

# 《刑法概要》

甲、申論題部分：(50分)

- 一、甲唆使毒物專家乙殺A，乙不認識A。乙應允後，甲給乙一包毒藥吩咐其置入A的飲食中。幾日後乙在準備下手前，發現甲給的毒藥，並沒有辦法致命。乙將毒藥換成其他致命毒藥後置入A的餐點中，A食用後死亡。但乙並未對甲說明調換毒物之事。試問甲、乙的行為依刑法如何評價？(25分)

命題意旨	本題主要測驗幫助犯因果關係之認定，以及正犯與共犯之競合關係。
答題關鍵	甲的刑責需要特別討論幫助犯因果關係當中「結果惹起說」、「行為促進說」以及「風險升高說」三種不同看法，如果所採的見解最後得出不成立幫助犯的結論，需進一步討論對於A的死亡結果是否具有過失犯的預見與避免可能性，才是完整的論罪。
考點命中	《透明的刑法概要》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，總則編第二篇第七章。
重要程度	★★★★☆

答：

- (一)乙將毒藥放入A餐點之行為，成立刑法(下同)第271條第1項殺人既遂罪：
- 客觀上，乙將毒藥放入A餐點之行為與A食用後死亡之結果具不可想像不存在之條件因果關係，且乙將致命毒藥放入A餐點時已製造A生命法益受害之法不容許風險，該風險於A食用後死亡在殺人構成要件內實現，故A之死亡結果客觀上可歸責於乙；主觀上，乙明知將致命毒藥放入A餐點將造成A食用後死亡仍決意為之，具殺人故意無疑。
  - 乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- (二)甲之刑責
- 甲唆使乙下毒殺A之行為，成立刑法(下同)第271條第1項殺人既遂罪之教唆犯(第29條)：
    - 乙成立殺人既遂罪已如前述。
    - 客觀上，甲唆使乙殺A係使無殺人犯意之乙形成殺人犯意之教唆行為，甲教唆使乙形成犯意後已惹起A生命法益受害之危險；主觀上，甲有教唆乙下毒殺A之殺人故意與殺死A之教唆既遂雙重故意，又雖乙將甲提供之毒藥自行替換成致命毒藥，惟因甲知悉乙為毒物專家，就乙替換成致死毒藥之因果流程偏離，依一般理性第三人標準而言應欠缺重要性，故就乙持替換後致命毒藥殺死A之結果，仍在甲之教唆殺人故意預見範圍內，甲對A死亡結果負故意既遂之責。
    - 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
  - 甲提供毒藥給乙殺A之行為，不成立刑法(下同)第271條第1項殺人既遂罪之幫助犯(第30條)：
    - 乙成立殺人既遂罪已如前述。
    - 客觀上，甲提供毒藥給乙係使已有殺人犯意之乙較易實現殺A構成要件之幫助行為，惟因乙未使用甲提供之毒藥殺死A，甲之幫助行為與乙殺人行為間是否具備因果關係，涉及幫助犯因果關係之認定：
      - 結果惹起說認為，幫助犯與正犯之因果關係均應採條件因果關係，幫助行為須對正犯形成之結果具不可想像不存在之條件因果，亦即幫助作用力持續至既遂之十點，方能論以幫助既遂之責，依此甲提供之毒藥於乙著手殺A前即失其因果貢獻，甲行為為不罰之無效幫助。
      - 行為促進說主張，幫助行為僅需於正犯行為流程某一時點具促進作用力或直接重要關係，即滿足因果關係之要件，故除非甲對乙殺人犯意之精神促進力持續至既遂時，否則甲提供無殺人效果之毒藥物理上並未對乙殺人行為具有促進作用力，甲仍不成立幫助犯。
      - 風險升高說以為，若幫助行為就犯罪之實行，創造有利條件或降低阻礙，進而提升或促進結果發生之危險而惹起結果，即具因果關係(109台上979判決)。
      - 本文以為，結果惹起說不當將共犯因果與正犯採同一標準，不符共犯與正犯處罰基礎之差異，亦難以解釋幫助犯得減輕之法律效果、行為促進說標準不明確，應以風險升高說較能合於「惹起說」之共犯處罰基礎。
      - 本題中，甲提供給乙之毒藥欠缺致命效果，並無創造乙殺人之有利條件，亦未升高乙殺死A

