# 第一篇

# 刑法總則



## 第一章 刑法的基本原理原則



總複習①《應報理論(絕對理論)》

#### 應報理論:

認為刑罰的目的在於平衡行為人因其行為所產生的罪責,以實 現絕對的正義。應報理論強調「<u>罪責必須與刑罰相等</u>」,也就 是罪責原則。

## ▲問題一

刑罰之理論中,有所謂絕對理論(亦稱正義理論),試申述其義。

## 解ANSWER

- 一、以應報思想作為基礎,故又稱「應報理論」。所謂應報思 想就是以牙還牙、以眼還眼的觀念,以刑罰作為犯罪之報 應,用刑罰的痛苦衡平犯罪之惡害。
- 二認為刑罰係針對犯罪之惡害所為之公正報應,而實現公平 正義之理念,故也稱「正義理論」。
- 三認為刑罰為解除罪責的唯一方法,科刑的本身就是目的, 除此之外,別無其他目的,故以「絕對理論」稱之。
- 四此說中亦有認為刑罰是對於犯罪人所為之不法行為的贖罪。 亦即,刑罰意味著回復原狀與其對犯行的損害補償,希冀 以處罰消除仇恨,達重建秩序之目的,犯人因刑罰的贖罪 而與社會言歸於好,故又稱「贖罪理論」。
- 五犯罪係對法律之否定,刑罰乃係對法律否定之再否定。





## 總複習②《罪刑法定主義》

#### - 意義:

又稱罪刑法定原則,係指犯罪之<u>法律要件</u>及其<u>法律效果</u>,均 須以法律明確加以規定,法律若未規定處罰者,即無犯罪與 刑罰可言。

### 二衍生概念(派生原則):

- (一)禁止溯及既往原則。
- (二)禁止以習慣法為定罪依據。
- (三)禁止類推適用原則。
- 四罪刑明確性。

#### 三月的:

防止國家濫用刑罰並保障個人權利。

□刑法第1條(罪刑法定主義)

## ▲問題一

何謂罪刑法定主義?有何重要原則?又其目的為何?

## 解ANSWER

一、罪刑法定原則簡稱「法定原則」,係指犯罪之法律要件及其 法律效果,均須以法律明確加以規定,法律若未規定處罰者 ,即無犯罪與刑罰可言。亦即「無法律即無犯罪」、「無法 律即無刑罰」。刑法第1條(罪刑法定主義)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。」即為罪刑法定原則之明文規定。由此 可知,只有行為當時的法律設有明文規定處罰的行為,才能 適用刑法定罪科刑;反之,在行為當時並沒有法律明定處罰 的行為,即無成立犯罪的餘地,而不受刑法的制裁。

### 二罪刑法定原則衍生出下列原則,略述如次:

- (→)不溯及既往原則:刑法以刑罰或保安處分等法律手段, 干預或剝奪行為人之權益,需在行為人事先可預計或可 預見之情況下,始得為之。因此,罪刑法定原則應包括 追溯禁止,使刑法之效力僅能及於法律生效後發生之行 為,不得溯及既往追溯處罰法律生效前業已發生之行為。 易言之,追溯禁止原則乃禁止刑法在事後惡化行為人之 法律地位,使行為人蒙受不利之罪與刑。
- (二)習慣法禁止原則:因刑法干預人民之自由及權利至深且 鉅,而習慣法與成文法雖同係來自社會之法確信,但因 未經過立法程序加以條文化,有未盡明確之處,故刑法 規範需排除習慣法之適用,一切罪與刑之宣告均應以成 文法為依據。
- (三禁止類推適用原則:禁止以類推作為新創或擴張可罰行為或加重科處刑罰或保安處分之方法,行為人之具體行為若非法條之抽象規定所能涵蓋時,法官只能判處被告無罪,不得比附援引與行為相近似之條文定罪科刑,對於此等行為若認為有加以刑罰制裁之必要,唯有經過刑事立法程序,或修改舊條文,或增訂新條文,以謀救濟。
- 四明確性原則:刑法的任務就是在劃定國家刑罰權之範圍,使人民對於其行為是否違法、違法行為應負擔如何之法律效果,有預見之可能。此原則包含構成要件明確性與法律效果明確性。前者係指刑法對於犯罪行為之法律要件的規定需力求明確,避免使用可以彈性擴張而具伸縮性、模稜兩可或模糊不清之不明確概念或用詞作為構成要件要素;後者係指刑法對於犯罪行為之法律效果的規定需力求明確,科處刑罰或保安處分之種類必須確定,法定刑之高度與低度間之差距不可過大,且不得使用絕對不定期刑之規定。

## 三罪刑法定原則之目的:

由於罪刑法定原則之存在,使刑法具有法確實安定性。一方面使人民藉由明確規定之罪與刑,預知其行為是否具有違法性,會受何等刑罰制裁,而產生預防犯罪之刑罰威嚇功能;另一方面,因國家刑罰權已明確規定,足以確保人民不受逾越法律規定範圍外之處罰,使刑法產生保障人權之功能。





## 總複習⑥《公務員之定義》

### - 公務員之定義:

- (一)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,以及其他依法令從事於公共事務,而具有法定職 務權限者。
- (三)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。
- □刑法第10條(名詞定義)第2項



## ▲問題一

試述刑法上之公務員之意義?



關於公務員之定義,我國刑法第10條(名詞定義)採概括主 義,稱公務員者謂「依法今服務於國家、地方自治團體所屬 機關而具有法定職務權限,以及其他依法令從事於公共事務 ,而具有法定職務權限者」及「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」。 依此,刑法上之公務員與公務員任用法或公務員懲戒法上之 公務員範圍不同。公務員任用法上之公務員注重正式之任命 行為,而刑法上之公務員注重其從事之行為。依刑法之規定 ,刑法上之公務員應具備之要件有如下:

#### -所從事者為公務:

所謂「公務」者,即國家機關或自治團體所屬之事務。但 純粹公共團體之事務,如報社、黨部等,則不得稱為公務。 又如係基於國民義務,或私人利益、事業、執行一定事務 者,亦不得謂為公務。

### 二須依法今從事於公務:

公務員之從事公務,須有法令依據。所謂「法令」者,依 據法律命令所規定之謂。如委託、任命等均是,但限於本 國之法令,外國人為本國服務者,亦為刑法上之公務員; 而本國人為外國服務者則否。

## 三須具有法定職務權限:

若從事與公權力或公共事務無關的行為,將被排除刑法規範之 外。至於所謂「職務權限」是為達法令上之公務,所具有採取 公權力措施之範圍及界線裡,所得採取公權力之具體措施。

四若無公務員身分之人依法受委託從事公共事務者,在其受 託權限內,亦屬刑法所稱之公務員。





現・身・説・法

#### ※公務員概念:

- -公務員須經任用程序:任命為公務員關係發生之原因。
- 二公務員係與國家或地方自治團體發生公法上之職務關係:公 務員所執行者為職務,並非經濟性質之工作,其任職之目的 亦非為換取酬勞,而係取得與身分相當之生活照顧。
- 三公務員須負忠實之義務:所謂忠實義務係指公務員於履 行國家(包括地方自治團體)所賦予之職責時,應盡其 所能,採取一切有利於國家之行為,而避免一切於國家 不利之行為。

#### ※法律上之公務員概念:

- 一、最廣義之公務人員:國家賠償法(國家賠償責任)第2 條第1項規定:「本法所稱公務員者,謂依法令從事於 公務之人員。」係現行法規中最為廣義之公務員定義。
- 三狹義之公務人員:指公務員懲戒法上之公務人員,此時 不只包括事務官,政務官亦包括之,民選之行政首長與 民意代表亦包括之。
- 四最狹義之公務人員:公務人員保障法第3條(公務人員之 定義)規定:「本法所稱公務人員,係指法定機關(構 )及公立學校依公務人員任用法律任用之有給專任人員 。」另公務人員任用法施行細則第2條對公務人員亦有例 示之解釋規定(公務人員任用法所稱公務人員,指各機 關組織法規中,除政務人員及民選人員外,定有職稱及 官等、職等之人員。),兩者均為各款法規中最嚴格界 定,其範圍與學理上之常業文官相當。

## ▲問題二

甲係公立大學教授,職司教學研究工作,接受科技部 之補助,負責科學技術研究計畫,由學校出面簽約, 補助之研究經費撥入學校帳戶。嗣甲於執行研究計畫 負責辦理採購及驗收事官,甲向A公司採購儀器設備 及其他物品,因某些購買供研究公物公用之物品無法 入帳請款,甲為讓A公司順利請款,乃請A公司開立 不實之統一發票及估價單,甲將之交由不知情之秘書 乙,層轉學校核准撥款。學校總務處出納組人員即將 上開原不可請領之款新臺幣8萬元支付給A公司。後經 警查獲。試舉例說明刑法規定的公務員種類及教授甲 是否為刑法上之公務員?[106警特三]



### - 我國刑法上公務員:

係現依法今從事於公務之人員,不包括已退職或休職者。

- (一)刑法第10條(名詞定義)第2項,對公務員之定義分為:
  - 1.身分公務員:服務於國家、地方自治團體所屬機關者。
  - 2.授權公務員:他依法令從事於公共事務者。
  - 3.委託公務員: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。

## **(二)**舉例:

- 1.身分公務員:例如依公務人員任用法規定而任用,服 務於直轄市、縣(市)政府、戶政機關等國家機關中 之 公 務 員。
- 2.授權公務員:例如依政府採購法規定的各公立學校、 公營事業之承辦、兼辦、採購等人員。
- 3.委託公務員:例如海基會受陸委會委託處理兩岸事務 , 故海基會人員即屬本類公務員。

二公立大學教授受政府、公立研究機關(構)或民間之委託 或補助,負責科學技術研究計畫,由學校出面簽約,受託 或受補助之研究經費經撥入學校帳戶,其辦理採購事務, 是否具刑法公務員身分?

參最高法院103年度第13次刑事庭會議決議,將其分為來自 公家或民間委託補助兩部分論之:

- (一)關於受政府、公立研究機關(構)之委託或補助部分:
  - 1.現行刑法已採限縮舊法公務員之定義,刻意將公立醫院、 公立學校、公營事業機構人員,排除在身分公務員之外。
  - 2. 顯示從事科學研究計畫之公立大學教授(下稱主持教授) ,既非總務、會計人員,採購物品,並非其法定職務權限 ,實際上,其任務主要係在於提出學術研究之成果,政府 或公立研究機關(構)對於主持教授,並無上下從屬或監 督之對內性關係,人民對於主持教授學術研究之成果,亦 毫無直接、實質的依賴性及順從性,遑論照料義務。是主 持教授雖有辦理採購,仍不符合公務員有關公共事務、法 定職務權限等要件,自非刑法上之公務員。具體而言,請購 物品(非採購)固勿論;縱有直接辦理採購事務,依政府 採購法規定意旨及法律解釋之原則,因非專業之人員,且 所涉亦非攸關國計民生之事項,同非在授權公務員之列。 况其後修正通過之科學技術基本法,為杜爭議,已經直接 在第6條(辦理採購之原則)第4項明文規定,上揭各情形 ,不適用政府採購法之規定,排除授權公務員之適用;至 於科學技術基本法雖有子法即科學技術研究發展採購監督 管理辦法之設,僅為內部管理之便,不能超越該母法及政 府採購法規定意旨,採取更為寬鬆之解釋,不應因此被視 成委託公務員。倘主持教授有詐領或溢領補助經費等情形 ,則視具體案情,依刑事法相關之規定論處,自不待言。
- (二)關於受民間委託或補助部分:公立大學教授受民間委託或補助,負責執行科學技術研究發展計畫,由學校與委託或提供補助者簽約,受託或補助之研究經費撥入學校帳戶,該教授為執行此項科學技術研究發展計畫而參與相關採購事務,因經費既係來自民間,即不涉及國家資源之分配使用,而與公共事務無涉,非屬授權或委託公務員,自不能認為具有刑法上之公務員身分。





## 總複習③《緊急避難之要件》

#### - 主觀要件:

避難行為必須是出避難意思。

#### 二客觀要件:

- (一)須有危難存在。
- (二)危難須屬緊急。
- (三)<u>須為保全自己或他人生命、身體、自由或財產所為的避難</u> 行為。
- @須出於不得已。
- (五)須行為不可過當。

## ₫問題一

某病患受重傷,亟需輸特殊血型之血液以便進行手術挽救生命。恰巧血庫內同型血液不足,動手術的醫生甲知道醫院內行政人員乙有同型血液,遂要求乙捐血,但乙拒絕,甲遂將乙綑綁後,強制從其身上抽血500C.C.用以救治該病患。問甲是否構成犯罪?[100譽特三]

## 台解題方向

為了救助生命而強制他人輸血之違法行為,應依據法益權衡 原則,檢驗是否成立緊急避難而阻卻違法。





- 一醫生甲綑綁乙之行為不構成刑法第302條第1項剝奪他人行動自由罪,理由分析如下:
  - (→刑法第302條第1項剝奪他人行動自由罪規定:「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。」客觀要件係指私禁及以其他非法方法剝奪人之行動自由而言,所謂非法方法,當包括強暴脅迫等情事在內。行為人之行為只要足以剝奪他人的行動自由,即足以構成本罪。本題甲將乙綑綁之行為,已足以剝奪乙之行動自由,且甲亦知其將乙綑綁之行為將剝奪乙之行動自由,並決意為之,客觀及主觀構成要件該當。
  - (二)於違法性上,甲應可主張刑法第24條緊急避難,阻卻違法:醫生甲為挽救病患之生命,恰巧血庫內同型血液不足,而對乙實行綑綁以抽血之行為,實為一種甲在面對迫在眼前危難之情況下,出於為他人生命法益避難的意思,而犧牲乙之自由法益,將乙綑綁抽血以救治病患。其所保全的生命法益位階也較所犧牲之自由法益為高,符合法益權衡原則,為一緊急避難行為,故甲得主張緊急避難阻卻違法,而不成立刑法第302條第1項剝奪他人行動自由罪。
- 二甲強制從乙身上抽血之行為,不構成刑法第304條第1項強制 罪,甲將乙綑綁後,強制從其身上抽血 500C.C. 之行為,係 強制乙行無義務之事,甲亦有故意,惟甲所為係由於其病患 亟需輸特殊血型之血液以便進行手術挽救生命,又恰巧血庫 內同型血液不足,符合避難情狀,且甲主觀上亦有避難之意 思。又病患的生命法益與乙的自由法益衡平之下,甲之行為 具備必要性及相當性,故可依刑法第24條(緊急避難)阻卻 違法性,甲不構成刑法第304條第1項強制罪。

- **%**
- 三甲強制對乙抽血 500C.C. 之行為,不構成刑法第277條第1 項普通傷害罪,理由分析如下:
  - ←)刑法第277條之傷害罪,既兼具傷害身體或健康二者而言,惟傷害如何認定,有不同學說:
    - 1.生理機能障礙說: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。
    - 2.身體完整性侵害說:認為凡有害於人身體之完全、完整性者,不論其是否妨害生理機能,即屬傷害。由於傷害罪的保護客體除生理與心理的健康之外,尚包括身體的不可侵害性,故以身體完整性侵害說為當。
  - (二)縱上所述,只要對他人身體或健康加以攻擊,即使身體 外觀未受改變之侵害或生理機能未受損害,亦成立傷害 罪,題意中甲以傷害乙之故意,強制對乙抽血之行為, 雖未造成乙生理機能之障礙,或對乙之健康形成不利之 影響,但從傷害罪保護之法益為身體的不可侵害性與不 受損害性之觀點判斷,甲之行為應成立傷害罪。
  - (三於違法性判斷上,醫生甲雖觸犯了傷害罪,惟甲係為了 挽救病患之生命,在當時的情況看來,強制對乙抽血, 顯見溫和手段亦有達到其目之可能,符合避難情狀,且 甲主觀上亦有避難之意思,甲保護病患生命法益之優先 性,應認其大於乙之身體法益,是以甲可主張緊急避難 ,阻卻違法。

## ▲問題二

甲見乙家門前狗籠內的狗兒長相可愛,乃興起逗弄 之意, 雖狗籠上貼有字條警告「內有惡犬, 請勿騷 擾」,惟其認為係乙為遏止狗被偷的唬人字句,並不 以為意,甲不停逗弄該犬,終致其兇性大發,恰狗籠 並未關緊,該犬衝出籠外撲向甲攻擊,甲為自保,順 手拾起木棒,打死該犬。試問:甲之刑責為何?其抗 辯緊急避難,有無理由?

## 解題方向

檢驗甲因過失自招危難得否阻卻違法?



甲打死該犬之行為,不成立刑法第354條毀損器物罪,理由分 析如下:

- --客觀上甲為自保,使用木棒攻擊,打死該犬之行為,可評 價為毀損行為,且犬隻在刑法上屬於「他人之物」,甲將 大隻打死, 使乙喪失寵物, 毀損行為及結果間具有條件因 果關係;主觀上甲對於客觀一切事實有認識,且決意為之 , 故甲具有毁損故意。
- 二依照題示,甲欲主張緊急避難作為抗辯。客觀上,就危難 情狀而言, 犬隻撲咬屬於緊急危難。然而, 此危難係甲自 行招致,可能排除緊急避難之適用,茲說明如下:
  - ←)該緊急違難係甲主動逗弄犬隻而來,學說即認為,避難 人故意自行招致危難時,其本意原在犯罪,則不得阻卻 違法,但本題甲本無毀損的故意,亦無毀損的不法意圖 ,甲應屬渦失、無不法目的的自招危難,從而仍可主張 緊急避難為當。



- (二)我國實務見解認為,刑法第24條(緊急避難)所稱因避 免緊急危難而出於不得已之行為,係基於社會之公平與 正義所為不罰之規定。倘其危難之所以發生,乃因行為 人自己過失行為所惹起,而其為避免自己因過失行為所 將完成之犯行,轉而侵害第三人法益;與單純為避免他 人之緊急危難,轉而侵害第三人法益之情形不同。依社 會涌念,應不得承認其亦有緊急澼難之適用。否則,行 為人由於本身之過失致侵害他人之法益,即應成立犯罪 ,而其為避免此項犯罪之完成,轉而侵害他人,卻因此 得阻卻違法,非特有背於社會之公平與正義,且無異鼓 勵因過失即將完成犯罪之人,轉而侵害他人,尤非立法 之本意。至其故意造成「危難」,以遂其犯罪行為,不 得為緊急澼難之適用,更不待言。
- 三本題中,雖然危難係甲不停逗弄該犬,終致其兇性大發所導 致,但甲為了避免侵害自己的生命而選擇毀損該犬之行為, 依學說見解,考量生命、身體法益且有一身專屬性,滾大於 乙之財產法益,仍合乎優越利益保護,而可阻卻毀損行為的 違法性,故甲為自保,順手拾起木棒,打死該犬之行為,因 緊急避難而阻卻違法,不成立刑法第354條毀損器物罪。



## 第五章 錯誤



## 總複習《錯誤》

### - 構成要件錯誤:

- (→)客體錯誤(目的物錯誤):
  - 1.等價客體錯誤:實務採法定符合說。
  - 2.不等價客體錯誤:實務採具體符合說。
- (<del>二</del>)打擊錯誤(方法錯誤):實務及通說多採具體符合說。
- (三)因果歷程錯誤。
- 二禁止錯誤(違法性錯誤)。
- 三阻卻違法事由錯誤:
  - (一)容許錯誤(間接禁止錯誤)。
  - (二)容許構成要件錯誤。



## ₫問題一

試比較客體錯誤與打擊錯誤之不同。



所謂錯誤,係指行為人之認識與實際情形不一致,即主觀認 識與客觀事實不一致。犯罪各個成立要件中,舉凡需考慮行 為人主觀認識之部分,如構成要件故意、主觀之阻卻違法意 思及不法意識,均有發生錯誤之可能。反之,若不須考慮行 為人主觀認識之要素,如客觀可罰性條件或責任能力,自不 發生刑法上所謂之錯誤。現時學說將錯誤分為「構成要件錯 誤」與「違法性錯誤」。客體錯誤及方法錯誤皆屬構成要件 錯誤之類型,茲比較說明於下:

#### - 客體錯誤:

係指行為人對於行為客體同一性認識錯誤。亦即,行為人 主觀上所認識之行為客體與其行為在客觀事實上所侵害之 客體不相一致。而依客體在不法構成要件上是否等價來看 ,又可分為等價之客體錯誤與不等價之客體錯誤。

- ○構成要件等價之客體錯誤:行為人主觀上所認識之行為客體與行為在客觀上所侵害之客體,就構成要件所保護之法益價值來看是同等價值的。如:甲與乙結仇而欲殺乙,誤將躺在乙床上之丙當作乙而殺之。關於等價之客體錯誤,不阻卻故意,行為人仍成立故意犯,故甲仍成立刑法第271條第1項故意殺人罪。
- ○構成要件不等價之客體錯誤:行為人主觀上所認識之行為客體與行為在客觀上所侵害之客體,就構成要件所保護之法益價值來看是不同等價值的。如:丙在森林中狩獵,誤將丁當作野獸而殺之。構成要件不等價之客體錯誤,阻卻故意,行為人至多僅成立過失犯,故丙因無殺人之故意,不成立故意殺人罪,僅就其過失行為依第276條過失致死罪論處。



## 二打擊錯誤:

係指行為人所為之攻擊行為,由於實行失誤致其所損傷之 客體與行為人所欲攻擊之客體不同。即行為結果之出現, 並非在行為人主觀想像上所應發生之客體上,而這樣的錯 誤係因行為人之行為失誤或行為實行之失誤所造成,與未 發生實行失誤之客體錯誤不同。

