

# 《刑法》

- 一、我國派駐日本的外交人員甲男與日本當地已婚的華僑乙女通姦，甲為了討好乙，挪用職務上所保管之公款新臺幣50萬元購買名貴珠寶，贈送給乙。未久甲乙兩人通姦一事被乙之先生日本人丙所知悉，丙將甲約出談判，兩人一言不合，吵了起来，丙拿出預藏的尖刀，往甲的肚子連刺二刀，以示教訓，然後趕緊離去。甲被送醫急救，幸無大礙，僅是輕傷而已。問甲、乙、丙之犯行有無我國刑法之適用？理由依據為何？（25分）

試題評析	本題在測驗考生刑法效力範圍、公務侵占罪、通姦罪、殺人未遂罪等爭點，爭點明確，難度偏易，建議本題作答上可盡量完整，條理分明。
考點命中	《高點刑法講義第一回》，任律師編撰，頁23-27。 《高點刑法講義第六回》，任律師編撰，頁47。

**答：**

- 一、甲、乙相姦、通姦之行為，形式上分別構成刑法第239條後段的相姦罪及同條前段的通姦罪，惟並無我國刑法之適用，上述行為均不成立犯罪：

- (一)不法構成要件部分，客觀上乙係有配偶之人，而與甲發生姦淫行為；甲無配偶，但與有配偶之乙發生姦淫行為，分別有通姦、相姦之行為。主觀上甲、乙對上述事實明知並有意使其發生，具有姦淫故意，不法構成要件該當。甲、乙均無阻卻違法及阻卻罪責事由，形式上已構成本罪。
- (二)惟甲、乙通姦、相姦之犯罪地為日本，非屬我國領域內犯之，且通姦、相姦罪亦非刑法第5條、第6條列舉之犯罪。再者通姦、相姦罪為一年以下有期徒刑，亦無刑法第7條之適用。綜上，甲、乙之行為並無我國刑法之適用，上述行為均不成立犯罪（最高法院97年台非字第121號判決參照）。

- 二、甲挪用公款送珠寶予乙之行為，成立刑法336條第1項的公務侵占罪：

- (一)不法構成要件部分，客觀上甲具有公務員身份，就其職務上持有之金錢，以公款買受珠寶轉贈乙，係以財產所有人自居，其行為客觀上已彰顯出易持有為所有之侵占行為；主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有侵占故意，不法構成要件該當。
- (二)甲無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。
- (三)附帶一提的是，甲雖然於我國領域外犯之，惟公務侵占罪為我國刑法第6條第4款所列舉之擴張效力範圍之犯罪，基於「屬人原則」自仍有我國刑法之適用，在此一併說明。

- 三、丙持刀往甲肚子連刺之行為，成立刑法第271條第2項殺人未遂罪：

- (一)不法構成要件部分，主觀上丙用尖刀往甲之肚子連刺，因腹腔脆弱且多所臟器，至少具有殺人之間接故意（刑法第13條第2項參照），客觀上丙使用預藏的尖刀，連刺甲之腹部，亦可評價為一殺人行為，且已然著手實行，然並未既遂，不法構成要件該當。
- (二)丙無阻卻違法事由，且具罪責，成立本罪。
- (三)附帶一提的是，丙為外國人且於我國領域外犯之，惟殺人罪為我國刑法第7條、第8條之擴張效力範圍之犯罪，基於「保護原則」自仍有我國刑法之適用，在此一併說明。

- 二、甲檢到乙遺失的皮夾，內有新臺幣1,500元、信所卡一張、駕駛執照與身分證，甲將其全部據為己有。甲隨即至附近商家，以乙之信用卡購買價值8,000元之商品，並在簽帳單上冒簽乙之姓名。回到家後，甲又將乙駕駛執照與身分證的相片換貼上自己的相片，以便冒用乙身分從事不法行為。翌日，甲於交通超速違規遭警察取締時，便拿出經過其換貼相片之乙的駕駛執照，冒充為乙，供警察開罰單，但卻遭警察識破，當場逮捕。問甲之行為應如何論罪？（25分）