之風險，甲之物理貢獻力僅持續到乙著手之前，屬不罰之無效幫助，甲不成立幫助犯。

3.甲提供毒藥給乙殺死 A 時已違反不得致人於死之客觀注意義務，且對於毒物專家乙洞悉毒藥之藥性並自行替換致命毒藥毒死 A 之結果，依一般理性第三人與甲之個人能力判斷，具主觀與客觀之預見與避免可能性，甲成立刑法第 276 條過失致死罪之正犯。

4.小結：甲成立之殺人既遂罪教唆犯與過失致死罪之正犯，依法條競合吸收關係論以前者。

二、甲下班後發覺放在公司樓下的腳踏車遭竊，心中氣憤不已。在步行回家途中，突然看到自己的腳踏車就停在路邊超商騎樓下。甲趨前確認該腳踏車為自己失竊之車後，想把腳踏車牽走，卻發現腳踏車被人上鎖。甲在超商旁五金行購買一螺絲起子，隨即以螺絲起子用強力方式把鎖撬開。破壞鎖後，甲正想騎上腳踏車回家，有一便服刑警全程目睹甲的行為，上前出示身分，請甲一起至警局配合犯罪調查。試問甲的行為依刑法如何評價？（25分）

命題意旨	本題為典型竊盜罪保護法益題型，依照保護法益延伸出去的主客觀要件之爭，均會影響到所有權人甲取回自己遭竊物是否構成竊盜罪之結論。而取回自己遭竊物仍有自助行為與正當防衛之違法性爭點，建議一併檢討。
答題關鍵	就客觀構成要件的討論，應提及竊盜罪三種保護法益「所有權說」、「持有說」以及「所有權與持有說」，並在採取其中一個見解之後，連結到竊盜構成要件行為的解釋；主觀構成要件則應把重點放在「不法意圖」的解釋上，因為甲是所有權人，他取回自己遭竊物是否有破壞民事財產法秩序的目的，是本題的主要爭點之一。
考點命中	《透明的刑法概要》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，分別編第一篇第六章。
重要程度	★★★★☆☆

答：

(一)甲以螺絲撬開自己遭竊的腳踏車之行為，不成立刑法（下同）第 321 條加重竊盜罪：

1.主觀上，甲明知將自己遭竊的腳踏車取走將破壞竊賊對車子之持有支配狀態仍決意為之，具竊盜故意，惟本罪仍須甲有不法所有意圖，亦即違反民事財產分配秩序將他人支配之物剝奪並據為己有之主觀目的，方能成立，甲於取走腳踏車時具排除竊賊支配地位並將腳踏車據為己有之所有意圖，惟此腳踏車既係甲所有，甲自行取遭竊物是否具不法意圖，容有爭議：

- (1)肯定說認為，民事財產法秩序僅容許甲使用民事訴訟或強制執行方式取回自己所有物，故即使甲具有腳踏車之所有權，仍因已破壞民事財產法秩序而具不法意圖。
- (2)否定說主張，甲對腳踏車竊賊存有一個屆期且無抗辯權存在之民事法不當得利或侵權行為請求權，故甲取回腳踏車之目的並未牴觸民事財產法秩序。
- (3)本文以為，不法意圖之判斷必須藉由民事法建構之財產法秩序，而民事法並不容許所有權人毫無限制地取回自己遭竊物，仍須合於如民法 151 條自助行為或民事訴訟法相關程序規定，方屬合法，肯定說可採。
- (4)本題中，甲取回遭竊之腳踏車時仍有請求國家機關介入協助之可能性，而無自助行為之緊急性與必要性，故其仍應循一般報案程序方能為之，甲主觀上仍有破壞民事財產法秩序之目的，故具不法意圖。

2.客觀上，本罪為定式犯罪，須行為人未經他人同意破壞他人支配並建立自己支配，始屬「竊取」行為，甲取走自己遭竊之腳踏車，因甲仍具腳踏車所有權，是否合於該等要件，應視該罪保護法益而定：

