒童少年福利或教養機構為適當之輔導。

二、交付兒童或少年之法定代理人或現在保護少年之人嚴加管教。

前項處分，均交由少年調查官執行之。

少年法院為第一項裁定前，得斟酌情形，經被害人同意，命少年為左列各款事項：

一、向被害人道歉。

二、立悔過書。

三、向被害人支付相當數額之慰撫金。

前項第三款之慰撫金，少年之法定代理人應負連帶支付之責任，並得為民事強制行之名義。

少年67 檢察官依偵查之結果，對少年犯最重本刑五年以下有期徒刑之罪，參酌刑法第五十七條有關規定，認以不起訴處分而受保護處分為適當者，得為不起訴處分，移送少年法院依少年保護事件審理，……

少年42 I 少年法院審理事件，除為前二條處置者外，應對少年以裁定諭知左列保護處分：

一、訓誡，並得予以假日生活輔導。

二、交付保護管束並得命為勞動服務。

三、交付安置於適當之福利教養機構輔導。

四、令入感化教育處所施以感化教育。

可能之刑期：

1. 甲生、A生與B生為國中應屆畢業生，適用少年事件處理法之規定，如依此情節，可能依少年事件處理法第二十九條之規定，裁定不付審理，並為第一項各款之保護處分，並得令其對甲生依同條第三項向被害人道歉、立悔過書或支付相當數額之慰撫金。
2. 如經裁定須移送少年法院審理，則依審理結果可交付假日生活輔導、保護管束、令入感化教育處所，施予感化教育。
3. 綽號小龐一群人若為未成年之少年(十二歲以上未滿十八歲)，得依說明1. 辦理。若已成年則視情節依刑法第二百七十七條處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。
4. 惟須注意者，刑法第二百七十七條傷害罪依刑法第二百八十七條規定為告訴乃論之罪，依刑事訴訟法第二百三十條第一項規定：「告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯罪人之時起，於六個月內為之」

971：文藻高職二年級學生甲--鬥毆於期末考中午放學後，約12：25時甲生於街口牽機車時險些撞上乙生，引發口角，雙方發生衝突鬥毆。12：30時甲生邀集校外友人助陣，友人以機車大鎖毆打乙生頭部成傷後逃逸，乙生經同學送醫治療(頭部約縫合十餘針)。教官與員警抵達現場，員警詢問附近商家後離去，教官並前往醫院協助處理。試問某甲的刑責為何？

答：甲生與乙生因車禍事故發生爭執，甲生邀集校外友人助陣，友人以機車大鎖毆打乙生頭部成傷後逃逸，乙生經同學送醫治療(頭部約縫合十餘針)。甲生叫唆友人助陣將乙生以大鎖毆傷，甲生依刑法第二十九條與友人同視為共犯，友人之行為顯已侵害乙生之身體健康，已構成刑法第二百七十七條之傷害罪。

涉及相關法律條文：

刑29 教唆他人犯罪者，為教唆犯。依其所教唆之罪處罰之。

可能之刑期：

1. 甲生與其友人若同為未滿十八歲之人，則依少年事件處理法，除民事賠償外，可以依少年事件處理法四十二條第一項規定，處以交付假日生活輔導、保護管束、令入感化教育處所，施予感化教育。
2. 若其友人已成年，則可直接論以傷害罪，處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。

972：A學校學生甲男利用休假時間到C師女家中，C師係甲生輔導老師，因師生間輔導關係，甲生對C師產生愛慕感情，於是與C師發生親吻及擁抱的行為。經導師發現甲生信

件，信中隱約提及師生戀情，隨即面談甲生，並經多次與C師懇談始了解事情始末。C師可能之刑期？

答：男女之間之感情本無對錯可言，但法律為保護較弱勢之人，對於心智發展未臻健全之青少年均設有專章或特殊刑法保護，C師係甲生輔導老師，利用輔導之機會，發生親吻及擁抱之行為，依刑法之解釋所謂猥褻係指姦淫以外足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言，則C師之行為將構成刑法第二百二十八條之利用權勢猥褻罪。

涉及法律條文：

刑227對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑、對於未十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑、對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑、對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。第一項、第三項之未遂犯罰之。

刑228 對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、扶助、照護之人，利用權勢機會為性交者，處六個月以上五年以下有期徒刑。

因前項情形而為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。

可能之刑期：

1. 若甲生為已成年之學生，則C師之行為將構成刑法第二百二十八條之利用權勢猥褻罪，可處三年以下有期徒刑。
2. 若甲生為未滿十八歲之人，則C師之行為將觸犯刑法第二百二十七條之規定，得視甲生之年齡分別處以六月以上五年以下有期徒刑(未滿十四歲)或三年以下有期徒刑(十四歲以上未滿十六歲)。

973：A國小08：00發現甲生未到校，同學立即到訓導處以緊急聯絡網電話通知家長，但電話遭停話。班導師改以手機聯絡家長，甲生父親告知已背書包上學，家長即刻到學生常去之場所尋找，附近網咖未尋獲。經樓下鄰居告知，曾目擊有人騎機車戴安全帽將學生載走，以為是甲生兄長，家長報案協尋。擄人勒贖如何論處？

答：由此案過程分析，甲生可能遭遇兩種情形，一為單純之遭限制自由，一為遭人擄人勒贖。涉及法律條文：

刑302 I 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、拘役、或三百元以下罰金。刑347 I 意圖勒贖而擄人者，處死刑、無期徒刑七年以上有期徒刑。可能之刑期：將甲生擄走之人，最輕得依刑法第三百零二條第一項規定，處以五

年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。最重可依刑法第三百四十七條第一項規定以死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑。

974：○○中學進修部一年級學生A，服用禁藥，A生導師接獲家長來電告知，A生因結交損友，染上服用K他命惡習，故不再讓A生到校就讀。經教官深入了解發現二年級B生與一年級A生及C生於B生租屋處服用K他命，藥物由B生提供。A生又至B生租屋處服用K他命，藥物由B生提供。B生的刑責為何？

答：A生染上服用K他命之惡習，K他命目前列為第二級毒品，屬於中樞麻醉劑，吸食將會造成感覺、協調力，判斷力可長達16~24小時。有違反毒品危害防制條例之情形。二年級B生與一年級A生及C生於B生租屋處服用K他命，藥物由B生提供，其中B生提供毒品及場所，有引誘他人施用毒品之嫌疑。而B生持有毒品，亦構成持有毒品罪。

涉及法律條文：毒7Ⅱ 引誘他人施用第二級毒品者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬以下罰金。毒10Ⅱ 施用第二級毒品處三年以下有期徒刑。毒11Ⅱ 持有第二級毒品者，處二年以下有期徒刑、拘役或新台幣三萬元以下罰金。毒20 犯第十條之罪者，檢察官或少年法庭應先將被告或少年送勒戒處所觀察、勒戒，其期間不得逾一月。經觀察、勒戒後，無繼續施用毒品傾向者，應由檢察官為不起訴之處分或由少年法庭為不付審理之裁定；有繼續施用毒品之傾向者，由檢察官聲請法院或由少年法庭裁定令入戒治處所施以強制戒治，其期間為一年。但自首者，得以保護管束代之。依前項規定為不起訴之處分或不付審理之裁定後，五年內再犯第十條之罪，經觀察、勒戒後，認有繼續施用毒品之傾向或三犯以上者，不適用前項之規定。但應由檢察官聲請法院或由少年法庭裁定先令入戒治處所施以強制戒治。第二項但書情形，違反保護管束應遵守事項情節重大者，得撤銷保護管束，仍施予強制戒治。

少年42 少年法院審理事件，除為前二條處置外，應對少年以裁定諭知左列之保護處分：一、訓誡，並得予假日生活輔導。二、交付保護管束並得命為勞動服務。三、交付安置於適當之福利或教養機構輔導。

四、令入感化教育處所施以感化教育。少年有左列情形之一者，得於為前項保護處分之前或同時諭知左列處分：一、少年染有煙毒或吸用麻醉、迷幻物品成癮，或有酗酒習慣者，令入相當處所實施禁戒。二、少年身體或精神狀態顯有缺陷者，令入相當處所實施治療。第一項處分之期間，毋庸諭知。

可能之刑期：

1. A生染上服用K他命之惡習，依毒品危害防制條例第二十條規定，檢察官或少年法庭應

先將A生送勒戒處所觀察、勒戒，其後視矯正情形，決定是否不付審理或繼續觀察勒戒。並得視情形依少年事件處理法第四十二條規定裁定保護管束，或依毒品危害防制條例第十條處三年以下有期徒刑。

2. B生如有提供K他命引誘A生及C生吸食之情形，則依毒品危害防制條例第七條第二項之規定處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬以下罰金。
3. C生與一年級A生及B生吸食第二級毒品之處理，依A生之處理模式為之。

975：○○學校三年級學生A國三學生係少年法院委託安置之學生，年初曾逾假未歸，經協尋後於五月下旬送回學校，無奈A生無心留在學校，一再表示要出去找其在一起的男友B。翌日中午A生謊稱上洗手間，即逃離學校，隨即通報少年法院。B如何論罪？

答：A生之行為，可能觸及少年事件處理法對於少年保護之相關規定，少年法院可依相關規定要求司法警察機關協尋之。尋獲後，可由少年法院裁定，責付、觀護或為其他之保護處分。

而A生之男友B則因收留A生其行為，可視其動機該當於刑法之和誘罪。

少年3 左列事件，由少年法院依本法處理之：一、少年有觸犯刑罰法律之行為者。二、少年有左列情形之一，依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞者：(一)經常與有犯罪習性之人交往者。(二)經常出入少年不當進入之場所者。(三)經常逃學或逃家者。(四)參加不良組織者。(五)無正當理由經常攜帶刀械者。(六)吸食或施打煙毒或麻醉藥品以外之迷幻物品者。(七)有預備犯罪或犯罪未遂而為法所不罰之行為者。

刑240 和誘未滿二十歲之男女，脫離家庭其他有監督權之人者，處三年以下有期徒刑。

A生可依少年事件處理法第三條之規定由少年法院發出協尋書，要求司法警察機關協尋，尋獲後，可依同法第二十九條裁定轉介輔導，或可以同法第四十二條，裁定訓誡、假日輔導、保護管束、感化教育等相關保護處分，以矯正其行為。

2. A生之男友B，明知A生未成年，竟收容A生，其行為該當於刑法第二百四十條第一項之規定，和誘未滿二十歲之男女，脫離家庭其他有監督權之人者，依法處三年以下有期徒刑。

976：○○商工二年級學生A、遭甲校B生另載乙校三人疾駛而來汽車擦撞，A生等人與之理論隨即發生互毆，雙方發生衝突後，甲校B生隨即上車將車輛調頭，惟調頭過程穿梭衝撞，造成現場緊張混亂，混亂當中乙校一學生發射信號彈。

答：本案中，較有爭議者，為混亂中，乙校學生擊發信號彈。若信號彈為非正當取得使

用之合法彈藥，則乙校學生之行為構成違反槍砲彈藥刀械管制條例之行為；若信號彈為經合法申請，則乙生之行為，亦可能觸犯社會秩序維護法之妨礙安寧秩序。槍砲12IV未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列子彈者，處五年以下有期徒刑，併科新台幣三百萬元以下罰金，社維63 I 4 放置、投擲或發射有殺傷力之物品而有危害他人身體或財物之虞者。

可能之刑期：

乙校學生可能因此觸犯槍砲彈藥刀械管制條例第十二條第四項之規定，依法將處五年以下有期徒刑，併科新台幣三百萬元以下罰金；但信號彈若為經登記核可可使用之裝備，則乙丙校學生姑可不論其持有，但因誤觸而擊發，似可構成違反社會秩序維護法第六十三條第一項第四款之妨害安寧秩序行為，因信號彈亦有相程度之危險性，似應由有完全責任能力之領隊嚮導持有，較具安全性。

977：路人甲在住家附近發現乙輛機車，鑰匙留置車上未帶走，突生貪念遂將機車騎到住家地下室更換留置於該處之不知名機車車牌，並騎該機車到學校附近停放。放學後騎機車在住家附近被警察臨檢查獲贓車，移送管區派出所處理。刑責？

答：甲因心生貪念將住家附近未上鎖之機車牽走，並更換車牌，顯已有佔該機車為己有之念頭，其行為已觸犯刑第三百二十條之竊盜罪。

刑320 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，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。可能之刑期：甲之行為可能面對刑法第三百二十條竊盜罪之處斷依法可處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金，惟因甲生仍為商職學生，設其未成年(未滿十八歲)，則依少年事件處理法第二十七條，可不予移送，但仍須受少年法院之審理或改為保護處分。

978：某 B 女指控 A 君對她性侵害，在 B 女持續爆料讓劇情加溫後，A 君之妻跳出來表示將反控 B 女妨害家庭，轉守為攻。此舉除可讓 B 女告不成 A 君性侵害，還可藉通姦罪向 B 女施壓，一箭雙鵰之意願顯而易見，也是常見 太為出軌丈夫「善後」的方式。如何論處？

答：依刑法第二百三十九條之規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者亦不同。」然依刑法第二百二十一條第一項之規定：「對於男女以強暴、脅迫、催眠或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」因此，通姦罪與強制性交罪〈性侵害之一種〉，在法定刑之輕重截然不同。另通姦罪依刑法第二百四十五條第一項之規定，須告訴乃論，強制性交易罪則為非告訴乃論罪。且依

刑事訴訟法第二百三十九條但書之規定，通姦罪之告訴人得只撤回配偶之告訴，而僅對相姦人為告訴。強制性交罪則無從撤回告訴。通姦罪之告訴人顯然可較為「收放自如」。此外，通姦罪係出於雙方之自由和意而性交，但強制性交罪則係以強制方式，違對方意願而予姦淫。兩者在意思自主上顯然不同。

979：A 君戴綠帽三年，還代養育妻子與 B 君所生女兒，直到妻子被情人拋棄由愛生恨，才抖出實情，A 君不堪此辱向 B 君提起告訴，B 君如何論處？

答：刑法第二百三十九條規定「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」，文中 A 君之妻與 B 君通姦，A 君可於知道誰是犯罪之人後六個月內檢具證據提出告訴，將二人繩之以法。而文中 A 君養育妻子與 B 君所生女兒所生損害（如：奶粉錢、尿布錢、教育費用 ... 等），因民法第一千零六十三條第一項「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。」，該女兒係推定為 A 君之女，A 君須先提起否認子女之訴勝訴確定後，由 B 君認領女兒，或由 A 君之妻依民法第一千零六十七條提起強制認領之訴勝訴後，A 君即可向該情人請求支付養育費用。

980：A 君上個月底趁太太外出，在家召妓，不料被太太當場發現，應召女子趁 A 君和太太大打出手之際逃走，氣炸的 A 君太太報警要告 A 君，如何論斷？

答：依刑法第二百三十九條之規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」因此，只要已經結婚且婚姻關係尚在存續中的人，若與配偶以外之人發生性關係，無論其時間的長短〈諸如一夜情〉或有無支付費用〈諸如召妓〉，均屬通姦行為，只要證據明確，就可能背負刑事責任。然依刑法第二百四十五條之規定，通姦罪屬告訴乃論之犯罪，必須被害人依法提出告訴，犯罪行為人才會受到法律制裁。因此，實務上常見以和解方式來化解被害人提出告訴之情形。惟達成和解即應依約履行和解條件，否則被害人於六個月之告訴期間內還是可以提出告訴。

981：狗仔 A 趁機拍下 B C 親密照片。為何罪責？

答：狗仔 A 趁機拍下 B C 親密照片，刑法第 315-1 條妨害秘密罪有下列行為之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金：一、無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。

982：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。試問甲應負何刑責？

答：

(1) 甲酒後駕車之行為可能構成醉態駕駛罪：

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。

(2) 甲辱罵及動手毆打警察之行為可能構成妨害公務罪：

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、脅迫之行為為已足。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，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。

(3) 甲辱罵警察之行為可能構成公然侮辱罪：

甲於不特定人所得共見共聞之公開場所辱罵警察之行為，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。

(4) 甲動手毆打警察之行為可能構成普通傷害罪：

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。

(5) 競合：

甲辱罵與動手毆打警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關係分別起意，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。

983：甲與乙因開車擦撞而發生口角，繼而互毆。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提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：

(1)乙之行為是否得構成正當防衛？其理由何在？

(2)於正當防衛之情形，是否有受防衛之法益與被反擊之法益，應有均衡之問題？

答：

(1) 乙可能主張正當防衛

1 正當防衛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：

(1) 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。

(2) 若甲在乙殺人之際已停止攻擊，則其不法侵害也已結束，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。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。

2 簡言之，互毆雙方在節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。」，意旨相同。

(2) 原則上不考慮利益均衡

1 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。

2 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。

984：甲係任職於台北翡翠水庫管理局之公務員，負責水庫洩洪業務，某日颱風將屆，需要洩洪，依規定洩洪應事先預告，俾下游居民及遊客得以預先因應，免釀災害，乃甲因醉酒致疏未預告而逕自洩洪，使在水庫下游垂釣之乙、丙二人被水沖走，乙溺斃，丙則受傷。甲闖禍後，經警以廢弛職務釀成災害之瀆職罪移送法辦。闖禍後甲心情不佳欲請假休息，遂至長庚醫院求診，向醫師丁告以有嚴重之暈眩、耳鳴等疾病，使不知情之丁診療後據以登載於診斷書，甲乃持診斷書辦理請假事宜。試問：

(1) 洩洪部分，如何論甲之罪責？

(2) 甲是否構成偽造文書之間接正犯？

答：

(1) 洩洪行為

- 1 殺人既遂罪。客觀上甲的洩洪可歸責地致乙死亡。然而，其於洩洪當時醉酒，可能使其判斷能力減低，對因此導致他人死亡，欠缺預見，阻卻殺人故意。
- 2 業務過失致死罪。主觀上甲於洩洪當時，依其辦理洩洪業務之知識經驗，對於未預告洩洪可能導致釣客喪生，應有預見可能性，具過失。其酒醉尚不足以影響責任能力，無阻卻違法及罪責事由，成立過失致死罪。由於其係事實上執行洩洪業務之人，就其業務範圍內過失致死，成立本罪。
- 3 業務過失致傷罪。基於相同理由，甲就丙之傷害成立本罪。

(2) 未為預告可能成立廢弛職務釀成災害罪。客觀上甲未依規定事先預告，其洩洪僅導致少數死傷。有文獻認為，災害應是多數人之生命、財產、身體遭受損害。然而，就本罪之功能在保護超個人法益而言，本條之災害應是指對不特定多數人之生命身體危險。依此，未預告的洩洪使水庫下游的居民釣客可能不及因應，已釀成災害。然而，甲係於酒醉狀態下而未為預告，故其對未為預告的事實可能因酒精麻醉作用而欠缺認識，阻卻故意，不成立本罪。

(3) 競合：業務過失致死罪與業務過失致傷罪成立想像競合。

- 1 間接為偽造私文書罪。偽造是指無權制作者冒用他人名義制作，因該醫師是以自己名義有權制作，不是偽造，故不成立本罪。
- 2 間接業務登載不實罪。客觀上，私立長庚醫院醫師丁非公務員，而是從事業務之人，其就業務做成之診斷書登載之疾病，與其所欲證明之不符。儘管甲使丁對事實產生誤認，對業務登載不實之實現具意思支配力，但由於本罪是純正特別犯，甲就此文書之制作非從事業務之人，不成立本罪。
- 3 結論：無罪。

985：某甲駕駛自有汽車而違規停車，汽車被拖吊至違規拖吊保管場內。某甲心有不甘，於夜間潛入保管場內，利用保管場櫃臺人員上廁所時，未辦理手續即迅速駕車離去。隔日某甲又至保管場要定「領車」，圖管場發現車輛已經不在，某甲即開口要求保管場負損害賠償責任。保管場不允，報警處理。經調查後隨即揭露，原來失車是某甲自導自演。問

(1) 某甲行為是否構成竊盜罪？

(2) 某甲行為是否構成詐欺未遂罪？

答：

(1) 不成立竊盜罪

- 1 普通竊盜罪。客觀上甲所駕之車，所有權歸屬於甲，故非「他人動產」，不成立本罪。少數見解認為，本罪是保護特有利益，動產只以他人持有為要件，不問所有權歸屬。然而，姑且不論持有權益是否值得單獨以刑罰保護，由於「竊取」概念即足以表達破壞他人持有的意思，條文無明示由他人持有該動產之必要。因此，以通說見解可採，動產以所有權歸屬他人為限，客觀不法構成要件不該當。
- 2 普通竊盜未遂罪。由於甲認識該車所有權歸屬於己，故對竊取他人動產之事實欠缺預見，無竊盜故意，不成立本罪。

(2) 成立詐欺取財未遂罪

- 1 主觀不法：依甲預見之事實，其要求領車及損害賠償，傳達車輛仍在保管場，且其遺失是出於保管疏失所致之訊息，與客觀事實不符，是從使詐術。保管場人員將因此誤認應負損害賠償責任，而賠償價金，致使財產總額減損。因此，甲具詐欺取財故意。由於依甲認識之事實，其無權向保管場請求損賠，故具不法得利意圖。
- 2 客觀不法：依甲的主觀認識，其向保管場提出交付車輛及損害賠償之請求，將使其誤認有損害賠償之原因事實。此行為將直接導致保管場交付價金，對其財產利益造成直接危險，故已違著手。
- 3 無阻卻違法與罪責事由，成立本罪。

986：假設某甲涉嫌賄選案件，經檢察官傳喚到場訊問，檢察官表示倘被告甲坦承賄選，且交出相關帳冊資料，將可對其為緩起訴處分。甲為求有利之處分，遂自白賄選經過，並供出相關資料寄放在友人乙家中，檢察官依法向法院聲請取得搜索票後，至乙家中搜索取出相關賄選帳冊資料，惟之後檢察官仍以被告甲涉嫌賄選提起公訴。試問此例中，被告甲之自白筆錄得否作為證明其有罪之證據？又之後搜索取得之帳冊資料，得否作為證明甲有罪之證據？

答：

(1) 不正訊問方法之自白與毒樹果實理論

按被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第一五六條第一項定有明文。

次按不正訊問方法乃最嚴重之違法取證，是其所取得之被告自白之證據能力即予絕對強制排除，甚而影響基此衍生之合法證據及該被告其後之第二次合法自白之證據能力，此即毒樹果實理論所探討之內涵。茲為如後說明：

- 1 放射性效力：即基於不正訊問方法所取得之非任意性自白內容而合法取得之衍生性證據，因受該不正訊問方法污染而不具證據能力。惟如有獨立來源或必然發現之例外不在此限。
  - 2 繼續性效力：被告雖於檢察官偵查中所為第二次自白非出於不正方法，惟因被告身心已受前不正方法之影響，致其第二次自白仍非基於自由意志而無證據能力，然若被告為自白時係經檢察官為加重告知，則例外承認其證據能力；另被告第三次任意性自白因稀釋原則而認原不正方法之污染毒素已減弱而認具證據能力。
- (2) 結論：檢察官以緩起訴處分誘得被告自白，仍係以利誘之不正方法取得被告甲之非任意性自白，依本法第一五六條第一項之規定即無證據能力，至依該非任意性自白而合法搜索取得之帳冊資料，乃屬衍生性證據，除具獨立來源或必然發現之例外，依毒樹果實放射性效力，亦無證據能力。

987：某日A開車載兩個孩子上學時，酒醉駕車的甲以時速一百多公里的車速越過道路中央線迎面而來，儘管當時A非常小心駕車，但在發現來車時，除了向右閃避之外，別無其他方法避免自己以及兩個孩子的生命危險，然而此方法卻勢必撞擊正行走於路邊的幾位行人，A依然選擇向右閃避，結果撞死兩位行人。試問A的行為應如何處斷？並根據不同的學說見解說明理由。

答：

- (1) 撞死行人可成立殺人既遂罪。客觀上A可歸責地撞擊二位行人致死，主觀上對此致死事實亦有預見，具殺人故意。A可能主張緊急避難阻卻違法性。
- 1 依據通說(區別理論)，高速酒駕的甲對A及其孩子造成生命的高度危險，依二車接近的加乘速度，其危險的急迫程度，唯有以向右閃避撞斃他人的方式，才能迴避。雖然此避難行為出於必要，但卻非衡平。因為，其所保全的生命利益並未顯然優越於所犧牲之生命利益，故不得主張緊急避難阻卻違法性。然而，其避難逾越衡平性，依情形應屬不可避免，阻卻罪責。

2 部分學說(一致理論)認為，緊急避難無庸考慮利益衡平，一律阻卻違法或阻卻罪責。依此，A得阻卻違法性或阻卻罪責。然而，當所保護的法益小於犧牲的法益時，卻能阻卻不法，這過於歧視第三人利益；相反的，若所保護法益大於所犧牲的法益，卻不能阻卻不法，則違背最低限度的社會連帶原則。

(2) 結論：依區別理論，A是不可避免之避難過當，僅阻卻罪責，不成立犯罪。

988：警員甲趕去某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？

答：

(1) 甲對乙之刑責

- 1 甲出於殺乙之故意，著手實行開槍殺乙之行為，且致乙之死亡的結果，故甲之行為該當刑法第二七一條第一項殺人既遂罪之構成要件。
- 2 刑法第二十三條規定，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。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 甲之行為雖該當刑法第二七一條第一項殺人既遂罪之構成要件，惟可成立第二十三條之正當防衛而阻卻其行為違法性，故不成立犯罪。

(2) 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免，故具結果不法。準此而言，甲之行為應該當刑法第二八四條第一項過失重傷罪之構成要件。
- 2 由於丙對甲並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為，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法命之緊急危

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。

989：甲男強奪乙女財物後，為丙男逮獲。試問：

(1) 丙男(倘其身分為一般民眾)受甲男苦苦哀求後，釋放了甲男。丙男有無刑責？

(2) 丙男(倘其身分為警察)受甲男苦苦哀求後，釋放了甲男。丙男有無刑責？

答：

(1) 丙釋放甲之行為，不成立縱放便利脫逃罪。理由如下：

1 按刑法第一六二條第一項之縱放便利脫逃罪，係以縱放依法逮捕拘禁之人或便利其脫逃者為其構成要件。本罪之行為客體為依法逮捕、拘禁，而已在公力拘束或監督下之人。所謂依法逮捕之人，係指合法拘束其身體自由，但尚未收禁於一定處所之人。且通說認為，行為人之身體自由必須係已在公力拘束或監督範圍始得成為本罪適格之行為主體，否則其脫逃並無侵害國家之司法權。因此，若行為人之身體尚未遭受公力之拘束，則非屬本罪適格之行為主體。

2 實務及通說認為，一般人民逮捕現行犯或利害關係人逕行逮捕被通緝之被告，如未送交偵查機關前，又私將該受逮之人釋放者，由於該受逮捕之人尚未置於公力拘束或監督之下，並無侵害國家之司法權，因此並不成立普通縱放脫逃罪。準此而言，丙之身分倘為一般民眾，則其將甲逮獲後又釋放之行為，丙並不成立刑法第一六二條第一項之縱放便利脫逃罪。

(2) 丙釋放甲之行為，成立公務員縱放便利脫逃罪。理由如下：

按刑法第一六三條第一項之公務員縱放便利脫逃罪，係指公務員對於其職務上依法捕拘禁之人，於其逮捕拘禁中，予以脫逃之便利者。丙若為警察，則其將甲逮捕後，甲即屬依法逮捕、拘禁，且已在公力拘束或監督下，且為丙職務上負有監管之人，準此而言，丙釋放甲之行為，應成立刑法第一六三條第一項之公務員縱放便利脫逃罪。

