

《刑法概要》

一、身材壯碩的甲將手伸入A的口袋竊取A的手機時，被A發現，A因而想將手機奪回。雙方發生拉扯時，甲仗恃身材優勢用力將A推倒在地，A因而昏迷，所幸無大礙。甲因而拿取A的手機離去。試問甲的行為依刑法成立何罪。(25分)

試題評析	本題旨在測驗考生對於犯意變更的理解。上課時有特別強調過，若題目出現竊盜轉為強盜，就必須要想到是否有犯意變更或另行起意的問題。或許有同學會想說，為什麼不是準強盜罪？理由在於甲自始至終都是想要取得財物，主觀上未有防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證的想法，要注意不能討論準強盜罪。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第一回，旭律編撰，頁205～206。 2.《刑法總則申論題完全制霸》，高點文化出版，旭律師編著，2019年9月，頁2～3。

答：

(一)甲竊取A手機未果，構成刑法第320條第3項竊盜未遂罪。

- 1.主觀上，甲明知並有意為竊取手機之行為；客觀上，依主客觀混合理論，甲雖將手伸入A口袋已該當竊盜罪之著手，然因遭被害人發現而未取得財物，該當竊盜未遂罪之構成要件。
- 2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
- 3.綜上，甲成立本罪。

(二)甲為竊取手機將A推倒在地並取走手機，構成刑法第328條第1項強盜既遂罪。

- 1.客觀上，甲以蠻力之強暴行為，將A推倒在地至其昏迷不能抗拒，已該當強盜罪之客觀構成要件；然主觀上，有疑問者在於，甲原先係為竊取手機之故意，惟遭發現後將A推導致昏迷，有強盜故意，甲究屬竊盜抑或強盜行為，涉及「犯意變更」問題，討論如下：
 - (1)實務見解認為，行為始於著手，著手之際，有如何之犯意，即應負如何之故意責任。犯意變更與另行起意本質不同；犯意變更，係犯意之轉化（昇高或降低），指行為人在著手實行犯罪行為之前或行為繼續中，就同一被害客體，改變原來之犯意，在另一犯意支配下實行犯罪行為，導致此罪與彼罪之轉化，因此仍然被評價為一罪（101台上282決）。基此，甲係基於竊盜犯意而對同一被害客體A改變犯意，為推倒之強暴行為至A昏迷不能抗拒的強盜行為，屬於犯意變更，仍僅論以一罪。
 - (2)對此，管見認為甲初始犯意所為之竊盜罪，與其後變更之犯意所為之強盜行為，兩者侵害法益具有同質性，均屬財產法益，有學者稱「化偷為搶」，且是對於同一被害人於同一機會中，接續而為，應屬犯意變更，前後兩行為應該做整體評價，僅論以強盜罪。
- 2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
- 3.綜上，甲成立本罪。

(三)競合：承前所述，甲所犯之竊盜及強盜既屬犯意變更，應做整體評價，僅論以強盜罪為已足。

【參考書目】

王皇玉，〈「化偷為強盜」與「化偷為性侵」之區別〉，《月旦法學教室》，178期，2017年8月，頁29。

二、甲去醫院，探視甫生小孩的乙，見乙愁容滿面，經深問始知小孩的父親，不願乙生下小孩。早在幾月前離開乙不知去向。甲為了避免乙往後一人養育小孩的艱辛生活，竟與乙共商索性將小孩留在醫院，趁沒人注意時，兩人一起離開醫院。乙雖百般不捨，最後仍然聽從甲的主張，將小孩獨自留在育嬰房，而偷偷與甲一起離去。試問甲的行為，依刑法應如何論處。(25分)

試題評析	本題旨在測驗考生對於普通遺棄罪、有義務者遺棄罪，以及無身分之人與有身分之人共同犯罪之刑法第31條第1項的擬制身分問題。 要提醒同學的是，雖然題目只問甲的行為，然由於要成立共同正犯的前提，也要先檢討乙是否成立犯罪，必須特別注意討論順序。
------	--

考點命中

- 1.《高點·高上刑法講義》第三回，旭律編撰，頁31。
- 2.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，旭律師編著，2020年2月，頁8~19。