關於打擊錯誤之處理,依通說見解,不區分等價或不等價 ,對於意欲客體成立未遂,對於行為客體成立過失,二罪 依想像競合處理。

如:甲欲殺乙,因槍法失準,而射中坐在乙身旁的丙,致 丙死亡。本例中,甲對於意欲客體(乙)成立刑法第271條 第2項殺人未遂罪,對行為客體(丙)成立刑法第276條渦 失致死罪,二罪間依刑法第55條(想像競合犯)前段想像 競合犯從一重之刑法第271條第2項殺人未遂罪處斷。

## ♬問題二

何謂禁止錯誤(又稱違法性錯誤)?刑法如何評價此等 錯誤行為?試分就學說與現行刑法規定,加以說明。



#### - 意義:

與構成要件錯誤相對的是禁止錯誤,又稱違法性之錯誤, 係指行為人對規範有所誤認,即行為人主觀上以為其行為 並未違反規節, 但在客觀事實上該行為卻為法律所禁止, 行為人因此等錯誤而欠缺不法意識,影響行為人罪責之成 立。禁止錯誤可分為直接之禁止錯誤與間接之禁止錯誤。 分沭如下:

- 台直接禁止錯誤:係指行為人對法定不法構成要件(即禁 止規節)不認識,以致誤認其行為係法律所不禁止之合 法行為。
- (二)間接禁止錯誤有稱「容許錯誤」,係指行為人主觀上誤 認有阳卻違法事由存在而為刑法規範所許可,但在客觀 上卻不存在阳卻違法事由,即客觀上屬違法行為。

- 二刑法理論上,應如何評價欠缺不法意識之禁止錯誤,因所 持理論之不同,而異其結果。分述如下:
  - (→)故意理論:故意理論認為,故意為一罪責要素,故意除知 與欲二要素外,尚須具備不法意識。行為人主觀上欠缺不 法意識,則其行為即因欠缺故意要素(不法意識為故意之 部分),而不能成立故意犯罪,至多僅能成立渦失犯罪。
  - (二)罪責理論:罪責理論則視不法意識為一獨立之罪責要素 , 行為人主觀上若欠缺不法意識, 不會影響故意, 僅影 響罪責,故仍可成立故意犯罪,惟罪責部分則有可能部 分减輕或全部免除, 甚至自始即被阳卻, 而可减免罪責 或阳卻罪責。

現行通說採罪責理論,認為應以錯誤是否能夠避免加以判 斷。亦即可避免之禁止錯誤,得減輕行為人之罪責;不可 避免之禁止錯誤,行為人之罪責自始即被阻卻,而不成立 犯罪。至於如何判斷禁止錯誤是否可避免,應參酌行為人 之社會地位及其個人能力等因素加以判斷。

三刑法第16條(法律之不知與減刑)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。」可視為禁止錯誤之規定。因若有 正當理由而不可避免之禁止錯誤,行為人之罪責自始即被 阳卻,法條規定得免除刑事責任,亦可視情節減輕其刑。

## ♬問題三

電影導演在鬧街拍片。場景是:持刀歹徒追殺少女, 為使場面逼直,導演不告知路人,路人果然驚懼紛紛 走避。追逐中,有見義勇為之路人甲出現,將「歹 徒,打傷,圍觀者喝采,扮演歹徒之乙,對甲提起告 訴。問甲有罪否?

## 解題方向

本題甲之狀況為誤想防衛,應就容許構成要件錯誤之法律效 果淮行評價。

## 解<sub>MSWER</sub>

- 甲打傷乙之行為,與乙之傷害結果間具因果關係與客觀歸 青性, 主觀上亦有傷乙之故意, 具構成要件該當性。而乙 持刀追殺少女,僅係拍片場景,縱現場旁觀第三者均誤認 此係直實殺人情節,但客觀上並未存在不法侵害、破壞法 益之行為,故不符合正當防衛之要件,亦無其他阻卻違法 事由存在,故具違法性。
- 二惟由題意可知,甲主觀上認定乙為歹徒,見義勇為打傷乙 係出於誤認客觀上存在防衛情狀與防衛行為之意思,即 學說上所謂「誤想防衛」,為「容許構成要件錯誤」類型 之一。關於容許構成要件錯誤,應如何評價,學說、實務 有不同見解:
  - (→)負面構成要件要素理論:又稱「二階層犯罪理論」,亦即 將阻卻違法事由當作「負面之構成要件」,刑法分則之構 成要件當作正面構成要件。二階層理論之構成要件該當性 ,在客觀上必須是正面構成要件之事實存在加上負面構成 要件之事實不存在。主觀上行為人須認識到正面構成要件



之事實存在及負面構成要件事實之不存在,才會有構成要件故意。因此,容許構成要件錯誤係行為人對負面構成要件事實之不存在,認識不清楚。亦即,行為人認為負面構成要件之事實係存在的,因而阻卻了行為人之構成要件故意。若行為人有過失,則成立過失犯。

- (二)故意理論:故意理論認為,故意除了對於構成犯罪事實 之知與欲外,也包括不法意識。因此,容許構成要件錯 誤之行為人不具備故意,至多僅能成立過失犯。
- (三)嚴格罪責理論:嚴格罪責理論認為容許構成要件錯誤並不排除行為人主觀之故意,僅能排除不法意識。因依三階層理論而言,行為人之行為業已該當故意犯罪之構成要件,行為人雖具有阻卻違法之主觀意思,但客觀上卻不存在阻卻違法事由,故無法阻卻違法。惟在罪責層次上,行為人認為自己之行為為法所容許,因而欠缺不法意識,故依禁止錯誤處理,不排除行為人之故意,依錯誤可否避免,決定行為人係減免罪責或阻卻罪責。
- (四)限縮罪責理論:此說認為容許性構成要件錯誤之情形與禁止 錯誤有別,但與構成要件錯誤相似,故類推適用構成要件錯 誤之法理,阻卻故意,而視其情形判斷是否成立過失。
- (五)限縮法律效果之罪責理論(通說):此說認為容許構成 要件錯誤既非構成要件錯誤,亦非禁止錯誤,而係一獨 立之錯誤類型,但在法律效果上,應類推適用構成要件 故意,在罪責層面免除故意責任。亦即,容許構成要件 錯誤不影響構成要件故意,僅阻卻罪責故意。惟行為人 之誤認係出於注意上之瑕疵,則可能成立過失犯。

實務在處理誤想防衛時,所採立場並不一致。早期認為行為人仍應成立故意犯;之後,又認應阻卻故意,若行為人有過失時,則另論以過失犯。

三綜上所述,依目前通說與實務見解,均認容許構成要件錯 誤不成立故意犯罪,至於是否成立過失犯罪,仍應就其是 否具有預見可能性與違反義務加以判斷。故本題甲之行為 ,不構成普通傷害罪。



## ♬問題四

某醫學系剛畢業的學生甲於山野踏青時驚見樹林中乙 横躺地上,胸中兀自插著一把刀,血流不止,不省人 事。甲急就其所學所能,為乙急救。正當甲全神貫注 急救時,另一山友丙路渦見之,其以為滿身血汗的甲 正在虐殺乙,遂隨手拾起直徑約8公分之枯樹枝,躡足 掩至甲之身後,奮力揮擊甲,甲驚覺之,已然不及閃 避,本能地舉雙臂擋之。甲右臂骨應聲而斷,身體因 作用力之故,而向一侧傾倒,正好壓往乙胸口上的刀 把,致今刀切斷動脈,乙當場死亡。試問丙之罪責。

## 解ANSWER

- 丙誤以為甲在虐殺乙,而持枯樹枝揮擊甲,甲因此右臂骨 斷裂,丙應成立刑法第284條渦失傷害罪,討論如下:
  - ←本題中,丙持8公分枯樹枝奮力揮擊甲,依刑法第10條第 4項第4款規定,重傷之構成要件包括毀敗或嚴重減損一 肢以上之機能,目丙之行為導致甲右臂毀敗或嚴重減損 之結果,行為與結果間具因果關係,丙主觀上,違反注 意義務而為過失,故構成要件該當。
  - (二)丙是否可主張正當防衛而阳卻違法性,討論如下:依刑 法第23條(正當防衛)規定,乃對於現在不法之侵害, 出於防衛自己或他人之權利之意思,所為適當之反擊行 為。惟本題甲是要救乙而無現在不法之侵害,丙係主觀 上誤認為甲要殺乙,屬於誤想防衛。行為人因誤想防衛 而錯誤的相信客觀上不存在的阻卻違法事由存在,有此 種認知錯誤的行為人因誤認有容許構成要件的行為情狀 ,進而實施容許構成要件行為所形成的錯誤。



學說上有消極構成要件理論、故意理論、嚴格責任論、限制最則理論、限縮法律效果之罪責理論,學說不一,學說上多數見解係採限縮法律效果的罪責理論:認為此為獨立之錯誤類型,而行為人雖然仍具備構成要件故意,但因不具備故意之罪責型態,阻卻故意,惟行為人的錯誤係出於注意上的瑕疵者,另論過失。故丙成立刑法第284條過失傷害罪。

- 二由於丙揮擊甲而導致甲因身體作用壓到插在乙胸上刀把,致 乙死亡,構成刑法第276條之過失致死罪:依最高法院76年 台上字第192號判例認為:「刑法上之過失,其過失行為與 結果間,在客觀上有相當因果關係始得成立。所謂相當因果 關係,係指依經驗法則,綜合行為當時所存在之一切事實, 為客觀之事後審查,認為在一般情形下,有此環境、有此行 為之同一條件,均可發生同一之結果者,則該條件即為發生 結果之相當條件,行為與結果即有相當之因果關係。反之, 若在一般情形下,有此同一條件存在,而依客觀之審查,認 為不必皆發生此結果者,則該條件與結果不相當,不過為偶 然之事實而已,其行為與結果間即無相當因果關係。」 故本題之丙之行為與乙之死亡具有因果關係且無阻卻違法 及罪責事由。
- 三丙之一行為觸犯刑法第284條過失傷害罪、刑法第276條過 失致死罪,依想像競合,從一重處斷。





## 總複習(8)《未遂犯仁)-不能未遂(不能犯)》

### - 意義:

不能未遂之行為人在主觀上之構成要件故意與普通未遂或中 止未遂之構成要件故意,均無任何不同,所不同者,僅在於 **客觀上結果發生之不可能**。

#### 二要件:

- (→)<u>須有犯罪故意</u>:與普通未遂之犯罪意思相同,不能未遂亦 須具有犯罪之故意。
- (二)須有著手實行之行為:亦同普通未遂,行為須達於著手之階段。
- (三)<u>須行為不能發生結果</u>:即行為無論在何種情況下,皆不可能實現行為人所欲發生之結果。
- **四<u>須行為無危險性</u>**:行為有無危險性的判斷標準,目前主要 有具體危險說與重大無知說之爭。

□刑法第26條(不能犯之處罰)

## ▲問題一

何謂不能未遂犯?又不能未遂犯之成立,應具備何種 要件?又其與「障礙未遂」之區別上,有何不同見 解?試述之。



#### 一意義:

所謂不能未遂係指行為在本質上即不能達到既遂狀態之未 遂犯,亦即行為人雖著手實行以實現構成要件為目的之行 為,但由於事實上或法律上之原因,使行為決意之實現與 行為人原所認識者不相一致,而不能完全實現客觀不法構 成要件所成立之未遂犯。其情形有三:

- (一)主體不能: 因行為主體不能所成立之不能未遂, 係指行 為人欠缺客觀不法構成要件所明定之行為主體資格(包 括身分或特定關係),而著手實行構成要件行為所成立 之未遂犯。如:甲男有殺妻乙之故意,誤以為落水呼救 者為其妻子乙,故未為救助行為,任由落水之丙死亡, 甲因不具保證人地位,故成立殺妻之主體不能未遂。
- △客體不能:因行為客體不能所成立之不能未遂,係指行 為人針對根本不存在之行為客體而著手實行行為,所成 立之未遂犯。如:扒手甲在公車上,伸手進入乙空無一 物之口袋中扒竊,此即成立竊盜罪之客體不能未遂。
- (三)手段不能: 因行為手段不能所成立之不能未遂, 係指行 為人雖已著手實行構成要件行為,但其所採取之行為手 段並無可能完全實現構成要件之未遂犯。如:甲誤以為 手槍內有子彈,舉槍瞄準仇人乙,扣動扳機欲將乙殺害 , 此即成立殺人罪之手段不能未遂。

#### 二成立要件:

- 一主觀構成要件:構成要件故意。
- (二)客觀構成要件:
  - 1. 須有犯罪實行行為之著手。
  - 2.構成要件尚未實現。
  - 3.行為不能發生犯罪之結果,又無危險。
- 三不能未遂係未遂犯之一種,不能未遂之行為人在主觀上之 構成要件故意與障礙未遂之構成要件故意,並無任何不同 ,所不同者,僅在於客觀上結果發生之不可能。



## 第七章 正犯與共犯



### 總複習①《共同正犯》

#### -成立要件:

- (→)2個以上的行為人:基於共同之行為決意,並共同實現構 成要件之行為。
- (□)有共同行為決意:各行為人間有共同犯罪的認識,彼此有 犯意聯絡,並有共同一致的犯意。
- (三)參與共同行為的實現:各自實現在共同決議中所應分擔之 行為,有分工行為即可,不須參與全部行為。
- □刑法第28條(共同正犯)

#### 二共謀共同正犯:

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。

□司法院大法官釋字第109號解釋 (解釋爭點:以共同犯罪之 意,參與犯罪構成要件以外行為等,均共同正犯?)

## ♬問題─

甲、乙、丙均為成年人,丁為13歲之少年。甲、乙、 丙、丁共同謀議結夥竊取張三住宅財物,協議由乙、 丙、丁三人到現場行竊,分工為乙負責入屋行竊,丙 及少年丁在外把風。某日夜間凌晨2時許,乙、丙、丁 三人趁張三家中無人時,依原先計畫前往作案並竊得 財物。請問甲、乙、丙、丁的刑事責任如何?

## 台解題方向

- 甲:加重竊盜罪之共謀共同正犯。

二乙、丙:加重竊盜罪之共同正犯。

三丁:加重竊盜罪之共同正犯,但因無責任能力,不罰。

## 解ANSWER

甲、乙、丙、丁四人共同謀議結夥竊取張三住宅財物,且互 相分工, 並於某日依照此犯罪計畫前往張三家作案並竊得財 物,甲、乙、丙、丁四人依刑法第28條(共同正犯)及第321 條(加重竊盜罪)第1項第1款,成立加重竊盜罪之共同正犯 , 理由析述如下:

### -甲之刑青:

按共同正犯,包括同謀犯及實施正犯,均應在共同之犯罪 計畫內,亦即犯意聯絡範圍內,由其中一部分人實施犯罪 之行為,或各自分擔犯罪行為之一部分,而有相互利用他 人之行為,遂行其犯罪之目的,始克相當。又以自己共同 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,固經司法院大法官釋字第109號

(解釋爭點:以共同犯罪之意,參與犯罪構成要件以外行 為等,均共同正犯?)解釋明確,然倘共謀共同正犯中之 一人,於其他共謀者實施構成要件行為前,業已自共謀關 係脫離時,其原先所為犯罪之謀議於犯罪實行前即已不復 存在,縱其後共謀者仍有實行行為,脫離者對該犯罪行為 既無犯意腦絡及行為分擔,自不負其刑事責任。

本題甲雖無與乙、丙、丁共同實施犯罪行為,但卻有以自 己共同犯罪之意思,事前同謀,而由另外三人實施,且甲 意無於犯罪開始實施竊盜行為前脫離共謀關係,因此甲亦 為加重竊盜罪之共同正犯。

#### ニ乙之刑責:

乙負責入屋行竊,主觀上乙對於自己入侵他人住宅行竊有 所認識,具加重竊盜故意,客觀上其淮入屋內並竊得財物 ,竊盜行為已既遂,故乙入屋行竊,並竊得財物之行為, 構成刑法第321條第1項第1款加重竊盜罪。

### 三丙之刑青:

客觀上丙係基於與甲、乙、丁三人之協議,由乙負責入屋 行竊,由丙、丁負責在外把風,依實務見解,丙係以共同 犯罪之意思參與把風之構成要件以外行為,成立加重竊盜 罪之共同正犯。

## 四丁之刑責:

丁亦參與本題竊盜行為之犯罪計畫,並與丙相同,係以共 同犯罪之意思參與把風之構成要件以外行為,成立加重竊 答罪之共同正犯,惟丁未滿14歲,依刑法第18條(未成年 人、滿八十歲人之責任能力)第1項規定而不罰。

## ♬問題二

甲明知張三持以兜售之鑽戒係張三竊得之贓物,因該 鑽戒價值甚高,雖張三以顯不相當之低價求售,甲仍 無力以自有資金收購,乃情商乙各出資一半,二人合 資購買。乙親眼見到該鑽戒,知悉價值不斐,衡量張 三開出之售價,雖預見係贓物,仍以縱使係贓物仍予 購買之意思,與甲出資各半買受之。則甲、乙應負何 刑青?【103一般警三】

## 解題方向

-甲:贓物罪之共同正犯。

二乙:贓物罪之共同正犯。

三乙具間接故意。

## 解<sub>answer</sub>

- 依刑法第28條(共同正犯)規定:「二人以上共同實行犯 罪之行為者,皆為正犯。」
- 二依刑法第349條(普通贓物罪)規定:「收受、搬運、寄藏 、故買贓物或媒介者,處五年以下有期徒刑、拘役或科或併 科五十萬元以下罰金。因贓物變得之財物,以贓物論。」

### (一)客觀構成要件:

- 1.行為客體-贓物:依實務見解,贓物係指因財產性犯 罪而不法取得,且被害人在法律上有返還回復請求權 之財物。
- 2.行為主體:本罪之行為主體必須限於前財產犯罪以外 之行為人。



#### 3.行為:

- (1) 收受:一切自他人手中取得或持有贓物之行為,包 括無償取得。
- (2)搬運:指搬移運送他人所持有贓物之行為。
- (3) 寄藏:指受寄他人所持有之贓物,並為之隱藏之行為。
- (4)故冒:指故意冒受他人持有贓物之行為,即行為人知 為贓物,仍故意有償買受之情形。行為人不論係直接 或間接向財產犯罪行為人買得,均可成立本罪。
- (5)媒介:指為持有贓物之他人處分贓物之一切必要的 法律行為。
- (二) 主觀構成要件: 故意。
- 三本案甲明知張三所持之鑽戒為贓物,仍以顯不相當之價格與 乙一同合資購買,二人有共同行為決意日共同實行犯罪行為 ,甲主觀上亦具有購買贓物之直接故意,月甲無阳卻違法事 由與阳卻罪責事由,故甲購成故買贓物罪之共同正犯。
- 四本案乙雖不知該鑽戒係贓物,但判斷價格後可預見,係屬間 接故意,即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。與甲一同以顯不相當之價格合資購 買鑽戒,有共同行為決意且共同實行犯罪行為,又乙無阻卻 違法事由與罪責,構成刑法之故買贓物罪之共同正犯。
- 五綜上所述,甲與乙皆成立故買贓物罪之共同正犯。





## 總複習⑤《累犯》

#### - 意義:

曾受刑罰執行之行為人,於釋放後一定時間內,再犯特定之 犯罪而言。

#### 二成立要件:

- 一行為人必須曾受徒刑之執行完畢或一部之執行而赦免後。
- △犯罪必須發生於徒刑執行完畢或赦免後5年以內。
- (三)行為人故意再犯之罪為有期徒刑以上之罪。
- **四**須前犯之罪非於外國法院受裁判。

#### 三刑罰:

加重本刑至二分之一。

□刑法第47條(累犯)

## ▲問題一

何謂累犯?其成立要件如何?裁判確定後始發覺為累犯 應如何處理?又釋字第775號解釋出現後,又有何影響?