990：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而私自拿去花用，而且為怕公司發現，甲還到警察局向警察謊報說遭不知名機車騎士搶走錢包，公司的錢也一併被搶走。試問甲的刑責？

答：

(1) 業務侵占罪之部分

- 1 按刑法上之侵占，係指行為人出於不法之取得意圖，故意將持有之他人所有物，變易持有為所有之行為。又行為人對於業務上所持有之物為侵占者，是為業務侵占。
- 2 甲為收帳員，在體公司收取一筆帳款後，竟出於不法之取得意圖，將其中飽私囊私自拿去花用，乃係出於侵占故意，變易其原來持有之意思，而為不法所有意思之取得行為。又甲為公司之收帳員，對於收取公司之帳款工作，為甲個人基於其社會生活之地位繼續反覆所執行之事務，屬於業務上之行為，故甲對於收取之帳款，係因執行業務而持有。準此而言，甲之行為該當業務侵占罪之構成要件。
- 3 由於甲該當業務侵占罪之構成要件行為，欠缺阻卻違法事由並具有罪責，故甲成立業務侵占罪。

## (2) 誣告罪之部分

- 1 按刑法第一七一條第一項規定之誣告罪，係指未指定犯人，而向該公務員誣告犯罪者。所謂未指定犯人，係指未具體指明，且無法從客觀上可得確定何人為犯罪之人。又所謂誣告，係指以虛構之事實而為申告之行為，而該虛構之內容，不必全部具體詳盡，只須依其所申告之一定事實，足使該公務員相信有不法行為存在的可能，因而開始其調查程序，即足當之。
- 2 甲到警察局警察謊報，其遭不知名機車騎士搶走錢包及公司之帳款，核其情形，甲應成立刑法第一七一條第一項未指定犯人之誣告罪。

## (3) 業務侵占罪與誣告罪之競合

甲所成立之業務侵占罪與誣告罪，乃數行為侵害數法益，且核其情形，具有原因與結果之牽連關係，應依刑法第五十五條後段，從一重之業務侵占罪處斷。

991：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：

- (1) 甲立即將乙載往醫院求助，乙最後不治死亡。甲應負何種刑責？
- (2) 甲深怕被人發，立即倒車直接輾斃乙。甲應負何種刑責？

答：

### (1) 甲之行為應成立過失致死罪

- 1 甲駕車不注意撞及路人乙，致乙重傷昏迷，甲雖立即將乙送往醫院急救，乙仍不治死亡。按甲對於乙死亡之結果雖非故意，但核其情形，甲已違反客觀必要之注意義務而具行為不法，且乙死亡結果之發生，在客觀上亦係可預見且可避免，撤具有結果不法。又甲主觀上能預見且能避免客觀構成要件之實現，具有罪責，故某甲應成立刑法

第二七六條第一項之過失致死罪。

2 甲送乙至醫院急救之行為，雖不成立中止犯，但法院在科刑時，仍會依刑法第五十七條規定審酌之。

(2) 甲之行為應成立過失重傷罪及殺人既遂罪，兩罪併合處罰

1 甲駕車不注意撞及路人乙，致乙重傷昏迷，若乙受傷之程度尚不致死，則甲之行為應成立刑法第二八四條第一項之過失重傷罪。

2 甲恐遭人發現乙被其撞傷之情事，立即倒車直接輾斃乙。核其情形，甲之行為應係出於殺人故意而著手實行殺人之行為，並致乙死亡之結果，故甲應成立刑法第二七一條第一項之殺人既遂罪。

3 甲所成立之過失重傷罪及殺人既遂又，係屬數行為侵害保護不同法益之數罪名，應依刑法第五十條規定，數罪併罰。

992：甲在網路咖啡廳和店主乙發生衝突，回家命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)甲之犯意為放火燒毀網路咖啡廳：

1. 甲若基此犯意，則為對現有人使用之建築物為放火行為，院刑法第一七三條之公共危險罪。

2. 公共危險罪之「燒毀」定義，依實務見解採功能喪失說，而該網路咖啡廳未受此程度之侵害，是故不該當既遂，而僅論未遂。

3. 至於該放火行為波及店前機車遭焚，惟公共危險罪本含有毀損性質，故不另論之，恐五名機車車主對甲應依民事程序要求損害賠償。

4. 甲構成刑法第一七三條第三項之放火未遂罪。

(二)甲之犯意僅為攻擊店前機車：

1. 甲雖與店主乙發生衝突，甲僅將沙拉油製之汽油彈，丟向店前之機車，故理論上，甲可能僅具此故意。

2. 機車非供公眾運輸之交通工具，是故無法該當於刑法第一七三及第一七四條之規定。

3. 甲僅可能觸犯第一七五條之構成要件：

(1)機車為本條規定之「前二條以外之他人所有物」；

(2)惟本條為具體危險犯，亦即須「致生公共危險」，依題意並未達此程序；

(3)是故不能該當本罪，僅能依補充關係論以毀損罪。

4·若論毀損罪，則本罪為個人法益，甲燒毀五人各別所有之五部機車，為一行為觸犯五個法益，兩論想像競合犯，從一重處斷。

5·甲構成刑法第三五四條之毀損罪。

993：二〇〇四年三月十三日清晨，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？

答：

- 1 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後均應符合上揭原則之要求。令狀審查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及法官保留原則之體系。
- 2 依刑事訴訟法第一二八條之一規定，偵查中檢察官認為有搜索之必要者，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，並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。司法警察因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，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。

994：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：

- (1) 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。
- (2) 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，僅該當刑法第二七一條第三項之預備殺人罪。
- (3) 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，故甲乙均應論以教唆殺人未遂罪。

995. 甲因事與A結怨，乃唆使乙將A殺害，經乙道肯後，復遞給乙手槍一把。乙某日埋伏於A平日返家之途中，見A走進手槍射程範圍，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：

- 1 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。
- 2 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，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，從較重之刑法第二七一條第二項殺人未遂罪處斷。
- 3 被教唆之正犯發生打擊錯誤時，教唆犯應如何論處，向有不同見解：一說認為打擊誤中之客體仍成立故意犯罪，故甲應以刑法第二七一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，甲即科以刑法第二七一條第二項之殺人未遂罪刑責。

996：甲因A欠其一筆鉅款，屢傷不還，乃打電話威脅A，倘未即日還款，將予以殺害。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，而該當刑法第三〇五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，此另該當於同法三〇二條第一項奪他人行動自由罪與第二七七條第一項之傷害罪。

(二) 甲見A奄奄一息後，乃將其棄置於空屋內，A遂因重傷不治死亡，則甲對A死亡之結果究應論以如何之刑責？

1. 首就刑法第三〇二條第二項觀之，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。

2. 次論刑法第二七七條第二項傷害致死罪或同法第二九四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。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，故亦不得僅以傷害致死罪相繩。

3. 論刑法第二七一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，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。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，故甲應論以刑法第二七一條第一項故意殺人既遂罪之不純正不作為犯。

(三) 結論：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，其恐嚇危害安全偶有以鐵棍傷害A均屬於殺人之前揭行為，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。

997：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，約有十餘家均被燒毀。同時，甲與A因均陷身火海，致A當場被燒死，甲則身受重傷，經送醫急救，倖而未死。試問甲應負何刑責？

答：

(一) 甲因與妻A爭吵而引燃瓦斯鋼瓶，企圖與妻A同歸於盡，顯具殺人之犯意，雖其係基於一時氣憤，惟與刑法第二七三條義憤殺人罪限行為人本本於義憤為之顯不該當。又甲

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二七五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，即應成立刑法第二七一條第一項之殺人既遂罪。

(二)放或燒毀現供人使用之住宅者，為刑法第一七三條第一項之放火罪，其所保護者乃公共安全法益。雖甲引火燒毀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，故不另論同法第一七七條第一項之罪。

(三)結論：甲所為係犯刑法第一七三條第一項之放火燒毀現供人使用住宅罪與同法第二七一條之殺人既遂罪，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。

998：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，交由其殺乙接走逃逸。試問對甲、乙應如何論罪科刑？

答：

(一)甲將店內物品攜出店外的行為成立業務侵占罪

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，擅自處分或易持有為所有之意思，而逕為所有人之行為，始克相當。甲因為職員關係持有店內物品，並意圖為自己或第三人不法之所有，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逸的行為，成立業務侵占罪之共同正犯

普通侵占罪，行為人必須易持有為所有，身純正身分犯；業務侵占罪，行為人係基於業務關係、易持有為所有，為純正身分犯與不純正身分犯的結合，學說上稱為「雙重身分犯」面對「雙重身分犯罪參與問題」，實務係依刑法第三十一條第一項處理，無業務關係的乙將店內物品接走逃逸，與有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，故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。

999：甲某日路過乙宅，因亂丟煙蒂，致引燃乙宅屋旁稻草，不僅將乙宅焚毀，且將熟睡中之乙燒死。試問甲應如何論罪科刑？

答：

(一)甲亂丟煙蒂將乙宅焚毀的行為成立失火燒毀現供人使用住宅罪，「失火」係指因過

失造成特定物的燃燒行為，如果行為人對於引燃火力有故意，但是對於延燒的範圍沒有認識，則仍僅該當於失火，故甲成立失火燒毀現供人使用住宅罪。

### (二)甲亂丟煙蒂導致乙燒死的行為成立過失致人於死罪

客觀上，甲的亂丟煙蒂行為與乙的死亡結果有因果關係與客觀歸責。主觀上，甲對於亂丟煙蒂會引燃乙宅旁之稻草並進而導致宅內人員傷亡的情形有預見可能性，具備過失。欠缺阻卻違法事由，具備罪責，成立過失致人於死罪。

### (三)競合

甲成立失火燒毀現供人使用住宅罪與過失致人於死罪，成立刑法第五十五條想像競合，從一重處斷論以過失致人於死罪。

1000：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？

答：

#### (一)搶奪罪之意義

1. 所謂搶，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。

2. 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。

#### (二)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？

1. 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。

2. 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。

3. 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。

(三)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。是故，應該當者，似為竊盜罪，較為妥當。

1001：甲見乙正要撬開其停放於路邊的轎車車門，上前一把抓住乙，送往警察局途中被乙扭脫。隔日於銀行再度看到乙，找來警察幫忙，將乙送往警局，警察問完筆錄正要將乙解送地檢署，乙藉口上廁所而逃之夭夭，乙的朋友丙勸乙先去中國大陸避一避風頭。試論乙、丙之罪責？

答：

(一)乙之刑責：

1· 乙扭脫甲之扭送警局行為，可能觸犯刑法第一六一條之脫逃罪：

(1)學界多數認為該當；

(2)惟實務界認本罪乃破壞公權力監督問題，乙僅為甲之私人逮捕監督而已，尚不構成本罪。

2· 乙於警局中逃逸之行為，可能觸犯刑法第一六一條之脫逃罪：本行為之討論如前述，惟學界與實務界無爭論者，乃乙此時也在警方公權監督之下是故構成本條犯罪無異議。

(二)丙之刑責：

丙勸乙避風頭之行為，可能觸及刑法第一六四條「對脫逃人使之隱避罪」：

1· 丙客觀上力勸乙為隱避行為，主觀上亦有故意，是故該當本罪。

2· 本罪為總則教唆犯之個別化立法規定，是故僅論本罪，不需另論脫逃人之教唆或幫助犯問題。

3· 至於乙之避風頭行為，基於期待可能性，乙脫逃後，另行隱避不另論罪。

(三)結論：

1· 乙構成刑法第一六一條第一項之自行脫逃罪該當；

2· 丙構成刑法第一六四條第一項之使脫逃人隱避罪該當。

3· 兩人在題目中未提及違法性及責任之例外規定，故視同有違法，有責任。

1002·

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：

1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。

## 2 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。

4. 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。

### 1003 ·

甲某日駕實，不慎將行人乙撞成重傷，為逃避刑責，竟加速逃逸。乙經路人送醫急救，幸而未死。試問甲之刑責應如何論斷？

答：

#### （一）犯罪之成立

1. 甲駕車不慎撞傷乙之行為構成刑法第二八四條過失重傷罪：甲不慎駕車撞傷乙，致其重傷，並且無任何阻卻違法阻卻責任事由，故應構成過失致重傷罪。
2. 甲撞傷乙後加速逃逸之行為構成刑法第二七一條第二項之不作為故意殺人未遂罪：甲駕車不慎將行人乙撞成重傷，依刑法第十五條第二項規定，應有救助被害者之義務。然甲為逃避刑責，竟加速逃逸，於客觀上有造成被害者死亡之可能，依刑法第十五條第一項規定，應與作為有同等之評價；在主觀上，除對乙可能因而死亡結果有預見外，並容忍其發生而逃逸。並且無任何阻卻違法及阻卻責任事由，故應構成不作為故意殺人未遂罪。
3. 甲撞傷乙後加速逃逸之行為亦構成刑法第二九四條違背義務遺棄罪：甲駕車不慎將行人乙撞成重傷，對乙而言應為救助義務之人。然甲為逃避刑責，竟加速逃逸，而不予救助，於客觀上已該當刑法第二九四後段違背義務之遺棄罪；在主觀上亦復具有故意。並且無任何阻卻違法及阻卻責任事由，故應構成不作為違背義務之遺棄罪。
4. 至於甲到底成立不成為殺人未遂亦或成立遺棄罪，端視甲主觀之故意，若甲係以殺人故意而離去，則成不作為殺人未遂罪，若甲係乙遺棄故意而離去，則成立遺棄罪。
5. 甲撞傷乙後加速逃逸之行為亦構成刑法第一八五條之四肇事逃逸罪：甲駕車不慎將行人乙撞成重傷，為逃避刑責，竟加速逃逸，於客觀上已該當刑法第一八五條之四肇事逃逸罪；在主觀上亦復具有故意。並且無任何阻卻違法及責任事由，故應構成刑法第一八五條肇事逃逸罪。

3競合：

1. 本文擬假設甲係以殺人意思而離去，故成立不作為殺人未遂罪，而與肇事逃逸罪係一行為觸

犯保護不同一法益數罪名，屬於刑法第五十五條前段想像競合犯，從一重處斷，成立不成為故意殺人遂罪。

2. 再者，前行為之過失重傷罪及後行為之不作為故意殺人未遂罪，應屬二行為侵害數法益，故應以數罪併罰來認定其應執行之刑。

#### 1004 ·

失業多時無所事事，整天在街上閒晃，一日發現在台車子熄火停在路邊，一對男女在車裡進行性行為。甲乃取出隨身攜帶的數位相機，偷偷拍下該男女之性行為。拍攝完後繼續閒晃，發現肚子穴穴卻身無分文，乃將停在停車場之丙車竊走，並打電話告知丙，要丙匯款五萬元到指定的帳戶。丙為贖回自己之愛車，乃匯五萬元到該帳戶。甲確認收到錢後，乃將丙車駛回原處。試問對甲應如何論罪科刑？

答：

(一) 甲偷拍車上男女之性行為，可能成立刑法第三百十五條之第二款之竊錄罪

1. 竊錄罪行為客體，必須是非公開之言論、活動或談話。關於非公開，學說認為必須主觀上保持其隱密性之意思，且客觀上亦有保持其隱密性之行為。該男女之性行為屬於活動，然而於停在路邊之車中為性行為，即使主觀上有保持其隱密性之意思，客觀上並未有保持隱密性之行為，故評價上應非屬「非公開」之活動。
2. 因此，甲偷拍之行為，不成立第三百十五條之一之竊錄罪。

(二) 甲竊走丙車之行為，可能成立刑法第三百二十條第項之竊盜罪

1. 丙對於停車場之車輛，學說上認為丙仍有持有，甲破壞乙之持有而建立自己之持，有符合竊盜罪中竊取他人動產之要素。
2. 然而，竊盜罪之成立必須行為人有不法所有意圖。學說上認為，所有意圖必須是持續性的以所有人自居，排除原持有人之財產支配關係，始為成立。甲雖竊取丙之車，然而依可，其並未以持續性建立自己持，排除丙之持有為意圖，故主觀上不該當不法所有意圖，甲不成立竊盜罪。

(三) 甲告知乙要乙匯款之行為，可能成立刑法第三百四十六條第一項之恐嚇取財罪

1. 恐嚇乃指惡害之告知，甲要乙匯款，就是以對乙不利之事告知乙，使乙心生畏懼而交付財物給甲，最後乙亦匯款給甲，故恐嚇取財罪之客觀構成要件該當。甲主觀上亦認識上述要件，故主觀構成要件亦該當。
2. 甲無阻卻違、罪責事由，故甲成立恐嚇取財罪。

#### 1005 ·

甲以獲得線消息，慫恿其任職某公司出納主任之姊姊乙挪用五百萬公款購買股票，保證三天內獲利兩百萬，二人均分，乙終於動心而挪用，次日公司急需用款項週轉而事發。試論斷甲、乙之罪責。

答：

1乙

1. 乙可能構成業務侵占罪：乙為公司之出納主任，將因業務上持有公司所有之款項五百萬元，挪用購買股票，其行為符合刑法第三三六條第二項之業務侵占罪構成要件，且無阻卻違法與阻卻責任之事由，乙成立業務侵占罪。
2. 乙可能構成背信罪：乙為公司之出納主任，係為公司處理事務，竟為自己與其弟甲之利益，而違背其職務挪用持有公司所有款項五百萬，購買股票，致生損害於公司，因其對公司此本無任意處分之權限，故依背信說之理論，其行為不符合刑法第三四二條第一項背信罪之構成要件，乙不成立背信罪。

2甲之刑責：甲慫恿其姊乙挪用公款購買因得佑內線消息之股票，並聲明保證三天內獲利二百萬，二個人均分，其行為並非單純使乙產生業務侵立之犯意，而係以自己犯罪之意思，與乙形成共同正犯之共同行為決意（犯意聯絡），惟甲並無「業務持有」之特別關係，應成立何罪，學說及實務上有不同見解，茲分述如下：

1. 甲說：業務侵占罪之「業務持有」關係，係一不可分之「純正身分」，無業務持有之人與有業務持有之人共同侵占，無業務持有關係之人，應依刑法第三十一條第一項論以業務侵占罪之共同正犯（二八上二五三共例）。
2. 乙說：業務侵占罪之「業務持有」關係，係一「雙重身分」，即「持有」為純正身分，「業務」係加重刑罰之不純正身分，無業務有關係之人與有業務持有之人共同侵占，無業務持有關係之人應依刑法第三十一條第二項論以普通侵占罪。
3. 管見認為「業務持有」係雙重身分，因此無業務持有關係之人，必須適用刑法第三十一條第一項，才可成立侵占罪之共同正犯，然後再適用刑法第三十一條第二項，無業務關係之人論以通常之刑，即普通侵占罪。

1006·

甲乙是兄，弟某日甲自外竊取他人之重型機車乙輛，因外型拉風，乙在明知為贓車的情況之下，仍然騎乘外出，在各夜店外流連。乙之友人丙佑悉該車為贓車後，介紹甲與中古機車行老闆丁認識，談好價碼但尚未交付時被警查獲。試問，甲、乙、丙、丁之刑責為何？

答：

1甲竊取機車的行為，可能構成刑法第三百二十條之普通竊盜罪

1. 客觀上，本罪以竊取他人動產為構成要件，依題示，甲所竊取者為他人之重型機車，客觀構成要件該當，且甲的主觀上有故意，亦有為自己或第三人不法所有之意圖，主觀構成要件該當。
2. 甲無阻卻違法、罪責事由，甲成立普通竊盜罪。

2乙騎車外出的行為，可構成第三百四十九條第項之收贓物罪

1. 本罪以收受贓物為客觀構成要件，所謂的收受贓物，係指自他人手中取得贓物持有的行為，不論係受贈或借用贓物的行為屬之。依題示，乙明佑該車為贓物而仍由甲借用，並騎乘外出，該當本罪之客觀構成要件，且有故意構成要件皆該當。
2. 乙無阻卻違法、阻卻罪責事由，成立收受贓物罪。

3丙介紹甲與中古機車行老闆丁認識，可能成立第三百四十九條第二項之牙保贓物罪

1. 所謂之牙保贓物係指，行為人代他人處贓物之一切必要的法律行為，且學說上認為，牙保贓物既遂，須行為人實行牙保行為後，使他人之間成立處分贓物之合意始為既遂。
2. 依題示，丙介紹機車行老闆丁與甲認識的行為係屬牙保贓物之行為，乙雖尚未將贓車交付給丁，乙與丁間對處分贓物已有合意，故丙該當牙保贓物罪。
3. 丙無阻卻違法、阻卻罪責事由，成立牙保贓物罪。

4丁購買贓車之行為，可能構成第三百四十九條第二項之故買贓物罪

1. 故買贓物，係指自他人手中有償取得贓物持有的行為，而其既遂之時點則與收受贓物相同，以行為人取得贓物之持有為既遂。依題，丁明佑該車為贓物而仍向乙購買，該當本罪之主觀構成要件，但由於並未取得贓物之持，有客觀構成要件不該當。
2. 本罪並無處罰遂犯之明文，故丁無罪。

1007·

D將存摺與印章交與E，囑託E到銀行代為領取五萬元，未料E發現存摺有五十萬元存款，於是將五十萬元全部提領後逃逸。其後，E將該五十萬交與知情的妻子F，並由F存入F之銀行帳。試問E、F之行為應如何處置？並說明理由

答：

- (一) E部份：D將存摺、印章交與E，託E代領取五萬元，而E竟提領五十萬元，E不成立刑法§342條第一項背信既遂罪，而成立法§335條第一項普通侵占既遂罪。背信罪之本質向有所謂濫用權限說及違背信任說之對立，但通說，實務均採違背信任論說，且由本條之立法理由亦可得知，背信罪本質乃違反誠信義務之行為，包括法律行為或事實行為。惟既曰「信託」，則須賦予行為人相當之裁量權限，倘行為人僅單純從事機械性之工作，則非罪之事務。而本題

中D既託E代領五萬元，而未賦予E裁量之權限，故不成罪。而E特有提領自帳戶之五十萬元現金，而此持有狀態乃基於E D間之委託關，故E負有交付該五十萬之義務，而E竟起意將該五十萬現款予以占為已有，則成立普通侵占既遂罪，且侵占罪乃以個別財產之所有權為其侵害之內容，故應非成立背信罪。

(二) F部分：贓物罪之客體乃以實施財產犯罪所得之物為限，而本題中F既知該五十萬現金乃E侵占所得之物而竟予以收受，既成立收受贓物罪，惟因二人乃為夫妻，得依刑法§351免除其刑。而該五十萬元既經E據為已有再交由F，故F將該金存入己之帳內不成立刑法§335條第一項之侵占罪，蓋此不屬「他人之物」之故。

## 1008·

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，而一般人急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。

### 1009·

單親媽媽甲育有滿一歲幼兒乙，因平時疏照顧致乙生病甚重，但甲以使乙死亡之故意，不將其送醫治療。鄰居丙趁甲不在時將乙送醫，到時乙已無生命跡象，經急救後乙告生還。問甲之罪責如何？

答：

1 甲平時疏於照顧乙，可能構成法二七八條第一項重傷害罪，甲之行為致乙生病甚重，然而重傷之定義須為刑法第十條第四項之情形，乙生重病非前五款之情形，亦非重大不治或難治（第六款），故客觀要件不該當。

2 甲平時疏於照顧乙，可能構成刑法第二七七條第一項普通傷害罪：甲若平時悉心照顧，則不致使乙生重病，甲之不作為與乙之生病結果間符合條件關係下之因果關係，且甲也有作為可能性。不作為犯以保證人地位為前提，依通說，甲為乙之母親。其保證人地位來自法令所負之義務與最近親屬關係；如依少數說的見解，以危險前行為為保證人地位之唯一來源，則甲於性行為

時即知可能受孕，使嬰兒出生而需要給予照顧，因此甲對乙亦具有保證人地位，負有作為之義務。又甲之不作為與作為等價，客觀不法構成要件該當。

主觀上甲對其疏於照顧之不作為，可能導致乙生病的情形應可預見，而甲仍不作為，可該結果發生亦不違背其本意，故甲有故意，構成要件該當。客觀上或主觀上並無任何卻違法事由存在，甲之行為違法，而對於甲應給予乙適當之照顧亦有期待可能性，甲有罪責，故甲該當於普通傷害罪。

3甲平時疏於照顧乙，可能構成刑法第二九四條第一項違背義務遺棄罪：乙未滿一歲無法照顧自己生活起居，為無救力之人，而甲依民法對乙負有撫養義務，卻疏於照顧，依通說甲當於遺棄罪之客觀構成要件；而少數說對於違背義務遺棄罪則認為，如行為人具備保證人地位時，應論以不作為傷害或殺人，不需再論本罪，本罪之義務指特殊的依賴關係，一非依其他法律規定有撫養或救助義務時，就該當於本罪之行為主體，依此，本題甲則不需再論以遺棄罪。主觀上甲為其母親，應知道有照顧其幼兒的義務，而甲對於其疏於照顧之行為亦有認識，故主觀不法要件具備。甲無阻卻違法事由，且具有完全罪責，甲之行為構成違背義務遺棄罪。

4甲不將乙送醫治療，可能構成刑法第二七一條第二項殺人遂罪：甲以使乙死亡之故意，不將乙送醫治療，甲對於其不作為將導致死亡結果之發生佑之甚詳，而甲亦知乙為其子，自己應有撫養照顧之義務，對於其保證人地位之事實亦有認識，故主觀構成要件該當。客觀上，不作為犯之著手，通說採主觀與客觀混合理論，以行為人主觀之認識，與客觀上該不作為對於構成要件實現之危險性而判斷。本題甲主觀上知乙生病甚重，不送醫有致死的危險，客觀上後來鄰人送醫乙已無生命跡象，可見得甲之不作為對於死亡結果發生有危險性，其行為已達著手階段而無疑義。故甲拒不送醫構成不作為殺人遂。另外，鄰居丙將乙送醫並不使甲得依刑法第二十七條中止犯得減輕其既了未遂，如需成立中此犯，須以己意中止且防止結果發生為要件，丙乃瞞著甲將乙送醫，經急救乙方告生還，甲並不具備上述二要件。

5結論：甲疏於照顧乙，構成普通傷害與違背義務遺棄罪，通說認為傷害罪為實害犯，而遺棄罪為危險犯，相對於傷害罪居於補充關係，論不作為傷害。甲不將乙送醫治療，構成不作為殺人未遂。而前後二行為是數行為侵害數法益，依罪併罰競合之。

1010·

甲乙二人應丙之邀共同乘座由丙所駕駛之小客車，不料途中丙不慎肇事撞傷丁。甲乙兩人思報答丙以往之恩情，而共同商量由甲出口承該車係由甲所駕駛肇禍。嗣於丙被訴過失傷害之偵查程序中，甲乙均供前具結而為虛之陳述係甲駕車肇事。問甲乙兩人共犯（或各犯）何罪？

答：

(一) 甲虛偽陳述具結可能構成刑法一六四條二項的頂替罪

本罪客觀上以頂替為要件，而頂替必須假冒自己為犯人或脫逃人，甲非肇事之人，而於偵查程序中供稱自己是犯罪人，故客觀構成要件該當。主觀上甲知自己頂替的事實而甲的意圖也是使丙能夠不接受刑事訴追故有使丙的意圖，主觀構成要件該當，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，甲構成本罪。