答：

- (一)甲與乙將小孩留在育嬰房，不構成刑法第293條第1項普通遺棄罪之共同正犯（刑法第28條參照）。
- 1.客觀上，甲與乙共商將無自救力之小孩留在育嬰房，係為未消滅既有風險的不作為遺棄行為，然本罪所稱之遺棄，自須以其有積極之遺棄行為為要件，僅消極之不作為，不能成立本罪（95台上7250決）。因此，甲與乙未有積極遺棄小孩之行為，而不該當本罪之構成要件。
 - 2.綜上，甲不成立本罪。
- (二)甲與乙將小孩留在育嬰房，不構成刑法第294條第1項有義務者遺棄罪之共同正犯（刑法第28條、第31條第1項參照）。
- 1.首先，生母乙屬於民法第1114條對小孩有扶養義務之人，其將小孩留在育嬰房是否構成有義務者遺棄罪？涉及有義務者遺棄罪之性質，究屬抽象危險犯或具體危險犯，討論如下：
 - (1)有學者認為，遺棄罪本質為具體危險犯，將小孩留在育嬰房，不會導致無自救力人喪失生命之高危險性，而無以刑罰制裁之必要。
 - (2)惟管見認為，依實務見解，有義務者遺棄罪的保護法益在於「維持生命繼續存在的生存權」，只要行為人一旦不履行其義務，對於無自救力人之生存，已產生抽象危險現象，罪即成立，不以發生具體危險情形為必要（87台上2395例）。
 - (3)又實務為限縮遺棄罪抽象危險犯成罪範圍，依29上3777例：「事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪」乙節，乃專指義務人不履行其義務「之際」，「業已」另有其他義務人為之扶養、保護為限。所稱其他義務人，其義務基礎仍僅限於法令及契約，應不包括無因管理在內，否則勢將混淆了行為人的義務不履行（含積極的遺棄，和消極的不作為）惡意，與他人無義務、無意願，卻無奈承接的窘境（104台上2837決）。
 - (4)依此，管見認為縱使生母乙將小孩遺棄於醫院，然醫院並無義務承擔對於棄童的扶養義務，屬於無因管理之人，乙仍成立有義務者遺棄罪。
 - 2.其次，甲與乙共商消極遺棄小孩，而對於不作為遺棄行為具有共同犯意聯絡與行為分擔，然有問題的是，甲是否成立有義務者遺棄罪之共同正犯？
 - (1)管見認為，甲客觀上與乙共同消極遺棄，具有行為分擔；主觀上，甲除具有消極遺棄故意外，也與乙具有犯意聯絡，而符合共同正犯之要件。
 - (2)雖甲非有義務者遺棄罪所規定，依法令或依契約具有扶養義務之人，然其與具有身分之人乙共犯有義務者遺棄罪，依刑法第31條第1項應擬制扶養義務身分予甲，而得成立有義務者遺棄罪之共同正犯。
 - 3.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
 - 4.綜上，甲成立本罪。
- 三、甲為公司董事A之秘書，並經A授權得以A之名義簽核公司文件。某日兩人因言語糾紛產生衝突，甲隨手拿起桌上之煙灰缸敲擊A之頭部，A應聲倒地。甲誤以為A遭其不慎殺害，急忙將A推出窗外，製造A跳樓自殺的假象。為製造不在場證明，甲又以A之名義簽核數項公文，假裝A於甲離開前仍然生存。事後警方發現，A於落地前仍然未死，真正死因是因為死於落下之衝擊。試問甲成立何罪。（25分）

試題評析

本題旨在測驗考生對於因果歷程延後發生及偽造私文書的理解。
本題中比較難的是，生前獲有A之授權，於A死後簽核公文之甲，是否構成偽造文書，在上課時有講過107台上1753決（值得參考價值判決），且實務上也常發生被繼承人死亡後，繼承人以其名義簽署文件等情況，也會涉及是否構成偽造文書的問題。

考點命中

- 1.《高點·高上刑法講義》第四回，旭律編撰，頁106。
- 2.《刑法總則申論題完全制霸》，高點文化出版，旭律師編著，2019年9月，頁4-19~4-20。

答：

(一)甲將A推出窗外的行為，構成刑法第271條第1項故意殺人既遂罪。

- 1.客觀上，甲用煙灰缸敲擊A頭部有製造死亡的法不容許風險，又推出窗外時A僅昏迷，最後產生摔死的結果，為一般社會通念可得預見，應認為該風險也實現在構成要件效力範圍內。
- 2.惟主觀上，有疑問者在於，A真正死亡時點是被推出窗外摔死，此時甲無殺人故意，得否論以故意殺人既遂罪？涉及結果延後發生爭議，討論如下：
 - (1)有採取「**自主雙行為說**」者認為，甲前、後兩階段的行為，係屬獨立自主的兩個犯罪行為。因此，就前階段殺人行為，成立故意殺人未遂罪；就後階段棄屍行為，成立過失致死罪。上開二行為間犯意互殊、行為個別，數罪併罰之。
 - (2)有採「**客觀歸責理論**」者認為，行為人前、後兩階段雖是兩個行為，但事實上後階段的行為係承續前一個危險舉動，前後二階段**所造成不被容許的風險相續而生**，最終的結果可以被歸責於前階段的行為，因此甲仍成立故意殺人既遂罪。
 - (3)惟管見以為，應採「**概括故意說**」，此說將行為人前、後兩階段的行為合併觀察，並視為一個「**整體的行為歷程**」，後階段主觀上製造跳樓假象行為係被前一個殺人未遂的故意所包括（28上2831例）。
 基此，甲具有殺人故意。
- 3.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
- 4.綜上，甲成立本罪。