試題評析	本題在測驗侵占遺失物罪、詐欺取財罪、詐欺罪之三方關係、偽造私文書罪、偽造特種文書罪、使公務員登載不實罪等等刑法分則各式犯罪。由於時間限制，建議考生對於各罪之討論，言簡意賅，不要流連於長篇大論的作答，俾利符合作答投資報酬率。
考點命中	《高點刑法講義第七回》，任律師編撰，頁113。

**答：**

**一、甲拾獲乙遺失之皮夾及內附物品之行爲，成立刑法第337條侵占遺失物罪：**

- (一)不法構成要件部分，客觀上乙遺失之皮夾已喪失管領，性質上爲遺失物，甲將之占爲己有爲侵占行爲，主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有侵占故意，不法構成要件該當。
- (二)甲不具阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

**二、甲使用乙信用卡，向商家消費之行爲，不成立刑法第339條第1項詐欺取財罪：**

- (一)不法構成要件部分，客觀上甲無權使用乙之信用卡，竟以乙之信用卡對商家消費購物，屬一施用詐術行爲，且使商家陷入錯誤，因而處分財產。惟詐欺罪爲侵害整體財產之犯罪，必以被害人受有財產損害爲要件，本件商家仍得自金融機構取得相關刷卡消費之金錢給付，並不生財產損害，不法構成要件即不該當。
- (二)附帶一提的是，我國部分實務見解認爲縱使商家可獲得金融機構之金錢給付，惟乙因未掛失止付，對此財產即受有損害，而有認對乙得以成立詐欺得利罪。對此情形，學理上多認爲基於「立場理論」，商家和持卡人並未處於同一立場，難認甲對商家之詐欺行爲視同對乙之詐欺行爲，自無成立詐欺罪之可能，上述正、反意見在此一併敘明。

**三、甲偽造乙之簽名簽署簽帳單之行爲，成立刑法第210條偽造私文書罪：**

- (一)不法構成要件部分，甲無權簽署乙之簽名，竟以乙之名義簽名於簽帳單上，係偽造私文書之行爲，且足以生損害於公眾或他人者，主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有偽造故意，不法構成要件該當。
- (二)甲無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。
- (三)附帶一提的是，甲進而行使之行爲，依法亦會成立行使偽造文書罪，在此一併說明。

**四、甲偽造身份證之行爲，成立刑法第212條變造特種文書罪：**

- (一)不法構成要件部分，身份證屬於特種文書，甲將乙身分證的相片換貼上自己的相片，係一變造行爲，且足以生損害於公眾或他人者，主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有變造故意，不法構成要件該當。
- (二)甲無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。
- (三)附帶一提的是，甲進而行使之行爲，依法亦會成立行使變造文書罪，在此一併說明。

**五、甲冒充乙供警察開單之行爲，不成立刑法第213條使公務員登載不實罪：**

甲冒充乙之身分供警察開單之行爲，係傳遞錯誤之資訊，供具有公務員身份之員警登載於公務書上，可能成立刑法第213條使公務員登載不實罪。惟後遭員警識破，本罪不處罰未遂犯，甲不構成本罪。

**六、競合：**

甲成立之偽造文書相關犯罪，與行使間具吸收關係，分別論以偽造私文書罪與偽造特種文書罪，與侵占遺失物罪間，犯意個別、行爲互殊，應併罰之（刑法第50條參照）。

三、甲隔壁新搬來的鄰居A養有一隻小狗，名叫Lucky，A經常帶著Lucky出外散步，甲多次遇見，覺得Lucky嬌小玲瓏，極爲可愛，狀似溫馴，越看越喜歡。某日甲回家時，看見Lucky孤伶伶地被栓在鄰居門口前，好像被主人處罰，心感不忍，便拿出零食給牠吃，並伸手逗弄。熟料Lucky突然獸性大發，猛力咬住甲的手指頭不放，由於一直無法掙脫，疼痛難忍，甲情急之下，將Lucky抓起，往牆壁用力砸了好幾下，Lucky當場斃命，甲的手也血流如注，趕緊自行到醫院就醫。問甲之行爲應如何論罪？（25分）