(二) 甲虛偽陳述具結可能構成刑法一六八條偽證罪

本罪客觀上以證人，鑑定人，通譯在審判或偵查時就案情有重要關係的事項，為虛偽陳述，並就之為有效的具結為要件，本題中甲是在檢察官為偵查而以證人的身分指陳何人肇事之時，反於客觀真實而為自己肇的供述，但甲身為證人又具有供稱肇事者的雙重身分時，所作的具結是否有效則有問題，因為甲可能會該當於刑事訴訟法一八一條所指的「因陳述而使自己受追訴者」，如甲屬之時，即享有具結證言權，甲的具結就不是有效的具結，就此問題有肯定說及否定說兩種看法，管見以為以否定說為當，因為甲應該是「因『陳述』本而受刑事訴追」，而不是刑訴一八一條所規定「因陳述某一『事實』，而就該陳述的『事實』而受刑事訴追」之人，因此甲仍得為有效的具結，客觀要件該當，甲主觀上認識虛偽陳述的事實，沒有其他阻卻違法或阻卻罪責事由，構成本罪。

(三) 乙虛偽陳述具結可能構成刑法一六四條二項的頂替罪

本罪客觀上以頂替為要件，因此就構成要件本身的理解上應該是一種「己手犯」，否則頂替的概念會過度擴張，而已手犯是否構成正犯不能用犯罪支配有無的觀點來認定，而應該用是否「行為人親手為之」來確定，本題中乙不是親自為頂替行為，不具親手性，無法該當於本罪的客觀構成要件。

(四) 乙虛偽陳述具結可能構成刑法一六四條二項的頂替罪

本罪客觀上須有幫助事實，乙和甲謀議，可以說是一種心理上的必要且不可欠缺的助長，有精神上幫助力，而正犯又存在，因此客觀要件該當。主觀上乙有幫助故意和幫助既遂故意，沒有其他阻卻違法和罪責事由，乙構成本罪

(五) 乙虛偽陳述具結可能構成刑法一六八條偽證罪

乙在偵查中為證人，而為反於真實的虛陳述，供稱甲為犯人，且乙不具有拒絕證言權，客觀構成要件該當，而乙對其行為有認識，沒有其他阻卻違法和罪責事由，乙構成本罪。

(六) 競合：甲一行為構成頂替罪和偽證罪，兩者保護法益不同，前者為司法訴追權的有效行使，後者為證言的法庭上真實陳述，應為想像競合，甲從一重證罪處斷。

乙一行為構成幫助頂替罪和偽證罪，想像競合，從一重偽證罪處斷。

甲某日晚間因開車疏忽，超速撞傷路人乙。甲下車察看，發現乙昏厥、呼吸微弱，即幫乙施以CPR等急救措施，並打電話叫救護車。然甲因害怕遭追究刑事責任，遂又打電話請友人丙前來「協助」其將車開走，之後並向前來之警察與救護車謊稱自己是路人，看到某部車撞傷乙逃逸無蹤。惟事後經警察調閱監視錄影器查明真相後將甲逮捕歸案。試問：甲、丙之刑事責任為何？

答：

(一) 丙之刑事責任

1. 丙將甲車開走之行為，可能成立隱匿刑事證據罪（刑法第165條）

(1)偽造、變造、湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件之證據，或使用偽造、變造之證據者，成立偽造刑事證據罪。而所為「關係他人刑事被告案件」，實務上認為必須待案件進入司法程序，亦即至少檢察官偵查程序後，始屬「關係他人刑事被告案件」。惟學說上認為，關於刑事司法作用之保護法益，應非僅於進入司法程序後始應保障，故此所謂「關係他人刑事被告案件」，應自犯罪成立即起算，不以進入偵查程序為必要。故本題中甲撞傷乙，對丙而言，甲車應係關係人刑事被告案件之證據，丙將其開走，應為隱匿之行為，故客觀構成要件該當。丙主觀上之認識亦該當前述要件，主觀構成要件亦當。

(2)丙無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(二) 甲之刑事責任

1. 甲開車疏忽撞傷乙之行，可能成立過失致傷罪（第284條）

(1)甲撞倒乙之行為，使乙受到傷害結果，且此一結因之發生與甲之撞擊行為亦有因果關係與客觀歸責，故客觀構成要件該當。而甲在主觀上，對於上述事實之發生亦具備見可能性，故構成要件該當

(2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪

2. 甲打電話請丙來將車開走之行為，可能成立教唆隱匿刑事證據罪(第165條、第29條)教唆他人使之實行犯罪為者，成立教唆犯。而教唆犯之處罰，依其所教唆之罪，惟學說上皆認為甲不應成立教唆隱匿刑事證據罪。有學說認為，隱匿刑事證據罪既以「關係他人刑事被告案件」為要件，若甲自行將車開走，應係隱匿「關係自己刑事被告案件」之證據，並不構成正犯，故依舉重以明輕之法理，自不應構成可罰性較輕之教唆。另有學說認為「關係他人刑事被告案件」之要件，解釋上「關係他人」應係內涵為期待可能性之罪責要素，蓋因湮滅、隱匿關係自己刑事被告案件之證據，並無期待可能性。教唆他人湮滅、隱匿關係自己刑事被告案件之證據，應係成立教唆犯之不法但無罪責。惟不論採取何說，甲皆不成立教唆隱匿刑事證據罪。

3. 甲向警察謊稱自己是路人之行為，可能成立肇事逃逸罪(第185條之4)

(1)駕駛動力交通工具肇事致人死傷而逃逸者，成立肇事逃逸罪。本題中甲開車疏忽撞倒乙，造成乙之傷害結果，應符合駕駛動力交通工具肇事致死傷之要件。然而，甲雖下車察看並對乙施以急救措施，但其卻向警察謊稱自己是路人，是否該當「逃逸」要件，必須視肇事逃逸罪之保護法益定之。

而肇事逃逸罪之保護法益，有下列四說：

- A. 生身體安全之保障。
- B. 社會公共安全之保障。
- C. 民事請求權之保障。
- D. 責任釐清利益、確認利益之保障。

若採前二說，因著重於交通事故被害人與現場之維護，則甲有下車察看、停留於現場並對乙施以急救措施，應未侵害法益，故不成立肇事逃逸罪；若採取後二說，因著重於責任之釐清與民事請求權，故甲謊稱自己是路人，已侵害責任釐清與確認責任歸屬之民事賠償事宜等法益，故應構成肇事逃逸罪。

(2)實務見解及立法理由採取第一說，亦即生命身體安全之保障，故本題甲依實務見解，應不構成肇事逃逸罪。

4. 甲向警察謊稱看到某部車撞乙且逃逸無蹤之行為，可能成立未指定犯人之誣告罪。

(1)未指定犯人，而向該管公務員誣告犯罪者，成立未指定犯人之誣告罪。所謂誣告，係指以虛構之之事由，向該管公務員申告。本題中甲明知是自己肇事，卻向警察謊稱看到某部車撞傷乙且逃逸無蹤，客觀構成要件該當。甲主觀上之認識亦符合前述要件，主觀構成要件亦該當。

(2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

5. 甲向警察謊稱看到某部車撞乙且逃逸無蹤之行為，可能成立使公務員登載不實罪(第214條)

(1)明知為不實之事項，使公務員登載不實之事項於職務上所掌之公文書，足以生損於公眾或他人者，成立使公務員登載不實罪。本題中甲明知是自己肇事，卻向警察謊稱看到某部車撞傷乙且逃逸無蹤，並使警察製作不實之報案三聯單等公文書，即為使公務員登載不實之事項於職務上所掌之文書，且足以生損害於公眾或他人，客觀構成要件該當。而甲主觀上亦屬明知為不實之事項卻仍為之，主觀構成要件亦該當。

(2)甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

6. 競合：甲成立過失致傷罪、未指定犯人之誣告罪及使公務員登載不實罪，其中未指定犯人之誣告罪及使公務員登載不實罪應係出於一個行為決意，為一行觸犯數罪名侵害數法益，成立想像競合，從一重之使公務員登載不實罪處斷，再與過失傷罪數最併罰。

甲為籌措學費針孔攝影機，某日在台北捷運站內偷錄多位女乘客之裙底風光，並潛入廁所偷錄女乘客如廁鏡頭，事後利用電腦將其處理電子檔案，並以燒錄製成光碟，並在夜市裡販賣，試問甲構成何罪？

答：

(一) 甲可能構成刑法第三百十五條之一第一項第二款竊錄私生活秘密罪

1. 刑三百十五條之一第一項第二款之行為客體，即所謂他人「非公開之活動」，所謂之「非公開」，乃係指他人活動之參與或發表對象，非不特定人或多數人之情形，或僅係向個人或特定少數人發表，而無意使公眾週知者。至於他人非公開活動所進行之場所，是否係處於不特定多數人所得共見共聞之「公然狀態」(院字第2179號解釋)，則非所問。其場所縱係公共場合或公眾得出入之處所，只要係非向不特定人或多數人所發表或由其參與之活動，均得為本罪客。又所謂之「活動」，學者亦有認為應包括身體狀態之動與靜，合先敘明。

2. 本安捷運車站內女乘客之裙底穿著及如廁動作，性質上均屬非公開之活動。甲未經同意將錄影設備置於隱蔽處，藉以錄取他人非公開活動之影像，客觀上業已該當於本罪之客觀構成要件。行為人主觀上復認識女乘客之裙底穿著及如廁動作，性質上係屬非公開之私域行為，而猶持針孔攝影機予以偷拍，亦已具備本罪之主構成要件。甲又別無阻卻違法與阻卻責任事由，故甲應成立刑法第三百十五條之一第一項第二款竊錄私生活秘密罪。

(二) 可能案構成刑法第三百十五條之二第二項圖販賣竊錄私生活秘密罪

如同前述，甲已具備第三百十五條之一第一項第二款竊錄私生活秘密罪之主客觀構成要件，又甲之竊錄行為係了籌措學費，此乃出於販賣牟利之特定目的，故主觀上亦具有販賣竊錄私生活秘密之特定意圖，甲又別無阻卻違法與阻卻責任事由，故甲應成立刑法第三百十五條之二第二項意圖販賣竊錄私生活秘密罪。

(三) 可能構成刑法第三百十五條之二第三項製造、販賣竊錄內容罪

客觀上，甲所完成製造、並於夜市販賣者，為以錄影竊錄他人非公開活動為內容之物品，主觀上，甲就此竊錄他人私生活秘密之內容，亦出於明知而予以製造、販賣，甲又別無阻卻違法與阻卻責任事由，故甲應構成刑法第三百十五條之二第三項製造、散佈、販賣竊錄內容罪。

(四) 甲可能構成刑法第二百三十五條第一項之販賣猥褻物品罪

依照學說及大法官釋字第407號解釋之見，甲所竊錄之女乘客裙底穿著及如廁動作之內容，客觀上應係具有足以刺激或滿足性慾，引一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，並有礙於社會風化之性質，故甲所竊錄之內容，客觀上應已達「猥褻」之程度。故甲將竊錄內容之光碟於夜

市販售之行為，業已該當本罪之客觀構成要件，甲主觀上亦出於明知，且別無阻卻違法與阻卻任事由，故甲應成立刑法第二百三十五條第一項之販賣猥褻物品罪。

(五) 甲可能構成刑法第二百三十五條第二項之意圖販賣而製告猥褻物品罪

如同前述，甲出於販賣牟利之特定目的，而將竊錄之猥褻內容製成電子檔案及光碟片，故主觀上亦具有販賣猥褻物品之特定意圖，客觀上亦製造猥褻物品，甲又別無阻卻違法與阻卻任事由，故甲應成立刑法第二百三十五條第二項之意圖販賣而製造猥褻物品罪。

1013·

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。

## 1014·

甲向來嫉妒乙在學術上之表現，一日與乙同在電腦教室中使用電腦寫作，乙因臨時有事暫時離開，而未將磁片取出，甲乃利用會開啟磁片，發現有一篇判決評釋即將發表，甲於是將該篇即將發表的論文加以刪除，致使乙無法如期發表。請問甲之刑責為何？

答：

（一）甲將該篇將發表的論文加以刪除，致使乙無法如期發表之行為，可能成立刑法（下同）第三百零四條第一項之強制既遂罪：於客觀構成要件，學說認為，行為是否屬於本罪之強暴，判斷之關鍵在

於有無發生強制作用，行為若具有強制成效，自可判定為強暴，且不以有暴力之外形為限。依學說之見解，甲將該篇即將發表的論文加以刪除，致使乙無法如期發表，雖無暴力之外形，惟既已對乙發生強制作用，自屬以強暴之方式妨害他人行使權利而該當本罪之客觀構成要件；故具有構成要件該當性。於違法性，甲將該篇即將發表的論文加以刪除之手段，與使乙無法如期發表之目的，其間之關係具有法律上可非難性，又無其他法定阻卻違法事由，故具有違法性。甲無阻卻罪責事由，故具有有責性。職故，甲之行為成立本罪。

（二）甲開啟磁片，並將儲存於磁片的論文刪之行為，可能成立第三百十五條第一項之妨害秘密罪；於客觀構成要件，乙儲存於磁片的論文為電磁紀錄，有其出具之人為誰之「證明功能」，始得以文書論，而該論文僅為單純的文字資料，應不有前述之「證明功能」，故非罪所保護之行為客體；亦有學說認為，本罪所規定之文書概念與偽造文書罪章之文書概念意義不同，此處之文書只須為思想之表示物，而不以其內容為證明法律或經濟交易上之重要事項為必要文書論。惟參酌刪除第三百五十二條第二項及新增第三十六章妨害電腦使用罪章之立法理由，得窺佑立法者欲對有形之文書與無形之電磁紀錄，作不同處理，故該儲存於磁片的論文，基於體系解釋及歷史解釋，應非本罪之行為客體。退萬步言，即便認為該儲存於磁片的論文應以文書論，惟因其未經加密處理，不具封緘之性質，故仍非本罪所保護之行為客體，職故，甲之行為不該當客觀構成要件，而不成立本罪。

（三）甲將該篇即將發表的論文加以刪除，致使乙無法如期發表之行為，可能成立第三百五十二條之毀損文書罪；於客觀構成要件，甲將乙儲存於磁片的論文刪除，係對電磁紀錄之毀損或干擾行為，惟參酌刪除第三百五十二條第二項之立法理由：「……本項行為(干擾他人電磁紀錄之處理)之本質，與有形之毀損文書行為並不相同……。」以及獨立增訂第三百五十九條破壞電磁紀錄罪以及第三百六十條干擾電腦或其相關設備罪之作法，即可得知，立法者有意區隔並突顯電磁紀錄與文書屬性之不同，且作不同之處理，故基於歷史解釋，乙儲存於磁片的論文應非本罪所保護之行為客體。職故，甲之行為不該當客觀構成要件，而不成立本罪。

（四）甲開啟磁片之行為，可能成立第三百五十八條之入侵電腦或其相關設備罪；於客觀構成要件，本罪為定式犯罪，即須以輸入他人帳號密碼、破解使用電腦之保護措施或利用電腦系統之漏洞三種法定方式之一，入侵他人之電腦或其相關設備，始構成本罪。於本題中，甲並未採取上述三種方式中之任何一種，甚至其單純開啟磁片之行為並涉級何防護措施，尚難謂係「入侵電腦」。

職故，甲之行為不該當客觀構成要件，而不成立本罪。

（五）甲將該篇即將發表的論文加以刪除，致使乙無法如期發表之行為，可能成立第三百五十九條之破壞電磁紀錄罪；於客觀構成要件，放入電腦軟碟機來處理之磁片即便不屬電腦之一部分，亦應為電腦之相關設備或其一部分，故甲乙儲存於磁片的論文刪除，即係「刪除他人電腦或其相關設備之電

磁紀錄」；又因其行為致使乙無法如期發表該論文，至少受有稿酬之損失，而符合「致生損害於他人」，故該當罪之客觀構成要件；又甲對上述之行為事實具有認知及意欲，該當主觀構成要件，故具有構成要件該當性。於違法性甲刪除該文，既未得乙之同意，且無何正當理由或阻卻違法事由，故合於「無故」之情形，而具有違法性。甲無阻卻罪責事由，故具有有責性，職故甲之行成立罪。

(六) 競合：如前所述，甲將該篇即將發表的論文加以刪除，致使乙無法如期發表之行為成立第三百零四條第一項之強制既遂罪，以及第三百五十九條之破壞電磁紀錄罪，應為行為單數，又該行為於實現破壞電磁紀錄罪之主要構成要件時，通常必然會實現強制既遂罪之伴隨構成要件，後者相對於前者乃典型之伴隨行為，故二罪間成立「法律單數」中及「吸收關係」，僅適用破壞電磁紀錄罪來論斷即為已足，強制既遂罪乃排除不論。

1015·

甲好作怪，在網路上指某貌似鍾馗、扭怩作態的女教授為「恐龍妹」，復在圖書館新出刊的雜誌藏匿在他人無法取閱之處，更在電梯間以其臭嘴突襲女生粉頸，最後藏身女廁肉眼窺伺被捕。問甲成立何罪？

答：

(一) 甲於網路上指稱某女教授為「恐龍妹」之行為可能構成公然侮辱罪（刑法第309之1項）：

1. 甲指稱某女教授為「恐龍妹」，乃屬不涉事實之負面評價，並利用網路上之文字語言加以貶抑，客觀上具備侮辱行為，主觀上依題意亦應認有侮辱故意。

2. 又，於網路上上傳該貶抑文字，應認係「公然」，依通說與實之見解，亦即具備不特定人或多數人得以共見聞之狀態，且此「公然」並使得被害人之名譽陷入公然受辱之危險，惟被害人不必在場。

3. 除非該女教授對某甲之行為「不以為意」，亦即符合罪之「不成文的消極構成要件」，不則，依前所述，甲之行為成立本罪。又，本罪為「告訴乃論」之罪（刑法第314）

(二) 甲將圖書館新出刊之雜誌藏匿於他人無法取閱之處，其行為：

1. 甲之行為，客觀上乃違背被害人（即：圖書館）之意思，破壞原持有支配關係，建立了新的持有支配關係（使他人無法取閱，僅自己能取閱），主觀上甲亦具備竊取故意。

2. 然而，欲成立竊盜罪，仍須具備一與客觀構成要件不相對稱之主觀面要件不法所有意圖。今甲將新出刊雜誌藏匿於他人無法取閱之處，並非使自己取得類似於所有人之持有，僅是取得類似借用地位的持有，其目的乃「暫為己用」，亦即甲僅具備「不法使用意圖」，欠缺「不法所有意思」。

3. 又，使用竊盜於我國並非可罰的竊盜，故甲之行為並不受到國家刑罪之制裁。惟有學說謂使用竊盜之行為人必須具有「返還意思」，若無返還意思，即非屬使用竊盜，仍構成刑法第三百二十條第一項之竊盜罪，但此見解得商榷，蓋只要係欠缺「據為己有」的意思，即應係欠缺不法所有意圖！

4. 故甲藏匿雜誌之行為，不成立犯罪，至於是否有違反該圖書館之「營造物利用規則」，則屬另一問題。

(三) 甲於電梯間以臭嘴突襲女生粉頸之行為，可能構成強制猥褻罪（刑法第224條）

1. 甲之行為客觀上雖未以強暴之不去腕力排除他人之抵抗，以達突襲女生粉頸之目的，但實則即便無暴力成份，只要係違法反他人意思而以非性交之方式侵害他人性自主權，都有可能成立強制猥褻罪。

2. 行為人之行為在客觀上足誘起他人性慾，主觀上足以滿足自己性慾，實務上認此即屬「猥褻」。然而，本例有無使被害人誘起性慾，宜於個案再詳加定，不得據認此動作即必屬「猥褻」。

3. 若於個案認定甲之行為未達「猥褻」，則仍應將甲之行為以刑法第三百零四條之強制罪相繩，蓋甲之行為乃對於乙之自由法益的侵害，但未達刑法第三百零二條之剝奪行動自由之情形。又，本題若認構成猥褻，但亦不符合刑法第二百三十四條之公然猥褻罪，蓋「電梯間」似未符合「公然」之要件，補充說明之。

(四) 甲藏身女廁肉眼窺伺之行為可能構成刑法第三百一十五條之一的窺視罪：窺視人非公開活動，本條文要求須「利用工具或設備」，故而基於罪刑法定主義之非屬刑法所欲規制者，故甲之行為客觀上已不構成本罪，毋須再探討甲有無本罪之故意。

1016 ·

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。又甲主觀上之弗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。

1017·

甲因缺錢花用，駕車前往台北某大停車場行竊，於進入停車場後，甲持一支螺絲起子，破壞乙車右前

側車窗玻璃，先竊得車內衛星定位器一個，放置於背之中，於再欲拆取音響時，被乙發現。甲迅速逃回車內，欲離開現場。乙隨後趕至，緊抓甲車方向盤以為攔阻。甲無視於此，竟仍發動車輛駛離，致乙受傷。問：甲之行為應如何處罰？

答：

(一) 甲破壞乙車玻璃，應構成刑法第三百五十四條之普通毀損罪。

客觀上車窗玻璃之外觀受到破壞，應該當於損壞之要件，足以生損害於乙。主觀上甲亦有認知且有意使其發生，且無其他阻卻違法及阻卻責任事由，故應成立本罪。

(二) 甲持螺絲起子竊得乙車衛星定位器，應構成刑法第三百二十一條一項三款之加重竊盜既遂罪。

客觀上，依題意甲動手竊得乙車之衛星定位器，自屬竊盜行為之實行，然可否進一步認定竊盜已既遂？通說認為，行為人除破壞原有之持有支配關係外，並應建立新的支配持有關係並鞏固之，始得成立竊盜之既遂，並應按個案物體之體積、重量綜合判斷新持有關係是否鞏固。由於衛星定位器體積不大，甲竊得手後隨後將該定位器置於背袋之中，可以判斷已達於竊盜之既遂階段。附帶說明，甲雖繼續欲竊取車內音響，仍不影響前階段既遂之成立，同時，由於竊盜罪罪數之判斷乃以財產監督權數為基準，故甲雖欲竊數物但仍屬一個財產監督關係下，只該尚於一竊盜罪之要件。主觀上，甲對上述行為皆有認知且有意欲使其發生，故甲具有竊盜故意。然本題爭點在於甲持螺絲起子充作行竊工具，可否進一步成立攜帶凶器之加重竊盜罪？學說上有認為「凶器」乃著眼於對人身行兇的危險性器械而言，故除應在客觀上以此工具行兇而產生嚇阻被害人抗拒之要件外，主觀上行為人並應有以此工具行兇以增加竊機會的認識。由此以觀，本題甲主觀上似僅藉螺絲起子以便利行竊，而無持以行兇之認識，若按學說則不該當於加重竊盜罪。然而，實務見解向來對凶器的定義採取「客觀說」：攜帶凶器乃指行為人攜帶凶器有行兇之可能，客觀上具有危險性，至其主觀上有無持以行或反抗之意思非所問。竊盜攜帶起子鉗子，雖係供行竊之工具，然如客觀上足對人之身體生命構成威脅，仍應成立攜帶竊盜罪（74年第3次刑庭決議參照）。本題採實務解。甲無其他阻卻違法或阻卻責任事由，故應成立本罪。

(三) 甲發動車輛欲駛離致乙受傷，應構成刑法第二百七十七條第一項之普通傷害罪。

(四) 甲無視乙之攔阻而發動車輛駛離，應構成刑法第三百二十九條之準強盜既遂罪。

一般認為，準強盜罪並非竊盜奪與強制罪之結合犯，亦非竊盜或搶奪罪之加重型態，而係類似於強盜罪之性質。而準強盜罪之成立，係以行為人在前階段之竊盜或搶奪後，為了防護贓物，脫免逮捕，湮滅罪證，而當場實施暴脅迫為要件。

客觀上，甲於行竊之際被乙發現，為脫免逮捕而不顧乙之攔阻，發動車輛駛離而致乙受傷，屬物理強制之強暴行為，主觀上亦對此有認知及意欲，固無疑問，然而爭點在上於該強暴行為，是否仍屬

當現實施？另外，準強盜罪性質上既類似於強盜罪，則強暴行為是否需達於至使不能抗拒的程度？首先，就當場之判斷，通說及實務皆認為所謂「當場」，不以實施竊盜或搶奪者尚未離去現場為限，即已離盜所尚在他人跟蹤追躡中者，仍不失為當場(28上字1984號參照)。另外，既然準強盜罪條文並未如強盜罪有「至使不能抗拒」之要件，故強制行為無須達至使不能抗拒之程度即可成立本罪。然對此有反對見解認為既然其與強盜罪為相同之評價，反社會性的程度必須與強盜罪等量齊觀始可成罪，亦即，縱或強制階段在後，該行為仍需達於至使不能抗拒之壓制程度，使得成立本罪。本題採通說及實務見解，故甲之行為應該當準強盜罪之要件。另外，就準強盜罪之既未遂判斷，通說與皆認為應以前階段之竊盜與搶奪是否既遂為準，但有反對說認為竊盜或搶奪並非準強盜罪之構成要件行為，該既遂根本與本罪之既未遂判斷無涉，故應以行為人有無遂行防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證等結果為準；另有以最終有無取得財物為準之看法。然而不取何種理論，本題皆已達於準強盜之既遂。甲無其他阻卻責任事由，故成立本罪。

(五) 甲持螺起子竊物後，無視乙之攔阻而發車輛駛離，應構成刑法第三百三十條一項之加重強盜既遂罪。

實務上認為，攜帶凶器而犯竊盜罪，而因脫免逮捕，當場施以強暴脅迫者，係屬刑法第三百二十九條之準強盜，已具有同法第三百二十一條第一項第三款之情形，自有同法第三百三十條之適用(48台上166號參照)。成立加重強盜既遂罪。

#### (六) 競合與結論

加重竊盜、準強盜與加重強盜乃一罪之關係，僅應論一個加重強盜罪。而加重強盜罪保護法益與毀損罪及傷害罪並不相同，故三罪應論以想像競合關係(27年上字346號參照)。

1018·

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，乙想在放火前抽根煙平息一下激動的心情，不料剛叨根煙點了打火機時，因先前先前灑的汽油汽化，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. 是否成立刑法第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。

## 1019.

甲氣憤鄰居乙亂停車，但知乙為跆拳道高手，敢怒不敢言，遂教唆未六歲之表弟丙幫忙教訓乙。丙見乙身強體壯，遲遲未動手。而甲亦後悔其唆使行為，勸丙算了罷。某日丙見乙又亂停阻礙巷道，故意以言詞羞辱乙，激怒乙動手毆打丙，丙再持預藏之木棍予以反擊，以防衛自己之權利。此恰好乙妻丁開門查看，見丙持木棍打乙，情急之下，將手上所持之花盆向丙拋去，不料該花盆未打到丙，卻打到乙之頭部受傷。請問甲、乙、丙、丁四人各負何種罪責？

答：

(一) 甲叫丙教訓乙，又阻止丙，可能成立教唆傷害遂：

1. 在本罪中，主觀不法以行為人有「教唆雙重故意」為要件。本案中甲知其行為，且知其教唆行為會導致他人受傷，甲有教唆故意與教唆既遂故意。在客觀上，甲教唆丙為傷害行為。雖甲已完成其教唆行為，且亦惹起丙之犯意，惟丙遲遲未著手傷害行為之實行，而僅成立學說上所稱之「無效教唆」。至於丙年僅十六歲，係屬刑法上之限制責任能力人，並不影響教唆犯構成要件之成立。

2. 本去第27條之中止犯，係個人解除刑罰事由。本案中，甲已完成其教唆行為，故無論採何種學說見解，均應認其屬既了未遂。且甲於事後，後悔其唆使行為，又勸阻丙為之，係己意中止，而積極為防止結果發生之行為，而其行為亦生效果。故成立中止犯，依本條之規定應減輕其刑。

3. 教甲係教唆傷害的中止未遂犯。

4. 然於修法後，教唆犯之成立限於被教唆者實行犯罪行為，教唆者方以教唆犯，而本件中，甲教唆丙後，丙並未實行犯罪行為，丙之行為充其量僅為預備行為，故被教唆者為實行犯罪行為，甲自當不成立教唆犯。因甲不成立教唆犯，所以並無未遂、中止之問題。