#### -累犯之意義:

累犯,係指受刑罰執行之人,於刑罰執行完畢或赦免後, 於一定期間內,另犯一定之罪者。因此等人經刑罰執行後 而再犯,顯然未除去其主觀上惡性,故加重其刑。刑法第 47條(累犯)第1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。」

#### 二累犯之成立要件:

- 一行為人須曾受徒刑之執行完畢或一部之執行而赦免後。
- (二)犯罪必須發生於徒刑之執行完畢或一部之執行而赦免後5年內:5年期間之計算,應以執行完畢或赦免之翌日起算,迄至犯罪行為之日為止。
- (三)行為人故意再犯之罪必須為有期徒刑以上之罪:所謂再犯有期徒刑以上之罪,係指再犯之罪之法定刑包括有期徒刑以上之刑,如再犯之罪法定刑包括有期徒刑,即使法官判處拘役或罰金亦成立累犯。再犯之罪於民國94年刑法修正後,須是故意犯才有成立累犯加重之問題。如此才足以認其危險性格未除而予以加重,而過失則無據此認為危險性格未除或刑罰反應力薄弱。
- 四須前犯之罪非於外國法院受裁判。

#### 三裁判確定後發覺累犯之處理:

刑法第48條(裁判確定後發覺累犯之處置)規定:「裁判確定後,發覺為累犯者,依前條之規定更定其刑。」蓋累犯者巧於趨避,不易發覺,既已查明,自應加重處罰,而更定其刑之程序,由該案犯罪事實最後判決法院之檢察官,聲請該法院裁定更正〔刑事訴訟法第477條(更定其刑之聲請)第1項〕。若發覺於執行完畢或赦免之後者,則應尊重判決之確定力與執行力以及犯人之利益,故同條但書云:「但刑之執行完畢或赦免後發覺者,不在此限。」

四司法院大法官釋字第775號解釋【累犯加重本刑及更定其刑案】(解釋爭點:一、刑法第47條第1項有關累犯加重本刑部分,是否違反憲法一行為不二罰原則?又其一律加重本刑,是否違反憲法罪刑相當原則?二、刑法第48條前段及刑事訴訟法第477條第1項有關累犯更定其刑部分,是否違反憲法一事不再理原則?)認為,無論再犯案件的情節輕重與否,皆加重本刑至二分之一,因忽略可能有犯罪情狀顯可憫恕而得酌量減輕其刑情事,卻變相提高法定期刑,使行為人承受過重刑罰。因此,大法官以不符憲法上罪刑相當原則與比例原則,就「加重最低本刑」部分宣告違憲。

另一方面,裁判確定後始發覺為累犯者,如更定其已裁判確定之刑期,有違一事不再理原則。因此,刑法第48條(裁判確定後發覺累犯之處置)前段失其效力。



## 概念補充®

司法院大法官釋字第775號解釋文(中華民國108年02月22日院台大二字第1080005122號):

刑法第47條(累犯)第1項規定:「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,加重本刑至二分之一。」有關累犯加重本刑部分,不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節,基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由,一律加重最低本刑,於不符合刑法第59條(酌量減輕1)所定要件之情形下,致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案,其人身自由因此遭受過苛之侵害部分,對人民受憲法第8條(人身自由)保障之人身自由所為限制,不符憲法罪刑相當原則,牴觸憲法第23條(基本人權之限制)比例原則。於此範圍內,有關機關應自本解釋公布之日起2年內,依本解釋意旨修正之。於修正前,為避免發生上述罪刑不相當之情形,法院就該個案應依本解釋意旨,裁量是否加重最低本刑。

刑法第48條(裁判確定後發覺累犯之處置)前段規定:「裁判確定後, 發覺為累犯者,依前條之規定更定其刑。」與憲法一事不再理原則有違 ,應自本解釋公布之日起失其效力。

刑法第48條(裁判確定後發覺累犯之處置)前段規定既經本解釋宣告失 其效力,刑事訴訟法第477條(更定其刑之聲請)第1項規定:「依刑法 第48條應更定其刑者……由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官,聲 請該法院裁定之。」應即併同失效。

## ♬問題二

甲平日從事汽車修理業,於民國108年3月因犯傷害 罪,被法院判處有期徒刑3個月,並得易科罰金。甲於 民國109年1月辦理完納罰金執行完畢後,又於民國110 年1月,替人修理汽車,在駕車往保養廠途中試車,因 天雨路滑,不慎撞到乙,經送醫後,乙終成植物人。 問甲成立何罪?是否構成累犯? [101-般警四]

## 台解題方向

甲之行為可能成立過失致重傷罪,須探討重傷之定義,後再 處理「故意再犯罪」問題。

## 解

- 一甲駕車不恒撞到乙,致乙成為植物人之行為,成立刑法第 284條的渦失致重傷罪:
  - (→)甲撞到乙之行為,與乙成為植物人之結果,具備相當因 果關係。而重傷的定義,依刑法第10條(名詞定義) 第4項第6款規定:「其他於身體或健康,有重大不治或 難治之傷害。」節圍包含身體機能、容貌與精神之健康完 整程度,而「重大不治或難治」則為經相當醫療後無法 回復而言。成為植物人,是指其沒有辦法自行移動自己 的身體,對身體機能與精神之健康完整程度為重大不治 之傷害,符合刑法第10條(名詞定義)第4項第6款所指 之「重傷害」。

- (二)刑法第14條(無認識之過失與有認識之過失)第1項,所 謂「按其情節,應注意並能注意而不注意者」,指的是「 依客觀情狀,負有注意之義務」而言,以行為人有無違反 注意之義務,及對於危險行為之發生有無預見之可能,而 疏於注意,致發生危險之結果為斷。本題依一般人之生活 經驗判斷,應可預見撞傷他人;又在雨天駕駛應謹恒注意 路況,然甲違反雨天行車應謹恒小心的注意義務,對浩成 用路人身體之傷害有預見可能性,為刑法第14條(無認識 之過失與有認識之過失)第1項規定之懈怠過失。
- (三)本題中,甲主客觀構成要件均該當,又無阳卻違法與罪 責事由,違法且有責,成立本罪。
- 二而關於累犯之成立,依刑法第47條(累犯)第1項規定,要 件如下:
  - ←)行為人必須曾受徒刑之執行。
  - (二)犯罪必須發生於徒刑執行完畢或赦免後5年以內。
  - (三)行為人再犯之罪為有期徒刑以上之罪。
  - **四**行為人係故意再犯罪。

依本題題意,甲如前述乃犯過失致重傷罪,即不符合累犯 中故意犯罪之要件,是以甲不成立累犯。





## 總複習(9)《假釋》

#### -意義:

對受徒刑執行已達一定刑期之受刑人,因有足夠事實足資認 定受刑人業已改過遷善,而附條件暫予以釋放。

### 二假釋之要件:

- (→)須受徒刑之宣告與執行。
- (二)須徒刑之執行逾法定期間。
- (三)須受刑人有悛悔實據。
- □刑法第77條(假釋之要件)

#### 三假釋撤銷之事由:

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6個月以內撤銷之。

□刑法第78條(假釋之撤銷)第1項



### ♬問題一

何謂假釋?假釋之要件如何?假釋撤銷後之效力如何?又假釋未經撤銷之效力如何?並述國家設立假釋 制度之立法理由何在?試說明之。



#### 一意義:

假釋是受徒刑之執行,而有悛悔實據者,經一定期間由監 獄長官呈法務部,許其暫行出獄,嗣後於一定期間內未犯 罪者,刑罰權因而消滅之制度。

#### 二假釋之要件:

我國刑法第77條(假釋之要件)規定,假釋之要件如下:

- ←)須受徒刑之執行經過一定期間:無期徒刑逾25年、有期徒刑 逾二分之一、累犯逾三分之二。蓋因自由刑之執行,重在改 善犯人之惡性,經過一定期間後可能獲得感化之實效。
- (二)須有悛悔實據:實務依行刑累進處遇條例第13條至第25條,按各級受刑人每月執行情況區分第四至第一級,倘進於第二或第一級者,即符合本要件,而得呈請假釋。

#### 三撤銷假釋之事由為:

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6月以內,撤銷其假釋。但假釋期滿逾3年者,不在此限。〔刑法第78條(假釋之撤銷)〕

### 四撤銷假釋後之效力:

假釋撤銷之後,仍應繼續受刑之執行,其因假釋出獄之日數,不算入刑期之內。例如受10年有期徒刑宣告之人,於執行6年後假釋出獄,假釋2年後更行犯罪,受有期徒刑之宣告而撤銷假釋,仍應繼續執行4年,假釋出獄之2年期間,依刑法第78條(假釋之撤銷)規定,不算入已執行之刑期內。

#### 五假釋未經撤銷之效力:

- 一在無期徒刑假釋後滿20年或在有期徒刑所餘刑期內未經撤 銷假釋者,其未執行之刑,以已執行論。但依刑法第78條 (假釋之撤銷)第1項撤銷其假釋者,不在此限。〔刑法 第79條(假釋之效力)第1項]
- (二)假釋中另受刑之執行、羈押或其他依法拘束人身自由之期 間,不算入假釋期內。但不起訴處分或無罪判決確定前曾 受之羈押或其他依法拘束人身自由之期間,不在此限。〔 刑法第79條(假釋之效力)第2項〕

此係指犯罪非在假釋期間內,而執行在假釋期間內之情形 而言。若犯罪亦在假釋期間內,則為撤銷假釋之原因,不 發生計算與否之問題。

#### 六假釋的立法理由:

- (一)補救長期自由刑之弊:因無期徒刑,犯人身繫囹圄,以 日期過長,雖具悔改之心,但難有出獄之望,不免因而 白暴白棄,故乃設有假釋制度,對於有慘悔實據而執行 又已達一定期間者,准其出獄,如能於一定期間內未經 撤銷,即不再執行。如此,對已確有慘悔實據者,即可 免除不必要之執行,而對於尚在悛悔中者,又有其鼓勵 作用,可企其努力向上。
- (二)且有教育犯人之功:刑罰之目的,在使犯人復歸計會, 而犯人之社會適應性,只有在現實自由之社會中,加以 觀察始屬確實,故假釋制度具有教育犯人之作用。因之 ,以社會復歸目的之自由刑,須採行假釋制度。
- (三)可疏通監獄滿監現象,以貫徹刑罰經濟原則:犯人一旦 被判刑收容於監獄,則不僅國家損失人力,且監獄開支 耗費公帑。以當前刑事政策在達成特別預防之目的,如 受刑人服刑至一定期間,而有悛悔之實據,且有改過遷 善之心,自無繼續監禁之必要。如此既可疏通監獄,且 可減少國庫負擔,貫徹刑罰經濟之目的。



## 奪分關鍵

- ※ 司法院大法官釋字第 796 號【撤銷假釋案】 解釋今:
  - (中華民國 109 年 11 月 06 日院台大二字第 1090031754 號)
- 一解釋爭點:刑法第78條第1項本文規定,受假釋人於假釋中因故意更犯罪, 受有期徒刑以上刑之宣告者,均一律撤銷其假釋,是否牴觸憲法第23條比 例原則?
- 二解釋文:刑法第78條第1項本文規定:「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6月以內,撤銷其假釋。」不分受假釋 人是否受緩刑或 6 月以下有期徒刑之宣告,以及有無基於特別預防者量, 使其再入監執行殘刑之必要之具體情狀,僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑 之宣告,即一律撤銷其假釋,致受緩刑或6月以下有期徒刑宣告且無特別 預防考量必要之個案受假釋人,均再入監執行殘刑,於此範圍內,其所採 取之手段,就目的之達成言,尚非必要,牴觸憲法第23條比例原則,與憲 法第8條保障人身自由之意旨有違,應自本解釋公布之日起失其效力。上 開規定修正前,相關機關就假釋中因故意更犯罪,受緩刑或6月以下有期 徒刑宣告者,應依本解釋意旨,個案審酌是否撤銷其假釋。



三理由書:人民身體之自由應予保障,憲法第8條定有明文。人身自由乃人 民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提,立法機關如為保護合乎 憲法價值之特定重要法益,雖非不得制定限制人身自由之法律,但如使人 身自由遭受過度剝奪,即有違憲法第23條比例原則,而不符憲法第8條保 障人民身體自由之意旨。

假釋制度之目的在使受徒刑執行而有悛悔實據並符合法定要件者,得停止徒刑之執行,以促使受刑人積極復歸社會(刑法第77條、監獄行刑法第116條及第138條第2項參照)。假釋處分經主管機關作成後,受假釋人因此停止徒刑之執行而出獄,如復予以撤銷,再執行殘刑,非特直接涉及受假釋人之人身自由限制,對其因復歸社會而業已享有之各種權益,亦生重大影響(本院釋字第681號解釋參照)。是撤銷假釋之處分,雖非使受假釋人另承受新刑罰,然以執行殘刑為撤銷假釋之主要法律效果,受假釋人須再次入監服刑,其人身自由因而受到限制,自應符合憲法第23條比例原則,始符憲法第8條保障人民身體自由之意旨。

查監獄行刑,乃國家對於犯罪人執行刑罰之主要方式之一,監獄行刑除公正應報及一般預防目的外,主要在於矯正、教化受刑人,促使受刑人改悔向上,培養其適應社會生活之能力,協助其復歸社會生活(監獄行刑法第1條立法說明參照)。假釋之目的亦在於鼓勵受刑人改過自新,給予已適於社會生活之受刑人提前出獄,重返自由社會,以利其更生(86年修正刑法第77條立法說明,另行刑累進處遇條例第76條參照)。是不論在監執行徒刑或假釋,均在協助受刑人得以重返自由社會。假釋僅係使受刑人由完全受監禁之監獄環境,邁入完全自由釋放之過程中,於符合一定條件,並受保護管束之公權力監督下(刑法第93條第2項參照),提前釋放之緩衝制度,亦即於刑罰執行過程中,由機構處遇轉為社會處遇之轉向機制。因此,法律乃規定於在監執行期間,如受刑人不適合提前回歸社會,則不予假釋,繼續在監執行,以實現國家刑罰權。於轉為社會處遇之假釋期間,如受假釋人有不適合回歸社會之事實發生者,則撤銷假釋使受假釋人回復至監獄之機構處遇。



系爭規定明定:「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6月以內,撤銷其假釋。」目的在於使不適合社會處遇之受假釋人,回 復至監獄之機構處遇,執行國家刑罰權,其固係為保護合平憲法價值之特定重 要法益。然受刑人是否適合假釋,使其提前出獄,回歸社會,本應參酌受刑人 之犯行情節、在監行狀、犯罪紀錄、教化矯治處遇成效、更生計畫及其他有關 事項,綜合判斷其悛悔情形(監獄行刑法第116條第1項及受刑人假釋實施辦 法第3條參照)。一旦准予假釋,表示受假釋人適宜在保護管束之公權力監督 下,提前出獄重返社會。因此,受假釋人於假釋中因故意更犯罪,受有期徒刑 以上刑之宣告者,是否撤銷其假釋,使其回復至監獄之機構處遇,自應依其是 否仍適合社會生活,亦即是否已違背假釋之初衷而為判斷,方能平衡撤銷假釋 目的與受假釋人之人身自由保障。於受假釋人故意更犯之罪係受緩刑或6月以 下有期徒刑宣告之情形,就該更犯之罪,或暫不執行,或得易科罰金或易服社 會勞動(刑法第41條及第74條第1項參照),則是否應變更原受之社會處遇, 改為入監執行之機構處遇,自應再個案審酌有無基於特別預防者量,而有必要 使該受假釋人再入監執行殘刑之具體情狀(例如對社會危害程度、再犯可能性 及悛悔情形等),不應僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告,即一律撤銷其 假釋,致受緩刑或 6 月以下有期徒刑宣告且無特別預防考量必要之個案,均再 入監執行殘刑。

綜上,系爭規定不分受假釋人是否受緩刑或6月以下有期徒刑之宣告,以及有 無基於特別預防考量,使其再入監執行殘刑之必要之具體情狀,僅因該更犯罪 受有期徒刑以上刑之宣告,即一律撤銷其假釋,致受緩刑或6月以下有期徒刑 宣告且無特別預防考量必要之個案受假釋人,均再入監執行殘刑,於此範圍內, 其所採取之手段,就目的之達成言,尚非必要,牴觸憲法第23條比例原則, 與憲法第8條保障人身自由之意旨有違,應自本解釋公布之日起失其效力。系 爭規定修正前,相關機關就假釋中因故意更犯罪,受緩刑或6月以下有期徒刑 宣告者,應依本解釋意旨,個案審酌是否撤銷其假釋。

至聲請人據以聲請解釋之原因案件,若所涉更犯罪之罪責,並非受緩刑或 6 月以下有期徒刑宣告者,即非屬本解釋文所指相關機關應依本解釋意旨, 個案審酌是否撤銷其假釋之範疇,併此指明。

# 第二篇

# 刑法分則





## 第一章 侵害國家法益之犯罪



總複習(1)《普诵內亂罪》

#### -客觀構成要件:

(一)行為主體:任何人皆能為之。

△行為:強暴或脅迫的行為手段,著手實行內亂行為。

#### 二 主觀 構成 要件:

- (一)內亂故意。
- (二)不法意圖:
  - 1. 意圖破壞國體。
  - 2. 意圖竊據國十。
  - 3. 意圖非法變更國憲。
  - 4. 意圖顛覆政府。

□刑法第100條(善通內亂罪)

### ▲ 問題

現行刑法第100條規定:「意圖破壞國體,竊據國土, 或以非法之方法變更國憲,顛覆政府,而以強暴或脅 迫著手實行者,處……」。試問:

- -本條是否有構成要件行為?
- 二本條是否有行為客體?
- 三本條規定有無違反罪刑法定原則,其理由為何?

### 台解題方向

刑法第100條普通內亂罪之規定,構成要件行為並不明確, 有違罪刑法定原則中的罪刑明確性要求。





- 一、所謂構成要件行為是指在犯罪的客觀構成要件中明確指出行為內容。亦即,必須有明確具體指稱對象,才可以稱為構成要件行為。本罪構成要件前半段規定的是行為人主觀上的意圖要素,客觀構成要件只有「以強暴或脅迫著手實行」,學說上有認為這種以「著手」為其構成要件要素者為著手犯,但所謂「著手」,是在「行為階段」的前提下進行討論的,指的是行為人對於法益侵害實現所達到的程序,這種行為階段的用語無法指陳構成要件應該有的「內容」,因此就內亂罪的規定看來,只有行為階段而沒有任何構成要件行為的規定。而「強暴」、「脅迫」亦僅為行為方法之規定,而非構成要件行為之規定。因此本條沒有構成要件行為。
- 二所謂行為客體是指構成要件行為的對象而言,本條前半段 規定對於國憲、國體、政府、國土侵害的文字,均僅屬主 觀意圖之規定,是意圖的對象,而不是構成要件行為的對 象,而本罪因為沒有構成要件行為,所以也沒有構成要件 行為的對象—行為客體。
- 三罪刑法定原則的目的是要界定國家刑罰權的界線,以發揮刑法上保障人權之功能,故要求立法者必須以形式的法律條文規定犯罪的內容。亦即,法律明文的規定在客觀上必須有一個能夠被審查的行為,在內容上明白具體地出現於構成要件中,始符合罪刑法定原則的要求,單純以主觀要件作為犯罪構成要件之內容,容易陷人於罪,違背罪刑法定原則中「構成要件明確性」之要求。依前所述,本條規定在客觀上並無構成要件行為,唯一的客觀要件是著手,卻無法特定行為的態樣」,例如,以竊據國土的意圖,對於特定公務員施強暴、脅迫亦可能成立內亂罪,但這樣的行為應不致影響國家存立,故成立內亂罪,顯有不當。因此,本罪違反罪刑法定原則中之構成要件明確性原則。

<sup>1</sup> 熊樣(日文稱樣態):指情狀。意思是「東西事物的樣貌、形態、性質」。





## 總複習②《不違背職務之受賄罪》

#### - 客觀構成要件:

(一)行為主體:公務員或仲裁人。

(二)行為客體:賄賂或其他不正利益與行為人職務行為間具等

價關係。

(三)行為:要求、期約或收受賄賂或其他不正利益。

四職務上的行為:行為是在公務員的職務權責範圍以內,所應該做到或者可以做的行為。

#### 二主觀構成要件:

行為人具備普通受賄故意。

□107年5月23日修正刑法第121條((不違背職務之受賄罪)

## ₫問題一

試述餽贈、賄賂與不正利益之區別。



#### - 餽贈:

贈送禮物之謂也,如婚慶之禮物或社交範圍內之贈送。其與賄賂之區別,須視財物之交付是否為公務員職務上行為之對價而定,在二者有對價關係之場合,對方縱以社交餽贈為名為財物之交付,收受之一方即公務員除非確無「對價」之認識,否則仍應成立收受賄賂罪。

#### 二賄賂:

以受賄或行賄之意思,而收受財物之謂也,即不正之餽贈。 賄賂係指金錢或其他可以金錢計算之財物。

#### 三不正利益:

係指賄賂以外之一切足以供人需要滿足慾望之有形或無形 之不正當利益而言,包括物質上之利益與非物質利益,前 者如設定債權、免除債務、予以低利貸款,後者如給予地 位、允與性交或其他性行為。

## ♬問題二

試簡釋「公務員對職務上之行為收受賄賂」之意義。

### 解題方向

本題重點在於「職務上之行為」是指公務員不違背其職務上 所應盡義務而為之行為,係「不違背職務之行為」,且不限 於現時的職務行為。



#### - 意義:

107年5月23日修正刑法第121條(不違背職務之受賄罪) 規定:「公務員或仲裁人對於職務上之行為,要求、期約 或收受賄賂或其他不正利益者,處七年以下有期徒刑,得 併科七十萬元以下罰金。」

#### 二構成要件:

- (一)主體:公務員或仲裁人;所謂公務員係依法從事於公務 之人員。所謂仲裁人,係依法今仲裁雙方爭議之人。
- (□)客體:對職務上之行為。所謂職務上之行為係指公務員或 仲裁人於其職務範圍內所應為或得為之行為,亦即在其權限 節圍內之事項,本其職務上應為而不違背其義務者而言。
  - 1.要求、期約、收受:「要求」係指請求給付賄賂或不 正利益之意思表示,不以相對人允諾為必要。「期約」 係指行賄者與受賄者關於約定收受賄賂或不正利益之合 意。「收受」係指收取或接受賄賂或不正利益之行為。
  - 2.為賄賂或其他不正利益:所謂「賄賂」係指金錢或得 以金錢計算之財物而言。所謂「其他不正利益」係指凡 足供人需要或滿足人慾望之一切有形無形利益均屬之。
  - 3.行為人主觀上須認識財物或利益對職務行為有對待給 付之關係,並進而決意要求期約收受,方具本罪故意。





## 總複習⑦《凌虐人犯罪》

#### - 客觀構成要件:

←)行為主體:有管收、解送或拘禁人犯職務之公務員。

(二)行為客體:被管收、拘禁或解送的人犯。

(三)行為:本罪所稱之凌虐,指以強暴、脅迫或其他方法使人 犯在精神或肉體上遭受虐待。

#### 二主觀構成要件:

行為人主觀上具凌虐人犯故意。

□刑法第126條(凌虐人犯罪)

## ₿問題

甲為監所管理員,因犯人A桀驁不馴,屢次出言頂撞,乃於某寒冬深夜,將A於操場罰站一宵,並1日不准用餐。試問甲應負何刑責?