(二)甲簽核公文的行為，構成刑法第210條偽造私文書罪。

- 1.有疑問者在於，甲係有A之授權簽核公司文件，而甲在A死亡後簽核文件的行為，是否構成偽造私文書？
 - (1)依實務見解，人之權利能力，始於出生，終於死亡，民法第6條定有明文，是自然人一旦死亡，即不得為權利義務之主體，事實上亦無從為任何意思表示或從事任何行為。從而，**行為人在他人之生前，獲得口頭或簽立文書以代為處理事務之授權，一旦該他人死亡，因其權利主體已不存在，原授權關係即當然歸於消滅，自不得再以該他人名義製作文書，否則，足使社會一般人，誤認死者猶然生存在世，而有損害於公共信用之虞，應屬無權製作之偽造行為**（107台上1753決）。
 - (2)基此，既然A已死亡，縱使甲有獲A生前之授權，依上開實務見解，甲於A死後所為之簽屬文件行為，已侵害公共信用法益，又主觀上，甲也知悉A已死亡，具有偽造文書之故意，該當本罪之構成要件。
- 2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。
- 3.綜上，甲成立本罪。

(三)甲簽核公文的行為，不構成刑法第164條第1項偽造證據罪。

- 1.甲雖企圖製造不在場證明而簽核公文，屬於偽造證據行為，然依該條之要件，必須偽造他人之刑事被告案件證據，甲僅是偽造關係自己案件證據，不該當本罪之構成要件。
- 2.綜上，甲不成立本罪。

(四)競合

甲上開殺人與偽造私文書二行為間犯意互殊、行為個別，數罪併罰之。

【參考書目】

林東茂，《刑法綜覽》，一品，2012年，頁1-276~277。

四、甲與友人A因細怨發生爭執，某日甲駕駛車輛時見A與A之配偶B走在人行道上，甲不顧B在一旁可能受到波及，竟決定加速開車以撞死A。最終甲於加速衝撞時不慎撞死B，A則因反應迅速躲過一劫。在車禍後，甲棄A、B不顧而匆匆逃跑。試問甲的行為依刑法如何論處。（25分）

試題評析	本題就是比較簡單的基礎題型，除了測驗對於間接故意的理解外，也必須特別討論駕車故意犯罪而後離去的行為是否該當肇事逃逸及有義務者遺棄罪。
考點命中	1.《高點·高上刑法講義》第四回，旭律編撰，頁55~56。 2.《刑法爭點解讀》，高點文化出版，旭律師編著，2020年2月，頁10-33~10-35。

答：

(一)甲撞死B的行為，構成刑法第271條第1項故意殺人既遂罪。

1.客觀上，甲開車撞B是造成其死亡結果不可想像其不存在的原因，且具有客觀可歸責性；主觀上，甲明知可能波及B卻容任結果發生，具有殺人罪之間接故意，該當本罪之構成要件。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

3.綜上，甲成立本罪。

(二)甲開車撞A未死，構成刑法第271條第2項故意殺人未遂罪。

1.主觀上，甲明知並有意開車撞死A，具有殺人罪之直接故意；客觀上，依主客觀混合理論，甲雖著手於殺人行為，卻未造成A死亡之結果，該當本罪之構成要件。

2.甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

3.綜上，甲成立本罪。

(三)甲肇事後逃逸之行為，涉及下列犯罪：

1.甲上開行為，不構成刑法第185條之4肇事逃逸罪。

(1)客觀上，有疑問者在於，甲駕車撞AB後逃逸之行為，是否該當本罪所稱之「肇事」要件？

①依釋字777號解釋，有關「肇事」部分，可能語意所及之範圍，包括「因駕駛人之故意或過失」或「非因駕駛人之故意或過失」（因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，除因駕駛人之故意或過失所致之事故為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人之故意或過失所致事故之情形是否構成「肇事」，尚非一般受規範者所得理解或預見。亦即，肇事語意可能包含駕駛人故意或過失導致事故發生。

②惟釋字777號解釋雖未直接言明故意肇事是否有無肇事逃逸的適用，然管見認為，若蓄意行為人運用車輛以為殺人或傷害人之犯罪工具，即應成立殺人或傷害罪，不應稱為駕駛動力交通工具肇事（102年第9次刑事庭會議）。

③基此，甲係基於殺人故意駕車肇事，不該當本罪之構成要件。

(2)綜上，甲不成立本罪。

2.甲上開行為，不構成刑法第294條第1項有義務者遺棄罪。

(1)客觀上，甲於加速衝撞時不慎致使B當場死亡，非屬本罪所稱無自救力之「人」；且甲開車撞A又未使其成為無自救力之人，而不該當本罪之構成要件。

(2)綜上，甲不成立本罪。

(四)競合

甲開車撞死B及撞A未果之一行為，侵害B之生命及A之生命法益，而觸犯殺人既遂與殺人未遂罪，應依刑法第55條想像競合規定，從一重處斷。

【版權所有，重製必究！】