(二) 乙毆打丙，可能成立傷害罪：本罪中，以行為人在客觀上破壞他人之身體完整性為要件。乙毆打丙之傷害行為，破壞丙之身體完整性，而在主觀上，有傷害故意，且欠缺正當化事由與阻卻責任事由。故該當刑法第279條第一項之傷害罪。

(三) 丙以木棒反擊，可能成立傷害罪：

1. 罪之構成要件已於開敘明，在此不予贅論。本案中，丙以木棒反擊乙係傷害行為，破壞乙之身體完整性。而在主觀上，有傷害故意，故具有構成要件該當。

2. 唯有疑義者，係丙得否以其有阻卻違法事由而阻卻違法：本十中，丙故意以言詞羞辱乙，係屬非不法之挑撥行為，而乙因挑撥而為不法攻擊（傷害行為），此時丙得以受不法侵害為由，進行正當防衛。在說上稱為「挑撥防衛」，依通說，係區別為意圖挑撥防衛和非意圖挑撥防衛，前者不得主張正當防衛，而後者仍得主張之，本案之丙係已計畫之類型為意圖挑撥防衛，自不得主張之，故不得阻卻違法。

3. 丙因具有構成要件該當、違法性、有責性，而成立本罪。

(四) 丁以花盆打丙而誤中乙，可能成立過失致傷罪：在構成錯誤理論中，有所謂的打擊錯誤，即行為人之行為，因在因果歷程以上之失誤，導致客體同一性發生不一致。在法律效果上，依通說之見解，就目的客體以未遂，而就實害客體論以過失。

1. 對乙部份，應成立傷害未遂，但因傷害不處罰未遂犯。故不罰該部分之行為。

2. 對丙部分，成立過失傷害罪。本罪在客觀上有傷害行為，而丁所為拋花盆打乙者，係傷害行為，而在主觀上，對傷害結果有預見可能性，而有構成要件該當性。惟丁就其過失傷害之行為，主觀上係基

於為乙防衛意思，而客觀上基前述，丙對乙不得主張當防衛，而屬不法侵害，故滿足乙受不法侵害之防衛情形，並為必要之防衛行為，似應成立正當防衛，然而丁實際上害之對象係為乙，乙之於不法侵害者丙（即正當防衛之相對人）而言，應係第三人，故本案雖看似正當防衛，實則為正當防衛誤中第三人之問題，學說上對此一問題係有三種不同見解，有認為成立正當防衛，認為應成立緊急避難，亦有認為在此無阻卻違法事由之適用，管見以為宜採緊急避難說，蓋因正當防衛僅能對不法行為人（即丙），而緊急避難則可以對第三人主張，本案丁為救助丙而實施對乙之正當防衛，最後誤中乙，雖緊急避難保護法益和侵害法益係同一人，但學說上仍肯定其能主張之，而就法益權衡量而言，仍得肯定其優越利益。綜上，丁之物中乙應成立緊急避難而限卻違法，故丁不成立犯罪。

## 1020 ·

甲在尾牙餐會上喝了不少酒，餐會結束後，血液中的酒精含量已達千分之一。甲踉踉蹌蹌離開飯店，雖也意識到自己已無法直行，但仍決定冒險騎車回家。為圖方便抄近路，於飯店後方單行道窄巷內逆向急速行駛，不慎撞倒路邊拾荒老婦乙，乙因頭部著地而陷入昏迷。甲見夜色昏暗且四下無人，心想乙若再被後方來車碾斃便死無對證，於是任由乙橫躺在馬路上，打算逃之夭夭。未料機車受此猛烈撞擊後已無法再動，便將之停放在路邊的停車格，步行逃離現場。十分鐘後恰有巡警經過，見乙倒臥在馬路上，立即電召救護車，急救處理後乙僅有輕微腦盪而無大礙。請問在刑法上應如何評價甲的行為？

答：

### （一）甲騎機車之行為可能構成危險駕駛罪（刑法第185條之3）

1. 刑法第185條之3規定，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，為危險駕駛罪。而血液中的酒精含量已達千分之一，依學說其應為「相對無駕駛能力」，必須以其他相關事實判斷甲是否有不能安全駕駛之情形。本題中甲飲酒過量，即屬於相對無駕駛能力，而其亦無法直線行走之事實，應可認定已屬不能安全駕駛動力交通工具，故客觀構成要件該當。而甲在騎車時，也意識到自己步履蹣跚無法正常行駛，主觀構成要件亦該當。

2. 甲無阻卻違法之事由。惟甲飲酒過量，是否會構成刑法第19條第一項或第二項之情形？

學說上認為一般若血液中的酒精含量已達千分之一，尚不符合第19條辨識能力與控制能力顯著減低之情形，故無該條之適用。因此，甲亦無阻卻罪責事由，成立本罪。

### （二）甲撞倒乙之行為可能構成過失傷害罪（第284條第1項）

1. 甲撞倒乙之行為，使乙受到傷害結果，且此一結果之及生與甲撞擊行為亦有因果關係與客觀歸責，故客觀構成要件該當。而甲在主觀上，對於上述事實之發生亦具備預見可能性，故構成要件該當。

2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立本罪。

(三) 因任由乙倒臥路中而離去的行為可能構成肇事逃逸 (第185條之4 )

1. 駕駛動力交通工具肇事致死傷而逃逸者，成立肇事逃逸罪。本題中甲騎車撞倒乙，造成乙之傷害結果，仍放任乙倒臥路中而離去，客觀構成要件均該當。且甲對於前述事實亦有所認知，主觀構成要件亦該當。

2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立肇事逃逸罪。

(四) 甲任由乙倒臥路中而離去的行為可能構成殺人未遂罪之不純正不作為犯 (第271條第2項，第15條之第1項)

1. 對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與田積極行為發生結果者同，此為不純正不作為犯之要件。而第15條第2項規定，因自己之行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務，一般稱之為「危險前行為」。本題中甲知其撞倒乙，因危險前行為而有保證人義務，仍任由乙倒臥路中而離去，不對乙為救助、防止結果發生之行為，並希望乙再被後方來車碾斃，故主觀上該當不純正不作為殺人罪之構成要件。惟客觀上乙因巡警之救助而未發生死亡結果，故甲客觀上未構成不純正不作為殺人罪之構成要件。其次，甲任由乙倒臥路中而離去，已是對乙之生命直接危險之行為，應已著手，成立不純正不為之殺人遂罪。

2. 甲無阻卻違法、罪責之事由，構成本罪。

(五) 競合：甲成立危險駕駛罪，過失傷害罪、肇事逃逸罪及殺人遂罪。危險駕駛罪與過失傷害罪為一行為侵害不同法益，成立想像競合犯，從一重處斷。而殺人未遂罪與肇事逃逸罪，亦出於一個逃逸行為，然如何競合，則因學說上對肇事逃逸罪之保護法益學說不同而有差異。肇事逃逸罪之保護法益，主要有四種見解

1. 生命身體安全之保障

2. 社會公共安全之保障

3. 民事請求之保障

4. 責任釐清利益、確認利益之保障。

若採取第一說，則與殺人未遂罪有保護法益之同一性，成立法條競合，論以殺人未遂罪，再與前述危險駕駛罪與過失傷害罪數罪併罰。若採取第二、三、四說，則與殺人未遂罪不同法益，成立想像競合犯從一重處斷，再與前述危險駕駛罪與過失傷罪數罪併罰。

1021 .

某甲為竊取財物深夜開車到A公司的倉庫前面，不料侵入公司倉庫開始物色財物時，被A發覺，兩人纏鬥一番後，A被某甲擊倒並綑綁起來。不過某甲也因打鬥受傷而無法獨力將物色到的財物搬到車上，於是打電話給友人某乙，告知所有的情事，尋求協助。某乙聞訊後趕到現幫某甲將已經物色好的

財物搬到車上，聯袂離開。一小時後，倉庫內的貨物因為打鬥的關係垮下，A被活生生壓。試問某甲與某乙的罪責。

答：

（一）就甲開始物色財務並將A綑綁起來之行為成立準備強盜未遂罪：

1. 於此題，A之財產法益受到侵害無疑，然而於此A之人身自由和行動自由可能亦受到侵害，因此除了竊盜之外，是否有成立準強盜之可能即為問題。
2. 若A之財產法益已具體受到侵害，則事後對於A之人身自由或行動自由的侵害即為另一之問題；但若A之財產法益在人身自由或行動自由之前連具體侵害之危險可能也無，那麼就是貨真價實的強盜，因此是否有準強盜之存在，端視於強暴脅迫前，是否有抽象的類型化危險（實行行為）具體發生的可能。
3. 甲深夜進入倉庫，對於財產法益的侵害來說，對於法益的抽象化危險性已然該當，但是對於結果來說危險的行為是否會具體的發生？也就是是否已達著手，此應為具體判斷的事項：假若竊賊是侵入普通之便利商店，則對於財產法益之特有損害可能性必須等到通過櫃檯那一瞬間才算是著手，否則在便利商店隨便拿起東西即是竊盜未遂，則未免求諸於行為人主觀將過於嚴重！但於此題之客觀情勢判斷：某甲深夜一人潛入倉庫，並已有車子在外待命，則對於財產法益之具體侵害可能性或危險性非常的高，因此甲在物色之階段，可視之為著手。
4. 故甲乃在著手之後被發覺，而對施以強盜脅迫，符合準強盜之特別要件，故可能可以成立準強盜罪，而對於人身自由法益既然已包攝於準強盜，則無需討論強制罪或施行拘禁等罪。
5. 至於甲深夜侵入公司倉庫是否成立加重強盜？刑法第321條第1款限於夜間侵入住宅或有人居住之建築物始能成立。而本題並無任何人居住在倉庫中，故早即便於深夜伺入公司倉庫亦不該當於加重強盜罪。
6. 因甲物色財務之行為為未遂犯，依實務之見解若竊盜未遂，則準強盜醉意未遂，故甲就此行為構成準強盜罪之未遂犯。

（二）就乙聞後趕到現場幫某甲將已經物色好的財物搬到車上構成強盜既遂罪

1. 乙的部分：共同正犯雖然不要求二次責任，但是共犯的特色是在於對於構成要件和違法的部分其對於法益侵害上於複數人時客觀的認定，因此共同正犯在對於違法的認定上仍然需要有一致的因果；不過責任成立是個別的，而最後罪名的確立亦是在責任上獨立的。於此若可以認乙對於複數法益侵害的構成要件該當性和違法性，但甲僅向乙求助搬運，乙對甲毆傷乙並拘禁之事，客觀上即使勉強用相續共同正犯拉出因果而成立違法性，在責任方面乙的主觀未必對強暴脅迫的行為態樣造成人身行動自由侵害有強烈的認知和意欲，因此基於責任個別化，在主客必須合致的情況下，乙應僅成立竊盜罪。

2. 甲的部分：共同正犯實屬正犯之一種，其特色不在於犯意聯絡，而在於共犯間物理上之心因果和物理因果，以及共犯對於結果上的貢獻因果性。於此對於法之侵害，實屬兩人相續、共同分擔準強盜所含之複數法益的侵害結果，甲的部分對於法益侵害結果的因果性不但拉得出來，且在最後責任方面甲對於整個複數法益侵害的認知和意欲也可認定，則甲的罪名可成立強盜罪。

### （三）過失死之部分：

1. 某甲某乙之離去是屬於不作為，而不作為若要等同於作為必須要有保證人地位。然而其實不作為和作為，都必須和結果的侵害有相當因果關係，若不作為能夠對於法益侵害有領域上的支配，意即於經驗法則上是屬於相當，則不作為自然可以該當作為，也是刑法必須出動評價之處。

2. 無論是危險前行為或其他理論，追根究底不是啻是想找出一種一元論來將不作為給予刑法上之地位；與此題甲乙離去之行為在經驗法則上是否有支配領域性？甲乙離去之行為在毆傷過後也許具有對於法益之抽象類型化的危險性，但是最終因為貨物倒下而造成A的死亡，客觀上是否可以預見？實行行為是否可以相當地和侵害結果連結？

3. 當然對於相當因果具有相當不穩定性多有批評，但是經驗法則本來就不該有任何客觀上或科學上的法則，若如此反而是一種僵化。因此判例的累積是累積經驗法則最踏實的方法，於此管見以為經驗法則上對於A的死亡介入情勢過高，即使肯認相當因果，在責任上也無法說其具有預見可能性。因此對於A的死亡，無過失致死的討論。

### （四）甲、乙的罪責

1. 甲：成立準強盜未遂罪與強盜既遂罪，此係出於二行為而侵犯同一法益而不罰前行為，故僅須科以強盜罪論罪、

2. 乙：以強盜罪科處。

---

1022. 甲與乙本係好友，嗣因是反目，甲遂唆使丙將乙殺害，以雪心頭之恨。某日，丙身懷兇刀，擬住乙宅尋釁，因行跡可疑，途中即被巡邏警察帶回警局調查，致未能成事。試問甲、丙各應負何刑責？

---

答：（一） 丙之行為成立刑法第二百七十一條第三項之罪，說明如下：

1. 主觀上雖有殺人故意，惟丙客觀上身懷兇刀之行為，尚未達著手階段，是丙之行為應僅該當刑法第二百七十七條第三項預備殺人罪之構成要件。

2. 丙無阻卻違法事由及阻卻罪責事由，是丙之行為成立本罪。

（二） 甲之行為成立刑法第二十九條、同法第二百七十一條第三項之教唆預備殺人罪，說明如下：

1. 甲主觀上有使丙產生殺乙之決意，並有讓犯罪既遂之故意，甲具有教唆犯所應具備之雙重故意。另甲客觀上教唆行為雖已實現完成，並已引起被教唆者之犯罪決意，但丙未著手於犯罪行為之實行，甲之教唆行為學理上稱為「無效教唆」。因新修正之刑法第二十九條已刪除第三項之規定，是現行教唆犯之處罰已採「限制從屬說」之立場，依同法條第二項之規定教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。現丙之行為既成立預備殺人罪，甲之行為自該當刑法第二十九條、同法第二百七十一條第三項之教唆預備殺人罪。
2. 甲無阻卻違法事由及阻卻罪責事由，是丙之行為成立本罪。

I023. 甲與丙素有恩怨，某日，甲付高額賞金，極力唆使本無殺人犯意的乙殺丙，乙終持刀前往丙宅的門外守候，適丙之雙胞胎弟丁回來，乙誤丁為丙，將丁刺死。甲與乙的刑事責任各應如何論處？

答：(一) 乙之行為成立刑法第二百七十一條第一項殺人既遂罪，說明如下：

1. 構成要件該當性：乙誤丁為丙之行為，稱之為「等價的客體錯誤」，不影響以主觀上殺人之故意。以主觀上有殺人之故意，客觀上亦已實現構成要件之行為，是乙之行為該當刑法第二百七十一條殺人罪之構成要件。
2. 乙之行為不具有阻卻違法事由及阻卻罪責事由，乙之行為成立本罪。

(二) 甲之行為成立刑法第二十九條、第二百七十一條第一項之教唆殺人既遂罪，說明如下：

- 1 構成要件該當性：甲主觀上有喚起乙從事殺人行為決意之明知及意欲，且具有促使乙實現殺人罪不法構成要件既遂之故意，是甲之行為具有教唆殺人既遂之故意，且客觀上甲已實行，且乙亦已實行殺人既遂之行為，故甲之行為該當教唆殺人既遂之構成要件。
2. 甲之行為不具有阻卻違反事由及阻卻罪責事由，甲之行為成立本罪。

I024. 甲與乙商議買通黑道份子A將B殺害，經策畫後，由甲出資，乙則負責買通工作。某日，A遲將埋伏於路旁，擬俟B經過時，將其槍殺。惟因行跡可疑，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) A成立刑法第二百七十一條第三項預備殺人罪。

(二) 已成立刑法第二百七十一條第二項、刑法第二十九條第三項教唆殺人未遂

罪。

1. 刑法第二十九條第三項規定，被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論。但以所教唆之最有處罰未遂犯之規定者，為限。
  2. 乙之教唆行為以現行完成，也已引起被教唆者之決意，但迄未著手於犯罪行為之實行，此在學理上稱為「無效之教唆」，其法律效果依刑法第二十九條第三項，論以教唆未遂犯。
- (三) 甲與乙基於共同之教唆故意，而共同實施教唆他人犯罪之行為，甲乙應論共同教唆犯。乙既成立刑法第二十九條第三項、第二百七十一條第二項故意殺人未遂罪，甲亦應成立本罪。

---

1025. 甲因事與A結怨，乃唆使將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，為子彈打偏，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) 乙成立打擊錯誤，對A成立刑法第二百七十一條第二項故意殺人未遂罪，對B成立刑法第二百七十一條第一項過失致死罪，甲所犯前開二罪，係一行為成立數罪名，侵害數法益，應依刑法第五十五條前段論以想像競合犯。

1. 甲主觀上有殺A之故意，客觀上並已著手為殺人構成要件之實行，惟未達既遂，而刑法第二百七十一條第二項有處罰殺人未遂之明文規定，故甲之行為該當殺人未遂之構成要件。甲之行為無阻卻違法事由及阻卻罪責事由。甲對A成立刑法第二百七十一條第二項故意殺人未遂罪。
2. 客觀上已發生B死亡之結果，甲有客觀注意義務之違反，亦具有客觀可預見性即可避免性，故甲之行為該當刑法第二百七十一條第一項過失致死罪之構成要件。甲之行為欠缺阻卻違反事由及阻卻罪責事由。甲對B之行為成立刑法第二百七十六條過失致死罪。
3. 甲所犯前開二罪，是一行為觸犯數罪名，傷害數法益，應依刑法第五十五條前段想像競合犯，從一重處斷。

(二) 甲對A成立刑法第二百七十一條第二項、刑法第二十九條第二項教唆未遂罪。甲對B成立刑法第二百七十一條第一項過失致死罪之正犯。

---

1026. 甲與乙共同殺害乙的父親，甲乙分別成立何罪？

---

答：(一) 甲之行為成立刑法第二百七十一條第一項殺人罪。

(二) 乙之行為成立刑法第二百七十一條第一項故意殺人既遂罪。

(三) 乙之行為成立刑法第二百七十一條殺直系血親尊親屬罪。

(四) 甲乙依刑法第二十八條論以刑法第二百七十一條殺人遂之共同正犯。

(五) 乙所犯前開二罪，係一行為成立數罪名，侵害同一法益，故應依法條競合論以刑法第二百七十一條第二項殺直系血親尊親屬罪。

---

1027. 公務員甲受上級公務員之命令，執行拆除地上物，於執行前發現上級公務員所下之命令，顯有不拆除而拆除之違法，惟其明知不應拆除仍舊執行命令，將地上物拆除。經地上物所有人舉發，試問甲之拆除行為有罪否？

---

答： 甲之行為成立刑法第三百五十三條第一項毀損建築物罪。

(一) 為該當刑法第三百五十三條第一項毀損建築物罪。

1. 第三百五十三條第一項規定，毀損他建築物、礦坑、船艦或致令不堪用者。

2. 主觀上有損毀故意，客觀上有毀損行為。

(二) 為不成立刑法第二十一條第二項，故其行為具有違法性。

1. 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。

2. 公務員依上級公務員之職務行為，必須具備下述之要件，使得阻卻違法：

(1) 執行命令者須具備公務員身分。

(2) 發布命令者須為上級公務員：上級公務員，指受其監督之長官而言。公務員對於兩級長官同時所發命令，以上級長官命令為準；主管長官與兼管長官所發命令，則以主管長官之命令為準。

(3) 命令之內容必須屬於上下級公務員之職權：命令之內容，需屬其職權範圍內之事項。

(4) 命令必須具備法定程式。

(5) 下級公務員所執行者，不得逾越命令範圍：下屬之職務行為必須符合上及公務員所下達之命令範圍。

(6) 下級公務員需非明知命令為違法—若係明知命令違法，竟仍依命令行事，則不得阻卻違法。

3. 甲明知命令為法卻仍依命行事，其行為不得依刑法第二十一條第一項組去違法。

(三) 甲之行為欠缺阻卻罪責事由。

結論：甲之行為成立刑法第三百五十三條之罪。

---

1028. A為某百貨公司之警衛，在其職勤中，看到有一位女客人將小商品放入手提袋中，A正欲舉發之時，發現此一女客人恰巧為自己之女友，因而將此一女客人放過並任意

取走該商品，A有無刑責？

---

答：(一) 女客人行為成立刑法第三百二十條第一項竊盜既遂罪。

(二) A成立刑法第三百二十條第一項，第三十條幫助犯的不作為犯，說明如下：

1. A女友之行為已達既遂。
2. A是百貨公司的警衛，有義務未百貨公司保管財物，是具有保證人地位之人。A知道有客人正在行竊，卻因犯人是其女友而故意不聞不問，便利其遂行犯罪，A是以不作為為其幫助行為。
3. A主觀上有幫助女友從是竊盜行為之幫助故意，且具有幫助他人實現不法 構成要件之幫助既遂故意。
4. A之行為欠缺阻卻違法事由及阻卻罪責事由。

結論：A成立刑法第三百二十條第一項、刑法第三十條之不作為竊盜幫助犯。

---

1029. 甲(夫)、乙(妻)兩人經常吵架。有一天甲、乙兩人吵的相當兇，甲心想與其天天吵架，不如早做了斷，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，惟子彈卻正好射中藏於其家後門之竊盜犯丙，丙當場血流不止死亡。試問甲應負何刑責？

---

答： 甲之行為屬刑法上的打擊錯誤，即行為人之攻擊行為，由於實行失誤至 其所損傷之行為客體與行為人本所認識而應受損傷之行為客體不相符合。

(1) 甲對乙之行為成立刑法第二百七十一條第二項殺人未遂罪。

1. 甲主觀上有殺乙之故意，客觀上並已著手為殺人構成要件之實行，惟未達既遂，而刑法第二百七十一條第二項有處罰殺人未遂之明文規定，故甲之行為該當殺人未遂之構成要件。
2. 甲之行為無阻卻違法事由及阻卻罪責事由。

小結：甲之行為成立本罪。

(2) 對丙之行為成立刑法第二百七十六條過失致死罪。

1. 客觀上已發生丙死亡之結果，甲有客觀注意義務之違反，亦具有客觀可預見性即可避免性，故甲之行為該當刑法第二百七十六條第一項過失致死罪之構成要件。
2. 甲之行為欠缺阻卻違法事由及阻卻罪責事由。

小結：甲之行為成立本罪。

(3) 甲所犯前開二罪，是一行為觸犯數罪名，侵害數法益，應依刑法第五十五條前段想像競合犯，從一重處斷。

1030. 甲撞見舊識乙竊其自行車，但來不及攔阻。次日，甲在路上撞見正在散步的乙，一步向前要抓乙，乙重踹甲下體而掙脫。問：本案如何論處？

答：(一) 乙竊取甲自行車之行為，成立刑法第三百二十條第一項竊盜既遂罪，說明如下：

1. 乙已破壞甲對該自行車之監督支配關係，而建立自己對該自行車之監督支配關係，故乙之竊盜行為業已既遂。乙主觀上具有竊盜故意及不法所有意圖，故甲之行為該當刑法第三百二十條第一項之構成要件。
2. 乙無阻卻違法事由及阻卻罪責事由。

小結：乙之行為成立本罪。

- (二) 乙重踹甲下體之行為成立刑法第二百七十八條第三項重傷未遂罪，說明如下：
1. 乙明知重踹甲下體可能會會拜假生殖之機能，卻仍有意為之，故以主觀上具有重傷之故意。
  2. 乙已著手為重踹甲下體之行為，惟題示未說明假生殖之機能已遭毀敗，故乙之行為未完全實現重傷既遂罪之構成要件。
  3. 刑法第二百七十八條第三項有處罰重傷未遂之明文規定。

1031. 王君於公務員依法執行職務之時，先則以粗話辱罵；嗣又以強暴脅迫相向。問應如何處斷？

答：(一) 王君以粗話辱罵公務員的行為可能成立刑法第一百四十條第一項侮辱公務員罪，分析如後：

1. 第一百四十條規定，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。
2. 構成要件該當性：王君於公務員依法執行職務之時，以粗話辱罵公務員，即是乙抽象言語或動作對公務員，為貶抑的價值判斷，故屬一侮辱公務員之行為，王君的行為構成要件該當。
3. 王君無阻卻違法事由，具備違法性；無阻卻罪責事由，具備罪責。

小結：王君的行為成立第一百四十條第一項侮辱公務員罪。

(二) 王君以粗話辱罵公務員的行為可能成立第三百零九條第一項，分析如後：

1. 第三百零九條第一項規定，公然侮辱人者。
2. 王君若係在不特定人或多數人得以共見共聞之狀態下以粗話辱罵，則會該當本罪之成要件；否則，不會成立本罪。又公務員執行職務大多於公然狀態為之，故王

君的行為大多會該當本罪之構成要件。

3. 王君無阻卻違法事由，具備違法性；無阻卻罪責事由，具備罪責。

小結：王君的行為成立第三百零九條第一項公然侮辱罪。

(三) 王君以強暴脅迫相向的行為可能成立第一百三十五條第一之罪，分析如後：

1. 第一百三十五條第一項規定，對於公務員依法執行職務時施強暴脅迫者。
2. 依題例所示，王君於公務員依法執行職務之實，以強暴脅迫相向，故構成要件該當。

3. 王君無阻卻違法事由，具備違法性；無阻卻罪責事由，具備罪責。

小結：王君的行為成立第一百三十五條第一項之罪。

(4) 王君以強暴脅迫相向的行為可能成立第三百零九條第二項，分析如後：

1. 第三百零九條第二項規定，以強暴犯前項之罪者。
2. 王君以強暴脅迫相向的行為，即係以動作對公務員，為貶抑的價值判斷，故屬一強暴侮辱之行為，王君的行為構成要件該當。

---

1032. 甲開車不慎撞倒乙，致其頭胸受傷，甲未將其送醫救治，僅將之拖至路旁稻田，棄置甚久，終告不治，問甲須負何種刑責？

---

答：(一) 甲開車不慎撞倒乙的行為可能成立刑法第二百八十四條過失傷害罪，分析如後：

1. 甲開車不慎撞倒乙，致乙頭胸受傷之行為，該當第二百八十四條過失傷害罪之構成要件。
2. 甲無阻卻違法事由，具備違法性；無阻卻罪責事由，具備罪責。

小結：甲的行為成立第二百八十四條過失傷害罪。

(二) 甲未將乙送醫救治而逃逸之行為可能成立第一百八十五條之四肇事逃逸罪，分析如後：

1. 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。
2. 甲開車肇事，造成乙頭胸受傷，卻未將其送醫救治而逃逸之行為，該當第一百八十五條之四的構成要件。
3. 甲無阻卻違法事由，具備違法性；無阻卻罪責事由，具備罪責。

小結：甲的行為成第第一百八十五條之四肇事逃逸罪。

(三) 甲將乙棄置稻田的行為可能成立第二百九十四條第一項遺棄罪，分析如後：

1. 第二百九十四條第一項規定，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、養育或保護者。

2. 甲開車不甚撞傷乙，依法令有救助乙之義務，且甲有將乙拖至路旁稻田棄置之積極遺棄行為，故甲的行為該當第二百九十四條第一項之構成要件。
3. 甲無阻卻違法事由，具備違法性；無阻卻罪責事由，具備罪責。