## 解<sub>ANSWER</sub>

本題中甲之行為可能成立刑法第126條(凌虐人犯罪)第1項 凌虐人犯罪,本罪之客觀構成要件為:

- 有管收、解送或拘禁人犯職務之公務員。
- 二行為客體為人犯。
- 三施以凌虐之行為。

四於執行職務之際施以凌虐。此為一不成文構成要件要素,實務從此見解。(最高法院31年上字第2204號判例參照)故本題中之甲若係於執行職務之際,將 A 於操場罰站一宵,並1日不准用餐,可成立刑法第126條(凌虐人犯罪)第1項凌虐人犯罪,若甲非利用執行職務之際,則僅能依刑法第277條(普通傷害罪)論罪,並依刑法第134條(公務員犯罪加重處罰之規定)加重處罰之。





## 總複習8《公務員圖利罪》

#### - 客觀構成要件:

- (-)公務員。
- (二對於主管或監督之事務為圖利行為。
- (三) 明知違背法今。
- 四直接或間接圖自己或其他私人不法利益。
- (五)因而獲得利益。

#### 二主觀構成要件:

直接故意。

□刑法第131條(公務員圖利罪)

## ₫問題一

圖利罪之要件為何?

### 會解題方向

應著重於本罪之行為人須因其行為獲得不法利益,且構成要 件故意以直接故意為限。





#### -公務員:

圖利罪原以公務員為處罰對象,依刑法第10條第2項規定: 「稱公務員者,謂下列人員:

- ○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,以及其他依法令從事於公共事務,而具有法 定職務權限者。
- (二)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。」

此外,因貪污治罪條例第2條(規範對象)規定:「公務員 犯本條例之罪者,依本條例處斷。」又同條例第3條(共犯 之適用)規定:「與前條人員共犯本條例之罪者,亦依本 條例處斷。」因此,圖利罪之適用對象,概言有三:

- ○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,例如經國家考試及格於戶政機關工作的戶政 人員;以及其他依法令從事於公共事務,而具有法定職 務權限者。
- (二)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。
- (三)與前述2種人員(公務員)共犯圖利之普通人民。

### 二對於主管或監督事務:

所謂「主管事務」,係指依法令職務上對該事務有主持、參 與或執行之權責者而言,一般承辦人員均屬之。所謂「監督 事務」,係指雖非直接或執行其事務,但對於掌管該事務之 公務員,有監督之權,例如各承辦人員之課長、科長、處長 。行為人若非因其所主管或監督的事務而圖利,自不構成本 罪,不得以其具公務員身分,即認定其該當本罪。



#### 三明知違背法今:

明定圖利罪之成立,須以公務員對主管或監督之事務有違 背法令之行為為要件之必要。亦即, 公務員所為之圖利行 為必須係違背法今之行為,始足當之。

所稱「違背法令」,該「法令」係指包括法律、法律授權 之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則 等,對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果 之規定。由於我國現行法令之種類及內容眾多,非一般公 務員所能盡悉,故為使其刑事責任明確化,且配合刑法第 213條(公文書不實登載罪)亦以公務員明知為構成要件, 而於圖利罪增列以明知違背法令為成立犯罪之主觀要件。

#### 四直接或間接圖自己或其他私人不法利益:

- (一) 查污治罪條例第6條(輕度查污行為之處罰)第1項第4款 、第5款於民國85年10月23日修正時,對於圖利國庫之行 為已予除罪,為使刑法圖利罪與貪污治罪條例圖利罪之 構成要件一致,民國90年修正刑法第131條(公務員圖利 罪)第1項規定本條以「圖自己或其他私人不法利益」為 要件,排除處罰圖利國庫之行為。若公務員因圖利國庫 或圖利公眾之行為,而損及人民之利益時,人民可依國 家賠償法相關規定,依具體個案情節請求賠償其損害。
- (二)所謂「直接圖利」係指行為人之行為,直接使自己或第三 人獲得利益,例如甲為某公務單位負責採購物品人員,向 廠商採購物品時索取回扣,此即直接圖利罪。而「間接圖 利」係指行為人必須透過他人行為,以使自己或第三人獲 得利益,例如某甲為某公家機關出納,負責保管金錢往來 , 為圖得不法之利益, 乃透過友人某乙將所保管之公款借 與不知情之第三人,某甲乃按月收取不法之利息。
- (三)本條所稱「圖自己或其他私人不法利益,並因而獲得利 益者 」 之「利益」,係指一切足使其本人或第三人(包 括自然人及法人)之財產增加經濟價值者,包括現實財 物及其他一切財產利益(含有形、無形之財產利益及消 極與積極之財產利益)而言。

#### 五因而獲利者:

公務員對主管或監督之事務,明知違背法令,直接或間接 圖自已或其他私人不法利益,因而獲得利益者,始構成犯 罪。民國90年修法將本罪之行止類型修正為結果犯,使構 成要件更加具體明確。



### ♬問題二

公務員如以公款存放商業銀行生息,並以所得利息購辦公桌椅,是否構成犯罪?

### 解題方向

圖利國庫是否該當公務員圖利行為?

## 解answer

刑法第131條(公務員圖利罪)之圖利罪於民國90年修正前,係注重處罰瀆職,故無論圖利國庫或圖利私人,均成立圖利罪,故而公務員以公款存放商業銀行生息,以所得利息購買辦公桌椅,雖非圖利自己,亦成立圖利罪。但於修法後,圖利罪之圖利對象僅限於自己或其他私人,其用意即在排除所謂圖利國庫之可罰性,故公務員以公款存放商業銀行生息,以所得利息購買辦公桌椅,非圖利自己或其他私人,而係圖利國庫,故圖利罪之客觀構成要件不該當,該行為不構成犯罪。



## ₫ 問題三

乙擔任市政府某警察分局警備隊員,為免轄區內其友人甲經營已三個月,獲利甚豐,聲名遠播之地下賭場遭警取締,竟暗中將該分局即將出勤臨檢該店之非例行性勤務訊息,偷偷告知甲,使甲得以事先防備,關門歇業。試問:甲、乙所為如何論處?[108~般警特三]



- 甲開設並經營地下賭場部分:
  - ←)甲開設地下賭場行為,可能成立刑法第268條(圖利供給 賭場或聚眾賭博罪)供給賭博場所罪:
    - 1.客觀上,甲規劃場地並開設地下賭場,侵害社會的善良風俗;主觀上,甲具有提供賭博場所之故意且意圖 營利而開設該賭場,其主客觀構成要件均該當。
    - 2.甲無阻卻違法與罪責事由,違法且有責,成立本罪。
  - (二)甲經營地下賭場行為,可能成立刑法第268條(圖利供給賭場或聚眾賭博罪)聚眾賭博罪:
    - 1.客觀上,甲長期經營地下賭場,聚集不特定多數人得 於此進行賭博,侵害社會的善良風俗;主觀上,甲具 有聚眾賭博之故意且意圖營利而經營該賭場,其主客 觀構成要件均該當。
    - 2.甲無阻卻違法與罪責事由,違法且有責,成立本罪。
  - (三)甲經營地下賭場行為,可能成立刑法第266條(普通賭博 罪與沒收物)賭博罪:
    - 1.客觀上,地下賭場係屬公眾得出入場所,而甲經營地下賭場自為與不特定賭客對賭之莊家,侵害善良風俗法益;主觀上,甲具有賭博之故意,其主客觀構成要件均該當。
    - 2.甲無阻卻違法與罪責事由,違法且有責,成立本罪。



#### 四結論(競合):

依實務見解,客觀上認為符合一個反覆、延續性之行為觀念者,於刑法評價上,即應僅成立一罪。本案中,甲先後成立賭博罪、供給賭博場所罪、聚眾賭博罪即屬前述情形,應認僅成立一罪,因此,甲一行為觸犯數罪名,為想像競合犯,應依刑法第55條(想像競合犯)規定,從一重論處聚眾賭博罪。(南投地方法院102年度投刑簡字第318號判決參照)

#### 二乙告知甲警察非例行性勤務訊息部分:

- (→)乙告知甲警察出勤訊息,可能成立刑法第132條(洩漏國 防以外之秘密罪)第1項洩漏國防以外之秘密罪:
  - 1.客觀上,乙具有警察分局警備隊員身分,係該當刑法 第10條(名詞定義)第2項第1款之身分公務員,而乙 將非例行性勤務訊息告知甲,其訊息係屬國防以外之 秘密,且依實務見解,甲與本罪該訊息兼具有利害關 係,係屬本罪之應秘密者,其客觀構成要件均該當; 主觀上,乙具有洩漏國防以外秘密之故意,其主觀構 成要件該當。
  - 2.乙無阻卻違法與罪責事由,違法且有責,成立本罪。
- (二)乙為保護甲之利益而告知甲警察出勤訊息,可能成立刑法第131條(公務員圖利罪)圖利罪:
  - 1.客觀上,乙為身分公務員如前述,為避免甲受警察臨檢,乙明知轄區內的甲經營賭者,本於職務應行取締犯罪,卻違背法令而將非例行性勤務訊息告知甲,讓甲得以事前規避,以圖繼續經營地下賭場免於遭警察查緝沒入之不法利益,客觀構成要件該當;主觀上,乙具有圖利甲之故意,其主觀構成要件該當。
  - 2.乙無阻卻違法與罪責事由,違法且有責,成立本罪。



(三)乙為保護甲之利益而告知甲警察出勤訊息,可能成立貪污治罪條例第6條(輕度貪污行為之處罰)第1項第4款之公務員圖利罪:

依前述,乙就職務上應為之取締犯罪行為,明知違背法令卻將非例行性勤務訊息洩漏使甲知悉,並讓其得以事前規避保有經營地下賭場之不法利益,又乙具有圖利甲之故意,且無阻卻違法與罪責事由,成立本罪。(最高法院105年度台上字第3417號判決參照)

- 四乙為保護甲之利益而告知甲警察出勤訊息,可能成立刑法第270條(公務員包庇賭博罪)公務員包庇賭博罪:
  - 1.客觀上,乙私下將非例行性勤務訊息告知甲,係屬積極積極包攬庇護甲之行為,客觀構成要件該當;主觀上,乙具有包庇賭博之故意,其主觀構成要件該當。
  - 2.乙無阻卻違法與罪責事由,又依前述乙具有公務員身分,故乙違法且有責,成立本罪並加重其刑至二分之一。

### (五)結論(競合):

- 1.乙以一個圖利行為,分別成立刑法上圖利罪與貪污治 罪條例之公務員圖利罪,基於特別法優於普通法原則 ,應成立貪污治罪條例之公務員圖利罪。
- 2.又乙一行為成立公務員圖利罪、洩漏國防以外之秘密 罪與包庇賭博罪,因侵害法益不同,故依刑法第55條 (想像競合犯)想像競合,從一重處斷。





# 總複習⑭《僭行公務員職權罪》

#### - 客觀構成要件:

- (→)主體:不以普通人為限,如具有公務員身分但無特定職權,卻冒行其職權者亦屬之。
- (二)行為:冒充公務員進而行使該公務員之職權,冒充與行使 其職權須兼而有之,方足構成本罪,僅冒充公務員身分而 未行使職權,或逕擅行其職權而未冒稱公務員者,均不足 該當本罪之要件。

#### 二主觀構成要件:

行為人需具有冒充公務員而行使其權力之故意。

□刑法第158條(僭行公務員職權罪)



## ₫問題一

甲冒充警察對路人乙實施臨檢,甲之行為應成立何罪?

### 會解題方向

甲之行為係屬一行為而侵犯數罪名其競合關係為:

- 一. 僭行公務員職權罪與冒充公務員服章官銜罪之關係: 法條 競合之特別關係。

## 解ANSWER

- 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條第1項「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」之規定,而應處以刑法第158條「冒充 公務員而行使其職權罪」。因二罪間屬法條競合之特別關 係,故應僅論以刑法第158條之僭行公務員職權罪即可。
- 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(僭行公務員職權罪)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。





## 總複習⑮《單純脫逃罪》

#### - 意義:

人民基於國家之拘禁作用,對於受刑罰之科處或受逮捕羈押 ,有予以忍受之義務。

#### 二客觀構成要件:

- (一)行為主體:依法拘禁或逮捕的人。
- (二)本罪行為係自行逃脫,乃行為人未受允許擅自逃離公力拘束或監督。

#### 三主觀構成要件:

行為人主觀須出於脫逃故意而為該行為。

□刑法第161條(脫逃罪)第1項

## ₫問題一

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?

## 解<sub>answer</sub>

本題中甲犯竊盜罪部分應無疑義,有爭論者為甲是否另成立 刑法第161條之脫逃罪?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之範圍,有侵害國家司 法權之可能,始構成本罪。

依題意,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,即尚未置諸於公力拘束 下,縱有脫逃行為,尚難構成脫逃罪,故甲不成立刑法第161 條之脫逃罪。





## 總複習66《藏居人犯或使之隱澼、頂替罪》

#### - 蔵匿人犯或使之隱澼罪:

←)行為主體:限犯人或脫逃人以外之人。

(二)行為客體:犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人。

(三藏匿或使之隱蔽之行為:

1.藏匿:收容隱蔽,使偵查機關不易發覺之行為。

2.使之隱匿:藏匿以外之方式,使其得以躲避偵查機關之 搜查追捕之行為。

四行為人主觀上須具藏匿犯人或使之隱蔽故意。

#### 二頂替罪:

(一)行為:頂替犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人。

(二)行為人主觀上須具頂替故意,且出於藏匿犯人或使之隱蔽 的不法意圖。

### 三刑罰減免事由:

藏匿人犯或使之隱蔽罪及頂替罪之行為人與犯人或脫逃人間具 配偶、五親等內之而親或三親等內之姻親關係者,減免其刑。

□刑法第164條(藏匿人犯或使之隱避、頂替罪)、第167條 (親屬間犯本章罪之減免)



## ₫問題一

刑法第164條藏匿人犯罪之型態有幾?其構成要件為何?有無得減免之事由?試分述之。

## 解ANSWER

刑法第164條藏匿人犯罪可分為2種型態:藏匿犯人或使之隱避罪、意圖隱匿犯人而頂替罪。分述如下:

#### - 構成要件:

- ○藏匿犯人或使之隱避罪:藏匿犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人或使之隱避者,構成本罪〔108年12月25日修正刑法刑法第164條(藏匿人犯或使之隱避、頂替罪)第1項〕,應處二年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金。其構成要件有二:
  - 1.須有藏匿或使隱避之行為:藏匿係指藏匿人犯,使搜查者不能發現,或難於發現之謂。所云隱避,指藏匿以外,使人犯隱蔽逃避之方法而言。藏匿或使之隱避,均係妨害國家之搜查權,故雖藏匿多人,仍應論以一罪。又或先行藏匿繼使隱避,或先使隱避,繼復藏匿,法理上亦只構成一罪。
  - 2.須知其為犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人,而予以藏匿 ,或使之隱避:所云犯人,指已經觸犯刑事法上之罪 名者而言,不以起訴後之犯人為限。藏匿現行犯或準 現行犯,自應構成本罪;即藏匿僅有犯罪嫌疑之人者 ,亦足以妨害國家之搜查權,故本條「犯人」二字, 似以從廣義解釋為當。至其該犯人之犯罪,究能成立 與否,可不問也。至所謂依法逮捕拘禁之脫逃人,則 指依法逮捕拘禁而已脫逃者而言,然並不以脫逃罪者 為限,蓋因脫逃之人縱或不負脫逃罪責,其隱匿之者 ,乃於國家之偵查犯罪權有所妨害也。

- (二)意圖隱匿犯人而頂替罪:意圖犯108年12月25日修正刑法 刑法第164條(藏匿人犯或使之隱澼、頂替罪)第1項之 罪而頂替者,刑法並明定處罰(刑法第164條第2項)。 其構成要件有二:
  - 1.須意圖藏匿犯人或依法逮捕拘禁之脫洮人或使之隱避。
  - 2. 須有頂替之行為:所謂頂替,乃冒稱犯人或脫洮人之 姓名,以為代替。惟既曰頂替,則必先有具體之犯人 或脫洮人而後可言。
- 二本罪得減免其刑之事由:配偶、五親等內之血親或三親等 內之姻親,圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫洮人,而犯上列 藏匿或隱避罪或頂替者,刑法規定減輕或免除其刑〔刑法 第167條(親屬間犯本章罪之減免)〕。蓋因近親之間,互 相容隱,乃人情之常,無足深責,故刑法特以圖利犯人或 脫逃人利益之情形,為減免之條件,若其行為動機別有所 在者,則與親屬之互相容隱無關,當然不在減免之列。

## □問題二

甲為某公司董事長,某日疲勞駕駛,打瞌睡而追撞機車,導致機車騎士A跌倒受傷。甲肇事後,心知不妙,立即要求坐在副駕駛座的太太乙要自承為開車之人。甲於事故後立即打電話報警並告知有傷者,警車與救護車同時抵達,乙則向警察陳述自己開車不小心撞倒機車,警察以乙之陳述而將乙記載為車禍事故肇事者。乙之行為如何論罪?[108-般學特母]

## 解<sub>answer</sub>

- 乙向警察陳述而警察將乙記為肇事者部分,茲分述如下:
- 一、乙可能成立108年12月25日修正刑法第164條(藏匿人犯或 使之隱避、頂替罪)第2項之頂替罪:
  - (一)本案中,甲為過失傷害之犯罪行為人,固為本罪之犯人,則客觀上乙透過向警察陳述係自己開車行為,雖非冒 名頂替,仍得認有妨害司法權之行使而該當頂替行為。
  - (二)主觀上,乙明知前述事實並有意為之,且乙具有使甲隱蔽之意圖。又乙無阻卻違法、罪責事由,成立本罪。
- 二乙可能成立108年12月25日修正刑法第214條(使公務員登載不實罪)之使公務員登載不實罪:
  - 客觀上,乙明知甲為犯罪行為人而頂替其罪並使警察記為 肇事者,雖該當明知不實事項而使公務員登載於職掌之公 文書要件,但依實務見解,本罪之成立必須以公務員無須 實質審查為必要,但因警察記為肇事者後,須就有無犯罪 嫌疑為實質調查,故乙之行為,不成立本罪。
- 三結論:乙僅成立刑法第164條(藏匿人犯或使之隱避、頂替 罪)之頂替罪。





### - 客觀構成要件:

←)行為主體:證人、鑑定人或通譯三者之一。

(=)虚偽之陳述:於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵 查時,且係對案情有重要關係之事項為虛偽之陳述。

**(三)**須於供前或供後具結,而為虛偽之陳述。

#### 二主觀構成要件:

行為人主觀上須具偽證故意。

□刑法第168條(偽證罪)



## ₫問題一

刑法第168條所定偽證罪之構成要件及處罰如何?試論述之。

## 解<sub>ANSWER</sub>

於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時,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,為偽證罪(刑法第168條),茲分述如下:

#### -、構成要件有五:

- 一本罪主體,須為證人、鑑定人或通譯:
  - 1.證人謂就他人之訴訟事件,到案陳述其所聞見或經過事實之第三人。
  - 2.鑑定人謂具有專門學術經驗或特別技能,以鑑別事件 之人。
  - 3.通譯乃傳達雙方意思表示之第三人。 此3種人皆有特殊身分,故為偽證罪之主體也。
- (二)須於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時,為 虛偽之陳述:所謂審判時,指依法開始審判程序而未終 結之時;偵查時謂依法開始偵查程序,偵查調查犯罪之 時;本罪犯罪時間以偵查時或審判時為限。
- (三)須於供前或供後具結而為虛偽之陳述:具結謂證人於法 庭所為之書面表示,願意承受偽證之法律責任也。
- 四所為之虛偽陳述,須為於案情有重要關係之事項:虛偽 之陳述,必為與案情有重要關係事項,始能成立本罪。 若僅對於與案情關係甚淺或無關之事項,有虛偽陳述者 ,則不足以構成本罪。
- **运**行為人須有犯罪故意。

#### 二處罰:

本罪之法定刑為7年以下有期徒刑〔刑法第168條(偽證罪)〕。犯本罪,於所虛偽陳述之案件裁判確定前自白者,減輕或免除其刑〔刑法第172條(偽證、誣告自白減免)〕。



## ▲問題二

甲與乙為共犯,但甲並未經檢察官起訴,僅被傳喚為 證人,出庭為涉嫌犯罪之乙作證。甲明知為虛偽之事 實,而仍為有利於乙之陳述,後來發現甲亦為共犯, 因而被追加起訴。

### 解題方向

湮滅刑事證據罪之「刑事被告案件」,係指因告訴、告 發、自首等情形開始偵查以後之案件。

## 解

- 一甲雖與乙為共犯,而被傳喚對其共犯之犯罪作證,惟仍不 能否定其無證人之適格,蓋依我國刑事訴訟法對於證人並 無資格上之限制,故原則上任何人均可為證人。
- 二甲既與乙有共犯關係,即屬不能具結之人,對於法律下不 得今其具結之人,而誤今其具結者,即不發生具結之效力 , 從而亦不具備偽證罪應具有之構成要件。



## 第二章 侵害社會法益之犯罪



總複習①《放火或失火燒燬現住建築物及交通工具罪》

#### -客觀構成要件:

- (→)放火係以火力燃燒特定物之積極作為;失火係過失引起特 定物燃燒之行為。
- (⇒)燒毀:實務主張「全部毀損說(效能喪失說)」或「重要 部分開始燃燒說」。前者係指行為客體經火力燃燒後,其 物質或效用(效能)達全部滅失之程度;後者為行為客體 由於燃燒而全部滅失,或雖部分燃燒而滅失,但已喪失其 主要效用之程度。