- (1)所有權說認為，本罪法益為所有人對於物的所有權，亦即自由處分並排除他人干預的權利或事實利益；持有說則主張本罪法益重在所有人對物的持有利益。
- (2)本文以為，所有權說與持有說均有所偏失，蓋財產秩序係由民法所有權保護為基礎而建立，惟在現代資本主義社會中，仍不應忽略物盡其用之功能，且持有人對於財物持有利用之和平秩序，亦應受到保護，故應以「所有權與持有說」可採。
- (3)本題中，甲取走自己所有之腳踏車未經持有人即竊賊同意，破壞竊賊對於腳踏車所享有之持有利益，且甲正要騎上腳踏車時已對乙之財產持有利益有直接危險，僅甲因腳踏車體積與重量較大，甲遭刑警發現時未對腳踏車有所掌握，故依「掌握理論」，甲並未建立對腳踏車持有支配

而為竊盜未遂。

- 3.又，螺絲起子係客觀上足以對他人生命身體形成危險性之兇器（79 台上 5253 判例），甲以螺絲起子取回腳踏車符合第 1 項第 3 款攜帶兇器加重要件。另，腳踏車鎖係足以防盜之安全設備，甲破壞腳踏車鎖符合第 2 款毀越安全設備要件。
  - 4.客觀上，依民法第 151 條自助行為規定，甲雖係為保護自己對腳踏車之所有權而竊回該車破壞竊賊之財產支配權利，惟甲既仍能到一旁五金行購買螺絲起子破壞鎖，足證之竊盜行為並無時機急迫不及請求公權力介入之緊急情形，自非第 21 條第 1 項依法令之行為。
  - 5.又，甲之腳踏車遭取走後，竊賊即已建立對腳踏車之支配，且存在穩固支配狀態，其竊盜行為已結束，自無現在不法侵害存在，甲取回腳踏車不得依第 23 條正當防衛阻卻違法。
  - 6.甲具罪責，成立本罪。
- (二)小結：甲一個竊盜行為符合加重竊盜罪第 2、3 款加重事由，因基礎行為僅有一個，論以單純一罪即可（69 台上 3945 判例）。

## 乙、測驗題部分：（50分）

- (B) 1 下列何者並非刑法地的效力之基本原則？  
 (A)屬地原則 (B)血統原則 (C)屬人原則 (D)保護原則
- (C) 2 甲犯罪後，於一審法院審理中，甲所犯之罪的條文經修法通過且生效施行，下列敘述何者錯誤？  
 (A)法院裁判時，就有期徒刑之科處，應比較新舊法，適用最有利於行為人之法律  
 (B)法院裁判時，就沒收之科處，無須比較新舊法，直接適用裁判時之法律  
 (C)法院裁判時，就褫奪公權之科處，無須比較新舊法，直接適用行為時之法律  
 (D)法院裁判時，就拘束人身自由之保安處分，應比較新舊法，適用最有利於行為人之法律
- (D) 3 依刑法之規定，下列何者非屬重傷？  
 (A)一眼全盲 (B)喪失嗅覺 (C)喪失一耳聽覺 (D)背部受燙傷留疤
- (C) 4 下列何者不適用得減輕其刑之規定？  
 (A)瘖啞人 (B)滿90 歲之人 (C)過失自行招致行為時精神障礙之人 (D)15 歲之人
- (A) 5 依刑法規定及通說見解，關於責任能力之敘述，下列何者錯誤？  
 (A)滿7 歲之人為限制責任能力 (B)責任能力要素包含識別違法之能力  
 (C)責任能力要素包含依違法之辨識而控制自己行為之能力 (D)瘖啞人為限制責任能力人
- (A) 6 某甲日為討賭債，將債務人A拘禁於狗籠中直到A願意還錢為止，拘禁A至第3日時，甲臨時有事，僅向友人乙佯稱與A有小過節，希望能給他一點教訓，並希望乙能接手監控A，乙基於義氣相挺，監控A達2日之久。下列敘述何者正確？  
 (A)乙應成立私行拘禁罪之相續的共同正犯  
 (B)乙應成立私行拘禁罪之相續的教唆犯  
 (C)乙雖不知討債之事實，仍應構成恐嚇取財罪之共同正犯  
 (D)乙因不知討債之事實，屬共同正犯之踰越，僅成立恐嚇取財罪的過失犯
- (A) 7 有關刑法易科罰金的規定，下列何者錯誤？  
 (A)犯最重本刑為7年以下有期徒刑以下之刑之罪，得易科罰金  
 (B)犯最重本刑為5年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受6月以下有期徒刑或拘役之宣告，得易科罰金  
 (C)易科罰金得以新臺幣1千元、2千元或3千元折算1日  
 (D)若易科罰金難收矯正之效或難以維持法秩序者，則不得易科罰金
- (C) 8 關於數罪併罰之敘述，下列何者正確？  
 (A)宣告之最重刑為死刑時，不執行罰金  
 (B)宣告之最重刑為無期徒刑者，不執行褫奪公權  
 (C)宣告多數有期徒刑者，合併定應執行刑之刑期不得逾30年  
 (D)應執行者為一年有期徒刑與拘役時，不執行拘役
- (A) 9 甲離婚後無法走出失婚痛苦，遂詢問7 歲女兒乙是否願意一起服藥自殺，乙點頭同意。甲提供毒藥給乙，乙服用後，甲亦服用該毒藥。乙不久後死亡而甲獲救，甲之刑責為何？  
 (A)甲成立故意殺人既遂罪