小結：甲的行為成立第二百九十四條第一項遺棄罪。

(四) 甲將乙棄置稻田的行為可能成立第二百九十四條第二項前段儀器致死罪，分析如後：

1. 第二百九十四條第二項前段規定，因而致人於死者。
2. 第十七條規定，因犯罪致發生一定之結果，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。
3. 乙係因被棄置於稻田甚久，方終告不治，故乙的死亡係因甲的遺棄行為所致，非因甲開車撞傷之行為所致。甲對於乙死亡的結果有預見可能性，且第二百九十四條第二項前段有處罰遺棄致死罪之明文規定，故甲的行為該當遺棄致死罪此加重結果犯的構成要件。
4. 甲無阻卻違法事由，具備違法性；無阻卻罪責事由，具備罪責。

小結：甲的行為成立第二百九十四條第二項前段遺棄致死罪。

(5) 競合：

1. 第二百九十四條第一項及第二項具有保護法益的同一性，依法條競合論以第二百九十四條第二項前段遺棄致死罪。
2. 甲以前後三行為，成立第二百八十四條過失傷害罪、二百九十四條第二項前段遺棄致死罪與第一百八十五條之四肇事逃逸罪，三罪間因不具有保護法益之同一性，亦無牽連關係存在，故應依第五十條以下數罪併罰。

---

1033. 某甲欲大量偽造面額千元的新台幣，於是委託某乙為其製造一批器械原料，以利日後偽造新台幣之用。某乙依照某甲的要求，製造完成一批器械原料，然後交給某甲。後來，某甲利用該批器械原料，偽造完成面額千元的新台幣五千張。試問某甲與某乙各成立何罪？

---

- 答：1. 某甲之行為，可能構成刑法第一百九十五條第一項偽造貨幣最。
2. 某甲之行為屬於有形偽造，需以有真實貨幣存在為前提，此題以言名屬於千元偽鈔，屬於我國貨幣種類，故某甲客觀上之行為已構成有形偽造。

3. 然，偽造貨幣除故意之外，需以「意圖供行使之用」為要件，若行為人無此意圖，則偽造貨幣之行為難以構成法益侵害，此題並未明言某甲是否具有此意圖，依罪移惟輕原則，應不構成犯罪。
4. 同理，客觀上此紙鈔一需有行使之客觀可能，此題並未言明鈔票是否看似為真，但既未言明某甲意圖通行使之用之意圖，則難成立此罪。
5. 故某甲無罪。
6. 需注意，即是某甲具有意圖，某甲僅成立一罪。最高法院決議亦贊同此見解：同時偽造、變造多數貨幣，仍應認為一罪。

(二) 某乙之交付行為，可能構成刑法第一百九十九條預備偽造貨幣罪。

1. 此罪為實質之預備犯，而某乙先製造後交付，製造應數不罰之錢行為，僅論交付行為即可。
2. 客觀上已有交付器械原料，但主觀上此罪除故意之外，仍然要求意圖，即「意圖供偽造之用」。
3. 此罪並無要球「供行使之用」，故和甲之討論不同，乙具有供偽造意圖以足，故某乙可能成立此罪。某甲不成立犯罪但某乙成罪之疑義，由於此罪為實質之預備犯，屬於獨立處罰規定，故不以某甲成罪為要件。
4. 同理，若某甲成罪，則某乙是否該成立某甲偽造貨幣之幫助犯？有三說：一說為既有獨立處罰，則不應成立幫助犯，亦有認為兩罪(偽造貨幣之幫助及預備犯)為補充關係，應論以較重之幫助偽造貨幣罪，亦有認為若有具體之正犯存在，則乙非預備行為，應僅論以幫助偽造貨幣罪，亦無以上爭議，若某甲成罪，管見以為，既有獨立處罰規定，不應再形構成幫助偽造貨幣罪。

1034. 甲從事豬肉販賣，每日清晨均駕駛貨車至屠宰場批貨後，載運至市。販賣。某日清晨甲欲至屠宰場批貨而開期貨車從家出發不久，不甚撞死清晨早起運動之老人乙。試問甲應成立何罪？

答：(一) 甲撞死老人乙，應成立刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪：

1. 不法構成要件該當性：
  - (1) 業務過失致死罪之成立，係以從事業務之人，因業務上之過失致人於死為要件。依最高法院89年台上8075判例，係指「刑法上所謂業務，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。此項附隨之義務，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

包涵在業務概念中，而認其屬業務之範圍。」至所謂過失，則指刑法第十四條所定，行為人雖非故意。但按其情節應注意，並能注意，而不注意者(第一項)，或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(第二項)而言。

2. 客觀上，本題中，甲既係從事豬肉販賣者，自屬從事特定業務之人，而甲每天既均需駕駛貨車至屠宰場批貨再載運至市場販賣，則甲駕駛貨車之行為，乃係與其販賣豬肉之主要業務有直接、密切關係之準備工作或輔助行為之附隨事務，故甲駕駛貨車，仍屬業務行為。又依題示，若非甲駕駛貨車撞到乙，不會發生已死亡之結果，故甲之駕車行為乃係以死亡之原因。
3. 主觀上，甲無撞死乙之故意。惟甲於載運途中不慎撞死乙，係違反一般具有理性且謹慎小心之汽車駕駛人，於駕車時應謹慎小心以免傷及其他用路人之客觀必要注意義務，製造法所不容許之風險，具有行為不法，同時，只要甲謹慎駕駛，即可避免乙之死亡，甲卻不甚駕駛，故亦違反客觀結果迴避之義務，實現法所不容許之風險，亦有結果不法。
4. 綜上，甲駕駛貨車不甚撞死乙，該當業務過失致死罪之構成要件。

---

1035. 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？

---

答：(一)甲與以為性行為，可能成立刑法第二百三十九條相姦罪。

1. 刑法第二百三十九條規定，有配偶之人與人通姦者，為通姦罪。其相姦者亦同，成立相姦罪。乙為有配偶之人，甲與以為性行為，該當相姦罪之構成要件。甲主觀上之認識亦符合上述要素，主觀構成要件該當。
2. 甲無阻卻違法事由，但因其僅有15歲，依刑法第十八條第二項規定，十四歲以上未滿十八歲之行為，得減輕其刑，甲依本條為限制責任能力人，得減輕其刑。

(二) 甲欺騙乙與自己為性行為，可能成立第二百七十七條第三項與幼童性交罪之間接正犯。

1. 刑法第二百七十七條第三項規定，對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，成立與幼童性交罪。乙與15歲之甲為性行為，客觀上該當本罪。但乙是在被欺騙之情形下與甲為性行為，換言之，對於本罪並無故意。又本罪無處罰過失之規定，故乙不成立與幼童性交罪。
2. 甲欺騙乙之行為，可能成立與幼童性交罪之間接正犯。按間接正犯以利用關係為要件，只要欺騙他人，有優越性認知之情形，即可認為有意思支配成立間接正

犯，故甲四得成立與幼童性交罪之間接正犯。但刑法並不處罰法益持有者侵害自己法益之行為，而本題甲欺騙乙可能觸犯之與幼童性交猥褻罪，乃是保護該未成年人之性自主，於本題中即為甲之性自主法益，故甲侵害自己法益之行為，應不構成犯罪。

(三) 甲欺騙乙與自己為性行為，可能成立第二百七十七條第三項預第二十九條之教唆與幼童性交罪。

1. 教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。教唆犯之成立，暗通說限制從屬性之立場，必須有一正犯不法行為存在。本題甲以欺騙乙方式使乙與自己為性行為，似有成立教唆犯之可能。但因教唆犯為參與犯，必須有正犯不法行為存在始可，而本題中乙因無與幼童性交罪之故意，不成立此罪，則甲之教唆行為亦無所賦力。

2. 甲亦不成立教唆與幼童性交罪。

---

1036. 甲在超商中竊取一條時五元的口香糖，正離去時位店員乙所發現，在超商

---

出口處以張開雙手不欲假離開，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，口香糖惟丙所奪回。試問甲的行為依刑法應如何評價？

---

答：(一) 甲竊取口香糖之行為，可能成立刑罰第三百二十條之竊盜罪。

1. 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。而竊盜罪之既遂，通說認為應以行為人是否已建立或鞏固新的持有關係，依個案就其物之體積、重量判斷，但不以十分安全為必要。本題甲竊取口香糖，雖未離開店家，但因口香糖體積較小，故以對該口香糖建立持有關係，該當竊盜罪之構成要件。甲主觀上亦認知上述要件，並有不法所有意圖，主觀構成要件該當。

2. 甲無阻卻違法、罪責事由，成立竊盜罪。

(二) 甲為竊取口香糖後將乙推倒在地之行為，可能成立第三百二十九條之準強盜罪。

1. 刑法第三百二十九條規定，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，以強盜論。一般稱之為準強盜罪。而準強盜既遂或未遂，則以先前竊盜或搶奪未遂或既遂為標準。另外，因為本罪之法律效果與強盜罪同，但本罪之「強暴脅迫」，並無如強盜罪之強制行為，要求必須致使不能抗拒，故準強盜罪之強暴脅迫，是否應以致使不能抗拒為必要，仍有爭議。實務上認為，因準強盜罪並無明文，故不以不能抗拒為必要。而有部分學說則認為如

此適用，將造成與竊盜罪輕重失衡之情形，故認為準強盜罪之強暴脅迫應以致使不能抗拒為必要。本題甲竊取口香糖已成李竊盜既遂以如前述，之後又於店家當場因脫免逮捕而將乙推倒，是否該當「強暴脅迫」，則依前述實務與部分學說之不同結論。若依實務見解，本題甲符合準強盜罪之強暴脅迫行為，故該當準強盜罪。若依部分學說見解，則甲並未施行以致使不能抗拒之強暴脅迫行為，故不成立準強盜罪。

2. 若依實務見解假該當準強盜罪，其亦無阻卻違法、罪責事由，成立準強盜罪。

(三)小結：依實務見解甲成立準強盜罪與竊盜罪，僅論以強盜罪即可。若依部分學說見解，則甲不成立準強盜罪，僅成立竊盜罪。

---

1037. 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所發出聲響，以心生害怕，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，以只好獨自先行離去。甲、丙雖搜括數件辦公室財物，但仍被逮捕。請問甲、乙、丙三人成立何罪？

---

答：(一)甲、乙、丙可能成立加重竊盜未遂罪(刑法第三百二十一條第二項)之共同正犯：

1. 甲、乙、丙意圖為自己不法之所有，而於某星期日持美工刀和螺絲起子至某辦公大樓行竊，可能符合刑法第三百二十一條第一項第一、二、三、四款之加重情形，討論如下：

(1) 因辦公大樓並非住宅或有人居住之建築物，故縱使其乃於星期日夜間侵入行竊，亦不會構成第一款之情形，除非有大樓管理員居住其內，且渠等為夜間侵入該建築物，才符合本款之情形。

(2) 第二款所謂之「門扇」，係專指分隔住宅或建築物內外的出入口大門亦即「門戶」而言，至於甲、乙、丙在行竊過程中破壞而發出聲響的門鎖，依社會通念係為防道之用，應屬於本款所謂的「其他安全設備」。

(3) 甲、乙、丙位行竊之目的而攜帶美工刀與螺絲起子行竊，按美工刀與螺絲起子在客觀上本係對於人之生命、身體有危險性之器具，故符合「凶器」之概念，渠等足以構成第三款之加重竊盜情形。

(4) 甲、乙、丙三人具有共同行為決意與共同行為分擔，符合第四款之「結夥三人以

上而犯之」的情形。

2. 甲、丙進入辦公大樓行竊後，搜刮了數間辦公室之財物，但尚未搜括完畢即被逮捕，成立加重竊盜未遂罪之共重犯。

3. 以中途放棄犯罪行為之實行，是否構成刑法第二十七條之中止未遂，分析如下：

(1) 乙因門鎖發出聲響而心生害怕，從而懊悔與甲、丙共同行竊，雖其中止未必係「出於倫理上自我要求之誠摯悔悟」，但國內多數說仍認為此不失為出於乙意而中止之情形。

(2) 乙意中止的共同正犯必須成功的防止犯罪結果的發生才能成立中止犯，否則再共同犯罪決意的範圍內，仍須承擔未能有效阻止他人繼續實行犯罪的後果。申言之，犯罪結果的不發生必須與其行為具有關聯性，才能成立中止犯，或縱使結果不發生非防止行為所致，行為人亦需以盡力為防止之行為，才可能成立準中止犯，而得到刑罰上之優惠。

(3) 本題情形，乙雖出於乙意而放棄犯罪行為，並勸阻甲、丙二人離開，但甲、丙並未因此而放棄犯行，乙亦未再有任何防止犯罪結果發生之舉措(例如打電話報警或通知大樓管理員等)，而只是獨自離去；雖甲、丙之加重竊盜未達既遂，惟其結果之不發生與乙之勸阻行為無任何關連，亦未見乙有盡到其他任何努力故乙不符合刑法第二十七條第二項所謂的「於正犯與共犯中之一人或數人，因乙亦防止犯罪結果之發生或結果之不發生，係防止行為所致，而行為人已盡力為防止行為者」之中止未遂或準中止未遂之要件。

(二)乙不構成刑法第二十七條第二項共同正犯之中止未遂或準中止未遂，亦即其欠缺個人解除或減輕刑法之事由，故仍應與甲、丙成立加重竊盜未遂罪之共同犯。

1038. 甲、乙明知其二人沒有買賣土地的事實，二人卻串謀於虛偽定位的地

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。試問：

甲、乙二人之刑責如何？

答：(一)甲持虛偽定位之土地買賣契約書向地政事務所版裡過護之行為，可成立刑法第二百十四條之事務員登載不實罪：

(1) 刑法關於偽造文書之處罰，立法例上有處罰有形偽造，處罰行為人無權冒用他人名義製作部珍重文書之行為。亦有處罰無形偽造者，處罰行為人製作內容不實之文書。我國法兼採之，於刑法第二百十條至第二百十二條規定偽造文書罪，處罰有形偽造之行為。而於刑法第二百十三條至第二百五條規定登載不實罪，處罰

無形偽造的行為。

- (2) 本題中甲、乙明知其二人沒有買賣土地的事實，二人卻串謀於虛偽定位的土地買賣契約書上簽名、蓋章，由於甲是以自己的名義在土地買賣契約書上簽名、蓋章，非無權冒用他人名義製作文書，故非有形偽造。而其製作內容不實之文書，僅為無形偽造。
- (3) 刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪，其要件為明知不實之事項，而是公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者。本題中甲持虛偽定位之土地買賣契約書向地政事務所辦理過戶之行為，使地政事務所承辦過戶移轉之公務人員，於土地登記簿上為不實之登載，且此登在族是一般大眾產生經濟上損害。故客觀構成要件該當。而甲主觀上亦明知其與乙並無土地買賣之事實，主觀構成要件亦該當。
- (4) 甲無阻卻違法、罪則事由，成立使公務員登載不實罪。

(二)持虛偽定位土地買賣契約書向地政事務所辦理過戶之行為，可能成立 第  
二百十四條之使公務員登載不實罪：

- (1) 乙與甲串謀於虛偽定位的土地買賣契約書上簽名、蓋章，串謀之行為可認為與甲有同型之決議，一同簽名，並持向地政事務所辦理過戶移轉登記，亦有共同行為實施，故乙與甲為共同正犯，依法理應一部行為全部責任。
- (2) 另外，本題中乙持虛偽定位之土地買賣契約書向地政事務所辦理過戶之行為，役使地政事務所承辦過戶移轉之公務員，於土地登記簿上為不實之登載，且此一登載足使一般大眾產生經濟上損害，客觀構成要件該當。
- (3) 而以主觀上亦明知其與甲並無土地買賣之事實，主觀構成要件該當。
- (4) 乙無阻卻違法、罪則事由，成立使公務員登載不實罪。

1039. 甲意圖供行使之用，偽造以之印章，並假冒乙之名義，利用炳銀行之空白支票本製作空頭支票一批，用於進貨時支付價金，至不少人蒙受財產之損失。甲之行為應如何論罪？

答：(一)甲偽造以支印章，可能構成刑法第二百十七條的偽造印文罪：

甲無權限而偽造乙的印章，該行為足以發生損害於乙或其他與甲交易之他人，而甲有認識，該當本罪。

(二)甲冒乙之名義，製作空頭支票，可能構成刑法第二百零一條第一向的偽造有價

證券罪：

甲無權限而為支票之製造，支票是可以交換財產上對價的文書，客觀要件該當，主觀上甲有認識而且又有行使意圖，該當本罪。

(三) 甲於進貨時使用偽造之支票，可能構成數個刑法三百三十九條第一項的詐欺取財罪：

本罪客觀上以行為人刑事詐術而另相對人陷於錯誤，至為財物之交付為要件，甲將不可能兌現的支票交給被害人，被害人物甲已經交付或款之價金，故將其貨物交給甲，該當於客觀要件，主觀上甲有詐欺故意和不法所有意圖，該當本罪。惟因為題目中沒有寫明甲是以易行為使數人上當，或是數次為之而令數人上當，故以下再競合論將分兩種情況討論之。

(四) 甲於進貨時使用偽造之支票，可能構成數個刑法第二百零一條第一項的行為偽造之有價證券罪：

甲使用其所偽造之支票，支票為有價證券，甲構成數個本罪。但因題意有同上的問題，以下競合時分別討論之。

(五) 甲偽造印章，進而製作空頭支票，應該論以一行為，一行為侵害一個社會交易秩序的法益而該當數罪名，法條競合，只論以偽造有價證券一罪。至於進貨時的行為，則應該肯認行為人在一開始就存有連續犯的連續故意，而進貨的任一行為都是一行為侵害數法益，該當詐欺、行使偽造有價證券兩罪，依想像競合以行使有價證券罪處斷，而在論以行使有價證券的連續犯，與前面假構成偽造有價證券是不同二行為的兩罪，但是該兩行為侵害同一法益，應該構成不罰的後行為，因此後部分的行使有價證券罪不成罪，甲只單獨構成偽造有價證券一罪。如果進貨時的行為是單純一行為，該一行為依前述構成數個詐欺與數個行使偽造有價證券罪，依想像競合，依行使偽造有價證券罪處斷，再與前行為的偽造有價證券罪論以不罰後行為，甲仍只構成一個偽造有價證券罪。

1040. 甲向乙借錢，乙無現金，於是以金飾借給甲以供另行質借周轉。甲以

金飾向其他朋友質借得兩萬元後，因手頭仍然吃緊，及避免與乙並面，不巧有一天甲被乙碰到，乙欲向甲所回金飾，甲竟翻臉表示並無借用金是一事，根本無金飾可

還，乙憤怒而提出告訴。問：甲刑事責任為何？

答：(一)「甲拒不返回金飾之行為，可能構成刑法第三三五條之侵占罪。」：

(1) 按刑法上之侵占行為，應以不法所有之意圖，客觀上亦持有為所有之行為，所謂「不法之所有意圖」係指以所有人自居之心態，客觀上，將所持有之物，為所有之行為即與本最該當。

(2) 依題示事實，甲翻臉表示無借用金飾之行為，即係以所有人自居之心態，具有不法所有之意圖，次查刑法上持有行為，不以直接占有為限，出質人縱係為間接佔有，亦該當持有要件，從而甲拒不反還行為自有刑法侵占罪可言。

(3) 小結：甲成立刑法構成第三三五條侵占罪。

(2)「甲拒不反還金飾之行為，可能構成刑法第三四二條之背信罪。」：

(2) 刑法上之背信罪，所指之違背任務，該任務究限於對契約相對人以外第三人之義務，還是包括對契約相對人之義務亦足當之，最高法院八十六年台上第五四八四號判決顯認為本條所指之任務，若係違背契約處理事務之義務亦屬之。

(3) 準此以解，甲係借用契約之借用人，負有借用物反還之義務，拒不復行，應該當本法背信罪。

(3)「甲之侵占行為與背信行為，並非法條競合之擇一關係，應論以想像競合」：查刑法第五十五條所謂想像競合犯係以「一行為」觸犯數數罪名，甲之拒不返還之行為，顯該當刑法侵占罪與背信罪，從一重處斷。

1041. 農民甲在自己倉庫旁燃燒乾草，不慎引起倉庫著火，並波及隔壁農民乙的住家著火。試問應如何處斷甲的行為？

答：(一) 農民甲失火燒毀隔壁農民乙的住家，可能觸犯刑法第一七三條第二項失火燒毀現住建築物罪。

按刑法第一七三條第一、二項規定：「放火燒火線供人使用之住宅或現有人所在之建築物、礦坑、火車、電車和其他供水、陸、空公眾運輸之舟船、航空機者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。」「失火燒毀前項之物者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」是農夫在自己倉庫旁燃燒該草，不慎引起倉庫著火，並波及隔壁乙的住家著火，從而甲之行為該當刑法第一七三條第二項失火燒毀現住建築物罪，應堪認定。

(二) 農民甲在自己倉庫旁燃燒乾草，不慎引起倉庫著火，可能觸犯刑法第一百七十四條第三項失火燒毀自己所有非現住建築物及交通工具。按刑法第一七四規定：「放火燒毀線非供人使用之他人所有住宅或現未有人所在之他人所有建築物、礦坑、火車、電車和其他供水、陸、空公眾運輸之舟船、航空機者處三年以上十年以下有期徒刑。」(第一項)「放火燒毀前項知自己所有物，致生公共危險者，處六個月以上五年以下有期徒刑」(第二項)「失火燒毀第一項之物者，處六個月以下有期徒刑、拘役和三百元以下罰金。失火燒火前項之物，致生公共危險者，亦同。」(第三項)。是甲之行為該當刑法第一七四第三項。

(三)競合：依刑法第五五條規定，僅論甲成立刑法第一七三第二項失火燒毀現有居住建築物罪。

1041、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。

1042、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。

1043、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聚命令三次以上，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。

1044、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。

1045、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，即有待商確。
- 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。

1046、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定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。

1047、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。

1048、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。

1049、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。

1050、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。

1051、某甲酒醉駕車其酒測濃度經現場臨檢呼氣已超過0.55MG/L，甲不服取締大聲辱罵員警之行為是否構成犯罪？

擬答：

(一)、「甲喝酒不能安全駕駛行為，可能構成刑法第一八五條之三之酒後駕車罪」：

1、查刑法第一八五條之三明定：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其它相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者。」：

按本罪為抽象危險犯，本於一般預防之目的，立法者經驗法則認為酒醉如已達不能安全駕駛之程度者，其行為具有攻擊不特定人生命與財產之高度危險性，本罪既為『行為犯』，則其犯罪既遂與否僅以『不能安全駕駛行為是否已經完成』為斷，又因非『實害犯』故無庸討論因果關係，本罪亦未設有未遂犯之特別規定，應值注意者係「不能安全駕駛」之判斷標準為何？如係服用酒類其標準為何，此應參酌道路教通安全規則第一一四條規定，對呼氣與血液之酒精濃度設有不同規定，前者為0.55MG/L、後者為0.11MG/L。果如此，如行為人呼氣酒測值為1.25MG/L則自屬不能安全駕駛，合先敘明。

2、承前以言，本題甲服用酒類，駕駛動力車輛返家，本罪行為業已既遂，其酒測值已逾前述標準，自應解為不能安全駕駛。

3、甲之行為成立刑法第一八五條之三之酒後駕車罪。

(二)、「甲以言詞辱罵員警已構成刑法第一四〇條第一項之侮辱公務員罪。」：

查刑法第一四〇條第一項明定：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱，或對於其它依法執行之職務當場侮辱者。」，前揭條文所指之「當場侮辱」係指於公務員執行職務時貶抑公務員名譽使其難堪已足，並不要求達到不特定多數人均須共見共聞之『公然』程度，簡言之，當場僅有員警一人亦構成之。

依題示之事實，甲不服取締當場辱罵員警，業已符合前開要件，成立本罪。

小結：甲之行為成立刑法第一四〇條第一項之侮辱公務員罪。

(三)、競合：

甲之酒駕行為與侮辱行為，犯意各別，行為數個，法益種類不同，本於禁止評價不足之原則，既為裁判確定前所犯數罪，甲之行為應依刑法第五十條及第五十一條之規定，數罪併罰。

1052、甲與乙本系好友，嗣因事反目，甲遂唆使丙將乙殺害，以雪心頭之恨。某日，丙身懷兇刀，擬往乙尋釁，因行跡可疑，途中即被巡邏警察帶回警局調查，致未能成事。

擬答：

(一)、丙未下手殺乙，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，但未現全部客觀不法構成要件為前提。本題中，丙未下手殺乙，未著手於犯罪行為的實行，不成立本罪。

(二)、甲教唆丙殺乙的行為，可能成立教唆殺人未遂罪

1. 舊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」；對此共犯行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差別在於，前者的正犯已經勢手實手實行構成要件行為，後者之正犯則尚未著手實行。本題中，被教唆的丙尚未著手實行殺人行為，依舊刑法，甲固可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）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，丙既未著手實行，甲根本不構成犯罪。

1053、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。

擬答：

(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。

1054、刑法規定之文書與有價證券應如何區別？

擬答：

- (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。

1055、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？

擬答：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。

1056、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？

擬答：

(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。

1057、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，應論以何罪？

擬答：

(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。

1058、甲投擲一顆手榴彈炸死三人，請問應如何論以競合？

擬答：甲投擲一顆手榴彈炸死三人，應論以想像競合犯：

1 所謂想像競合犯者，即以一犯意，為一個行為，而侵害數個法益，符合數個犯罪構成要件，發生數相同或不同結果，成立數個罪名，應從一重罪處斷。刑法第五十五條本文「一行為而觸犯數罪名，從一重處斷」之規定即是。

2 至於想像競合之內涵如下：

1須基於一行為：所謂一行為乃指基於一個決意實施之一個行為。至於基於單一之意思或概括之意思，在所不問。

2須侵害數法益：一個行為發生侵害數個法益之結果始有想像競合之問題。數個結果又必各自具獨立可罰性，因而雖侵害數個法益，而該被害法益在法律上屬於單一性質者，亦仍無成立想像競合犯之可言。

3須觸犯數罪名：想像競合犯所以從一重罪之刑處斷，而不依數罪併罰之例辦理者，在於數個犯罪構成要件競合於一個行為之上，故一個行為所誘發之數個結果，必須合於數個構成要件，成立數個罪名，始有成立想像競合犯之可言。

4須從重罪處斷：比較輕重，以法定刑為標準，至各該犯罪名是否另有總則上加重、減輕其刑之原因，係屬另一個問題。

1059、丙開車不慎撞倒丁致丁受傷，不但未予道歉，竟還下車打丁，又使丁傷勢加重。試問應如何論以競合？

擬答：

- (一) 丙開車不慎撞倒丁致丁受傷，乃因丙在違反預見可能性及迴避可能性下，造成對丁之身體法益之侵害，應論以過失傷害。
- (二) 丙又下車打丁使其受傷加重，乃在故意之犯意下，造成對丁之身體之法益侵害，應論以故意傷害罪。
- (三) 丙之該兩行為，犯意各別，侵害法益互異，則應論以數罪併罰。

1060、對於無罪責者（譬如小孩、精神病患等）之攻擊行為，可否主張正當防衛？

擬答：

- (一) 正當防衛的意義：
  - 1、係指對於現在的不法侵害，為防衛自己或他人之權益，而對侵害者所為之反擊行為，依刑法第二十三條前段：「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。」為法定阻卻違法事由之一。
  - 2、防衛行為固不需考慮「衡平性」原則，不以其所保護的利益大於其所侵害的利益為要件，惟仍須具備適當性與必要性。「適當性」係指：可期待迅速終止攻擊並確保終局地排除危害的防衛行為；「必要性」係指：該防衛行為係所有防止侵害的手段中，對不法侵害者之攻擊最輕微者。