<b>試題評析</b>	本題在測驗緊急避難之要件、過失自招危難、避難手段衡平性與必要性等爭點，考題清晰明確，乃易得分數之考題。
<b>考點命中</b>	《高點刑法講義第二回》，任律師編撰，頁55-57。

**答：**

**一、甲將Lucky抓起撞牆，使其斃命之行爲，不成立刑法第354條毀損器物罪：**

- (一)不法構成要件部分，客觀上Lucky爲犬隻，在刑法上爲「他人所有之物」。甲將Lucky抓起撞牆使其斃命

命之行爲，應屬毀棄、損壞他人之物的行爲，且已足生損害於其所有人；主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有毀損故意，不法構成要件該當。

(二)違法性部分，本案中甲係因避免自己身體持續受有傷害所爲之避難行爲，是否能主張刑法第24條第1項「緊急避難」阻卻違法，必須討論。

- 1.客觀上，甲之行爲係爲避免持續受犬隻之攻擊，所爲之有效之避難行爲，且情況急迫已符合必要性，利益亦大於損害符合衡平性；主觀上甲亦具有避難意思，甲應得主張緊急避難，似無疑義。惟此種避難行爲肇因於甲主動逗弄 Lucky 之行爲，學理上稱爲「過失自招危難」，能否阻卻違法，容有爭執。
  - (1)否定說：我國實務見解有認爲倘其危難之所以發生，乃因行爲人自己過失行爲所惹起，依社會通念，應不得承認其亦有緊急避難之適用。否則行爲人由於本身之過失致侵害他人之法益，即應成立犯罪，而其爲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（最高法院 72 年台上字第 7058 號判決參照）。
  - (2)肯定說：學說上認爲相對於故意自招危難，過失自招危難非出於不法目的，僅是可歸咎其粗率之行爲，導致引起的避難行爲，應是對避難手段之嚴格要求，仍然肯認可以成立緊急避難。本文採取肯定說之見解，過失自招危難雖可歸責行爲人，在避難手段之要求相對嚴格，而非一律不准行爲人主張緊急避難，較符法律保障人民避難權之立法本旨。
- 2.本案中，甲曾試圖掙脫犬隻的攻擊，已試圖先爲防衛性避難行爲，最終方行使攻擊型的避難行爲，非係濫用其避難權限；且人之身體法益之重要性仍遠重於刑法對財產之保障，綜合利益衡量仍應屬合法之避難手段，甲自得阻卻違法，不成立本罪。

四、甲因涉嫌犯重罪而被羈押在看守所，甲的家屬乙為了營救甲，乃透過層層關係而結識看守所管理人員丙，並拿出100萬元要求其協助甲逃跑。由於丙正好積欠不少債務，遂收下100萬元，允諾幫忙。某日，在甲被借提出庭偵訊之前，丙利用機會，偷偷交付給甲一副鑰匙與一把小型美工刀。甲在借提押解至地方法院檢察署途中，乘押解的警察A不注意時，悄悄打開手銬與腳鐐，從A的後腦勺予以重擊，並以美工刀割傷A的脖子，A受傷倒地不起，甲隨即攔下一輛計程車，逃之夭夭。問甲、乙、丙之行爲應如何論罪？（25分）

試題評析	本題在測驗考生殺人罪（本題甲之主觀犯意題目未示，容有討論空間，惟本題太大，建議簡要討論帶過即可）、脫逃罪、縱放人犯罪、刑法31條第2項之法律適用（陷阱題）、行賄罪與收賄罪，爭點又多、答題亦復複雜。建議考生將甲、乙、丙三人分別分開作答，較能清楚其行爲類型，俾利以簡御繁、快速答題，
考點命中	《高點刑法講義第八回》，任律師編撰，頁27。 《高點刑法講義第九回》，任律師編撰，頁99。