#### (三)行為客體:

- 1. 燒燬現供人使用之住宅。
- 2. 燒燬現有人所在之建築物、礦坑。
- 燒燬現有人所在之火車、電車或其他供水、陸、空公眾 運輸之舟、車、航空機。

### 二主觀構成要件:

放火之行為人主觀上對犯罪構成要件有認識及不法意圖;失 火則係因行為人之過失。

### 三本罪有處罰未遂犯。

□刑法第173條(放火或失火燒燬現住建築物及交通工具罪)



## ₫問題一

試說明放火罪中「燒燬」之意義。

## 解<sub>ANSWER</sub>

放火罪中之「燒燬」如何判斷,學說、實務有不同見解:

#### -獨立燃燒說:

係指行為客體已處於燃燒之狀態,不必再藉由引燃物即能 獨立繼續燃燒,即屬燒燬。

二功能喪失說(全部燒燬說):

係指行為客體因火力之燃燒而使其效用完全喪失,即屬燒燬。

三重要部分開始燃燒說:

須行為客體之重要部分開始燃燒即屬燒燬,犯罪即達於既遂,至於物之效用究為全部喪失或一部喪失,則非所問。

#### 四一部毀損說:

行為客體因火力之燃燒而一部毀損即屬燒燬,而不必達於 效用喪失之程度。

### 五重要部分效能喪失說:

行為客體由於燃燒而全部滅失,或雖部分燃燒而滅失,喪 失其主要效用之程度即屬燒燬。

實務上似傾向於「功能喪失說」或「重要部分效能喪失說」。 因此,放火罪中之「燒燬」,應指引燃火力燃燒特定物並使 該物之效能喪失方屬之。

## ▲問題二

甲對乙的奪妻之恨,一直耿耿於懷。某日,嗔念又起, 明知乙在宅內入睡,於深夜,攜帶汽油1桶,企圖燒燬 乙字, 並燒死乙。能能火勢, 乙的獨棟3層樓公寓全漕燒 燬,其內的所有家具也被燒個精光。乙驚醒後,急忙外 逃,終免於一死。問甲的刑責如何論處?【101~般警四】

### 台解題方向

甲之行為構成放火燒燬現住建築物罪、毀損罪、殺人未遂 罪, 並就其行為數及罪數關係競合。



-甲燒燬乙宅之行為,成立第173條第1項的放火罪:

刑法第173條(放火或失火燒燬現住建築物及交通工具罪) 第1項放火罪以放火燒燬現供人使用之住宅為成立要件。所 謂「放火」係指引起行為客體燃燒之原因行為,即使將引 燃物撒離行為客體、或將引燃部分撲滅,行為客體尚可獨 立燃燒者;而「現供人使用之住宅」只須住宅事實上在放 火當時被充當住居使用,不以放火當時確實有人在內為必 要;至「燒燬」之認定,係指燃燒燬損之義,亦即標的物 已因燃燒結果喪失其效用而言,學說上有不同之見解,有 獨立燃燒說、一部毀損說、功能喪失說、重要部分效能喪 失說,多數說及實務則採取重要部分效能喪失說。

本題甲對乙住處縱火,並造成燒燬,客觀構成要件該當, 且甲對於構成放火罪之事實,明知並有意使其發生,具放 火故意, 主觀構成要件該當, 甲並無任何阻卻違法事由及 阳卻罪責事由,甲成立本罪。

- \*\*\*
- 二甲燒燬乙宅之行為成立刑法第353條(毀壞建築物、礦坑、 船艦罪)第1項毀損建築物罪:甲放火燒燬乙住處,造成獨 棟公寓完全燒燬,係破壞四周有門壁,上有屋蓋,足以遮 風避雨且定著於土地上之建築物,使其主要效用或一部效 用喪失,客觀構成要件該當,又甲對於構成毀損建築物罪 之事實,明知並有意使其發生,係有故意、主觀構成要件 該當,別無阳卻違法與阳卻罪責事由,成立本罪。
- 三甲企圖燒燬乙宅,並燒死乙之行為,由於我國刑法第271條 (普通殺人罪)殺人罪中於第2項有未遂的規定,又本題乙 驚醒後,急忙外逃,終免於一死,故殺人罪並非既遂,甲 應以殺人未遂罪論之:
  - (→)乙驚醒後,急忙外逃,終免於一死,並未發生死亡結果,客觀構成要件未完全該當,故探討殺人未遂;甲主觀上對其放火燒燬乙宅之行為及可能造成乙死亡之結果有認知及意欲,具殺人故意。
  - (二)於甲之主觀計畫中,其犯罪於放火燒燬乙宅開始,對一般人而言,放火燒燬有人居住之住宅,已出現生命法益侵害時間上與空間上的危險性,甲主觀計畫中其殺人風險已失控,僅因乙及時逃生,使殺人罪之死亡結果未發生,故甲之行為已屬著手無疑。又甲無阻卻違法事由且具罪責,故甲企圖燒燬乙宅並燒死乙之行為,成立刑法第271條第2項殺人未遂罪。

#### 四結論:

- (一)甲一放火行為實現第173條(放火或失火燒燬現住建築物 及交通工具罪)第1項之放火罪與第353條(毀壞建築物 、礦坑、船艦罪)第1項之毀損建築物罪,依據實務見解 放火罪原包含毀損之性質在內,成立法條競合之吸收 關係,故放火燒燬他人住宅,不必再論以毀損罪。惟學 說見解認為放火罪所保護之法益為公共安全,而毀損建 築物罪則係保護財產法益、保護法益不相同、故屬一行 為侵害數法益,係行為單數的純正競合觸犯數罪名的想 像競合,依刑法第55條(想像競合犯),從一重處斷, 以放火罪處罰之。
- (二)甲企圖燒燬乙宅,並燒死乙之行為成立刑法第271條(普 涌殺人罪)第2項殺人未遂罪,與放火罪係一行為侵害數 法益,應依刑法第55條想像競合,從一重處斷,以殺人 未遂罪處罰之。

## 進階學習》

- -最高法院79年台上字第1471號判例:「按刑法第173條第1項放火燒燬 現有人使用之住宅罪,其直接被害法益,為一般社會之公共安全, 雖同時侵害私人之財產法益,但仍以保護社會公安法益為重,況放 火行為原含有毀損性質,而放火燒燬現供人使用之住宅罪,自係指 供人居住房屋之整體而言,應包括墻垣及該住宅內所有設備、傢俱 、日常生活上之一切用品。故一個放火行為,若同時燒燬住宅與該 住宅內所有其他物品,無論該其他物品為他人或自己所有,與同時 燒燬數犯罪客體者之情形不同,均不另成立刑法第175條第1項或第2 項放火燒燬住宅以外他人或自己所有物罪。」
- 二最高法院29年上字第2388號判例:「放火罪原含有毀損性質在內,放 火燒燬他人住宅損及牆垣,自無兼論毀損罪之餘地。」





## 總複習③《不能安全駕駛罪》

### - 客觀構成要件:

行為人駕駛動力交通工具,並有下列情形之一者:

- (一)叶氣所含酒精濃度達每公升0.25毫克或血液中酒精濃度達 0.05%以上。
- (二)有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物,致 不能安全翟駛。
- (三)服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物,致不能安全駕駛。

#### 二主觀構成要件:

行為人主觀有認知到刑法第185條之3第1項各款情事後執意 開車之故意。

三本罪有處罰加重結果犯。

四五年內再犯本條第一項之罪且致人於死者,加重其刑。

□刑法第185條之3(不能安全駕駛罪)



## ₫問題一

甲某日晚間,因參加友人婚宴,杯酒交觥幾度,已有幾分醉意,雖自知已不勝酒力,仍堅持自己駕車返家。途中,因視力模糊,致撞上一機車騎士乙,乙當場死亡,甲見狀,趕緊駕車飛速逃逸。適交通警察巡邏車路過,尾隨甲車,將其逮捕,經吹氣鑑定,甲之呼氣所含酒精成分為每公升0.65毫克。問甲的刑責應如何論處?[101-般警四]

### 解題方向

不能安全駕駛動力交通工具致人於死罪係加重結果犯,學理上稱為「故意與過失之競合」,以行為人對於基本(不能安全駕駛動力交通工具)行為有故意,對於加重結果(致人於死)部分有過失,始令負該加重結果之責,並於實體法上給予實質上一罪之評價。

## 解answer

- 一、甲不勝酒力而駕車,致撞上乙,造成乙當場死亡之行為,成立刑法第185條之3(不能安全駕駛罪)第2項前段,不能安全駕駛致人於死罪:
  - ─刑法第185條之3(不能安全駕駛罪)規定:「駕駛動力 交通工具而有下列情形之一者,處二年以下有期徒刑, 得併科二十萬元以下罰金:
    - 1.吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒 精濃度達百分之零點零五以上。
    - 有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物 ,致不能安全駕駛。
    - 3.服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物,致不能安全駕駛。 因而致人於死者,處三年以上十年以下有期徒刑;致重 傷者,處一年以上七年以下有期徒刑。

曾犯本條或陸海空軍刑法第五十四條之罪,經有罪判決確定或經緩起訴處分確定,於五年內再犯第一項之罪因而致人於死者,處無期徒刑或五年以上有期徒刑;致重傷者,處三年以上十年以下有期徒刑。」

係以行為人因服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之 物,有該項不能安全駕駛之情形,而一有駕駛行為即成 立犯罪,其為故意犯且係侵害道路上往來公眾安全之公 共法益, 並無需有任何具體危險, 更無需等到肇事方可 為處罰,故本罪屬於抽象危險犯。而「不能安全駕駛」 其性質有客觀構成要件要素與客觀處罰條件2種看法:

- 1.客觀構成要件要素:此見解認為「不能安全駕駛」係一客 觀構成要件要素,行為人必須對其不能安全駕駛有認識, 且有意在其不能安全駕駛的情況下駕駛動力交通工具。
- 2.客觀處罰條件:認為「不能安全駕駛」在性質上,應 屬客觀之「處罰條件」,行為人只需服用藥品、酒類 等,而駕駛動力交通工具者,即足成立本罪;惟須達 於不能安全駕駛之程度時,始得予以處罰。而不能安 全駕駛之程度,根據第185條之3(不能安全駕駛罪) 第1項第1款規定,是以被查獲時,呼氣酒精濃度是否 高達每公升0.25毫克為據。
- 3.若依客觀構成要件要素解釋,則就實際上而言,必然 導致行為人大多不知其不能安全駕駛,或諉為不知, 而否認其具有本罪的故意,則本罪的規定,遂顯多餘。 故以客觀處罰條件為官。
- △刑法第185條之3(不能安全駕駛罪)第2項前段之罪, 係加重結果犯,以行為人對於基本行為(酒駕)有故意 、對於加重結果(致死亡)部分有渦失、對基本行為( 洒駕)與加重結果(致死亡)間具有因果關係、須法律 上有特別規定,始令其負該加重結果之責。
  - 1.按汽車行駛時,駕駛人應注意車前狀況,並隨時採取必要 之安全措施,以及飲酒後叶氣所含酒精成分超過每公升 0.25毫克以上者不得駕車,刑法第185條之3(不能安全駕 駛罪)第1項第1款與第114條第2款均有明文。本題甲於



飲酒後吐氣所含酒精成分達到每公升0.65毫克之狀況,仍 堅持自己駕車返家,因而撞及乙,故甲係於不能安全駕駛 汽車之際,並未注意車前狀況,肇致本件車禍,其有過失 責任甚為灼然。而乙係因本件車禍死亡,是以甲之過失行 為與乙之死亡結果間顯具有相當因果關係。

- 2.主觀上,甲明知自己已不勝酒力卻仍有意駕車,對於基本行為(酒駕)有危險故意,又甲雖無致乙於死的意欲,卻違背飲酒後不應駕車的注意義務,對侵害用路人之生命具有預見可能性,於應注意能注意之情形下,竟疏於注意,甲對於加重結果(致死亡)部分有過失。
- (三)甲無阻卻違法事由,其行為係屬不法,且其具罪責,故 甲不勝酒力而駕車,致撞上乙,造成乙當場死亡之行為 成立刑法第185條之3(不能安全駕駛罪)第2項前段不 能安全駕駛致人於死罪。
- 二甲肇事後,趕緊駕車飛速逃逸之行為成立刑法第185條之4肇事遺棄罪,理由分析如下:按刑法第185條之4之肇事遺棄罪,其客觀構成要件為行為人駕駛動力交通工具肇事,且致人死傷而逃逸,主觀要件則須行為人對致人死傷之事實有所認識,並進而決意擅自逃離肇事現場,始足當之。本案中,甲駕駛車輛撞上乙,致乙死亡,隨即趕緊駕車逃逸,構成要件該當,別無阻卻違法與阻卻罪責事由,甲應成立本罪。
- 三甲所違犯之不能安全駕駛致人於死罪及肇事遺棄罪,屬二 行為侵害數法益,依刑法第50條數罪併罰之。

### ▲問題二

甲於某日深夜酒後駕車返家,不慎將行人乙撞傷倒 地,甲見狀畏罪加速逃逸,適為駕車跟隨在後之丙發 現,即自後追趕並攔下甲車及報警處理,經警當場測 試甲呼氣之酒精濃度竟高達每公升0.75毫克,而乙經路 人送醫急救,倖免未死。試問對甲應如何論罪?

### 台解題方向

- 本題為醉熊駕駛後肇事逃逸之基本題型。
- 二在競合部分學說及實務有不同見解。

# 解ANSWER

客觀上,甲酒測值超過每公升0.25毫克而醉後駕車,即該 當第185條之3(不能安全駕駛罪)第1項第1款之不能安全 駕駛行為; 主觀上, 甲具有不能安全駕駛之故意該當刑法 第185條之3不能安全駕駛要件。

甲無阳卻違法事由的適用,惟甲陷於酒醉狀態是否得主張 刑法第19條(責任能力~精神狀態)排除有責性?刑法第 19條(責任能力~精神狀態)第3項之原因自由行為係指行 為人在先行行為處於具有行為能力或完全責任能力之狀態 ,「故意或過失自陷」於無行為能力或精神障礙狀態,而 後在法益侵害之際,實現不法構成要件。因此,甲駕車時 雖無責任能力,但因其屬於原因自由行為,故無刑法第19 條(責任能力~精神狀態)第1項或第2項規定之適用。

- **%**
- 二客觀上,甲不慎將行人乙撞傷倒地,其行為與結果間具有 因果關係;主觀上,甲雖非出於故意,但其應注意、能注 意、未注意而仍有過失。又甲違法且有責,應成立刑法第 284條之過失傷害罪。
- 三客觀上,甲明知撞傷行人乙而加速逃逸,該當駕駛動力交 通工具,致人死傷而逃逸之客觀構成要件;主觀上甲有故 意。又甲違法且有責,應成立刑法第185條之4肇事遺棄罪。
- 四甲逃逸時可能成立刑法第294條第1項之違背義務遺棄罪。 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」 為要件。但題旨並未明示甲逃逸時,乙是否陷入無自救力 ,故甲不成立本罪。
- 五甲撞傷乙的過失傷人罪部分,實務向來認為應與不能安全 駕駛罪實質競合,依刑法第50條成立數罪併罰。但如依學 說,有學者認為不能安全駕駛罪為一繼續犯,不應切割成 二罪,應成立想像競合,從一重處斷論以不能安全駕駛罪。 故依實務則為不能安全駕駛罪、過失傷害罪與肇事遺棄罪 數罪併罰,如依學說意見,則僅就不能安全駕駛罪及肇事 遺棄罪,二罪併合處罰。





### 總複習④《肇事清童罪》

#### - 客觀構成要件:

- (一)駕駛動力交通工具肇事。
- (二)致人死傷而洮逸。
- 二 主觀構成要件:

行為人主觀上具肇事洮逸之直接故意及間接故意。

□刑法第185條之4(肇事遺棄罪)

### ▲問題一

公車司機甲下班後駕自用車返家時,不小心將路人乙 撞成重傷倒地不起。事後甲立即逃逸,而乙則經其他 路人送醫急救生還。試問甲構成何罪?

### 解題方向

- 一檢驗甲事後挑逸之行為是否成立刑法第185條之4肇事遺棄罪?
- 二檢驗甲下班後駕自用車,不小心將乙撞成重傷之行為是否 成立第284條渦失致重傷罪?

- --甲之行為成立刑法第185條之4肇事遺棄罪:
  - (→)依刑法第185條之4(肇事遺棄罪)規定,須行為人駕駛動 力交通工具肇事,致人重傷後洮逸,此所謂肇事係指發生 交通事故,只要事故之發生與行為人之行為有因果關係即可 。又依司法院大法官第777號解釋【駕駛人無過失及情節輕 微之肇事洮逸案】(解釋爭點:刑法第185條之4之構成要 件是否違反法律明確性原則?其刑度是否違反比例原則? ),限制行為人主觀上需具有故意或過失而致肇事發生。 本題中,甲係駕駛動力交通工具而撞傷乙,乙受重傷之 結果與甲之行為間具因果關係,甲之行為符合條文中「肇 事」之定義,目甲於肇事後即離去現場,未留下處理事 故,即屬本罪所謂「逃逸」,客觀構成要件該當。

**%** 

- (二)主觀上,行為人對駕駛動力交通工具肇事致人死傷之事實有所認識,並進而決意逃離現場,即具備本罪之故意。本題中,甲雖係不小心撞傷乙,但乙受重傷倒地不起後,甲仍逃離現場,應已具備本罪之故意,故主觀構成要件該當。
- (三)甲之行為無阻卻違法事由,亦無阻卻責任事由,故甲之行為具違法性及罪責,構成刑法第185條之4肇事遺棄罪。
- 二甲之行為成立刑法第284條過失致重傷罪:
  - (→)客觀上,甲駕車撞擊行為與乙之重傷結果間,依前述具有因果關係。
  - (二)主觀上,甲雖非出於故意,但其應注意、能注意、未注意而仍有過失。又甲違法且有責,應成立刑法第284條之過失傷害罪。
- 三競合:刑法第185條4(肇事遺棄罪)之處罰重點在於逃逸 之不作為,為不作為犯;而過失致重傷則在處罰行為人之 過失傷害作為,為作為犯,故二罪間為數行為關係,且侵 害數法益,應依刑法第50條數罪併罰之。

### ▲問題二

甲夜間開車在十字路口候停,被後方機車騎士乙撞 上。甲下車,發現乙受傷,渾身刺青並有濃濃酒味, 甲擔心乙鬧事,雖然重後燈被撞破,但仍隱忍而去。 數日後,甲在加油站停車加油,碰巧乙也在加油,乙 朝甲走來。甲以為乙有意問罪,急速倒車,結果撞上 進入加油站的另一車輛,駕駛人受傷。甲只好下車認 赔。事實上,乙並未認出甲,只是要告訴甲,甲的重 子底盤黏著一個特大的塑膠袋。問:

- 一甲第一夜離開事故現場的行為,是否成立肇事遺棄罪?
- 二甲誤以為乙企圖問罪,倒重撞傷他人,能否主張緊 急澼難?