(二) 對於無罪責仍得主張正當防衛，但防衛行為受到社會倫理的限制

- 1、現在不法侵害的存在為正當防衛成立要件之一，通說認為：侵害之不法性僅以客觀上該侵害違背法秩序即可，並不以侵害發動者具有罪責為必要，故對無責任能力之人（如小孩、精神病患等）之攻擊，仍可實施防衛行為。
- 2、然而，由於防衛行為不受衡平性之限制，有可能令無罪責之人承擔過度之風險。為避免風險分配不均，學說復主張權利濫用理論，認為防衛行為固係權利行使行為，但仍受到社會倫理的限制，防衛者在有數個防衛手段可以選擇時，不可對無責任能力者採取嚴厲的防衛措施，而只能選擇逃避、報警與消極抵抗。

1061、甲、乙二人，某日下午相偕潛入丙宅行竊，於客廳竊得一只名貴茶壺後，正擬離開，甲忽見屋主丙女於房間裸體熟睡，頓起色念，遂以棉被蒙住丙之頭臉，予以強姦得逞。乙當時雖知情，卻未加以制止，反於客廳扭開電視等候，事畢二人一同逃逸。試問甲、乙各應負何刑責？

ANS：(一)刑法第三〇六條第一項侵入住居罪

(二)刑法第三二〇條第一項普通竊盜罪

(三)刑法第二二一條第一項普通強制性交罪

共同正犯之過剩：共同正犯僅就共同之行為決意而共同實施行為，擔負刑事責任逾

越此項範圍，對於逾越部分不負其責。

1062、甲男與乙女未婚而懷胎，自行產子，嬰兒甫出生，二人即一起將之丟入排水溝溺死，甲、乙所犯何罪？

ANS：甲成立§ 271 | 殺人既遂罪，

乙則成立§ 274 | 母殺子女罪，

依§ 28及§ 31 || 論處。

1063、某甲為警員，於夜間執勤時，攜帶槍械進入乙之私人住宅內行竊，試問甲之刑事責任如何論處？

ANS：(一)甲夜間進入乙之私人住宅行竊，構成加重竊盜罪(型§ 322 I)

(二)甲攜帶槍械行竊，構成加重竊盜罪(型§ 322 I)→79台上5253

(三)競合→69台上3945

(四)刑罰：刑§ 134，加重其刑至二分之一

1064、試舉「竊盜罪」與「侵占罪」之主要差別何在？

ANS：(一)竊盜罪(刑§ 320 I)，以意圖為自己或第三人不法之所有，竊取他人之動產為要件。侵占罪(刑§ 335 I)，以意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物為要件。

(二)主要區別：

1. 行意態樣不同

(1)竊取行為係指未得持有人之同意，破壞其對動產之持有支配關係，建立自己持有支配關係的行為。

(2)侵占行為則指行為人足以顯示其將持有物據為已有之行為，即易持有為所有之行為。

2. 行為客體人同

(1)竊盜罪以「動產」為限。

(2)侵占罪以「物」為行為客體。

1065、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，乙強扯扔露在外的皮包肩帶，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。

ANS：(一)搶奪與強盜之區別

(二)論搶奪未遂罪(刑§325 III)→成立

(三)論搶奪致傷罪(刑§325 II)→加重結果犯不包括未遂行為，故不成立。

(四)論過失致傷(刑§284 I)→成立

(五)論強盜取財罪(刑§328 I)→乙在甲重跌在地上無力抗拒時，取走皮包，是以強暴使人不能抗拒而取他人之物，成立該罪。

(六)競合：乙先後所實施之行為，應均是受一行為決意所支配的舉止，在時間空間上緊密為之，故應屬於行為單數，故以法律單數之吸收關係，僅論以強盜

取財罪。

1066、甲於某日中午侵入乙宅行竊得手，因見乙宅中值錢物頗多，復在夜間再度潛入行竊，正拉開衣櫃欲取珠寶時，將乙驚醒，乙出聲喝斥，甲乃持扁鑽將乙刺傷，並強取珠寶而去。問甲如何論罪科刑？

ANS：甲第一次潛入行為成立§ 320 | 竊盜既遂罪。

甲第二次行為1. 甲以竊盜故意而為竊盜行為，惟因被乙發現，故「變更犯意」為強盜行為(§ 328 | )依通說均認甲係應論強盜罪即可。右甲乃於夜間侵入住宅又持凶器，應論以§ 330之加重強盜罪。並甲唯一行為觸犯§ 330及§ 277 | 之傷害罪，依§ 55想像競合從一重論處。

競合：甲第一次行為及第二次行為，因無事先整體，概括故意，應依§ 50，合併處罰之。

1067、刑法第一百四十九條在「走上街頭」的社會運動發達的今日台灣常常被報章提起，試述其構成要件。

ANS：(一)法條規定：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……。道謀者，處……。(刑一四九)

(二)構成要件分析：

1. 公然聚眾：亦即該等不特定之多數人必須是處於一種可能隨時增加的情況。如果僅是在一個非經特許，則外人不得進入的空間裡面聚集，則不能構成公然。
2. 意圖：為強暴或脅迫。故僅僅是未攜帶武器的和平請願活動，則不能構成此處之妨害秩序罪。
3. 受該管公務員解散命令三次以上：常見者係警察機關以舉牌方式(牌上大字警語：行為違法)三次，外加擴音器喊話來滿足此處之「解散命令三次」以上。
4. 仍不解散。
5. 行為人：在場助勢者(例如，搖旗吶喊敲鑼打鼓者)，或首謀者(策畫執行之人)。

1068、刑法第一百六十八條偽證之構成要件及處罰如何？

ANS：(一)法律規定：「於執行審判職務之公署審判時，或於檢官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑」(刑一六八條)

(二)構成要件分析：

1. 犯罪主體：經過合法具結之證人、鑑定人或通譯。故證人、鑑定人或通譯倘為不得命具結之人而為具結，或未依法履行具結程序，縱然故意為虛偽陳述，亦不得以此處罰之。又若未告知其具結之義務及偽證之處罰即命具結，亦不得認為已依法履行具結之程序。
2. 偽證事項：於案情有重要關係之事項。
3. 犯罪場合：審判庭或偵查庭中(不限於刑事案件之審判，民事案件亦可)。

(三)處罰：七年以下有期徒刑。

1069、刑法第一百六十九條第一項誣告罪之構成要件為何？如何處斷？

ANS：(一)法律規定：「意圖他人受刑事或懲戒處分，向該管公務員誣告者，處七年以下有期徒刑」(刑一六九條第一項)。

(二)構成要件分析：

1. 犯罪意圖：意圖他人受刑事或懲戒處分。所謂懲戒處分係指公務員懲戒上所規定之各種處分而言。
2. 犯罪行為：向該管公務員誣告。所謂誣告，係指明知所告之事為虛偽；倘其果真誤認有此事實即非誣告。而該管公務員，必須係具有對該誣告案件有管轄權之官署；若僅對於無權受理申告之機關所為之誣告則不成立本罪。但若該虛偽之申告仍終達到該管公務員時，則仍成立誣告。

1070、試述強制罪與私行拘禁罪有何不同？

ANS：(一)構成要件：「以強暴、脅迫使人行無義務之事，或妨害人行使權利者，處……」(刑三〇四條第一項)；「私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由者，處……」(刑三〇二條第一項)

(二)比較：

1. 保護法益：兩罪均為個人之意思決定之自由及行動自由。

2. 保護重點：強制罪保護重點在於保護個人有不行無義務之事的自由以及個人行使權利有不受妨害之自由，私行拘禁罪則在於保護個人依其意思決定而改變其停留處所之移動自由。
3. 行為強度：強制罪之強暴、脅迫之行為只要達到對於行為客體之意思自由發生相當之影響，而使其依照行為人之意思行無義務之事或不行使其權利即為停止，並人以行為客體之意思自由或行動自由完全喪失為必要；而在私行拘禁罪則以行為客體之行動自由受到行為人之剝奪因而完全喪失為必要。

1071、「侮辱」與「誹謗」兩種行為有何不同？是否只要為誹謗行為即構成犯罪？

ANS：(一)侮辱與誹謗行為之不同點：行為人不舉出他人之具體特定行為之事實，而公然辱罵特定人或可得推知之人，則構成侮辱罪。若行為人指摘傳述足以損害他人名譽之具體事件內容，則構成誹謗罪。

(二)為誹謗行為但不罰之情形：因言論自由係憲法所保障之基本人權，故而縱然行為人之言論可能對他人之名譽造成傷害，也不能一概加以處罰。刑法即於第三一一條訂明例外不罰誹謗行為之情況：「以善意發表言論，而有下列情形之一者，不罰：

1. 因自衛、自辯、或保護合法之利益者；
2. 公務員因職務而報告者；
3. 對於可受公評之事，而為適當之評論者；
4. 對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述者」(刑三一一)

1072、試述準強盜罪之意義及構成要件。

ANS：刑法第三百二十九條規定準強盜罪之行為，述之如下：「竊盜或搶奪，因防護贓物、免脫逮捕或湮滅罪證，而當場施以強暴、脅迫者，以強盜論」。分析其構成要件：

- (一)行為人觸犯竊盜或搶奪罪在先：不論既遂或未遂均可構成。
- (二)當場對於竊盜或搶奪之被害人或其他第三人施以強暴或脅迫。
- (三)施強暴或脅迫之原因：為防護贓物、或逃脫逮捕、或湮滅罪證。三者有其

一，即應以準強盜論處。

1073、竊盜罪與詐欺罪之主要區別何在？

ANS：(一)法律規定：「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……」(刑三三九)乃詐欺罪之規定，另外同條第二項尚有詐欺得利之規定；而「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……」(刑三二〇)

(二)區別：

1. 客體竊盜之客體必屬動產；而詐欺行為得者，可以為動產、不動產、以及其他財產上之不法利益。
2. 行為竊取行為係指行為人違背他人之意思，或未得他人之同意，以和平之手段，取走其持有之物，破壞他人與其持有物之「持有支配關係」而言；而詐欺行為較為複雜，係行為人(1)實施詐術，(2)而引起他人之錯誤，(3)致其為財產上之處分，(4)使處分財產者受到損失，(5)而行為人或第三人因之而獲利。

1074、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。

1075、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。

1076、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。

1077：A學校學生甲男利用休假時間到C師女家中，C師係甲生輔導老師，因師生間輔導關係，甲生對C師產生愛慕感情，於是與C師發生親吻及擁抱的行為。經導師發現甲生信件，信中隱約提及師生戀情，隨即面談甲生，並經多次與C師懇談始了解事情始末。C師可能之刑期？

答：男女之間之感情本無對錯可言，但法律為保護較弱勢之人，對於心智發展未臻健全之青少年均設有專章或特殊刑法保護，C師係甲生輔導老師，利用輔導之機會，發生親吻及擁抱之行為，依刑法之解釋所謂猥褻係指姦淫以外足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言，則C師之行為將構成刑法第二百二十八條之利用權勢猥褻罪。

涉及法律條文：

刑227對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑、對於未十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑、對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑、對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。第一項、第三項之未遂犯罰之。

刑228 對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、扶助、照護之人，利用權勢機會為性交者，處六個月以上五年以下有期徒刑。

因前項情形而為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。

可能之刑期：

3. 若甲生為已成年之學生，則C師之行為將構成刑法第二百二十八條之利用權勢猥褻罪，可處三年以下有期徒刑。
4. 若甲生為未滿十八歲之人，則C師之行為將觸犯刑法第二百二十七條之規定，得視甲生之年齡分別處以六月以上五年以下有期徒刑(未滿十四歲)或三年以下有期徒刑(十四歲以上未滿十六歲)。

1078：A國小08：00發現甲生未到校，同學立即到訓導處以緊急聯絡網電話通知家長，但電話遭停話。班導師改以手機聯絡家長，甲生父親告知已背書包上學，家長即刻到學生常去之場所尋找，附近網咖未尋獲。經樓下鄰居告知，曾目擊有人騎機車戴安全帽將

學生載走，以為是甲生兄長，家長報案協尋。擄人勒贖如何論處？

答：由此案過程分析，甲生可能遭遇兩種情形，一為單純之遭限制自由，一為遭人擄人勒贖。涉及法律條文：

刑302 I 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、拘役、或三百元以下罰金。刑347 I 意圖勒贖而擄人者，處死刑、無期徒刑七年以上有期徒刑。可能之刑期：將甲生擄走之人，最輕得依刑法第三百零二條第一項規定，處以五年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。最重可依刑法第三百四十七條第一項規定以死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑。

1079：甲在網路咖啡廳和店主乙發生衝突，回家命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)甲之犯意為放火燒毀網路咖啡廳：

1. 甲若基此犯意，則為對現有人使用之建築物為放火行為，院刑法第一七三條之公共危險罪。
2. 公共危險罪之「燒毀」定義，依實務見解採功能喪失說，而該網路咖啡廳未受此程度之侵害，是故不該當既遂，而僅論未遂。
3. 至於該放火行為波及店前機車遭焚，惟公共危險罪本含有毀損性質，故不另論之，恐五名機車車主對甲應依民事程序要求損害賠償。
4. 甲構成刑法第一七三條第三項之放火未遂罪。

(二)甲之犯意僅為攻擊店前機車：

1. 甲雖與店主乙發生衝突，甲僅將沙拉油製之汽油彈，丟向店前之機車，故理論上，甲可能僅具此故意。
2. 機車非供公眾運輸之交通工具，是故無法該當於刑法第一七三及第一七四條之規定。
3. 甲僅可能觸犯第一七五條之構成要件：
  - (1)機車為本條規定之「前二條以外之他人所有物」；
  - (2)惟本條為具體危險犯，亦即須「致生公共危險」，依題意並未達此程序；
  - (3)是故不能該當本罪，僅能依補充關係論以毀損罪。

4. 若論毀損罪，則本罪為個人法益，甲燒毀五人各別所有之五部機車，為一行為觸犯五個法益，兩論想像競合犯，從一重處斷。

5. 甲構成刑法第三五四條之毀損罪。

1080：二〇〇四年三月十三日清晨，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？

答：

3 搜索乃對人身或住居處所所為之強制處分，自需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後均應符合上揭原則之要求。令狀審查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及法官保留原則之體系。

4 依刑事訴訟法第一二八條之一規定，偵查中檢察官認為有搜索之必要者，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，並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。司法警察因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，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。

1081、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：

1919 須法有規定需交付保護管束者。

2020 須有社會危險性。

2121 須先受刑罰或保安處分之宣告。

適用對象包括：

13 對受感化教育、監護、禁戒與強制工作處分。

14 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。

1082、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。

1083、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。

1084、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。

1085、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紆已見？

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。

1086、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，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，並將緩刑期內宣告延長至確定時以資明確。

1087、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：

16 有期徒刑執行未逾六個月。

17 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。

18 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。

1088、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（原本為五年）。

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之事項，當事人縱未主張，法院或檢察官仍應依法下免訴判決或不起訴處分。

1089、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。

1090、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：

1515 依法停止執行。

1616 因通緝或執行期間脫逃未能續行執行者。

1717 受刑人依法另受拘束者。例如保安處分之執行。

1091、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。

1092、累犯加重處罰立法理由安在（何謂三振出局法案）？

答：

(一) 累犯加重處罰至二分之一之立法理由係：因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，本於特別預防之政策目的，有延長其矯正期間之必要以助其重返社會，以兼顧社會防衛之需求，本次新法累犯排除過失犯，理由亦係無確實實證支持過失再犯與刑罰反應力薄弱有直接關聯。

(二) 本次新法第四十七條第二項明示保安處分中之強制工作處分，既具有代替或補充刑罰之功能，故如發現強制工作處分不能使受刑人再社會化，五年內故意再犯自應有累犯之適用。

(三) 裁判確定前發現累犯之處罰：依刑法第四十八條規定：「裁判確定後發覺為累犯，依前條之規定更定其刑，但刑之執行完畢或經赦免後發覺者不在此限。」

1093、新刑法對想像競合犯之處斷上之新限制？

答：

- (一)、想像競合犯處斷刑之方式本應為從一重處斷，受刑法三十五條第二項規定之影響，同種之刑，要以最高度之較長較多者為重，僅在最高度相等時，才以最低度較長較多者為重罪，果如此，如同種之刑最高度較長較多者，雖為重罪，但其最低度則未必亦較輕罪為較長較多，從一重時，可能於最低度之處斷出現輕重失衡之結果，有必要對其處斷之量刑有所限制，故新法明文「但不得科以較輕罪名所定本刑以下之刑」其理由在此。
- (二)、立法政策上，繼受之母國德國及奧地利均設有此規定，修法增添乃順應時勢所趨。

1094、牽連犯廢除之理由？

刑法廢除牽連犯之理由：

- (一)、牽連犯之本質為數罪，其與想像競合最大差異則在於，行為個數是否單一，想像競合犯係單一故受『單一行為處罰一次性原則之拘束』，牽連犯則否，故其刑罰一次本即有違反刑罰公平之缺點。
- (二)、就既判力客觀效力延伸之正當性而言，如單一案件兩部之間，時間間隔過久，縱有方法目的或原因結果之關係，從一重處斷，有鼓勵犯罪之嫌，為此造成既判力延伸亦不妥當。
- (三)、現行實務上，多將牽連犯之事實論以想像競合或數罪併罰，故廢除牽連犯並不會對既有審判實務產生困擾。
- (四)、立法政策上，繼受之母國德國與日本，早已廢除牽連犯之規定，修法廢除乃順應時勢所趨。

1095、連續犯廢除之理由？

答：

刑法連續犯廢除之主要立法理由：

- 一、『原刑法連續犯要件之同一罪名及概括犯意認定過寬，有鼓勵犯罪致使國家刑罰權不當行使之缺點』：  
舊刑法連續犯其本質為數罪，立法之初，為考量訴訟經濟或責任吸收原則，而論以一罪，並規定得加重其刑至二分之一，惟實務往往對本條「同一罪名」及「概括犯意」認定往往連綿數年之久，事實採證又多趨於寬鬆，起訴之後，對繼續犯同一罪名，均能以同一罪名處斷，違反刑罰公平原則至為重大。
- 二、『立法例上已無國家採行連續犯之立法政策』：  
就繼受之母國法國德國與日本為例，均已先後刪除連續犯規定，德日兩國在其實務上則視實際具體事實論以『接續犯』、『包括一罪』或『數罪併罰』處斷，以符刑罰之公平及訴訟經濟原則之平

衡考量。

1096、試說明新法易科罰金要件修正之理由？

答：

(一)、按刑罰第四十一條易科罰金，本質上為易刑處分，其制度目的在濟短期自由刑之弊，基此特別預防之政策目的，其宣告條件，本不可趨於過嚴，舊法時代易科罰金要件設有須『因身體、教育、職業或家庭之關係或其它正當事由，執行顯有困難者』為宣告之條件，失之過嚴，新法為濟其弊，廢之，於同法第一項但書改列為：「確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序」，其理在此。

(二)、易科罰金有無及於數罪併罰規定？

易科罰金條文所謂「而受六個月之宣告」，其「宣告」於數罪併罰案件，究係指各罪之『宣告刑』，抑或是「最終合併之執行刑」，大法官釋字第三六二號係採後者定其執行刑，惟如其執行刑已逾六個月時，即已非短期自由刑，如執意再為易刑處分學者咸認至為不當，故於新法第四十一條第二項明定：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑，亦適用之。」。

(三)、罰金執行如受刑人無力一次完納或一時無力完納可否准許分期繳納？

1「新法將目前實務採行之分期完納制度正式法制化」：

基於法律保留原則，罰金得否分期完納，於實務雖試行有年且具實效，仍應本於權力分立原則早日法制為宜，立法政策上，繼受之母國德國早有明文，修法增添乃順應時勢所趨。

2「分期繳納並非漫無限制需確依受刑人之經濟或信用狀況，無力於兩個月內完納始得准許分期。」

新法明定有期限利益，遲延一期則對未完納之部份逕為強制執行或易服勞役，就強制執行上，亦無須再經形式上之執行程序，實質上果無力完納逕為易服勞役，以簡約國家於程序上不必要之勞費及時日。

1097、易服勞役之折算標準有無變動？

答：

舊法第四十二條易服勞役最高度僅為六個月，依最高額每日新台幣三百元計，六個月最高折算犯罪利益，僅約當新台幣十六萬元，逾此數額，受刑人服滿勞役即無須繳納，倘犯罪所得逾越十六萬元者，無論罰金之宣告刑之額度多高，受刑人均僅須服滿六個月已足，就一般預防之觀點，舊法規定全無嚇阻犯罪之效，故新法先在第四項將易服勞役折算標準延為一年，罰金金額折算逾一年時，於第五項改

採罰金總額與一年總日數及折算標準，依比例計之。如涉及金融七法之罰金刑，如受刑人於金額於新台幣五千萬元無力完納者，則第六項改採罰金總額與三年總日數及折算標準，依比例計之。

## 犯罪論

1099、請解釋下列名詞：

7 公務員

8 重傷

9 電磁紀錄

4、追徵、追償、追繳

答：

### (1) 公務員

5 依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其它依法令從事公共事務，而具有法定職務權限者。

6 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。

### 重傷

指毀敗或『嚴重減損』目、耳、語、味、嗅、肢及生殖機能或其它於身體健康有重大不治或難治之傷害。

### (2) 性交

謂非基於正當目的所為下列性侵入之行為包括以性器或性器以外之物進入他人性器、肛門、口腔之行為。

### (3) 電磁紀錄者

謂以電子、磁性、光學或其它相類之方式所制成，而供電腦處理之紀錄。

### (4) 追徵、追償、追繳

原本散見於貪污治罪條例等特別法，此三種沒收方式，乃指不符刑法第三十八條第一項第三款所指之「因犯罪所得之物」，依同條第三項之規定，應限於犯人所有始得沒收，如非犯人所有，則依特別法有無規定論之，再者，就「因犯罪所得之物」如係不正利益應如何執行沒收？「因犯罪所得之物」其若得以市價計算者，如已經犯人消費不復存在時，應如何處理？均無明文規定，從而刑法總則之中，其一般沒收之規定，並無就上述三種情形，定有明文，倘致行為人於判決確定後仍可享受犯罪之

成果，顯違反刑罰一般預防之應報功能，實應將此所得歸於國家所有，惟不論是追徵、抵繳等方式，此均涉及人民財產權之限制，依憲法第二十三條之規定，本應有法律保留原則之適用，爰將於貪污治罪條例第三十四條及第四十條之一規定內容，將之規定於刑法總則之中。簡言之，追繳係指以犯人之財產抵繳犯罪所得，追償及追繳則是針對犯罪所得中之不正利益及可以市價計算之已消費犯罪所得之沒收方式。

1100、新刑法第二條第一項揭示法律不溯及既往原則（簡稱：實體從舊原則），刑法第二條第一項但書揭示從新從輕原則，請簡要敘述在實體刑罰及保安處分上兩原則之適用關係，並請回答下兩小題：

（一）、某甲於三月一日偷米一包，三月一日竊盜罪最重處罰七年（簡稱：舊法），經檢察官起訴，法院於九月一日審判，法院發現竊盜罪於五月一日最重處罰已改為三年（簡稱：新法），請問法院應以何法下判決？

（二）、某甲於三月一日開始偷米，接續犯案到八月一日才停止，三月一日竊盜罪最重處罰七年（簡稱：舊法），經檢察官於七月一日起訴，七月一日以後陸續發生之犯罪，檢察官亦依連續犯併案全部移送法院審理，法院於九月一日審判，法院發現竊盜罪於五月一日最重處罰已改為三年（簡稱：新法），請問法院應以何法下判決？

答：

（一）、「甲於三月一日偷米一包之行為，法院應從新法論處」：

1、按刑法第一條明定行為之處罰以行為時法律有明文規定者為限，依此原則可派生出「實體法不溯及既往原則」（以下簡稱：實體從舊原則），同法第二條明定：「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」，此乃法律有變更之『從新從輕原則』，惟舊法時代『從舊原則』畢竟仍屬法無明文，有賴增補，同時舊法第二條條文用語『裁判時之法律』，雖因解為『從新原則』，但『從新從輕原則』，其實實際適用之結果與『從舊從輕原則』相一致，並無不同，不如逕將文字修正為「行為時法律」更符一致，新法第二條特將從舊從輕予以明文。

2承上以言，甲於三月一日偷米一包之行為，其行為時之法律為舊法，舊法為重刑，而法律變更後之新法，法定刑輕，依新法第二條，甲應依新法處斷。

3小結：甲應論以新法處斷。

（二）、「某甲於三月一日開始偷米，接續犯案到八月一日才停止之行為，法院應論以新法」。

1、按刑法第二條係指：「行為後法律有變更者」，條文所指之行為後，應視犯罪類型不同而異

其處理方式，如為接續犯或繼續犯各應依其最後一行為時或行為終了時定其法律適用，法律於行為接續期間縱有變更，乃不真正溯及既往，非法律有變更，係單純實體從舊，根本不新舊法比較之問題。

2、依題示，甲之偷米行為係接續犯，最後一個行為時為八月一日，本即應依八月一日有效法律適用，即較輕之新法。

1111、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昇高之風險，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。

1112、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。

二十二、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。

1113、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『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。

1114、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，早既存有何機殺害對方之意，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，拙意議肯認少數說看法，次者，就既了未遂以言，中止未遂之成立，除己意中止外，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。

1115、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。

1116、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。

1117、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。

1118、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，但可以原諒，因此，罪責生效但免刑或減刑。

『高』期待可能性：這是指規範責任論下，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。

1119、

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，應論以何罪？

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。

1120、

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。

1121、

請說明死刑贊成與反對之理由。

解答：

(一)、死刑廢止說之理由如下：

9 死刑有違人道。

10 刑罰權乃社會契約，契約之目的在於人民犧牲部份自由換取最大利益，但犧牲不能大於生命，否則契約失其存在之正當性。

11 刑事政策應重刑罰之目的並非應報而在感化使再犯率下降，死刑有違此目的。

12 死刑一旦生錯再無挽回之可能。

(二)、死刑存留說之理由如下：

9 從應報角度而言，死刑符合罪刑均衡。

10 從預防角度而言，威嚇效果最大。

11 死刑程序向極為慎重。

12 死刑可收永久隔離社會之必要。

1122、

請說明下列問題：

(一)、刑法規定之文書與有價證券應如何區別？

(二)、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？

解答：

(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。

(二)、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。

1123、

P政黨支持者甲為抗議K政黨黨主席之對中國政策不當，未經合法申請集會遊行，即率群眾乙丙丁等十

幾人至黨部抗議，當場即將與K政黨支持者發生衝突，經轄區中正一分局警察出面維持秩序並發布解散命令，督促兩邊民眾迅速解散請問：

(一)、甲、乙、丙、丁四人於警局下達解散命令第三次時即立刻解散，甲、乙、丙、丁四人是否構成犯罪？

(二)、甲、乙、丙、丁四人於警局下達解散命令第三次時，仍不肯率眾離去，轄區警察因考量群眾甚為擁擠不易散去，為免暴動，未決定立刻逮捕群眾，仍持續下達解散命令第七次，甲、乙、丙、丁四人才開始率眾解散，請問甲、乙、丙、丁四人是否構成犯罪？

解答：

(一)、『刑法聚眾不解散罪其主觀要件應以具有強暴脅迫之意圖及妨害秩序之故意』：意圖之有無，應取決於有無強暴脅迫之具體事實表徵，次就『妨害秩序之故意』而言，行為人須於行為之初，就對公然聚眾而為強暴脅迫之情事有所預見，並對該管公務員已達三次以上解散命令有所認識進而決意不解散，始足該當。