- (B)甲成立囑託殺人罪，但屬謀為同死，得免除其刑  
 (C)甲成立教唆自殺罪，但屬謀為同死，得免除其刑  
 (D)甲成立幫助自殺罪，但不得適用謀為同死之規定免除其刑
- (C) 10 有關刑法假釋制度的敘述，下列何者錯誤？  
 (A)假釋制度是刑罰執行過程中，由機構處遇轉為社會處遇之轉向機制  
 (B)假釋制度不適用法官保留原則  
 (C)假釋中因故意更犯罪，受6月有期徒刑之宣告確定者，應於判決確定後6月以內撤銷其假釋  
 (D)假釋期滿逾3年者，不得再撤銷假釋
- (B) 11 關於洩漏國防以外秘密罪，下列何者錯誤？  
 (A)該文書須屬應秘密之文書  
 (B)公務員過失洩漏應秘密之文書，不處罰  
 (C)非公務員因業務而持有應秘密之文書而洩漏者，亦應處罰  
 (D)非公務員因過失而洩漏因職務或業務持有應秘密之文書，不予處罰
- (A) 12 甲向乙承租套房，某日甲不在家，房東乙未得甲之同意，自行開門進入檢視。乙之刑責為何？  
 (A)成立刑法第306條侵入住居罪 (B)成立刑法第304條強制罪  
 (C)成立刑法第302條妨害行動自由罪 (D)乙為所有權人，無罪
- (C) 13 有關偽證罪之敘述，下列何者錯誤？  
 (A)甲於地方法院開庭時作證，於案情有重要關係之事項，經具結後為虛偽陳述，無論法官是否採信，均不影響偽證罪之成立  
 (B)甲未經具結，縱作證為虛偽陳述，不成立偽證罪  
 (C)甲於訴願調查程序中虛偽陳述，仍成立偽證罪  
 (D)甲於地方檢察署偵查庭中作證，於案情有重要關係之事項，經具結後為虛偽陳述，亦成立偽證罪
- (D) 14 下列何種情形，成立刑法之誣告罪？  
 (A)甲向里長指控鄰居乙以水管竊甲家的自來水  
 (B)甲向記者指控法官乙違法亂紀，貪贓枉法  
 (C)甲意圖使乙受公司懲戒，遂向乙任職之公司檢舉乙收受回扣  
 (D)甲明知自己機車並未被竊，但為取得保險金，向派出所警員報案機車遭竊
- (B) 15 下列放火罪之情形中，何者之處罰不以「致生公共危險」為要件？  
 (A)放火燒燬現非供人使用之自己所有豪華遊艇 (B)放火燒燬現有人所在之建築物  
 (C)放火燒燬現非供人使用之自己所有住宅 (D)放火燒燬現供人使用之他人所有腳踏車
- (A) 16 駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，下列敘述何者正確？  
 (A)吐氣所含酒精濃度達每公升0.25毫克，不問有無發生車禍，均成立刑法第185條之3不能安全駕駛罪  
 (B)血液中酒精濃度達百分之0.05以上，需有致不能安全駕駛的結果，才成立刑法第185條之3不能安全駕駛罪  
 (C)服用安眠藥，不問是否致不能安全駕駛，均成立刑法第185條之3不能安全駕駛罪  
 (D)服用毒品，不問是否致不能安全駕駛，均成立刑法第185條之3不能安全駕駛罪
- (D) 17 甲偽造私立大學畢業證書一張用以求職，下列敘述何者正確？  
 (A)甲成立刑法第215條業務上登載不實罪 (B)甲成立刑法第201條偽造有價證券罪  
 (C)甲成立刑法第213條公文書登載不實罪 (D)甲成立刑法第212條偽造特種文書罪
- (B) 18 甲駕駛計程車，出於性侵害之犯意，駕車撞倒路人乙女，趁乙受傷昏迷不醒時，將乙女拖至路邊草叢予以性侵。甲成立何罪？  
 (A)甲成立刑法第225條乘機性交罪  
 (B)甲成立刑法第221條強制性交罪  
 (C)甲利用駕駛計程車之機會性侵，成立刑法第222條加重強制性交罪  
 (D)甲利用乙受傷之際性交，係乘災害之際犯性侵，成立刑法第222條加重強制性交罪
- (B) 19 關於刑法和誘及略誘罪，下列敘述何者正確？  
 (A)未得未成年人父母同意，引誘未成年人得其同意於假日白天外出遊玩，晚上即返家，仍成