### 台解題方向

- 肇事潰棄罪有處罰條件及構成要件要素的爭議,亦即行為 人是否需認識有人死傷,而有不同結果。
- 二涉及誤想避難問題。



#### -甲成立肇事潰棄罪:

(一)交通肇事逃逸者,依刑法第185條之4(肇事遺棄罪)規 定:「駕駛動力交通工具肇事,致人死傷而逃逸者,處 一年以上七年以下有期徒刑。」構成肇事遺棄罪。其稱 駕駛動力交通工具肇事,係指駕駛動力交通工具(凡陸 、海、空各種動力交通工具) 而發生交通事故,而其肇 事有無因過失而成立過失犯,則在所非問。再者,此肇 事須有致人死傷之結果,若僅生財物之損失自不足以構 成本罪。而所謂逃逸,即指未留在事故現場而離開無蹤 ,若此時受傷者已達無自救力之程度,則此行為亦可能 構成潰棄罪而和本罪發生想像競合之關係。

另在主觀構成要件上,則行為人須有肇事逃逸故意,即 對其駕駛動力交涌工具而致人死傷之事實有所認識,而 決意逃離現場之心態,不論其係有直接故意或間接故意 ,即具構成要件故意。而實務上,依最高法院95年度台 上第4264號判決意旨,認本罪不以對事故之發生應負過 失責任為要,但仍以非出於故意為前提,若其係出於故 意則可能生傷害或殺人之刑事責任。故可知,行為人對 其肇事致人死傷之結果不須有故意過失,只要其知有肇 事事實而故意洮脫者,即成立本罪。

(二)本題之行為人甲,駕重與乙發生交涌事故,而致乙有受 傷之結果,而其並未留於現場以為後續處理逕而離去, 其在客觀行為上有不法要件之構成。而主觀上,此事件 雖非因為甲之故意或渦失而須負肇事責任,然本罪不問 肇事之故 意渦失,僅需甲對其肇事事實有認識即可。今 甲知事故之發生,為避其後煩擾而決意自現場離去,而 有主觀不法構成要件之滿足。在未有阳卻違法事由之下 ,應依刑法第185條之4論以肇事遺棄罪。

### 二甲不得主張緊急避難:

(→)緊急避難者,依刑法第24條(緊急避難)第1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。」故知其客觀構成要件有三,即在客 觀卜須存在緊急澼難情狀,而有緊急澼難行為之實行, 而在主觀上須有緊急避難之意思。

客觀要件之謂「緊急避難情狀」,即指客觀上須有災難 發生之可能性,其包括天災(風災、水患、地震等)與 人為因素(如火災、嚴重車禍等),但須非由己故意招 致方有避難之必要。而其保護之利益種類不限於條文所 示「生命、身體、自由、財產」之四類,尚及於其他法

益。惟其所保護之法益需較所犧牲之法益為優越,否則 將不得阳卻違法。再者,此之危難必須緊急,即此危險 「有發展成實際損害之可能」,而並非望文生義之限於 「即時」之危害,故可知緊急避難之實施情狀較正當防 衛所限制之「現時危害」為廣。

而「緊急避難行為」亦須為客觀上之不得已者,即在利 益衝突下,衡量為最有效之救助辦法,且此方法需不過 當,方有阻卻違法之可能。另在主觀之構成要件上,行 為人需具有緊急避難之意思,則要求行為人在主觀上認 知有緊急危難存在,並出於救助意思而為避難行為。今 欲構成緊急澼難之阳卻違法事由者,此三者缺一不可。

(二)今行為人甲在主觀上為免乙之問罪,認為保全免責而有 緊急危難之存在,並基於保全自己利益之避難意思而倒 車過失損毀他人車輛並使他人受傷,其將非危難事由主 觀認定有危難之情形,本具有主觀認定之瑕疵,自難認 為主觀有健全之避難意思。縱認其主觀上係出於避難意 思,然實際上在客觀要件之討論中,此問罪行為並非不 可抗力之天災或並將有實際生損害之可能,自與緊急危 難之定義不符。再者,縱認其係危難者,此「危難」亦 係出於甲之事前逃逸,其自致之危難似無保護之必要。 另從「緊急避難行為」之條件觀之,縱認其有緊急避難 之情狀,甲之避難行為,在「免其為前肇事負責之可能」 之目的,而侵害第三人之財產法益(重之捐毀)及人身 法益(人之受傷),其利益之比較顯不相當,亦非最有 效且最適當之避難行為,自無阻卻其違法之可能。

綜上可知,其在實質上並無緊急危難存在可資其為澼難 行為,且其行為顯不符緊急避難行為之要求,行為甲自 不得主張緊急避難以阳卻其違法行為。



# 進階學習义

#### 容許構成要件錯誤-誤想避難:

- 一、容許構成要件錯誤者,係指行為人對法定阻卻違法事由的實體要件發生錯誤,即行為人誤解事實為存有足以阻卻違法之情狀,而生主觀上的防衛或避難意思,並採取避難或防衛行為,成為誤想正當防衛、誤想緊急避難等情形,例如:某A誤見仇人B伸手入口袋,A認為B欲拔槍射殺之,為行自衛而即行拔槍射殺之,然實際上B僅欲掏出香煙而已。此情形即是誤想的正當防衛。
- 二刑法上對於容許構成要件錯誤之評價,在學說上若以三階理論為基礎,應採限縮法律效果的罪責理論,此即認為容許構成要件的錯誤並不影響行止型態之故意,僅在罪責型態上之故意有瑕疵存在,在法律效果上則因其錯誤而可阻卻故意罪責,而以過失犯論之。另在實務上,依最高法院29年上字第509號判例意旨,亦認可錯覺防衛難認為有「犯罪之故意」,則應以過失論之<sup>1</sup>。
- 三而就本案言,容許構成要件錯誤,係要求行為人在主觀上有確切無瑕疵之避難意思,即主觀上確係認有緊急危難存在。今甲僅認知有遭問罪的可能,而並非有遭遇天災人禍之重大危難的認知,進而採取過當之行為逃避之,其主觀上亦不符合緊急避難之主觀要件,自不得依容許構成要件錯誤之理論阻卻其故意罪責。

<sup>1</sup> 參林山田著,2005,《刑法通論(上)》,自版,頁420~425。



### ♬問題三

甲於渦年期間喝春洒後駕車回家,途中闖紅燈撞傷 乙,甲不但未停下救乙,反而加速逃離現場,但於1公 里外撞倒路樹而被警察杳獲,洒測已超過標準值,問 甲該當何罪?【103警特四】

# 解ANSWER

甲可能觸犯之罪以下分述之:

-甲洒後駕車之行為構成刑法第185條之3不能安全駕駛罪: 所謂不能安全駕駛乃行為人之身體及精神已處於不能安全 駕駛之狀態,此一要素係設定一個法律不容許之風險程度 ,我國實務上認為行為人飲酒後呼氣所含酒精成分已達每 公升0.25毫克或血液濃度達0.05%者,因肇事率為一般正常 人之10倍,作為認定已達不能安全駕駛之客觀標準,目主 觀上,甲且有故意。

又甲無阳卻違法事由、阳卻罪責事由,故成立本罪。

- 二甲酒後駕車撞傷乙未下車查看且加速逃離之行為構成刑法 第185條之4肇事潰棄罪:
  - (一)本罪之行為主體,以駕駛動力交通工具而肇事之人為限。
  - (二)肇事致人死傷係指發生交涌上之事故,並未限制行為人 要故意或過失,因此,不論行為人是否具備故意或過失 ,只要事故之發生與行為人有因果關係即可,本題甲之 行為與乙之死亡結果具有因果關係與客觀可歸責性。
  - (三)本罪與遺棄罪所保護法益皆為生命、身體法益,屬於法 條競合,僅論以本罪即可。
  - **四**甲無阳卻違法事由、阳卻罪責事由,故成立本罪。
- 三綜上所述,甲之行為依刑法第50條數罪併罰之。





## 總複習(5)《阳寒洮生通道之處罰》

#### - 客觀構成要件:

- ←)阻塞戲院、商場、餐廳、旅店或其他公眾得出入之場所或 公共場所之逃生通道。
- (二)致生危險於他人生命、身體或健康者。

### 二主觀構成要件:

行為人主觀上具阻塞逃生通道之直接故意及間接故意。

□刑法第189條之2(阻塞逃生通道之處罰)

## ₫問題一

甲住在某公寓3樓,將家人的鞋子與傘桶、買菜推車等雜物堆置在樓梯間,嚴重阻礙上下樓之通行。某日住在4樓的乙下樓梯時,不慎踩到鞋子摔傷。試分析甲可能涉及之刑事責任。[105-般警母]

# 解answer

- 一、甲堆置物品之行為,成立刑法第189條之2(阻塞逃生通道 之處罰)第1項阻塞逃生通道罪:
  - (→刑法第189條之2(阻塞逃生通道之處罰)第1項規定,阻塞戲院、商場、餐廳、旅店或其他公眾得出入之場所或公共場所之逃生通道,致生危險於他人生命、身體或健康者,處3年以下有期徒刑。阻塞集合住宅或共同使用大廈之逃生通道,致生危險於他人生命、身體或健康者,亦同。
  - (二)客觀上,樓梯間為公眾得出入之場所,甲於樓梯間堆放雜物,造成其他住戶上下樓安全之疑慮,侵害公共之安全,具有因果關係。
  - (三)主觀上,甲明知其行為可能會帶給其他住戶安全疑慮,仍決意為之,甲有本罪之故意。
  - 四甲無阻卻違法事由及阻卻罪責事由,成立本罪。



- 二甲之行為成立刑法第284條渦失傷害罪:
  - (→)108年5月29日修正刑法刑法第284條(渦失傷害罪)規 定,因過失傷害人者,處一年以下有期徒刑、拘役或十 萬元以下罰金;致重傷者,處三年以下有期徒刑、拘役 或三十萬元以下罰金。
  - (二)客觀上,甲堆放雜物,造成乙摔傷,侵害乙之身體法益 ,期間具有因果關係。
  - (三)主觀上,甲對於乙受傷,雖非故意,但按其情節應注意 , 並能注意, 而不注意者, 為過失。
  - **四**甲無阳卻違法事由及阳卻罪責事由,成立本罪。
- 三另依據公寓大廈管理條例第16條(維護公共衛生、公共安 寧與公共安全之義務)第2項規定:住戶不得於私設通路、 防火間隔、防火巷弄、開放空間、退縮空地、樓梯間、共同 **走廊、防空避難設備等處所堆置雜物、設置柵欄、門扇或營** 業使用,或違規設置廣告物或私設路障及停車位侵占巷道妨 礙出入。但開放空間及退縮空地,在直轄市、縣(市)政府 核准範圍內,得依規約或區分所有權人會議決議供營業使用 ;防空避難設備,得為原核准範圍之使用;其兼作停車空間 使用者,得依法供公共收費停車使用。(第2項)

同條第5項規定:住戶違反前四項規定時,管理負責人或管 理委員會應予制止或按規約處理,經制止而不遵從者,得 報請直轄市、縣(市)主管機關處理。(第5項)





#### 總複習億《普通賭博罪》

#### - 客觀構成要件:

- (一)在公共場所或公眾得出入之場所。
- △賭博財物:以偶然的事實決定勝負,博得財物。
  - 1.賭博:依偶然之事實決定財物得失之行為,亦即行為人
  - 無法完全支配輸贏勝負。 2.財物:具經濟價值之物。

### 二主觀構成要件:

行為人主觀具有賭博故意。

□108年12月25日修正刑法第266條(普通賭博罪與沒收物)

## ₫問題一

刑法第266條普通賭博罪之構成要件為何?如何處斷?

# 解<sub>answer</sub>

普通賭博罪,即在公共場所或公眾得出入之場所,賭博財物之犯罪者。但以供人暫時娛樂之物為賭者,不在此限。茲分 並如下:

- -、構成要件有四:
  - ←)須賭博財物。
  - (二)須在公共場所或公眾得出入之場所賭博。
  - **闫**須非以供人暫時娛樂之物。
  - **四**須有2人以上之參與:賭博罪為必要共犯之一種,若非2人以上不能成立本罪。

### 二處斷:

本罪之處罰,為三萬元以下罰金。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。因 賭贏得之現金與賭贏後由輸者立給之票據,雖非在賭檯之 財物,但係因犯罪所得之物,仍得予以沒收。



### ♬問題二

何謂賭博?何謂暫時供人娛樂之物?設當事人之一方 使用詐欺之手段支配勝負時,應如何予以論罪?

### 解題方向

涉及供人暫時娛樂之物之認定標準與賭博行為之性質。



#### 一意義:

108年12月25日修正刑法第266條(普通賭博罪與沒收物)規定 :「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者,處三萬元以 下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者,不在此限。(第1項) 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。(第2項)」

此為普通賭博罪之規定。故在公共場所或公眾得出入之場所,以偶然之事實而決定利益之得喪者,為普通賭博罪。普通賭博罪須有2人以上參與賭博行為,故屬於必要共犯。普通賭博罪之構成要件有五:

- ←)須有2人以上之參與(主體)。
- (二)須有賭博之故意(主觀)。
- (三)須有賭博之行為(行為)。
- 四須在公共場所或公眾得出入之場所為之(行為情狀)。
- (五)須以財物為賭(客體)。
- 二「供人暫時娛樂之物」乃謂賭博之標的物,即輸贏之物, 僅屬供人暫時娛樂之用,而非指賭博之目的,意在娛樂, 亦非指賭博之用具而言。例如:以飲食啤酒為賭。
- 三當事人之一方使用詐欺之手段支配勝負時,應成立普通詐欺罪而非賭博罪。因賭博係雙方當事人依偶然之事實以爭勝負,若勝負之結果為詐賭者完全支配,便已不具偶然性,自難成立賭博罪。





## 總複習⑤《普通傷害罪與重傷罪》

### -普通傷害罪:

- (一)客觀構成要件:
  - 1.傷害人之身體或健康。
  - 2.致被害人受有刑法第10條(名詞定義)第4項所稱重傷 以外之傷害結果。

### (二)主觀構成要件:

行為人具有傷害他人身體、健康之故意。

□108年5月29日修正刑法第277條(普通傷害罪)第1項

### 二重傷罪:

- (-)客觀構成要件:
  - 1.傷害人之身體或健康。
  - 2.致被害人發生刑法第10條(名詞定義)第4項之重傷結果。

### (二) 主觀構成要件:

行為人具有傷害他人身體、健康之故意。

□108年5月29日修正刑法第278條(重傷罪)第1項



### ₫ 問題一

普通傷害罪與重傷罪有何區別?試說明之。



#### - 意義:

- (→)普通傷害罪:刑法第277條第1項規定之普通傷害罪,係 指行為人以傷害之故意,「傷害人身體或健康者」。於 此所謂之「人」,乃指行為人以外之人而言。傷害人之 身體或健康,乃不問其方法。例如:使用暴力、毒藥或 其他有毒之物,固足以傷害人之身體或健康;以身體之 接觸使人感染疾病,或以詐術、誘導或嚇唬等,亦得以 傷害人之身體、健康。甚至,被害人為閃避加害人之攻 擊,而跌倒受傷時,亦足以成立本罪。本罪為故意犯, 故無論使用何種方法,均以有使人之身體、健康受到傷 害或危害之故意為必要。
- (二)重傷害罪:刑法第278條第1項規定之重傷害罪,係指行為人以重傷害犯意,使人受重傷者。

「重傷者」,係指有刑法第10條第4項之傷害情形之一者:

- 1.毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。
- 2.毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。
- 3.毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅能。
- 4.毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。
- 5.毀敗或嚴重減損生殖之機能。
- 6.其他於身體或健康,有重大不治或難治之傷害。 本罪為故意犯,故須有使人受重傷之故意,方足以成立; 如僅有傷害或暴行之故意,縱產生重傷之結果,亦僅成 立刑法第277條第2項之傷害致重傷罪,而不成立本罪。



- 二普通傷害罪與重傷害罪之異同:
  - ←)犯罪主體:兩罪之犯罪主體皆為一切自然人,但被害人 之直系而親與親屬不包括在內。
  - □犯罪意思:前者須有傷害(輕傷)之故意;後者須有使 人重傷害之故意。
  - (三)犯罪行為:前者須有傷害他人身體或健康之行為;後者 須有使人受重傷之行為。
  - **四**行為結果:前者須有輕傷害之結果;後者須發生重傷結果。
  - **(五)**罪刑處斷:前者依刑法第277條(普通傷害罪)規定處罰 之;後者依刑法第278條(重傷罪)規定處罰之。



### □問題二

餐會中,甲乙二人因細故爭吵,甲心生傷害犯意,席間猛灌烈酒想藉酒裝瘋,飲至極度酩酊時,揮拳攻擊乙,乙被打得遍體鱗傷,但無生命之危險。事後確認,甲於毆打乙時,體內酒精濃度已達無責任能力的程度。甲所為是否構成犯罪?[107-般警特四]

# 解answer

甲因細故爭吵而毆傷乙,可能成立刑法第277條(普通傷害罪)第1項傷害既遂罪:

- 一、客觀上,甲之傷害行為與乙之傷害結果間,其不可想像不存在而具有條件因果關係,且客觀可歸責於甲;主觀上, 甲有傷害故意,其主客觀構成要件該當。
- 二本案中,甲無阻卻違法事由,惟有爭議者是,甲於毆打乙時,體內酒精濃度已達無責任能力的程度,甲是否可以主張刑法第19條(責任能力~精神狀態)第1項而阻卻傷害乙之罪責?
  - ○依刑法第19條(責任能力~精神狀態)第1項規定,若行為人行為時欠缺辨識能力及控制能力,因「行為與罪責須同時存在」之故,行為人可主張阻卻罪責而不罰。
  - (二)然依題意,甲於清醒階段早已心生傷害乙之犯意,甲並於席間猛灌烈酒想藉酒裝瘋以便傷害乙,可見甲乃故意自行招致其行為時欠缺辨識之能力,依刑法第19條(責任能力~精神狀態)第3項「原因自由行為」之規定,甲無法主張自己欠缺罪責而不罰。因此,甲無阻卻罪責事由仍成立本罪。





### 總複習(8)《過失傷害罪及過失致重傷罪》

### 一過失傷害罪:

- (-)客觀構成要件:
  - 1.傷害人之身體或健康。
  - 2.致被害人受有刑法第10條(名詞定義)第4項所稱重傷以外 之傷害結果。
- (二)主觀構成要件:

行為人僅限過失而無傷害之故意始成立本罪。

□刑法第284條前段

### 二過失致重傷罪:

- (一)客觀構成要件:
  - 1.傷害人之重大身體法益。
  - 2.致被害人發生刑法第10條(名詞定義)第4項之重傷結果。
- (二) 主觀構成要件:

行為人僅限過失而無重傷害之故意始成立本罪。

□108年5月29日修正刑法第284條(過失傷害罪)後段

## ₫問題一

甲與乙因同時迷戀某理容院丙女而結怨,某日,甲信步前往該理容院,見乙已在內消費,丙正為乙服務,狀甚親密。甲頓時妒火中燒,乃基於普通傷害之犯意,隨手取來櫃臺上鈍器一只,以之丟擲乙,惟乙閃避得宜,毫髮未傷,而丙則因不知閃躲,鈍器反而擊中 丙頭部致腦震盪之重傷。試問:甲之行為應如何論罪?[102-般學四]

### 台解題方向

本題涉及打擊錯誤及過失之概念。





甲犯刑法第284條渦失致重傷罪。

### -甲之行為可能成立傷害罪:

甲對乙丟擲鈍器卻擊中丙,為刑法上之「打擊錯誤」,係 由於行為人實行犯罪行為失誤而致受損害之客體與原行為 人所認識之客體不相符之情形。通說對此採具體符合說, 即行為人所認識之事實與現實所發生事實須具體一致,始 得認為符合而成立故意犯罪; 反之, 若僅在法律上屬同一 法定事實而非具體一致,則認為行為人在主觀上有錯誤而 阳卻故意,對行為客體成立渦失、對想像客體成立未遂。

- (一)對乙之部分:甲主觀上基於普通傷害之犯意,客觀上以 天擲鈍器之方式實行犯罪行為,且無阻卻違法之事由, 本應該當刑法第277條第1項普誦傷害罪,惟刑法對於普 通傷害罪並無處罰未遂之規定,依罪刑法定原則,甲對 乙之部分不成立犯罪。
- (二)對丙之部分:依具體符合理論,甲雖在客觀上因丟擲鏈 器之行為致丙受腦震盪重傷之事實,但其與行為人甲主 觀上所認識之事實並不相符而阳卻故意;又甲丟擲鈍器 之行為,對於第三人受傷之結果係可遇見,顯違反注意 義務,故甲對丙應成立刑法第284條渦失致重傷罪。

### 二甲之行為可能成立義情傷害罪:

刑法第279條(義情傷害罪)所稱之「義情」,係指基於道 義之理由而生憤慨,是以被害人須先有不義之行為,且其 在客觀上足以引起公情,依一般社會通念,確無可容忍或 激憤難忍者,使可謂之為義憤。本題,甲與丙並無配偶或 其他關係,丙與乙狀甚親密並非不義之行為,目在客觀上 亦不足以引起公情,故甲不構成義情傷害罪。



### □問題二

甲在漁市場賣魚,為使小魚色澤亮麗,添加了大量經行政院衛生福利部禁用之對人體有害的化學藥劑。有客人 乙長期食用甲所販賣的魚貨,導致腎功能受損而必須接 受長期洗腎。試問:甲之刑事責任如何?[100~般譽四]

### ●解題方內

- -刑法對於重傷之認定。
- 二依過失之判斷要件檢驗甲能否認知其行為將對客人造成危 害。

# 解answer

- 一甲長期大量添加經衛生福利部禁用之對人體有害的化學藥 劑於所販賣魚貨,觸犯食品衛生管理法:
  - (→)食品安全衛生管理法第15條(食品或食品添加物不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列之情形)第1項規定,食品或食品添加物有下列情形之一者,不得製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列。其中第10款為添加未經中央主管機關許可之添加物。而同法第49條(罰則)規定,有違反第15條第1項第10款行為,處7年以下有期徒刑,得併科新臺幣8千萬元以下罰金。
  - (二)本題甲如明知其添加物為經行政院衛生福利部禁用之對人體有害的化學藥劑,復長期大量添加於其所販賣的魚貨,甲顯然已觸犯食品衛生管理法第49條(罰則)之行政刑罰。

- 二乙長期食用甲之魚貨,致腎功能受損必須接受長期洗腎, 屬於重傷節圍:
  - 一刑法第10條(名詞定義)第4項稱重傷者,謂下列傷害:
    - 1.毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。
    - 2. 毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。
    - 3. 毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅能。
    - 4. 毀敗或嚴重減指一肢以上之機能。
    - 5. 毀敗或嚴重減損牛殖之機能。
    - 6.其他於身體或健康,有重大不治或難治之傷害。
  - △依實務上之見解,前揭第6款所謂毀敗機能及於身體健康 有重大不治之傷害,乃指傷害之結果,日後永無恢復可 能,所謂難治之傷害,則指一時無痊癒之望而言。
  - (三)本題乙賢功能受捐,日後永無恢復可能,而必須接受長 期洗腎,符合前揭法條第6款重大不治或難治之傷害,屬 於重傷之節圍。
- 三甲長期大量添加經衛生福利部禁用之對人體有害的化學藥 劑於魚貨,致乙受重傷之行為,成立渦失致重傷罪:
  - ←刑法第14條(無認識之過失與有認識之過失)第2項規定 ,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,以渦失論。
  - (二)本題甲長期大量添加經衛生福利部禁用之對人體有害的 化學藥劑於其魚貨,主觀上,應預見其販賣之魚貨將對 人體有害,但導致乙腎功能受損而須長期洗腎之事實, 則為甲確信其不發生之結果,屬於刑法第14條(無認識 之過失與有認識之過失)第2項之有認識過失故甲之行為 實施過失致重傷害罪之構成要件,亦無阻卻違法事由且 具罪責,甲應負過失致重傷罪之刑責。

#### 四結論:

甲上述所犯,係因一行為而觸犯食品衛生管理法第49條( 罰則)及刑法第284條之過失致重傷害二罪,應依刑法第55 條之想像競合規定,從一重處斷,論以過失致重傷罪。





### 總複習⑫《強制罪》

### - 客觀構成要件:

- (一)強暴:以身體力量強制他人,剝奪或妨害他人之意思形成、意思決定或意思活動之自由。
- (二)脅迫:行為人以惡害通知被害人,使其心生畏懼或有所顧忌,而被強制為一定之作為或不作為。
- (三)行無義務之事或妨害他人行使權利。

### 二主觀構成要件:

行為人具有強制故意。

### 三本罪有處罰未遂犯。

□108年12月25日修正刑法第304條(強制罪)

## ₫問題一

甲男偽稱知名攝影師在網上結識乙女,約乙到 Motel 拍照,乙不疑有他,便隻身前往。後甲發現乙係恐龍妹,失去為乙拍照興趣,但甲心想既然都來了,便要求乙為甲男自己拍裸照,並告訴乙如不從就別想離開,乙只好忍住噁心感覺,為甲拍攝各種 A 片姿勢的相片,之後甲讓乙離去。請問甲之刑責為何?