依題示之事實，甲、乙、丙、丁等於聚眾抗議時，將與B政黨群眾發生衝突，故已屬具備強暴脅迫之意圖，惟就『妨害秩序之故意』而言，須具備該管公務員已達三次以上解散命令而仍不願解散之決意。依題示事實，甲乙丙丁四人選擇解散，顯無不解散之決意，職故，甲乙丙丁四人自不具備『妨害秩序之故意』可以斷言，故不成立本罪。

(二)、『刑法聚眾不解散罪為危險犯，本罪之既遂與否，應以該管公務員已下達三次解散命令並另為刑事追訴行為為斷。』：

查本罪為抽象危險犯，就其既遂之要求上，仍須完成一定之行為，該管公務員下達解散命令，僅為誡命義務之下達，該義務須至發生刑事追訴之法律效果，就其不解散之不作為，始生責任可言，此亦係既遂之要求所在，苟其義務之仍持續下達中，雖已逾三次，如尚無發生刑事追訴之法律效果，就其不解散之不作為，尚無發生責任可言，果如此，則本罪自無既遂可言，故本題事實足以顯示，甲乙丙丁四人尚未完成本罪行為之既遂，本法第二十五條第二項明定：「未遂犯之處罰，以法律有特別規定者為限。」，按本罪尚無處罰未遂之明文，故其行為不罰。

1124、某甲酒醉駕車其酒測濃度經現場臨檢呼氣已超過0.55MG/L，甲不服取締大聲辱罵員警之行為是否構成犯罪？

解答：

(一)、「甲喝酒不能安全駕駛行為，可能構成刑法第一八五條之三之酒後駕車罪」：

1、查刑法第一八五條之三明定：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其它相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者。」：

按本罪為抽象危險犯，本於一般預防之目的，立法者經驗法則認為酒醉如已達不能安全駕駛之程度者，其行為具有攻擊不特定人生命與財產之高度危險性，本罪既為『行為犯』，則其犯罪既遂與否僅以『不能安全駕駛行為是否已經完成』為斷，又因非『實害犯』故無庸討論因果關係，本罪亦未設有未遂犯之特別規定，應值注意者係「不能安全駕駛」之判斷標準為何？如係服用酒類其標準為何，此應參酌道路交通規則第一一四條規定，對呼氣與血液之酒精濃度設有不同規定，前者為0.55MG/L、後者為0.11MG/L。果如此，如行為人呼氣酒測值為1.25MG/L則自屬不能安全駕駛，合先敘明。

2、承前以言，本題甲服用酒類，駕駛動力車輛返家，本罪行為業已既遂，其酒測值已逾前述標準，自應解為不能安全駕駛。

3、甲之行為成立刑法第一八五條之三之酒後駕車罪。

(二)、「甲以言詞辱罵員警已構成刑法第一四〇條第一項之侮辱公務員罪。」：

查刑法第一四〇條第一項明定：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱，或對於其它依法執行之職務當場侮辱者。」，前揭條文所指之「當場侮辱」係指於公務員執行職務時貶抑公務員名譽使其難堪已足，並不要求達到不特定多數人均須共見共聞之『公然』程度，簡言之，當場僅有員警一人亦構成之。

依題示之事實，甲不服取締當場辱罵員警，業已符合前開要件，成立本罪。

小結：甲之行為成立刑法第一四〇條第一項之侮辱公務員罪。

(三)、競合：

甲之酒駕行為與侮辱行為，犯意各別，行為數個，法益種類不同，本於禁止評價不足之原則，既為裁判確定前所犯數罪，甲之行為應依刑法第五十條及第五十一條之規定，數罪併罰。

1125、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？

【解答】：

(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。

1126、

解答：

(一)、「甲打斷乙之雙腳行為，可能構成刑法之重傷害罪？」：

查刑法第二十三條但書：「但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」，條文所指『防衛行為過當』係指防衛行為欠缺客觀必要性，簡言之，該具合目的性之防衛手段，亦應同時為最溫和或最後之手段，但不必考量法益權衡與相稱之問題，苟依當時情形，尚有其它手段可以採行時，則該手段即為過當欠缺必要性，例如防衛目的旨在保護財產安全，其防衛手段是否可採用重傷害行為或殺人行為，應究其當時之時空是否該行為或手段具最後手段性，例如被害人在深山中遭劫與在家中被竊，自不能等同以論，最高法院十八年第一三〇〇號判例意旨不得遽解為相反之意旨。次者，防衛過當，雖不得阻卻違法，但就範責任論以言，罪責之成立，應考量期待可能性之問題，防衛過當，依其情節，可分為低度期待可能性與無期待可能性，從而分為減輕罪責之減刑與免刑。

依題示意旨，甲之打斷乙雙腳之行為，就客觀必要性而言，顯非最溫和之手段，故甲之防衛顯屬過當，惟甲家經常被竊，甲之行為屬於低度期待可能性，自應減輕罪責。

小結：甲應成立重傷害罪。

(二)、「甲扭送乙至警局之行為，可能成立刑法強制罪？」：

查刑法第二十一條第一項規定：「依法令之行為不罰」，條文所指之「法令」，包括公法，例如刑事訴訟法，按刑事訴訟法第八十八條第一項規定：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」，此為公法賦予人民逮捕現行犯之權限，果如此自可阻卻妨害自由犯罪之成立。

小結：甲不成立刑法第三〇四條強制罪。

1127、

解答：

查刑法第二一四條使公務員登載不實罪，該罪旨在保護文書實質內容之真實，非形式上之真正，重在證明機能之確保。苟其內容虛偽不實，即與該罪要件相當，再者，本罪該管公務員須無實質審查權，且本罪又為己手犯，正犯重在親手實施既遂。

承題旨，甲乙勾串偽造土地契約，親手完成偽造行為並使公務員為登記，事務所公務員並無實質判斷契約真偽之權限，故本罪由甲乙兩人共同成立刑法第二十四條犯罪自無可疑。

1128、

解答：

(一)、「甲綁乙之行為，可能成立刑法第三〇四條之強制罪？」：

甲之手段與目的均非正當，故自應成立刑法上強制罪。

(二)、「甲綁乙之行為，可能成立刑法第三〇六條之私行拘禁罪？」：

甲之行為剝奪乙之行動自由，自應成立本罪。

(三)、「甲綁乙之行為，可能成立刑法第三二八條之強盜罪？」：

甲之行為具有強暴之強制力行使，至乙不能抗拒而交付財物。

(四)、「甲綁乙之行為，可能成立刑法三四七條之擄人勒贖罪？」

甲之行為具有強暴之強制力行使，其目的旨在勒贖，自成立本罪。

(五)、競合：

甲之綁乙行為，就自由法益而言，就強制罪與私行拘禁罪構成法條競合之補充關係，前者為補充規定，後者為一般規定，應論以一般規定之私行拘禁罪。

並就強盜罪與擄人勒贖罪成立數罪併罰。

1129

某甲以經營鋁門窗為業，向以駕車載窗至各地裝修，某日工作完畢返家途中，因過失撞死行人乙，某甲應成立何罪？

答：

- 1 刑法所稱業務，指以反覆同種類之行為為目的社會活動而言。即為完成主要業務所附隨之準備工作與輔助業務亦包括在內。
- 2 甲駕車載門窗至各地裝修仍屬鑄成騎主要業務之輔助行為，故甲於工作完畢後駕車返家途中，仍應屬執行業務範圍。甲應負刑法第276條第2項業務過失致人於死罪。

1130

甲因收到偽鈔一百元一張，不甘損失，某日持以向售票處購買公車票，售票員將公車票交給甲之後，如察覺該偽鈔，並將甲送警究辦。甲應如何處斷？

答：

甲之行為已將偽鈔置於流通之狀態，且更達到獲得公車票之目的。則甲成立刑法第196條第二項之犯罪。

1131

甲因病住院醫療，於夜間抽煙，煙蒂未熄而睡，致引起火災燒毀醫院，並焚斃住院病人乙，焚傷（輕傷）病人丙。問：甲應如何處斷？

答：

甲之刑責可能成立刑法第173條第2項失火罪，與276條第一項過失致死罪、284條第一項過失致傷罪。以上三罪皆由一行為引起，應從三罪中之最重一罪『過失致死罪』處斷。

1132

甲將自用車停放在乙家門口，乙返家時入門受阻，遂放火燃燒甲之汽車。設乙放火燃燒未致生公共危險。乙應構成何種罪責？

答：

乙將甲車放火燃燒，如已達『效用喪失』乙成立刑法第354條毀損罪。否則仍非犯罪（不罰未遂）。

1133

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？

答：

成立偽造公印罪（刑§218），偽造護照部分同時成立刑法第212條『偽照特種文書罪』及第211條『偽造公文書罪』，惟特種文書係公文書特別規定，故僅成立刑法第212條規定犯罪即可。應依實質競合，刑法218、212二罪併合處罰。

1134

甲係某私人公司送貨員，將所持有公司之貨品私自運往某商店出售，正談價錢，尚未談妥，亦未付價金之際，被查獲。問甲之刑責如何？

答：

刑法第336條『侵佔罪』之要件已為符合，並已達著手。惟因價格尚未談妥，未達即遂階段，又因甲為從事業務之人，故依刑法第336條第3項規定論以『業務侵佔未遂罪』。

1135

乙將竊得之物託甲出售，後因覓無買主，甲遂將贓物送回乙處。甲有無刑責？

答：

甲為乙覓贓物之買主，媒介交易，應於刑法第349條第2項規定『牙保』贓物行為相符，然本條贓物行為不罰未遂，未達即遂之境，是仍無法對甲論罪科刑。同條另處罰『搬運』行為，惟甲因無法交易在將之帶回乙處，需變更贓物處所致原失主不易尋回之立法意旨未合。甲之行為仍不得以『搬運』贓物罪相繩。

1136

甲於某日中午時分，攜帶鋼刀，潛入乙宅行竊得古董花瓶一座。問甲之刑責為何？

答：

甲係中午侵入乙宅行竊，且得花瓶，已屬即遂。攜帶鋼刀部分仍客觀上屬凶器，甲成立刑法第321條第1項加重竊盜罪。

1137

甲在網咖與店主乙發生衝突，回家拿空的保特瓶裝入汽油，並塞入棉條，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，應如何處斷甲之刑責？

答：

甲以保特瓶裝汽油並塞入棉條行為，可能構成加重危險罪（刑§187）。後放火燒毀店前之機車，可能延燒及於店內人身於財物，故應具公共危險罪（刑§175 I）。和毀損罪（刑§354），則應論以想像競合犯或數罪併罰予以處斷。

1138

甲於夜間侵入友人乙住宅，未經乙同意竊取之電玩主機Wii。對甲應如何論罪？

答：

- 1 侵入住宅部分，因甲無正當理由，復未得乙同意而進入乙之住宅，應成立刑法第306條規定之侵入住宅罪。
- 2 夜間竊盜部分，甲於夜間侵入乙住宅竊之電玩主機，同時成立刑法第320條第1項普通竊盜罪與第321條第1項第1款加重竊盜罪。惟此二罪屬法律競合中之特別關係，僅論加重竊盜罪即為已足。

1139

某甲並未犯殺人罪，為求自保，遂編造明知不實之事實，誣指某乙為殺人犯。某甲之行為是否成立犯罪？

答：

為求自保而誣指他人不實之事實，具『使他人受刑事處分』之目的而誣指犯罪，使足成罪。誣告罪（刑§169）保護之法益即在國家司法之公正客觀，而行為人甲所誣指以犯罪事實亦足以侵害此法益。所以甲的行為具罪責。

1140

乙女自背後衝向前去搶扯逛街甲女之皮包，使甲失去重心跌趴在地上無力抗拒。接著，乙將皮包搶走。本案如何論處？

答：客觀不法上，乙在搶扯皮包使甲中跌而無力抗拒時，取走皮包，是強暴使人不能抗拒而取他人之物。主觀不法上乙對此事實有認識，且有不法所有意圖。故乙成立強盜取財罪（刑§328 I）。

1141

某甲汽車被拖吊至違規拖吊保管場內。某甲心有不甘，於夜間潛入保管場未辦理手續即迅速駕車離去。隔日某甲向保管場要求領車，發現車輛不在，某甲開口要求賠償責任。保管場不允而報警處理，經調查後發現乃某甲自導自演。試問某甲行為是否成立竊盜罪與詐欺罪？

答：

- 1 普通竊盜罪（刑§320 I）客觀上甲所駕之車，所有權歸屬於甲，故非他人動產，不成立本罪。普通竊盜未遂罪（刑§320 III）由於甲認識該所有權歸屬於己，故對竊取他人動產之事實欠缺預見，無竊盜故意，不成立本罪。
- 2 甲向保管場要求損害賠償，傳達車輛遺失出於保管疏失所致之訊息，而賠償金致使財產總額減損，甲具不法得利之意圖。成立詐欺罪（刑§339）。

1142

甲因積欠鉅額卡債，乃暗中將含有劇毒之物質，注入大賣場貨架上由某廠商生產之飲料中，並打電話向該廠商勒索鉅款，未久顧客甲購買該飲料喝完後，毒發斃命。甲應成立何種罪責？

答：

- 1 注入有毒物質于大賣場公開陳列、販售之飲食物品，主觀上具有毒化飲食物品故

意，無阻卻違法與罪責事由，成立毒化飲食物品罪（刑§191 I）。

2 甲對於任何飲用此劇毒飲料會死亡，應有預見，儘管目的在取財，然亦願接受死亡附帶後果。無阻卻理由，成立殺人即遂罪（刑§271 I）。

3 主觀上甲具不法得利意圖及恐嚇行為，成立恐嚇取財罪（刑§346 I）。甲犯毒化飲食罪、殺人罪，係行為單數想像競合，另與恐嚇罪成立牽連犯。

1143

甲男係泊車員工，利用職務之便複製顧客乙男名貴跑車鑰匙，趁乙男出國之際，帶欲購買二手跑車丙男前往停放處，且對丙男云自己投資失利，欲以低價出售，丙男見車況與價格相當，遂同意購買，二人交互價金、鑰匙後，丙男駕車離開，試論甲男之罪責？

答：

1 普通竊盜罪（刑§320 I）。甲因複製乙車鑰匙而取得持有，破壞乙之持有權，竊取他人動產。甲對事實有認識具竊盜故意，無阻卻理由，成立本罪。

2 詐欺取財罪（刑§339 I）。甲冒充所有人權人，是就交易重要之點所實施之詐術，主觀上甲具不法得利及詐欺取財故意，無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。普通竊盜罪及詐欺取財罪成立想像競合。

1144

甲男、乙女、丙女共同飲酒作樂。於丙女友幾分醉意時，甲男借酒意而欲與丙女發生性關係，丙女卻不願意與甲發生性關係，甲則強行壓制丙，並由乙女幫忙壓住丙的腳，讓甲得逞。試問：甲、乙之行為應如何處斷？

答：

甲、乙壓制丙為性交，可能構成強制性交罪正犯及幫助犯（刑§221）。甲之行為係以強暴手段違背丙之意願而為性交行為，成立本罪。而乙女雖為女性，但主體資格並無限制，係構成要件之外行為，乙成立強制性交罪之幫助犯。然而丙女處於微醉的狀態，屬於身心障礙之人，因此甲對身心障礙之人強制性交，成立加重強制性交罪。乙則成立加重強制性交罪之幫助犯（刑§222）。

1145

甲計畫殺害乙多時，在乙回家途中，順利將乙殺害。甲構成何罪？

答：

甲之行為導致乙死亡結果出現，有因果關係及客觀可歸責性，甲主觀上也認識到所有符合構成要件之事實，具備故意無阻卻理由成立刑法第271條第1項殺人罪。

1146

甲為公司會計，至銀行領取公司存款五十萬元後，據為己有，然後至警察局謊報被約高瘦男子搶奪。甲之行為應成立何種罪責？

答：

- 1 甲受公司委託取款，而據為己有，乃意圖為自己不法之所有，而對於業務上所持有之物易為所有，構成刑法第336條第2項之業務侵佔罪。
- 2 甲謊報被一名高瘦男子搶奪，甲虛構被搶事實，並無意圖他人受刑事處分之故意，但甲之行為仍會造成該管公務員無益搜查，構成刑法第171條之未指定人犯誣告罪。兩罪之間有牽連關係依較重之業務侵佔罪論處。

1147

有婦之夫甲和誘16歲以上未滿20歲之女子乙脫離家庭後與之姦淫，該被誘之女子乙是否構成相姦罪？

答：

- 1 按刑法第240條第1項之和誘罪係在保護家庭間之圓滿關係，及家長或其他有監督權人之監督權，故被和誘之人尚非本罪之直接被害人。
- 2 且所謂和誘，不但行為人需有引誘行為，即被誘人亦必有幾分自主之意思，故被誘之女子乙與甲相姦時，如確已知悉甲為有婦之夫，則其行為，自仍應成立相姦罪。

1148

甲、乙明知二人間沒有買賣土地的事實，二人卻串謀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。甲、乙二人之刑責如何？

答：

依提示情形，甲、乙二人間並無真正之買賣債權存在，竟虛偽成立買賣契約，並以此不實之事項向地政機關申請登記，足生損害於地政機關對地政資料管理之正確及公信，自應構成刑法第214條之使公務員登載不實罪。

1149

甲誘騙十八歲已婚女子與自己同居，不久乙欲離開甲，甲卻對乙施以凌虐，迫使乙繼續與其同居性交。試問甲之行為應如何處置？

答：

- 1 誘騙部分：甲在主觀上具有使乙女與其性交的意圖，故該當於刑法第240條第3項的加重和誘罪。與已婚乙性交部分，甲為相姦者，故構成刑法第239條後段的相姦罪。
- 2 凌虐迫使同居部分：甲對乙施以凌虐，一般凌虐均有成傷事實，甲應成立傷害罪（刑§277 I）。致乙不得不繼續同居，已違反乙行動自由，甲成立妨害自由罪（刑§302）。
- 3 甲以凌虐手段迫使乙與自己性交，違反乙意願：甲成立『連續』強制性交罪（刑§221 I）。

故甲構成加重和誘罪、相姦罪、傷害罪、妨害自由罪與強制性交罪。

1050、. 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：

(1) 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。

(2) 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。

1051、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:

(1) 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。

(2) 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。

1052、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:

(1) 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，遑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。

1053、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:

(1) 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。

1054、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。

1055、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。

1056、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。

1057、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：

(1) 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。d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，甲之行為為無其他阻卻違法事由，其行為具有違法性。

e3. 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。

(2) 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：

c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。

d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。

1058、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：

c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。

d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。

e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。

f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。

1059、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。

d (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。

1060、依現行刑法第二十八條規定：「二人以上共同實施犯罪行為者，皆為正犯。」

九十五年七月一日後將「實施」改為「實行」，此二者有何區別？試就學說、實務以及其所依據之理論說明共同正犯之範圍。

擬答：

(一) 共同正犯之成立要件學說及實務咸認有客觀要件之行為分擔及主觀要件之犯意聯絡，其中有關客觀要件在法條上之文字為「實施」，實施之意義是否等同於實行，學說及實務容有爭論：

甲說：實施等於實行所謂實施，即實行犯罪構成要素之行為已達於著手之程度。依此，則著手前之階段(如陰謀與預備)自不能成立共同正犯。

乙說：實施不等於實行刑法第二十八條所謂實施，係指犯罪事實之結果直接由其所發生，別乎教唆或幫助者而言，即未著手實行前犯陰謀預備等罪，如有共同實施情形，亦應適用該條處斷。至實行在現行刑法上乃專就犯罪行為之階段而言，用以別乎陰謀預備著手各階段之術語(31 院2404 判例參照)。依此，則實施係指「可罰之犯行行為整體」，除實行共同正犯外，還有預備共同正犯。

通說及實務見解採取乙說，亦即實施不等於實行；然而，九十五年一月七日之修法基於：(1)預備犯、陰謀犯因欠缺行為之定型性，參之現行法對於犯罪行為之處罰，係以處罰既遂犯為原則，處罰未遂犯為例外，處罰預備、陰謀更為例外中之例外，學說對於預備共同正犯多持反對之立場，尤其對於陰謀共同正犯處罰，更有淪於為處罰意思、思想之虞。(2)倘承認預備、陰謀共同正犯之概念，則數人雖於陰謀階段互有謀議之行為，惟其中一人或數人於預備或著手階段前，即已脫離，並對於犯罪之結果未提供助力者，即便只有陰謀行為，即須對於最終之犯罪行為，負共同正犯之刑責，如又無中止未遂之適用，實有悖於平等原則，且與一般國民感情有違之理由，將第二十八條共同正犯之條文用語從「實施」改成「實行」，無疑宣告對上開爭論採取甲說，亦即實施等於實行之見解。

(二)依多數說及實務見解，則共同正犯之範圍為何，茲分述於次：

倘依通說及實務所採實施不等於實行之見解，則實施係指「可罰之犯行行為整體」，故不論是故意犯罪行為流程(動機、決議、陰謀、預備、著手實行、完成行為、發生結果)之任何階段原則上皆肯認得成立共同正犯。

惟學說上有認為基於犯罪支配之觀點，行為人在預備階段所參與的行為，對於其

後犯罪結果的發生係屬必要者，則行為人於預備時之犯罪支配亦持續於著手實行後之行為階段，因此刑法評價應兼顧其在犯罪預備階段之重要貢獻，絕不可機械地強分預備與著手兩階段，而忽略實際上彼此協力互助之過程。然而，卻不能如實務見解般，將「實施」之含意擴大到陰謀階段。因為單純地參與謀議與所謂之犯意聯絡無法區別，不應認為只要行為人與他人具有共同之犯罪決意，即可認定客觀上已經具有行為分擔。故參與陰謀階段之行為人並不能夠成立共同正犯，只能按照具體情況成立教唆或幫助犯，併此敘明。

1061、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：

(一)乙將甲綁到台北近郊陽明山上要求甲立即還錢之行為可能構成刑法(下同)第三四七條第一項之擄人勒贖罪：

擄人勒贖罪依多數學說見解以有「三面關係」存在為成立要件，所謂「三面關係」指「受拘束自由之人」與「受勒贖之對象」係不同人，亦即本罪為雙重被害人之犯罪。本例中，甲限制自由之對象，與要求金錢交付之對象均為甲，欠缺擄人勒贖罪所要的三面關係，故不成立本罪。

(二)乙將甲綁到台北近郊陽明山上要求甲立即還錢之行為可能構成第三二八條第一項之強盜罪：

1. 本罪之成立以行為人施用強暴脅迫至使相對人不能抗拒而為財產之處分為成立要件。本例中，乙將甲綁到山上，係對甲為身體有形力行使之強暴手段，並要求甲立即還錢，否則不讓甲下山，屬加害告知之脅迫，而其程度可認已達使被害人不能抗拒的程度，客觀要件該當。

2. 乙主觀上對於符合強盜罪要件之事實有認識並有意使其發生，具備本罪之故意，惟本罪之主觀要件上須行為人有不法所有意圖之特殊主觀不法要素，所謂不法意圖係指行為人認知其所有意圖欠缺法律上之正當權源。本案中乙對甲有一百萬元之債權，故乙主觀上係認為具有正當權源，因此應認乙欠缺不法意圖，主觀構成要件不該當，故不成立強盜罪。

(三)乙將甲綁到台北近郊陽明山上要求甲立即還錢之行為可能構成第三〇二條第一項之妨害行動自由罪：

乙以強暴脅迫方式將甲綁到陽明山上，限制甲之行動自由，且乙主觀上對於符合妨害行動自由罪要件之事實有認識並有意使其發生，具備本罪之故意。又，乙並無任何阻卻違法事由及阻卻罪責事由，故乙成立本罪。

(四)結論：

乙成立第三〇二條第一項之妨害行動自由罪。

1062、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。(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。

擬答：

(一)甲、乙、丙、丁四人在解散命令三次後自行解散可能成立刑法(下同)第一四九條之公然聚眾不遵令不解散罪：

本罪以受該管公務員三次以上的解散命令而仍不解散為成立要件。本例中，甲、乙、丙、丁四人於解散命令第三次後，已解散離去現場，不符合本罪之「不解散」之構成要件，故不成立本罪。

(二)甲、乙、丙、丁四人在解散命令六次後自行解散可能成立第一四九條公然聚眾不遵令不解散罪：

1. 甲、乙、丙、丁四人客觀上是否符合本罪之客觀構成要件，學說有不同見解，申論如下：

否定說：

- c 本罪成立與否之要點，在於解散與不解散，「三次以上」僅屬最低次數之限制，最多達若干次則無規定。故該管公務員若連發五次解散命令，而於受第四次、五次解散命令而終於解散，則不應成立犯罪。
- d 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。

肯定說：

若已受解散命令三次而不解散，即應成立本罪，縱命受更多次以上之命令終告解散，對於已成立之本罪亦不應生任何影響。否則，已受命令三次不解散既已成罪。

- d 2. 「以上」之意，不僅與刑法之明確性相矛盾，且使犯罪之成否全操於該管公務員之手，而非依法律認定，亦與罪刑法定原則相背。

上述二說皆言之成理，通說及實務採取否定說。個人以為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，是以否定說為可採。

(三)結論：

倘採否定說，則甲、乙、丙、丁四人在解散命令六次後自行解散，不成立刑法第一四九條聚眾不解散罪。

1063、台灣仲介業者甲為牟利，以兩萬元人頭費給付公務員退休的中年男子乙，招募乙到福建與當地女子丙佯行結婚。回台後，甲持乙所交付相關文件代向戶政事務所辦好乙之結婚登記後，再為丙以依親名義辦理手續進入台灣。丙到台灣後未與乙見過面，直接在工廠打工。問：甲乙二人在刑法上之責任如何？

擬答

(一)乙所交付相關文件向戶政事務辦理結婚登記之行為可能構成刑法(下同)第

二一四條之使公務員登載不實罪：

1. 本罪以明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人為成立要件。本例中，乙與丙並未有結婚之事實，係屬不實之事項，甲明知卻使不知情之公務員登載該等不實事項於戶籍資料上，客觀構成要件該當。又，縱依實務見解認為：刑法第二百十四條所謂使公務員登載不實事項於公文書罪，須一經他人聲明或申報，公務員即有登載之義務，並依其所為之聲明或申報予以登載，而其登載之內容又屬不實之事項，始足構成。若其所為聲明或申報，公務員尚須為實質之審查以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，即非本罪所稱之使公務員登載不實，自無成立刑法第二百十四條罪責之可能。因戶政

機關人員對於民眾申報結婚之事實並無實質審查之權限與義務，是亦不影響本罪客觀構成要件之該當。

(二)甲主觀上所認識或想像之事實能實現所有使公務員登載不實罪之構成要件要素，並有意使其發生，有故意(第十三條第一項)，具備使公務員登載不實罪之主觀構成要件該當性。

(三)甲並無任何阻卻違法事由及阻卻罪責事由，故甲成立本罪。

(四)甲為乙辦理依親手續之行為可能構成第二一四條之使公務員登載不實罪：

本罪以明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人為成立要件。而公務員所登載之文書性質如何使符合本罪之要件，學說實務容有爭論：

c 甲說：學說認為，若只是公務員內部作業的文件，該等文件不對外公示，由於不影響公文書之公示性，不成立本罪。

d 乙說：若依實務之見解，在公務員不具實質審查權之情況下而逕依當事人所提供文書登記，即可成立本罪。

上述二說皆言之成理，通說採取甲說，個人以為本罪所保護之法益乃公共信用，倘文件之內容不對外公示，應不致影響公文書之公示性，是應以甲說為可採。

(五)甲主觀上所認識或想像之事實能實現所有使公務員登載不實罪之構成要件要素，並有意使其發生，有故意(第十三條第一項)，具備使公務員登載不實罪之主觀構成要件該當性。