**答：**

**一、甲之刑責：**

- (一)甲重擊A後腦杓並以美工刀割其脖子之行爲，成立刑法第271條第2項殺人未遂罪：
  - 1.不法構成要件部分，主觀上甲對 A 之後腦勺予以重擊，並以美工刀割傷 A 之脖子，均係攻擊人體極爲脆弱之部位，極可能造成 A 之死亡，甲對死亡之事實應有容任之間接故意，客觀上 A 並未死亡，殺人既遂罪之不法構成要件未完全實現，不法構成要件該當。
  - 2.甲無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。
- (二)甲自看守所脫逃之行爲，成立刑法第161條脫逃罪：
  - 1.不法構成要件部分，客觀上看守所爲國家公力拘束之處所，甲既受依法逮捕拘禁，而受限於國家公力之下，爲一脫逃行爲。主觀上甲對上述事實明知並有意使其發生，具有脫逃故意，不法構成要件該當。
  - 2.甲無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

**二、乙之刑責：**

- (一)乙行賄丙之行爲，成立刑法第122條第3項對公務員違背職務之行賄罪：

1.不法構成要件部分，客觀上丙係依法應執行拘禁管理職務，乙對其交付 100 萬，要其協助甲逃跑，係以該金錢作為丙違背職務行為對價之行為，主觀上乙對上述事實明知並有意使其發生，具有行求故意，不法構成要件該當。

2.乙無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

(二)乙唆使丙釋放甲之行為，成立刑法第162條縱放人犯罪之教唆犯：

1.不法構成要件部分，客觀上丙有縱放人犯之行為，且丙縱放人犯係因乙之唆使行為，兩者間有因果關係，主觀上乙具有教唆故意及教唆既遂故意，不法構成要件該當。

2.乙無阻卻違法及罪責事由，惟刑法第 163 條為第 162 條之加重規定，且性質上屬於公務員之加重，無公務員加重身份之乙，依照刑法第 31 條第 2 項之規定，無身份之人應適用普通規定，故乙僅得成立本罪。

### 三、丙之刑責：

(一)丙收受乙交付一百萬之行為，成立刑法第122條第2項違背職務收賄罪：

1.不法構成要件部分，客觀上丙依法應執行拘禁管理職務，其受領乙對其交付之 100 萬，並協助甲逃跑，係以該金錢作為違背職務行為對價之收賄行為，主觀上丙對上述事實明知並有意使其發生，具有收受故意，不法構成要件該當。

2.丙無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

(二)丙縱放甲逃走之行為，成立刑法第163條公務員縱放人犯罪：

1.不法構成要件部分，客觀上甲為受國家公力拘束之人，丙為依職務上依法拘禁之管理人員，丙提供甲脫逃工具及武器，可評價為縱放人犯之行為，主觀上丙對上述事實明知並有意使其發生，具有縱放故意，不法構成要件該當。

2.丙無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

(三)丙提供美工刀給甲之行為，成立殺人未遂罪之幫助犯：

1.甲成立殺人未遂已如前述，客觀上丙提供甲一小型美工刀，美工刀具有殺傷力，並與甲之殺人行為間具有因果關係。主觀上丙提供甲美工刀已認知該美工刀可作為侵害他人生命、身體法益之用途，對於侵害方向有清楚之認知，具有幫助故意及幫助既遂故意，不法構成要件該當。

2.丙無阻卻違法及罪責事由，成立本罪。

### 四、競合：

甲成立之兩罪間，犯意個別、行為互殊，應併罰之。乙成立之兩罪，係一行為侵害公務員廉潔及司法權正當行使之複數法益，兩罪間具有想像競合關係，從一重處斷（刑法第55條參照）。丙成立之縱放人犯罪與殺人未遂罪之幫助犯，係一行為侵害公務員廉潔及生命之複數法益，兩罪間具有想像競合關係，從一重處斷（刑法第55條參照），與受賄罪間數罪併罰。

【版權所有，重製必究！】