### 會解題方向

檢驗強制罪及強制猥褻罪之構成要件,判斷甲之行為是否成罪。





- 一、甲強迫乙為自己拍裸照之行為,犯刑法第304條強制罪: (一)甲之行為,實現強制罪之構成要件:
  - 1.強制罪構成要件,乃在客觀上以強暴或脅迫之手段使他 人行無義務之事或妨害他人行使權利之行為,強暴係指 以暴力為手段強制他人,脅迫則是以未來惡害通知為手 段強制他人,而使人行無義務之事,即使人為或不為一 定行為而言,妨害他人行使權利,妨害被害人在法律上 所得為一定作為或不作為。而在主觀上行為人須有強制 他人行無義務之事或妨害其行使權力的概括強制故意。
  - 2.甲要求乙為自己拍攝裸照,並告知乙若不從就別想離開,使乙屈服而為之,乃以未來惡害之通知為手段, 壓迫他人意志自由使其受迫為一定行為之行為,又甲 於行為時亦對其所為乃強制行為有認識且決意進行, 故甲在主客觀上都符合強制罪之構成要件。
  - (三)甲不能阻卻違法且具罪責,故成立刑法第304條強制罪: 甲之行為並非出於刑法第21條、第22條、第23條或第24 條規定之依法令、業務上之行為或基於正當防衛或緊急 避難而為之,更沒有其他阻卻違法事由,故甲的構成要 件行為具違法性。又甲為完全責任能力人,行為時精神 狀態正常,能清楚認識自己的行為帶來的後果,亦有自 我控制之能力,亦無其他阻卻罪責事由,無主張自己無 責任能力而阻卻罪責之餘地。
- 二至於甲之行為是否亦犯刑法第224條強制猥褻罪:
  - ○強制猥褻罪之構成要件,在客觀上以強制之手段對他人 猥褻之行為,指以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違 反被害人意願而對其為猥褻之行為。本處的猥褻,為刺 激或滿足性慾,對被害人實施性交以外之色欲行為。而 在主觀上行為人須有強制猥褻故意。其故意為對違反他 人意願的認識與以強制手段進行猥褻行為的決意。



(二)本案甲雖用強制手段脅迫乙為自己拍攝裸照,惟拍攝裸 照行為,雖造成被害人感覺羞恥、噁心,也可能刺激或 滿足行為人之性慾,單純拍攝裸照,而無任何肢體接觸 ,依一般社會通念尚難想像該行為即性交以外之色欲行 為,故甲對乙並無猥褻行為,不成立強制猥褻罪。

三故甲僅成立刑法第304條強制罪。





## 總複習(9)《準強制性交或猥褻罪》

### - 準強制性交或準強制猥褻的4種行為態樣:

- ←對未滿14歲的稚童為性交行為。
- △對未滿14歲的稚童為猥褻行為。
- (三)對於14歲以上未滿16歲之男女為性交行為。
- 四對於14歲以上未滿16歲之男女為猥褻行為。
- 二行為人無使用強制手段:
- 三主觀構成要件:

行為人須具具有與稚童或幼年人性交或猥褻之故意與滿足性 **慾之傾向。** 

### 四本罪有處罰未遂犯。

□刑法第227條(準強制性交與準強制猥褻罪)

### ▲問題一

15歲的甲男長相成熟,乙女如一般人誤以為其已20餘 歲,與之性交。問:本案如何論處?

### 解題方向

若與幼年人性交罪之行為人對被害人之年齡毫無認識,即無 故意。





- 乙女之行為不構成刑法第227條(準強制性交與準強制猥褻罪 ) 第3項之與幼年人性交罪:
- 一「對於14歲以上未滿16歲之男女為性交者,處七年以下有 期徒刑。」為刑法第227條(準強制性交與準強制猥褻罪) 第3項所明定。本項之客觀不法構成要件須對14歲以上未滿 16歲之男女犯之,即以被害人之年齡為構成要件要素。又 行為人所為性交行為,依刑法第10條(名詞定義)第5項第 1款規定可知,所謂性交係包括非基於正當目的而以性器進 入他人之性器、肛門或口腔,或使之接合之性侵入行為, 日多數說與實務認為刑法第227條(準強制性交與準強制得 褻罪)第3項之性交行為手段應限於和平,若係用強制手段 則應成立強制性交罪。再者,本項對14歲以上未滿16歲之 男女為性交罪之主觀不法構成要件,不以行為人有明知被 害人係14歲以上未滿16歲之事實為限,僅具不確定之未必 故意,即行為人對於構成犯罪之事實有預見其發生而其發 生並不違背其本意,亦可成立本罪。
- 二本題行為人乙女誤以為甲男為20餘歲之人而與之為性交行為 ,然甲男實際年齡為15歲,應該當刑法第227條第3項對14歲 以上未滿16歲之男女為性交罪之客觀不法構成要件。又乙女 對於甲男係14歲以上未滿16歲之事實,如有預見而仍與之性 交,聽任結果之發生亦不違背其本意者,則該當本罪之主觀 不法構成要件,應成立刑法第227條(準強制性交與準強制 猥褻罪)第3項對14歲以上未滿16歲之男女為性交罪;反之 ,若乙女主觀上對甲男實際年齡15歲之事實無預見,則不成 立本罪。今乙女因甲男長相成熟,同一般人誤認其年齡,其 主觀上應欠缺甲男為14歲以上未滿16歲之人之認識,而無預 見其行為顯有實現不法構成要件之可能性,且本罪不罰過失 犯,故乙女之行為應不構成刑法第227條(準強制性交與準 強制猥褻罪)第3項之規定。





# 總複習②《普通竊盜罪及竊佔罪》

### -客觀構成要件:

(→)竊取行為:破壞他人動產之持有、建立自己之持有。

□竊佔行為:竊佔他人不動產,即為被他人易司擅自佔據他 人不動產。

### 二主觀構成要件:

行為人具有不法所有意圖與竊盜故意,又行為人須認知該標 的物為他人現所支配管領之動產,且其取物行為未受同意。

### 三本罪有處罰未遂犯。

□108年5月29日修正刑法第320條(普通竊盜罪、竊佔罪)



### ₫ 問題一

請試說明刑法第320條普通竊盜罪之構成要件。



依108年5月29日修正刑法第320條(普通竊盜罪、竊佔罪)規定,意圖為自己或第三人不法之所有,而竊取他人之動產者,構成本罪。本罪之法定刑為5年以下有期徒刑、拘役或50萬元以下罰金,並處罰其未遂犯。茲述其構成要件如下:

#### - 須對於他人之動產為之:

他人指自然人及法人,又動產指不動產以外之物,包括違禁物、公有物與他人持有中之共有物,但不包括自己所有物已受查 封或擔負質權者。至於自然物、無主物與遺失物,則不成為竊 盜罪之客體。但電氣得成為本罪之客體。人身與人之屍體皆不 得成為所有權之客體,自亦不得成為所有權之客體,惟人身各 部與身體分離者,仍得為本罪之客體,如牙齒是。

### 二須有竊取之行為:

竊取謂乘人不覺秘密移置動產,使其脫離原來之財產監督權者,而歸於自己或第三人持有之行為。竊取時不可實施強暴脅迫,又不能公然為之,否則依其情形成立強盜罪與搶奪罪,不成立竊盜罪。竊取係一種有形的行為,即在外形上須實有移動為必要;若外形上並無移動,僅將自己持有他人之物,於無形中易持有為所有者,則為侵占罪而非竊盜。

三行為人主觀上除竊取故意外,尚須有為自己或第三人不法 所有之意圖:

此為內部之意思要件。所謂不法所有,即不適法而取為己 有之意。若欠缺不法所有意圖(使用竊盜),仍不能成立 竊盜罪。

## ▲問題二

竊取自己之物可否成立竊盜罪?試說明之。



- -108年5月29日修正刑法第320條(普通竊盜罪、竊佔罪)之 普涌竊盜罪, 其財物得為竊盜之客體, 要件有五:
  - ←)須係有體物,但為固體或流動體(例如氣體、瓦斯)皆 屬之。惟電能熱能及其他能量或電磁紀錄得成為本罪之 客體「刑法第323條(竊能量以竊取動產論)]。
  - (二)須係可以移動之物。
  - (三)財務須為他人現所持有者,若無主物或遺失物,非他人 所持有, 固雖移入於自己持有之內, 不得以竊盜罪論。
  - **四**他人所持有之財物,不必以有價值為限。
  - (五)物之所有權係屬他人所有,他人指自然人及法人。又如 係他人持有中之共有物亦屬犯罪客體,惟自己所有物已 受查封或擔負質權者不包括在內。
- 二竊取自己之物可否成立竊盜罪:
  - 按竊盜罪之成立須有為自己或第三人不法所有之意圖,並竊 取他人之動產,故自己之物雖由他人管理、持有中,亦因無 為自己不法所有之意圖,而無有責性,自不成立罪責。
  - (二)惟如係自己與他人之「共有物」,而現由他人持有中, 竊取之,則可成立本罪。





# 總複習②《加重竊盜罪》

### - 客觀構成要件:

(-)具有竊盜行為。

#### (二)加重要件:

- 1.侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之。
- 2.毀越門窗、牆垣或其他安全設備而犯之。
- 3.攜帶兇器而犯之。(兇器係指足使被害人生命或身體受 危害)
- 4. 結夥3人以上而犯之。
- 5.乘火災、水災或其他災害之際而犯之。
- 6.在車站、港埠、航空站或其他供水、陸、空公眾運輸之 舟、車、航空機內而犯之。

#### 二主觀構成要件:

行為人須具加重竊盜之故意與意圖為自己或第三人不法之所有。

### 三本罪有處罰未遂犯。

□108年5月29日修正刑法第321條(加重竊盜罪)



### ₫問題一

甲至醫院看病,發現某病房內似乎無人,進去後迅速 竊走住於該房病患乙置於病床上之皮包一只。試問甲 構成何罪?[102譽特三]

### 台解題方向

醫院病房是否為有人居住之建築物。



甲之行為可能成立刑法第321條第1項加重竊盜罪,論述如下:

一刑法第320條(普通竊盜罪、竊佔罪)第1項規定,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。所謂竊取行為,即非得他人之同意,而以和平、非暴 力手段破壞他人之所以,建立自己之持有。

又依108年5月29日修正刑法第321條(加重竊盜罪)第1項 第1款規定,犯竊盜罪而有侵入住宅或有人居住之建築物、 船艦或隱匿其內而犯之者,處六月以上五年以下有期徒刑 ,得併科五十萬元以下罰金。

二本題,行為人甲發現病房無人而竊走皮包之行為,主觀上,對於其所竊取之物為病患乙之所有或持有的事實已有認識,即具有竊盜故意,並具有為自己不法所有之意圖;客觀上亦已破壞病患乙對於該物的持有支配關係,並進而建立自己對於該物新的持有支配關係。綜上述,行為人甲已該當刑法第320條(普通竊盜罪、竊佔罪)第1項之竊盜罪。

- 三惟病房內行竊是否該當108年5月29日修正刑法第321條(加 重竊盜罪)第1項第1款,依最高法院101年度台非字第140號 判決見解指出:「從而醫院病房既係病人接受醫療及休養生 息之處所,病人住院期間,病房即為其生活起居之場域,各 有其監督權,除負責診治之醫生及護理人員在醫療必要之節 圍內,得淮出病房外,尚非他人所得隨意出入,自不屬於公 共場所或公眾得出入之場所。是醫院病房難謂非刑法加重竊 答罪所稱之有人居住之建築物,倘乘隙侵入醫院病房內行竊 , 自已構成刑法侵入有人居住之建築物竊盜罪。」
- 四綜上述,甲之行為應符合108年5月29日修正刑法第321條( 加重竊盜罪)第1項第1款加重竊盜罪之構成要件,且無阻 卻違法之事由,具違法性,故甲成立刑法第321條第1項第1 款加重竊盜罪。





#### 客觀構成要件:

- ←)行為主體為竊盜犯或搶奪犯,無論其既遂或未遂,均包括 在內。
- (二)當場施以強暴、脅迫:當場,在犯罪行為時之現場。

### 二主觀構成要件:

- ←)行為人具備竊盜(搶奪)故意及準強盜故意。
- (二)出於防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證之不法意圖。

### 三既遂與未遂:

實務認為以竊盜(搶奪)之既、未遂為判斷標準。

□刑法第329條(準確盜罪)

## ▲問題一

甲與乙行竊,第一次成功;第二次於夜間侵入丙宅行 竊,被丙發現,乙乘機逃脫,甲被丙拉住,猛擊丙始 告逃脫,試問甲、乙應為何處斷?

### 台解題方向

- 第一次:甲及乙成立竊盜罪之共同正犯。

二第二次:甲成立準強盜罪,乙成立加重竊盜未遂罪。



# 解<sub>ANSWER</sub>

- -甲、乙第一次行竊成立刑法第320條(普通竊盜罪、竊佔罪
  - ) 第1項及刑法第28條(共同正犯)竊盜罪之共同正犯: 所謂共同正犯,須有2個以上之行為人,且備共同之行為決 意(主觀要件)與共同之行為實行(客觀要件),始能成 立。分述如下:
  - (→)2個以上之行為人:甲、乙,基於共同的行為決意與行為 分擔,共同實行犯罪。
  - (二)共同行為之決意:甲、乙出於違犯特定犯罪之故意,彼 此聯絡謀議計畫,而在有認識與有意願地交互作用下, 所成立之共同一致之犯意,在主觀上具備共同行為決意。
  - (三)共同行為之實行:甲、乙客觀上具有共同行竊之行為行為。 因此,甲、乙第一次行竊成立竊盜罪之共同正犯。
- 二甲、乙第二次行竊之行為成立刑法第329條準強盜罪之共同 正犯:
  - (→)甲、乙為共同正犯,如前討論,茲不贅述。
  - (二)甲成立準強盜罪,但乙不成立其共同正犯,討論如下:
    - 1.客觀構成要件:
      - (1)甲、乙為竊盜犯既遂之共同正犯。
      - (2)甲在其犯罪現場被發現後猛擊丙,其程度已達於使 人難以抗拒,為當場施以強暴、脅迫之行為。
    - 2. 主觀構成要件:甲既知目欲,具備竊盜(搶奪)故意 及準強盜故意。目出於防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪 證之不法意圖。
    - 3.甲無阴卻違法及阳卻罪責事由,該當本罪。惟依實務 見解,乙並未參與對丙施強暴脅迫行為,不應以準強 答罪之共同正犯。(23年上字第2316號判例參照)

### 三競合:

甲、乙第一次、第二次之行為,非接續行為,應分別處斷。第 一次行為甲、乙分別成立刑法第320條第1項及刑法第28條竊 答罪之共同正犯、第二次行為則甲成立刑法第329條準強答罪 、乙成立立加重竊盜未遂罪,依刑法第50條,數罪併罰之。



23年上字第2316號判例:「竊盜因防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證,而 當場實施強暴、脅迫,論以強盜之規定,自以實施強暴、脅迫之人為限 ,其他竊盜共犯對於行強如無犯意之聯絡者,不容概以強盜論擬。」



# 🔓 問題二

甲於白天經過乙住宅,見門戶大開無人在內,擅自進 入屋內,見客廳神桌上之神像掛有金牌多面,甲認為 此時有機可乘,於是自其皮包取出剪刀1把,將神像上 掛金牌之棉線剪斷逕自取走,被乙當場撞見,並抓住 甲之衣袖,阳止其離去,甲用力將乙推開後,加以逃 逸,試問:甲之罪責為何?

### 台解題方向

甲將乙推開後,加以洮逸是否成立加重準強盜罪?



- 一甲未經乙同意即進入乙家,實現「侵入住宅」之加重事由 ,又甲攜帶剪刀實現「攜帶具有危險性之兇器」之加重事 由,但因二個加重事由行為係侵害同一人之財產法益,此 時僅論一罪已足。
- 二又甲見客廳神桌上之神像掛有金牌多面,於是自其皮包取 出剪刀1把,將神像上掛金牌之棉線剪斷逕自取走,其行為 乃破壞乙持有並建立自己新持有之竊盜行為;主觀上,甲 有加重竊盜故意與意圖為自己不法所有,又甲無阳卻違法 與罪責事由,成立刑法第321條第1項之加重竊盜罪。
- 三依司法院大法官釋字第630號(解釋爭點:刑法第329條違 憲?)之解釋認為,脫免逮捕而實施強暴、脅迫須達被害 人或第三人難以抗拒之程度,然題中甲為脫洮而乙拉住甲 之衣袖,甲僅用力將乙推開,難認甲的強暴行為使乙達到 難已抗拒之程度,故甲不成立加重準強盜罪。

四甲僅成立加重竊盜罪。

# ♬問題三

甲見乙沉迷賭博而有經濟上之困難,於是向乙提議前 往A所經營之商店搶劫財物。乙思考再三後,並不為 所動。3日後,甲再度對乙說「我跟你去A之商店,你 進去搶錢,我在店外把風! Z終於同意該計畫。某 日,甲與乙前往A之商店。乙進去商店搶劫財物,甲 在外把風。乙尚未搶得財物即被 A 強力阻擋,乙欲逃 離現場,即用力推倒 A,甲乙兩人遂迅速逃離現場。 但 A 因倒地後頭部碰撞地面, 送醫不幸死亡。試問: 甲、乙二人之行為應如何處斷?[104-般警四]

# 解<sub>ANSWER</sub>

- 甲第一次提議之行為,不成立刑法第325條(普誦搶奪罪) 搶奪罪之教唆犯:

教唆犯係指對本無實行犯罪行為意思之主行為人,為教唆 行為,使其萌生犯意,甲提議乙去搶劫,然乙未因此萌生 犯意,甲之行為為未遂教唆,本法民國94年修正前規定被 教唆人雖未至犯罪,教唆人仍以未遂犯論;惟修正後之刑 法已予刪除。因此,甲第1次提議之行為,無罪。

- 二甲、乙成立刑法第325條(普通搶奪罪)搶奪未遂之共同正犯: (一)主觀上,乙既知目欲,有搶奪故意。
  - (二)乙之行為是否已達著手?依主客觀混合理論,此說主張 著手之認定,應結合主觀犯意與客觀行為,以行為人之 犯罪計畫,並開始實行與構成要件的實現具有密切關連 的實行行為,且該行為是否造成對法律和平的破壞與導 致計會大眾之不安。乙進入便利商店時,其犯罪計畫即 開始實行,且乙之行為會造成對法律和平的破壞與導致 社會大眾之不安,因此已著手。



- (三)是否既遂:搶劫之既遂,係以財產移入自己掌控之範圍內,乙僅為搶劫行為,而財產尚未移入自己之掌控,因此乙搶劫之行為尚未達到既遂之程度。
- 四乙無阻卻違法事由及阻卻罪責事由,故該當本罪。
- (五)甲、乙對於犯罪有計畫,甲負責把風、乙負責搶劫,共同分擔犯罪,對於犯罪所產生之結果願意共同承擔,彼此負責,有共同行為之決議,因此甲、乙為共同正犯,共同負本罪之責。
- 三甲、乙共同成立刑法第329條準強盜罪之加重結果犯:
  - ← 乙推倒丙之行為,成立準強盜罪之加重結果犯:
    - 1.刑法第329條規定「以強盜論」,係指按強盜罪相當條 文處罰之意。
      - 其當場施強暴脅迫行為,因而致人於死或重傷,按刑法第 328條(普通強盜罪)第3項強盜罪加重結果犯處罰之。
    - 2. 乙成立搶奪未遂之共同正犯前已說明。而乙為脫免逮捕,用力推丙,係為脫免逮捕所為之強暴行為。乙當場施強暴脅迫行為,應有注意義務,卻違反其注意義務,造成丙死亡,成立準強盜罪之加重結果犯。
  - (二)甲、乙對於犯罪有計畫,甲負責把風、乙負責搶劫,共同 分擔犯罪,對於犯罪所產生之結果願意共同承擔,彼此負 責,有共同行為之決議,對於乙推倒丙之行為,對於脫免 逮捕可能會傷害被害者,甲可能可以預見,並未超出甲之 意料之外,因此甲、乙為共同正犯,共同負本罪之責。