此外，甲並無任何阻卻違法事由及阻卻罪責事由，故甲成立本罪。

乙提供相關文件讓甲代向戶政事務所辦理結婚登記之行為可能構成使公務員登載不實罪之共同正犯(第二一四條、第二十八條)、乙對於甲將依其供之文件辦理戶籍登記亦具有認識，且為文件之提供，可認為與甲具有共同行為決意與行為分擔，故乙與甲成立使公務員登載不實罪之共同正犯。乙並無任何阻卻違法事由及阻卻罪責事由，故乙成立本罪。

(六)結論：

甲持乙所交付相關文件代向戶政事務所辦好乙之結婚登記，甲與乙成立使構成使公務員登載不實罪之共同正犯；另，甲辦理依親手續時再次成立使公務員登載不實罪，則甲前後兩次行為若在概括犯意之下，應依第五十六條論以連續犯(修法後連續犯已刪除，故依數罪併罰處理之)。

1064、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？

擬答

(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：

c (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)：

c (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。

1065、甲男強奪乙女財物後，為丙男逮獲。試問：

(一)丙男(倘其身分為一般民眾)受甲男苦苦哀求後，釋放了甲男。丙男有無刑責？

(二)丙男(倘其身分為警察)受甲男苦苦哀求後，釋放了甲男。丙男有無刑責？

擬答

(一)丙不成立犯罪。

1. 丙釋放甲之行為可能成立刑法(下同)第一六二條第一項之縱放人犯罪：

縱放人犯罪以縱放依法逮捕拘禁之人或便利其脫逃為成立要件。本例中，甲係於搶奪財物乙女財物之際為丙依照刑事訴訟法第八十八條之規定以現行犯加以逮捕，惟現行犯是否為本條所稱「依法逮捕拘禁之人」學說上容有爭論：

c (1)否定說：脫逃罪既以行為人現受公力拘束為前提要件，則無偵查犯罪權限之人依刑事訴訟法之規定逮捕通緝犯或現行犯時，在未送交有權逮捕拘禁之機關以前，即尚未置諸公力拘束之束之下，縱有脫逃行為尚難構成脫逃罪責。

(2)肯定說：

I 依刑事訴訟法第八七條第二項、第八八條第一項之規定，得對通緝犯與現行犯予逮捕，雖同法規定逮捕後應即送檢警，但此乃逮捕後之處理問題，不能否定其為依法逮捕之人，否則逮捕之人豈非應負妨害自由之罪責。

II 且依刑訴法第九十條規定，得用強制力拘捕之，故該逮捕行為應同屬基於國家權力之行使，自不因其具有公務員身份或基於國家賦予行使同一權力之普通人民而異其效果。

上開二說皆言之成理，通說及實務採取否定說。個人以為因本罪係保護國家公權力

之行使，故本條所稱之依法逮捕拘禁之人必須遭受合法的逮捕或拘禁，且其身體已在公力拘束力或監督之下而逃脫，始可能侵害國家之公權力。因此，無偵查權限之民眾依法所逮捕之現行犯，在送交有偵查權限之公務員置於國家公力監督之前，並非本罪之規範對象，故以否定說為可採。

2. 綜上，甲男係尚未交由國家公權力拘束之現行犯，並非本罪所稱之依法逮捕之人，丙將其釋放，不符合本罪之構成要件，丙不成立本罪。

3. 結論：丙不成立刑法第一六二條第一項縱放人犯罪，且並無該當其他構成要件，故丙不成立犯罪。

(二) 警員丙釋放甲之行為可能構成第一六三條第一項公務員縱放人犯罪。

1. 警員丙釋放甲之行為可能構成第一六三條第一項公務員縱放人犯罪：

(1) 本罪以公務員縱放職務上依法逮捕之人或便利其脫逃為成立要件，本例中，丙係警員，為刑法第十條第二項第一款之公務員，又丙依法將犯罪人甲逮捕，甲係本條之公務員職務上依法逮捕之人，而丙將甲釋放，客觀構成要件該當。主觀上，丙對於符合本罪之構成要件要素有認識並有意使其發生，有知與欲，具備本罪之故意，主觀構成要件該當，甲之行為具備本罪之構成要件該當性。

(2) 丙並無任何阻卻違法事由，具備違法性，甲並無任何阻卻罪責事由，具備罪責。

(3) 綜上，丙成立本罪。

2. 警員丙釋放田之行為可能構成第一六二條第一項之縱放人犯罪：

(1) 縱放人犯罪以縱放依法逮捕拘禁之人或便利其脫逃為成立要件。

本例中，甲係於搶奪財務乙女財物之際為丙依法逮捕而置於國家公權力拘束之下，客觀構成要件該當，又丙主觀上所認識或想像之事實能實現所有使公務員登載不實罪之構成要件要素，並有意使其發生，有故意(第十三條第一項)具備縱放人犯罪之主觀構成要件該當性。

(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。

3. 競合：

丙將甲釋放之行為實現第一六二條第一項之縱放人犯罪及第一六三條第一項公務員縱放人犯罪，而上開兩罪保護法益同一，而第一六三條第一項包含第一六二條第一項之所有構成要件，故兩罪應依法條競合之特別關係，僅論以第一六三條第一項之公務員縱放人犯罪即足以評價丙所有不法及罪責內涵。

4. 結論：丙成立第一六三條第一項之公務員縱放人犯罪。

1066、某甲平日經營車行，因故結識前來車行招攬保險之女保險員A。某日甲以購買保險為由欺騙A女前來車行，待A女一到便迷昏A女，並搜刮其財物，其間，甲車行內之員工乙見A女頗有姿色，更對昏迷之A女進行性侵害，甲則在一旁觀看。事後甲乙害怕東窗事發，遂由甲壓住A女手腳，由乙以童軍繩將A女勒斃。甲見A女已無呼吸誤以為A女已死亡（實際上A女僅是重度昏迷，尚未死亡），遂拿菜刀肢解其屍體，更將肢解後之屍體煮熟做為食物，與乙一同吃下。嗣後，乙為製造不在場證明，乃央求其女友丙於檢察官調查時供稱案發時乙並不在現場，而係與自己在一起。試問：某甲與某乙刑事責任如何？（

擬答：

### 一、某甲之罪責

（一）某甲以迷昏A女，並搜刮其財物之行為，可能構成強盜取財罪

（刑法第三二八條第一項）

1、客觀不法上，某甲以童軍繩勒昏A女，係以強暴手段使其達不能抗拒之程度，而取走其財物，該當強盜取財罪之客觀不法。主觀上具備故意，並無其他阻卻違法事由存在，具備責任，某甲構成本罪。

（二）某甲放任某乙對A女為性交行為，可能構成不作為幫助強制性交罪（刑法第三十條、二二一條第一項）

1、客觀上，某甲放任某乙對A女為性交行為，而不加以阻止，是否為一幫助行為？按，幫助行為可區分為物理上之幫助以及精神幫助，前者的概念較容易理解，亦即就是在不足以成立正犯的前提下，提供一切令正犯更易達於侵害結果之行為。而精神幫助之範圍則較不易確定，問題在於如果僅是在旁觀看或保持沈默，是否也算是給予正犯心理上之助力？如果擴大精神幫助的範圍，則一般不具有保證人地位之不作為，都可能會被評價為幫助行為，而有擴大處罰範圍之虞。

2、因此，本文認為在不作為精神幫助的情況下，仍然必須要具備不作為犯所要求的保證人地位才可被評價為不作為幫助。本案中，某甲放任某乙對A女為性交行為，而不加以阻止，可能加強某乙之犯罪決意，而可認為係一精神幫助行為。惟某甲係以不作為之方式為幫助，欲成立犯罪，仍以其具備保證人地位為前提。而在保證人地位之判斷上，由於其先前迷昏A女之行為係製造一法所不容許之風險，而使某乙得以利用其所製造之情境而實現構成要件，為一危險前行為，因此甲具備保證人地位，該當不作為幫

助強制性交罪。

(三) 某甲壓住A女手腳行為，可能構成共同殺人未遂罪(刑法第二十八條、第二七一條第二項)

1、主觀上，甲具備殺害A女之故意。客觀上，雖甲僅為壓住A女手腳之行為，而非實行勒斃行為，但依照犯罪支配理論，行為人間主觀上具備犯意聯絡，客觀上有共同行為分擔，即可成立共同正犯。因此，某甲出於與乙共同殺人之決意而實施部分客觀行為，成立殺人未遂罪之共同正犯。

(四) 某甲肢解屍體之行為，可能構成過失致死罪(刑法第二七六條第一項)

1、A女之死亡結果並非遭童軍繩勒頸所造成，而係因某甲肢解其屍體才導致死亡，因此客觀上某甲肢解屍體之行為與A女之死亡結果具備條件因果關係及客觀歸責。

2、主觀不法之檢驗上，由於某甲在肢解屍體時的主觀認知係A女已經死亡，亦即其所認識的對象並非「人」，因此無論如何在肢解屍體之時，對於侵害他人生命並無故意。然而，如果甲在肢解屍體時，對於屍體之狀況有稍加注意(例如：測試心跳)，應可發現A女尚未死亡，因此某甲具備過失，其肢解行為構成過失致死罪。

3、惟，某甲以為其先前之勒斃行為已達殺人結果，才又進行肢解行為，孰知A女係因其後行為才導致死亡，此即為學說上所稱之「因果歷程錯誤」，而目前學說上對於因果歷程錯誤的處理有三，第一種為「概括故意說」，係將其前後行為視為一個單一行為過程，認為前後兩行為係出於一概括故意，因此既然某甲想要殺死A女，最後也達成目的，便只論以一個殺人既遂罪。第二種看法則是類似客觀歸責中對於反常因果歷程的處理，亦即雖行為人的前行為製造了一個法所不容許之風險，但仍須視其風險產生至結果實現間之因果歷程是否偏離重大到足以阻斷前行為之故意(是否在一般生活經驗所能預見之範圍內)，若偏離不重大，則直接論以一個既遂犯罪，反之，則論以未遂犯。第三種看法則為競合說，其區分前後兩個行為分別判斷，理由是前後二行為之主觀認知確有不同，客觀上亦係兩獨立行為，因此應分別討論，再進行競合。

4、本文認為，概括故意說忽略了行為人在前後兩行為的心理上認知，而通說以偏離是否重大作為判斷標準，則有流於恣意判斷之虞(想讓行為人成立未遂就認為偏離重

大，反之則認為偏離不重大)，且本案中，甲係在殺害A女之後，才又另行起意毀損屍體，前後行為確係出於不同決意，應當分別評價，因此以第三種說法為宜，甲先前之殺人行為應與後來之毀損屍體行為分別視之，前者成立殺人未遂(前述三之部分)，後者成立過失致死。

(五) 某甲肢解屍體之行為，可能構成毀損屍體未遂罪(刑法第二四七條第一項、第三項)

1、主觀上某甲係出於毀損屍體之故意而為肢解行為，然客觀上A女當時僅係重度昏迷而非死亡，因此不符合毀損屍體之「屍體」要件，僅能論以未遂。

2、惟，本案是否該當「不能未遂」按，依照林山田老師的看法，不能未遂係指客觀上根本不能達到既遂狀態，而有主體不能、客體不能及手段不能三種態樣，因此本案之情況該當於「客體不能」之情形，而屬不能未遂。而黃榮堅老師、林東茂老師則係以行為人主觀是否出於重大無知作為判斷標準。

3、本題認為，既然通說對於未遂犯的處罰基礎採取「印象理論」，則除了行為人表露出其主觀犯意的客觀行為外，還必須足以動搖社會對於法秩序的信賴。因此，不能未遂之所以仍被規定為一犯罪行為，僅是不罰，理由便在於該行為並未侵害社會對於法秩序之信賴，但該客觀行為仍顯露出其主觀犯意(想殺人之犯意)，只是處罰必要性相對於其他犯罪較低，所以雖規定為犯罪，但不罰。因此在理論的選擇上以後說為宜。本題中，某甲並非出於重大無知，應成立普通未遂。

## 二、某乙之罪責

(一) 某乙對A女為性交行為，可能構成乘機性交罪(刑法第二二五條第一項)

1、實務見解認為，由於A女不能抗拒之情況並非由乙所造成，乙僅是利用甲勒昏A女之際，才對A女為性交行為，因此某乙應成立乘機性交罪。不過黃榮堅老師認為，某乙係利用甲之行為實現強制性交之要件，亦即，雖某乙並未自己為強暴脅迫等行為，但犯罪本來就是利用一切既有的情境而實現構成要件，而從法益保護的角度言，強制性交罪就是處罰一切非出於自由意願下之性交行為，雖使其不能抗拒與為性交行為之人不同，但對被害人而言，都是侵害了其性自主權。因此，依照黃老師之意見，某乙構成強制性交罪，而非乘機性交罪

(二) 某乙對A女為性交行為，可能構成加重強制性交罪(刑法第二二二條第一項)

1、兩人以上共同犯強制性交罪，成立加重強制性交罪。對於本條之解釋，學說上傾向認為必須兩行為人都有為性交行為才屬之(亦即輪姦行為)。而實務上則是偏向以共同正犯架構解釋之，不要求各行為人均實現性交行為。

2、不過本案中，僅有某乙為性交行為，不符學說見解，且某甲僅成立幫助犯，而非共同正犯，亦不符實務見解，因此結論是不構成本罪。

(三) 某乙勒斃A女之行為，可能構成共同殺人未遂罪(刑法第二十八條、第二七一條第二項)

1、某乙係與某甲共同謀議殺害行為，並有共同行為分擔，成立刑法第二十八條之共同正犯。而A女係死於甲之肢解行為，此部分並不在於雙方共同謀議之範圍，因此某乙不必為此部分負責。

四) 某乙食用屍體之行為，可能構成毀損屍體罪(刑法第二四七條第一項)

1、某乙食用屍體，客觀上係毀損屍體，惟屍體之完整性已在某甲肢解屍體時便已遭到破壞，是否可以再度破壞該法益？按，毀損屍體罪之保護法益乃在於尊敬死者之社會善良風俗，係一抽象之法益，因此雖然屍體在肢解時已遭到破壞，但食用屍體仍是一再度侵害社會善良風俗之行為，因此某乙成立本罪。

(五) 某乙教唆丙說謊之行為，可能構成教唆偽證罪(刑法第二十九條第一項、第一六八條)

1、偽證罪以證人於檢察官偵查時，對於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者為要件。因此某丙在檢察官偵查時謊稱案發當時某乙與自己在一起，係對於案件有重要關係之事項為偽證，某丙該當本罪

2、惟為保護被告，不使被告陷於三難之境界：說謊被處以偽證罪，誠實則遭受追訴，沈默則處以罰款。被告本人於偵查當中為不實供述，並不構成偽證罪。而其也係出於期待可能性之思考，難以期待被告在關於自己的案件當中，會為不利於己之陳述。因此，如果被告教唆他人為偽證，基於同樣的思考，也不會構成教唆偽證罪。

### 三、結論

1、某甲構成強盜取財罪、不作為幫助強制性交罪、共同殺人未遂罪、過失致死罪、毀損屍體未遂罪，當中，過失致死罪與毀損屍體未遂罪為一行為侵害數法益，成立想像競合從一重，再與其他罪名為數罪併罰。

2、某乙構成強制性交罪、共同殺人未遂罪、毀損屍體罪，為數行為侵害數法益，應為數罪併罰。

1067、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：

(一)至辦公大樓行竊事實

1. 甲、丙刑責

(1)可能構成共同侵入住居罪 (§§306 I, 28)：

甲、丙於星期日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。

(2)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。

(3)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。

2. 乙刑責

(1)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。

(2)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。

(3)可能構成共同加重竊盜罪 (§§321 I (一)、(二)、(三)、(四), 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。

(二)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 (二)、(三)、(四), 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。

1068、男女因缺錢購買毒品吸食，某日於某建築工地旁持刀向路人乙男強取財物，然因乙男反擊將甲女所持之刀奪取，甲女遂拿起該工地旁之木棍欲再攻擊，乙男不得已之下持刀與甲女對峙。此際，甲女之男友丙男經過該處，誤以為甲女受到乙男持刀攻擊，亦拿起該工地旁之木棍擊往乙男持刀之手臂，除使刀掉落地上外，乙男手臂亦受傷。試問丙男應負何刑責？

擬答：

(一)就構成要件該當性而言，路人可能成立刑法第277 條第1 項故意傷害罪。按，傷害罪之成立，係以妨礙他人生理機能或破壞身體之完整性為要件，丙所為既使乙男的手臂受傷，其行為與乙之傷害結果間自具有因果關係及客觀可歸責性；同時，丙對其行為將對他人構成傷害有所認識，復決意實行傷害行為，自可認為具備傷害故意（刑法第13 條第1 項參照），甲之行為因此具有本罪之構成要件該當性。

(二)就違法性而言，丙所為可能得以主張正當防衛，檢驗如下：

按，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。」學說對於正當防衛之成立，多認為必須客觀上存在「現在不法侵害」之防衛情狀，在行為人主觀上具備防衛意思下，實行適當必要的防衛行為；題示情形，丙誤以為甲女正遭受攻擊，仍然具備「防衛意思」，惟既誤認存在防衛情狀，可認為欠缺上述客觀要件，此種情形，學說稱為「誤想正當防衛」，其行為不能阻卻違法。

(三)就罪責而言，丙係在誤解其所為屬於合法的正當防衛行為下，實行傷害行；此種情形，早期學說認為屬於「欠缺不法意識」的禁止錯誤，而曾有過「限制故意說」、「嚴格故意說」、「嚴格罪責說」等主張，甚至有所謂「限制罪責說」認為可以類推適用構成要件錯誤的方式，阻卻故意。

(四)新近學說則認為，案例事實應屬於對「阻卻違法前提事實的誤認」所產生的「容許構成要件錯誤」，既不應依禁止錯誤（刑法第16條參照）亦不應類推適用構成要件錯誤，以決定其法律效果。依目前學界多數見解，行為人固具備傷害罪的構成要件故意，卻因欠缺法敵對意志與朝向犯罪的目的性，而欠缺故意責任。要之，採取「限制法律效果責任說」，僅須背負過失傷害罪責。（29上509判決結論相同）

(五)亦有其他少數說如「負面構成要件要素理論」，認為題示情形之行為人根本欠缺「不法構成要件故意」，結論則與限制法律效果責任說相同，原則上亦成立過失犯罪，併予說明。

(六)結論：丙所為屬於「容許構成要件錯誤」，不能主張正當防衛，阻卻違法；但僅需背負過失傷害罪（刑法第276條第1項）之責任。

1069、甲、乙二人與年僅13歲之丙共商議至A宅行竊，並由甲、乙二人進入A宅行竊，丙在外把風，經竊得珠寶一批後央請丁代為銷贓。惟丁取得贓款後卻將其據為已有花費殆盡，不肯返還。試論甲、乙、丙、丁四人之罪責？

擬答：

(一)甲、乙二人進入A宅行竊的行為，應分別成立共同侵入住宅罪與共同普通竊盜罪（刑法第306條第1項、刑法第320條第1項、刑法第28條）

1. 甲、乙進入A宅的行為，未得居住權人之同意，亦無正當理由，可認為係「無故」的侵入住宅行為；復依題示，其後更竊得珠寶一批，竊盜之行為應已既遂。

2. 甲、乙對於其侵入A宅竊盜的事實亦有認識並決意為之，同時對於犯罪的實現不僅具

有行為支配，主觀上亦係基於正犯的意思參與犯罪，基於共同的侵入住宅竊盜之行為決意而分擔行為之實行，不論依實務（25 上2253 判例參照）或犯罪支配理論之功能支配觀點，均應成立上述二罪之共同正犯。

3. 別無其他阻卻違法與罪責事由。

(二)丙在外把風接應的行為，可能成立侵入住宅罪與普通竊盜罪之共同正犯（刑法第306 條第1 項、刑法第320 條第1 項、刑法第28 條）

1. 依25 年上字第2253 號判例：「凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯。……」在場把風，固非實施侵入住宅或竊盜等行為，然如行為人具有「自己犯罪的意思」，仍得成立共同正犯（24 年上字第2868號判例）。

2. 有疑義者在於，丙係無責任能力之人，依28 年上字第3242 號判例：「刑法對於無責任能力者之行為，既定為不罰，則其加功於他人之犯罪行為，亦應以其欠缺意思要件，認為無犯意之聯絡，而不算入於共同正犯之數。」同時，依30 年上字第1240 號判例：「刑法第三百二十一條第一項第四款所稱結夥三人，係以結夥犯全體俱有責任能力及有犯意之人為構成要件，若其中一人係缺乏責任能力或責任要件之人，則雖有加入實施之行為，仍不得算入結夥三人之內。」據此，丙自始即無法與甲、乙成立共同正犯，遑論「結夥三人」行竊

3. 惟管見以為，共同正犯係參與實現構成要件的方式之一，有無責任能力則屬個別行為人應否負擔刑事責任的問題，從而，共同正犯之成立要件似與責任能力無涉

4. 若然，丙既係基於前述與甲、乙共同的行為決意，進而為此角色分擔，其行為與構成要件的實現即有因果關係，與甲、乙的侵入住宅竊盜行為自得以相互歸責；丙對此犯罪事實具有認識，應存在犯罪故意與對財物的不法所有意圖，丙所為至少仍具有上述二罪的構成要件該當性。

(三)如甲、乙、丙三人得成立共同正犯，由於結夥犯亦屬刑法第28 條所規定之共同正犯，其竊盜行為即具有刑法第321 條第1 項第4 款「結夥三人以上而犯竊盜罪」之構成要件該當性

(四)丁代為銷贓並將據為己有花費殆盡的行為，分別成立贓物罪與侵占罪（刑法第349 條第2 項、第335 條第1 項）

1. 丁代為銷贓之行為，依具體事實，可能先後「受寄」與「居間介紹買賣」，而得分別成立寄藏與牙保贓物罪。由於兩行為係針對同一贓物，為避免雙重評價，應認成立法條

競合，僅成立一罪。

2. 有疑義者在於：「因贓物變得之財物，以贓物論。」刑法第349條第3項設有明文規定，就此「不法原因之寄託物」，從侵占行為的本質係違背委任信賴關係而言，應無影響；實務亦採取相同立場（前司法行政部（63）刑二字第735號函）。據此，丁將銷贓所得之贓款花費殆盡，拒不返還之行為，既透顯其易持有為所有之意思，應成立侵占罪。

(五)結論：

1. 題示情形，如依實務意見，甲、乙二人應分別成立共同侵入住宅罪與共同普通竊盜罪；如依管見，甲、乙、丙三人應同時成立共同侵入住宅罪、共同普通竊盜罪與結夥三人加重竊盜罪，後兩罪因屬法條競合之特別關係，僅成立加重竊盜罪即為已足。甲、乙所為應依刑法第50條之規定，實質競合，併合處罰。

2. 丙所為因欠缺責任能力，均不罰。

3. 丁則分別成立贓物罪與侵占罪，亦依刑法第50條規定，實質競合，兩罪併合處罰。

1070. 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。

【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）。

1071、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)。

1072、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。

1073、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

1074、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。

1075、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）

1076、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。

1077、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。

1078、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<sup>1</sup>，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。

1079、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)。

1080、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

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。

1081、甲與乙因開車擦撞而發生口角，繼而互毆。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：乙之行為是否得構成正當防衛？其理由何在？(題示：從打架之情形，是否有成立正當防衛之可能展開論述。)

於正當防衛之情形，是否有受防衛之法益與被反擊之法益，應有均衡之問題？(12分)

【擬答】：

乙可能主張正當防衛

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：

c 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。

d 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。

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。

1082、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。

d 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。

e 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。

d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。

e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。

1083、甲身為某公司老闆，一向把多年行賄公務員之帳簿放在公司的保險櫃。某日上午，甲正要從家裏出發到公司時，接獲調查局將搜索該公司之訊息，立即打電話通知秘書乙將保險櫃裡的帳簿銷毀，該秘書或之後卻將該帳簿放入微波爐微波，以為微波就可以加以銷毀。不久，調查局人員到達公司進行搜索時，發現該帳簿在微波爐裡依然完好如缺。事實上，在此之前，調查人員原是為了搜索該公司逃漏稅情事，而行賄知識時尚未被發現。試問甲、乙的行為應如何處斷？

【擬答】：

乙的刑責：湮滅刑事證據罪(§ 165)。客觀上，行賄公務員之帳簿是足資證明甲犯公務員行賄罪（刑法第122條第3項）之文件。雖然此犯罪行為事實上已存在，但偵查機關尚不知有犯罪嫌疑而開始偵查（刑訴第228條第1項），是否為關係他人「刑事被告案件」之文書，則有疑問。依據早期實務見解，以開始偵查以後之案件為限。然而，此見解可能過度限制對司法搜索權的保護，故應以實質上犯罪行為已發生為標準。因此，帳簿是本罪適格行為客體。此外，乙將之置於微波爐內，並未使該帳簿毀損滅失，固非湮滅行為，但其將之從保險櫃移至微波爐，是否為隱匿行為？就本案事實觀之，微波爐仍屬得搜索之範圍，且其保全措施比保險櫃更薄弱，不足以使偵查機關難以發覺，故亦非隱匿。因此，客觀不法構成要件不該當。

毀損文書罪(§ 352)。由於帳簿未被毀損或喪失證明功能，故不構成本罪。

結論：乙無罪。

甲的刑責：湮滅刑事證據罪(§ 165)。該帳簿是關係甲自己之行賄犯罪證據，非關他

人，故客觀構成要件不該當。

教唆湮滅刑事證據罪 (§§ 165, 29I, II)。客觀上，甲雖引起乙之湮滅證據決意，但乙所為不該當於湮滅刑事證據罪之構成要件，非刑事違法行為。基於共犯從屬性，甲不構成本罪。

教唆湮滅刑事證據未遂罪 (§§ 165, 29III)。由於本罪以所教唆之罪處罰未遂犯為前提，而湮滅刑事證據罪不罰未遂，故不適用未遂教唆規定，不成立本罪。

結論：甲無罪。

1084、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：甲成立扣留剋扣罪。

1085、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斥之猥褻資訊或物品」。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。

1086、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，警方從治安情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，甲乙依計劃侵入丙宅，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？

【擬答】：

甲乙侵入丙宅：共同侵入住宅罪(§§306I, 28)。丙於甲乙潛入時已死亡，亦無其他住居權人，故客觀上未侵入他人住宅，不成立本罪。

共同擄人勒贖未遂罪(§§347III, 28)。主觀上，甲乙基於共同決意對丙綁架，使丙居於其實力掌握下。二人誤認丙仍生存，且犯罪地在我國(§3)，本罪之保護範圍亦及於外國人，故具共同擄人故意。二者亦具對人質以外之第三人不法取得財產利益之意圖，故主觀不法該當。客觀上，依其犯罪計畫，尚需對丙強灌安眠藥始對其取得實力掌握，故侵入住宅不是擄人的著手，不成立本罪。

甲乙壓制丙並強灌安眠藥

共同擄人勒贖未遂罪(§§347III, 28)。承前討論，甲乙基於共同擄人故意及勒贖意圖，已開始實施直接對丙取得實力支配的動作，達著手階段。無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。就本罪之處罰，由於二人是在認識丙已死亡，繼續行為已無法達成擄人目的而停止，屬失敗未遂，不適用中止未遂(§27)。此外，因丙已死亡，故客觀上不可能擄人既遂，屬不能未遂(§26但書)，必減免其刑。然而，由於甲乙係將死亡之丙誤認為熟睡之

人，並非出於重大無知，部分文獻主張不能適用之。

結論：共同擄人勒贖未遂罪(§§347III, 28)。

1087、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，而為強暴脅迫，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。

1088、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。

1089、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」）。