## 立和誘罪

- (B)和誘未滿16歲之人，以略誘論  
(C)和誘罪保護被誘人之自由法益  
(D)甲和誘19歲之女子脫離家庭，成立和誘罪
- (C) 20 醫師甲某日暗示癌症末期病人A，自己可提供致命藥物協助其儘早解脫，A幾經思考後下定決心，請甲直接將藥物加入點滴注入體內，當藥物發生作用後，不久A即身亡。下列敘述何者正確？  
(A)甲成立刑法第275條第2項之幫助自殺罪 (B)甲成立刑法第275條第2項之教唆自殺罪  
(C)甲成立刑法第275條第1項之受囑託或得其承諾殺人罪 (D)甲不成立犯罪
- (D) 21 甲為獨生女，迫於經濟壓力與其母A共同居住，後因A中風癱瘓無法下床，甲不願持續照顧，隨即搬家離去。下列敘述何者正確？  
(A)甲成立刑法第293條之不違背義務遺棄罪  
(B)甲成立刑法第293條之普通遺棄罪，並加重其刑二分之一  
(C)甲之行為應成立刑法第271條之不作為殺人罪  
(D)甲之行為應成立刑法第294條之違背義務遺棄罪，並加重其刑至二分之一
- (C) 22 下列何者非刑法第316條洩露業務上秘密罪規定之行為主體？  
(A)藥師 (B)助產士 (C)教師 (D)宗教師之業務佐理人
- (B) 23 關於刑法第325條搶奪罪與第328條強盜罪的區分，按照實務見解，下列何者正確？  
(A)只要施加強暴與脅迫的不法腕力就構成第325條搶奪罪  
(B)乘人不備的不法腕力未達到不能抗拒程度，就只能構成第325條搶奪罪  
(C)乘人不備使其不知抗拒構成第328條強盜罪  
(D)未使用不法腕力，只要公然乘人不備而為之就會構成第328條強盜罪
- (B) 24 甲因犯傷害罪即將入獄執行，乙向甲佯稱可以幫他擺平免入監執行，要求甲給付60萬元報酬。甲信以為真，給付乙60萬元後，乙乃撰寫書狀向地方檢察署書記官請求暫緩甲之執行未果，甲於地方檢察署報到時，方知仍應入監執行。乙之刑事責任為何？  
(A)背信罪 (B)詐欺罪 (C)妨礙公務罪 (D)瀆職罪
- (B) 25 甲為抄襲乙之學期報告，未得乙同意，趁乙外出用餐電腦未關機的機會，將隨身碟插入乙電腦，存取乙電腦中的報告電子檔。因乙電腦未設任何密碼保護機制，甲輕易得手。有關甲之刑責，下列敘述何者正確？  
(A)甲成立刑法第358條之無故入侵電腦罪 (B)甲成立刑法第359條之無故取得電磁紀錄罪  
(C)甲成立刑法第360條之無故干擾電腦罪 (D)甲不成立犯罪

【版權所有，重製必究！】