#### 四結論:

甲、乙依刑法第329條(準強盜罪)、第328條(普通強盜罪)第4項、第28條(共同正犯),共同成立準強盜罪之加重結果犯。





# 總複習③)《違法由自動付款設備取得他人之物罪》

#### - 客觀構成要件:

- 一利用自動付款設備進而取得他人之物或為自己、第三人得 財產上不法之利益。
- (二)使用不正方法。

#### 二主觀構成要件:

- 行為人主觀上具備取財故意或得利故意。
- (二)為自己或第三人不法之所有意圖。

#### 三本罪有處罰未遂犯。

□刑法第339條之2(違法由自動付款設備取得他人之物之處罰)

# ₫問題一

甲意圖為自己不法之所有,向乙恫嚇稱:快把金融卡給我,同時說出密碼,如不給我金融卡和密碼,就打你等語,強逼乙交出金融卡並說出密碼。乙因為不願無故損失財物,供出不正確密碼,致甲無法領到金錢。甲遂再強逼乙說出正確的密碼,乙雖再告以不正確之密碼,惟遭識破,甲即揮拳毆打乙臉部致受傷,並大聲對乙說:我是通緝犯,身上有槍(事實上沒有槍,僅虛張聲勢),如不說出密碼,要不要試試看云云,乙深信甲所言不虛,致使不能抗拒而說出正確密碼。甲到提款機輸入正確的密碼操作後,終於領得2萬元。試問:甲的刑事責任如何?[102~般警三]

### 台解題方向

題目明確提出「恫嚇」、「致乙不能抗拒」等關鍵詞,故可 知最大的考點已不在於恐嚇取財及強盜罪,而係自動付款設 備取財罪之「不正方法」。





甲犯刑法第346條第1項恐嚇取財罪、第328條第1項強盜罪及第 339條之2第1項不正使用自動付款設備取財罪,三罪數罪並罰。

- 一甲強逼乙交出金融卡之行為,可能成立刑法第346條第1項 恐嚇取財罪:
  - 一刑法第346條(單純恐嚇罪)第1項規定,意圖為自己或 第三人不法之所有,以恐嚇使人將本人或第三人之物交 付者,為恐嚇取財罪。
  - (二)本題,行為人甲客觀上以「如不給我就打你」等語實行 恐嚇行為而致乙交付其所有之金融卡,且主觀上具有為 自己不法所有之意圖,該當恐嚇取財罪之構成要件。又 甲無阳卻違法事由,亦具有罪責,故甲犯刑法第346條( 單純恐嚇罪)第1項恐嚇取財罪。
- 二甲揮拳並再次恐嚇乙之行為,可能成立刑法第328條(普通強盜 罪)第1項強盜罪或第346條(單純恐嚇罪)第1項恐嚇取財罪:
  - (一)刑法第328條(普通強盜罪)第1項規定,意圖為自己或第三 人不法之所有,以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法,至使 不能抗拒,而取他人之物或使其交付者,為強盜罪。

刑法第346條(單純恐嚇罪)第1項規定,意圖為自己或 第三人不法之所有,以恐嚇使人將本人或第三人之物交 付者, 為恐嚇取財罪。

最高法院80年度第4次刑事庭會議決議中指出:「恐嚇行 為不以將來之惡害通知為限,即以強暴脅迫為手段,而 被害人未達於不能抗拒程度者,亦屬之。」因此,若未 致被害人達不可抗拒之程度,即為恐嚇取財罪; 若致被 害人達不可抗拒之程度,則為強盜罪。

(二)本題,行為人甲主觀上具有為自己不法所有之意圖,目 客觀上以揮拳毆打乙並同時聲稱身上有槍之行為,已使 乙心生畏懼且達不能抗拒之程度,該當強盜罪之構成要 件。又甲無阳卻違法事由,亦具有罪責,故甲犯刑法第 328條第1項強盜罪。

- **%**
- 三甲到提款機領取2萬元之行為,可能成立刑法第339條之2第 1項由不正使用自動付款設備取財罪:
  - →刑法第339條之2(違法由自動付款設備取得他人之物之處罰)第1項規定,意圖為自己或第三人不法之所有,以不正方法由自動付款設備取得他人之物者,為由不正使用自動付款設備取財罪。至於何謂「不正方法」,學說與實務有不同見解:
    - 1.實務多數見解認為,所謂「不正方法」,泛指一切不 正當之手段,如偽造、搶奪或其他無權使用提款卡之 情事,亦或是領取超過授權範圍之款項等,均屬詐欺 電腦犯罪中之「不正方法」。
    - 2.學者通說認為,本條立法目的在於規範所謂類似詐欺 的電腦犯罪漏洞。所謂不正方法,應係指「類似行騙 詐欺、違反該設備設計目的」之方法破解該機器設備。 因機器設備並不會「陷於錯誤」,此與刑法中使人陷 於錯誤之詐欺性質不同,為恐有違背罪行法定原則禁 止類推試用之原理,乃增訂此條文。
  - (二)本題,筆者認為(考試作答時,請寫「管見認為」)應 採實務見解,甲主觀上具有為自己不法所有之意圖,客 觀上以強盜所取得之提款卡及密碼進行提款等不正方法 ,由提款設備取得2萬元款項,該當刑法第339條之2第1 項不正使用自動付款設備取財罪之構成要件。又甲無阻 卻違法事由,亦具有罪責,故甲犯刑法第339條之2第1項 由自動付款設備詐財罪。

#### 四競合:

上述三罪,由於行為甲係出於個別犯意,分別實行各犯罪行為,故應數罪併罰之。

# 🔓 問題二

甲持提款卡在銀行之自動櫃員機提款,甲按鍵欲提取 新臺幣2千元,不意櫃員機送鈔時卻送出20張千元鈔 票,但螢幕顯示提領金額亦僅為2千元。甲不動聲色, 收下2萬元的現鈔,接著又操作一次鍵盤欲提領3千 元,結果櫃員機又送出30張千元鈔票。銀行後來發現 櫃員機作業程式錯誤,向甲追討多餘款項,甲卻不予 理會。試問:甲之刑事責任如何?[100-般警三]

### 台解題方向

本題涉及侵占之概念及不正使用自動付款設備取財罪之「不 正方法」。



- 甲在自動櫃員機提款,欲提取新臺幣2千元,櫃員機卻送出 20張千元鈔票,但螢幕顯示提領金額亦僅為2千元。甲不動 聲色,收下2萬元現鈔,後經銀行追討,卻不予返還之行為 ,不成立刑法第337條侵占潰失物罪,理由分析如下:
  - (一)依108年12月25日修正刑法第337條(侵占遺失物罪)規定 :「意圖為自己或第三人不法之所有,而侵占遺失物、漂流 物或其他離本人所持有之物者,處一萬五千元以下罰金。」 另依據民法規定, 拾得潰失物、漂流物或沉沒物等應從 速通知遺失人、所有人、其他有受領權之人或報告警察 、自治機關,遺失物自通知或最後招領之日起逾6個月, 未經有受領權之人認領者,始由拾得人取得其所有權, 若拾得人不依照此法定程序,而以不法之所有意圖,占 為已有或加以處分者,即構成本罪。

稱遺失物係指本人並無拋棄意思,而偶然喪失其持有之 物;所謂離本人所持有之物,係指物之離其持有,非出 於本人之意思者而言。

所謂的侵占,前提則是行為人持有他人之物,亦該「持 有」為「所有」。

- (二)本案中,甲利用櫃員機誤吐金額的行為,本身就是一種 直接的所有權移轉,是將金錢的所有權完全加以移轉, 並非只是單純的持有實力支配移轉,因此當無產生「易 持有為所有」的侵占行為。縱使之後經銀行發現櫃員機 作業程式錯誤,向甲追討多餘款項,甲不予返還,仍不 會構成侵占,因當櫃員機送鈔出來時,鈔票的所有權便 已移轉給甲,故無所謂的「易持有為所有」的侵占行為 已如前述。因此,甲收下2萬元的現鈔,後經銀行催討仍 不返還之行為不構成刑法第337條侵占遺失物罪。
- (三)本題銀行可對甲主張民法第179條(不當得利之效力)之 不當得利請求汳澴。
- 二甲收下2萬元現鈔之行為,不成立刑法第339條(普通詐欺罪) 與第15條(不作為犯)第1項不作為詐欺罪,理由分析如下:
  - ←)依刑法第15條(不作為犯)第1項規定:「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。」其屬不純正不作為犯之規 定,本案中純屬民事法上不當得利,甲並未負主動告知 溢領之義務,無法建構直實告知之保證人地位。
  - (二)依刑法第339條(普誦詐欺罪)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, 處 五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以 下罰金。」所謂詐術,是以作為或不作為的方式,傳遞 與事實不符的資訊,而此訊息有造成相對人產生錯誤認 知之可能,錯誤是指被害人的主觀認知和客觀認知的事 實不一致; 而機器並不會發生認知上的錯誤, 機器只接 受指令而有所反應,亦即不正確的指令,機器不會有反 應;正確的指令,機器才會有反應。
  - (三)本案例,甲並未居於保證人地位,目是櫃員機作業程式錯 誤,本身具有瑕疵,且機器不會發生認知上的錯誤,客觀 構成要件不該當,因此,甲之行為不成立刑法第339條(普 通詐欺罪)與第15條(不作為犯)第1項不作為詐欺罪。

- 三甲收下2萬元現鈔之行為,不成立刑法第339條之2第1項不 正使用自動付款設備取財罪,理由分析如下:
  - ←)刑法第339條之2(違法由自動付款設備取得他人之物之 處罰)第1項規定:「意圖為自己或第三人不法之所有, 以不正方法由自動付款設備取得他人之物者,處三年以 下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金。」所謂不正之 方法係指類似行騙之方法,而得違反自動付款設備之付 款設計目的,以取得他人之款項,亦即利用操作上之特 性,違反設置者的意思利用機器。
  - (二)本案甲第一次提錢之行為屬於單純民事法上不當得利, 目 甲剛開始操作櫃員機時,不知該機有瑕疵,主觀上欠 缺對於使用不正方法之認識與意欲心態,因此,不成立 刑法第339條之2第1項不正使用自動付款設備取財罪。
- 四甲接著又操作1次鍵盤欲提領3千元,結果櫃員機又送出30 張千元鈔票之行為,則構成刑法第339條之2第1項不正使用 自動付款設備取財罪,理由分析如下:

依刑法第339條之2(違法由自動付款設備取得他人之物之處 罰)第1項規定,係規範對機器以不正行為取得不法財物、 利益之行為,所謂不正之方法,如上所述,係指以類似行騙 之方法,而得違反自動付款設備之付款設計目的,以取得他 人之款項。本案中之甲由前行為知悉櫃員機作業程式錯誤, 故欲利用此錯誤再提領3萬元,但是以櫃員機的設置者(銀 行)的原意,顯然不會希望有人藉此機械瑕疵來操作櫃員機 ,以提領超出鍵入金錢數額,故此行為違反自動付款設備之 付款設計目的,應屬於刑法第339條之2(違法由自動付款設 備取得他人之物之處罰)之「不正方法」。

主觀上甲對客觀事實有認識且決意為之,甲具有不法所有 意圖,別無阻卻違法事由且具罪責,故甲再次利用機械瑕 疵以提領超額款項之行為,成立本罪。





# 總複習②《擄人勒贖罪》

#### - 客觀構成要件:

- (→)擄人行為:行為人綁架被擄者,而違反他人意思,將他人 置於自己實力支配下。
- (二)既未遂判斷標準:實務上認為擄人勒贖罪之既未遂判斷標準 係在於**掳人行為是否既遂**,而非在於勒贖行為之既未遂。

#### 二主觀構成要件:

- ←)行為人主觀上具備擴人勒贖故意。
- (二)勒贖意圖:勒令他人提供金錢或其他財物,以贖取被擴者 之生命或身體自由。實務上因把勒贖作為主觀要素,因 此,未取得贖款亦不影響本罪成立,最多影響量刑。

#### 三本罪有處罰未遂犯。

□刑法第347條(擄人勒贖罪)



# ▲問題一

擴人勒贖罪之構成要件為何?因何種情形始構成加重 結果犯?或得減輕其刑?試分述之。【100一、三類警佐】

### 台解題方向

擴人勒贖之行為須與加重結果間具有因果關係,始構成擴入 勒贖之加重結果犯。



- -刑法第347條(擴入勒贖罪)第1項擴入勒贖,其要件有三:
  - (一)須意圖勒贖而據人:勒贖者,勒今提供金錢或其他財物 ,以贖取被據人生命與身體自由之謂。
  - □須有擴人行為:擴人行為,謂使被擴人脫離原來所在之 處所,而移置於自己實力支配之下,致喪失行動之自由。 擴人行為,亦即相當於妨害自由罪之略誘行為,即未得 被害人之承諾而以強暴、脅迫或詐術,使被害人置於自 己或第三人實力支配之下,不僅拘束其身體,目進一步 使其喪失行動之自由。
  - (三)須已將被擴入置於自己實力支配之下:即被擴入已脫離 其原來所在之處所,而置於行為人自己實力支配之下, 亦即已喪失行動之自由。

#### 二本罪之加重結果犯:

擄人勒贖罪之法定刑為死刑、無期徒刑或7年以上有期徒刑 , 並罰其未遂犯, 目設有處罰加重結果犯及預備犯之規定 ,即犯本罪因而致人於死或重傷者,處死刑、無期徒刑或 10年(致重傷)及12年(致死)以上有期徒刑。預備犯據 人勒贖罪者,處2年以下有期徒刑。關於上列加重結果犯之 構成,其致死或致重傷之對象並不限於被擴之人,惟其人 之死傷必須與擴人勒贖之實行確有因果關係。



#### 三本罪減輕其刑之特例:

刑法規定犯據人勒贖罪,未經取贖而釋放被害人(被據之人 )者,減輕其刑;取贖後而釋放被害人者,得減輕其刑〔刑 法第347條(擴人勒贖罪)第5項]。蓋犯罪雖已既遂,而於 財產尚未生實害,猶可激勵自新。於此應注意者,所謂未經 取贖而釋放,須釋放出於行為人自己之意思,自由決定,且 非由於他人取贖,至於是否在接洽取贖之中,可以不問。若 因受外力強迫不得已而釋放者,如遇軍警搜捕,難以隱藏之 類,即不在得減之列。然亦不以完全出於自動為必要,如釋 放之原因雖由於外力干涉,而決定釋放係自由為之,則與被 迫釋放者究屬不同,上開刑法規定,自仍有其適用。

# 特種刑事法令



總複習①《加重攜帶刀械罪》

#### - 客觀構成要件:

(一)行為客體:刀械。

(二)行為:未經許可攜帶。

#### (三)加重事由:

- 1.於夜間犯之者。
- 2.於車站、埠頭、航空站、公共場所或公眾得出入之場所 犯之者。
- 3. 結夥犯之者。

#### 二主觀構成要件:

行為人主觀具有攜帶之故意。

□槍砲彈藥刀械管制條例第15條(加重攜帶刀械罪)

## ▲問題一

甲未經許可為殺乙,特購武士刀一把,於某日夜晚, 在郊區找到乙,即砍殺乙,不意未中乙而反中丙成輕 傷,經乙、丙訴請究辦,問甲應如何論處?

### 解題方向

持有刀械而犯殺人罪之競合問題。



一甲砍殺之行為成立刑法第271條(普通殺人罪)之未遂罪:本題為打擊錯誤之題型。打擊錯誤,係指行為人所為之攻擊行為,由於實行失誤致其所損傷之客體與行為人所欲攻擊之客體不同。即行為結果之出現,並非在行為人主觀想像上所應發生之客體上,而這樣的錯誤係因行為人之行為失誤或行為實行之失誤所造成,與未發生實行失誤之客體錯誤不同。關於方法錯誤之處理,依通說見解,不區分等價或不等價,對於意欲客體成立未遂;對於行為客體成立渦失,二罪間依想像競合處理。

因此,甲欲砍乙,未中而傷丙,甲對乙成立刑法第271條(普通殺人罪)第2項殺人未遂罪,對丙成立刑法第284條過失傷害罪。

#### 二甲持有槍:

依據槍砲彈藥刀械管制條例第15條(加重攜帶刀械罪)之 規定:「未經許可攜帶刀械而有下列情形之一者,處二年 以下有期徒刑:

- (一)於夜間犯之者。
- (二)於車站、埠頭、航空站、公共場所或公眾得出入之場所犯之者。
- (三)結夥犯之者。」

甲於夜間持有槍彈,符合槍砲彈藥刀械管制條例第15條(加重攜帶刀械罪),成立本罪。

三甲數行為觸犯數法律,依刑法第50條數罪併罰之。



# 總複習②《販運製造畫品罪》

#### - 客觀構成要件:

(→)行為客體:毒品危害防制條例第2條所稱之毒品及專供製造或施用毒品之器具。

#### **(二)**行為:

1.製造:創造及改造。
2.運輸:轉運輸送。

3. 販賣:對不特定人或多數人之有償轉讓行為。

#### 二主觀構成要件:

行為人主觀具有製造、運輸、販賣之故意。

□109年1月15日修正毒品危害防制條例第4條(販運製造毒品 罪)

# ₿問題一

警察甲偵辦毒品犯罪,為「斷源截流」乃「授意」經查獲吸食毒品者乙,「再次」向原毒販丙購買,並因而查獲多數毒品。試問如何論處「再次」毒品交易過程中,原吸食者乙、毒販丙行為?

## 部題方向

販賣毒品罪之著手問題。





就原吸食者乙及毒販丙之「再次」買賣毒品之行為應如何論 處,分述如下:

- 就原吸食者乙「再次」買受毒品之行為論之:

警察職權行使法第12條(第三人秘密蒐集資料)明定:「 警察為防止危害或犯罪,認對公共安全、公共秩序或個人 生命、身體、自由、名譽或財產,將有危害行為,或有觸 犯刑事法律之虞者,得遴選第三人秘密蒐集其相關資料。( 第1項)

前項資料之蒐集,必要時,得及於與蒐集對象接觸及隨行之人。(第2項)

第一項所稱第三人,係指非警察人員而經警察遴選,志願 與警察合作之人。經遴選為第三人者,除得支給實際需要 工作費用外,不給予任何名義及證明文件,亦不具本法或 其他法規賦予警察之職權。其從事秘密蒐集資料,不得有 違反法規之行為。(第3項)

第三人之遴選、聯繫運用、訓練考核、資料評鑑及其他應 遵行事項之辦法,由內政部定之。(第4項)」

由於調查犯罪事證為司法警察基於職務上之行為,其為防止有致公共安全、公共秩序或個人生命、身體、自由、名譽或財產危害之行為或有觸犯刑事法律之虞,除得以親自調查並蒐集證據外,亦得使第三人以合法之方式誘捕犯罪行為人,而第三人之行為應視為警察行為之延伸,而與司法警察機關取證行為受相同規範。本題原吸食者乙向毒販丙之「再次」買受毒品之行為,並無實際買受毒品之真意,其虛與毒販A買賣毒品,意在協助警察甲辦案,以求人贓俱獲、斷源截流,故原吸食者乙之行為應不成立犯罪。

### 二就毒販丙「再次」販賣毒品之行為論之:

109年1月15日修正毒品危害防制條例第4條(販運製造毒品 罪)明定:「製造、運輸、販賣第一級毒品者,處死刑或 無期徒刑;處無期徒刑者,得併科新臺幣三千萬元以下罰 金。(第1項)

製造、運輸、販賣第二級毒品者,處無期徒刑或十年以上有期徒刑,得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。(第2項)製造、運輸、販賣第三級毒品者,處七年以上有期徒刑,得併科新臺幣一千萬元以下罰金。(第3項)

製造、運輸、販賣第四級毒品者,處五年以上十二年以下 有期徒刑,得併科新臺幣五百萬元以下罰金。(第4項) 製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者,處一年

製造、運輸、販買專供製造或應用毒品之器具有,處一年以上七年以下有期徒刑,得併科新臺幣一百五十萬元以下罰金。(第5項)

前五項之未遂犯罰之。(第6項)」

由於毒品危害防制條例係特別法,故優先於普通法刑法第 257條(販賣運輸鴉片、毒品罪)販賣運輸毒品罪而適用。 本題原吸食者乙偽稱欲購買毒品,雖無實際購毒之真意, 但毒販丙既有販賣毒品之故意,且依約攜帶毒品前往交付 ,即已著手實施販賣毒品之行為,故形式上原吸食者乙與 毒販丙已互為毒品交易行為,但因警察甲埋伏在側,伺機 逮捕,事實上其二人不能真正完成買賣毒品之行為,因此 ,毒販丙應僅論以毒品犯罪防制條例第4條(販運製造毒品 罪)規定之販賣毒品未遂罪,且因該交易所查獲之毒品應 依刑法第38條(沒收物)規定沒收之。

# 新編

# 刑法(含實例題)問答

# (含特種刑事法令)

# 總複習暨全真模擬試題

名譽編輯◆李如霞老師

執 行 編 輯 ◆ 趙國華、陳佳佑、歐思怡

封面設計◆廸生設計公司

發 行◆新士明文化有限公司

公 司 地 址 ◆ 402-51 台中市南區永和街 287 號 1 樓

網路商城◆www.MOEX.com.tw

購書專線◆090-557-6667(= Line Id)

服務電話◆04-22855000

劃 撥 帳 號 ◆ 22854008 / 戶 名 ◆ 趙國華

ATM 轉帳 ◆ (013) 235035016578 (國泰世華)

讀者信箱◆will0107moex@gmail.com

登 記 字 號 ◆ 局版業字第 0231 號

出版日期◆中華民國110年10月25日出版 十版一刷

法 律 顧 問 ◆ 嘉誠國際法律事務所

定價 720 元

本書如有缺頁、倒裝或其他裝訂不良等情形,請電洽公司,將有專人為您服務