

《刑法》

- 一、甲、乙兩人為健身房教練，某日甲走進員工休息室，發現乙偷偷用萬能鑰匙打開甲的置物櫃，並將置物櫃內的皮夾拿走，在乙關上置物櫃之際，甲大聲吼叫「你偷拿什麼東西？」乙嚇了一跳拔腿就跑。甲從後追乙，在追上乙時立刻撲上去，將乙撲倒，乙反手抵抗，甲隨手拿起手邊的啞鈴朝乙的手臂打下去，造成乙的手臂骨折，甲在乙疼痛無法行動時，奪回自己的皮夾。試問甲之行為如何論罪？（25分）

命題意旨	本題爭點在於所有權人追回自己遭竊之物是否得阻卻違法。
答題關鍵	<ol style="list-style-type: none"> 1. 在行為的切割上，若將甲撲倒並傷害乙的行為當成一段因果流程，則必須以強盜罪討論，但因甲欠缺不法所有意圖，因此只能退而求其次分別論斷前後行為，而後續的討論也是本題主要爭點。 2. 在前行為撲倒乙的部分，應討論私行拘禁罪、依法令之行為與最重要的正當防衛，時間允許下也可以探討民法第 960 條與正當防衛的差異（這是理想狀態，現實很殘酷）。就正當防衛的討論上，乙既遂的竊盜行為是否仍具現在性，必須有所論述，而甲在輕微財物受侵害時犧牲乙之自由，則是有無違反社會倫理限制的問題。 3. 至於後行為傷害乙的部分，先決問題在於乙的準強盜行為是否為正當防衛，如果不是的話，就必須在甲的部分討論正當防衛。
考點命中	《透明的刑法總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 9-15~9-22。

【擬答】

(一)甲撲倒乙並打傷乙以取回皮夾之行為，不成立刑法（下同）第 328 條普通強盜罪：

1. 客觀上，雖有認為強盜罪保護自由法益與所有權，因而甲對乙施強暴手段致使乙骨折不能抗拒以取回自己所有物之行為，不該當構成要件，惟本文以為乙對甲皮夾之持有利益仍應受保護，故客觀構成要件該當。
2. 主觀上，甲於民法上享有皮夾所有及支配權限，故其奪回自己所有物欠缺明知無權限仍以所有權人自居之不法意圖，自不成立本罪。

(二)甲將乙撲倒之行為，不成立刑法（下同）第 302 條私行拘禁罪：

1. 客觀上，甲撲倒乙係以強暴等其他非法方法侵害乙之意思實現自由；主觀上，甲明知此行為將侵害乙之自由仍決意為之，具私行拘禁故意。
2. 甲撲倒乙係以拘束乙自由之手段保護自己之皮夾所有權，且於乙竊盜後立即逃跑之情形下，甲應無法立即請求有關機關援助，合於民法第 151 條自助行為之要件，甲得依第 21 條第 1 項依法令之行為阻卻違法。
3. 甲出於防衛自己財產之意思而撲倒乙，得否依第 23 條主張正當防衛，分析如下：
 - (1)乙取走甲皮夾置入自己私密領域時已建立對皮夾之持有支配而竊盜既遂，此時其不法侵害似已結束。惟本文以為正當防衛之目的與既未遂之判斷不同，且在乙未穩固財物持有支配時，甲仍有保護自己財產法益之需求，故甲之行為仍係排除現在不法侵害之防衛行為。
 - (2)甲撲倒乙係得以有效排除乙竊盜不法侵害之必要防衛手段，又甲保全之財產與乙之自由相較雖較輕微，惟甲在侵害手段選擇上並未與保全之財產利益明顯失衡，故仍符合社會倫理限制而成立正當防衛。

(三)甲持啞鈴毆打乙使乙骨折之行為，不成立刑法（下同）第 277 條普通傷害罪：

1. 客觀上，甲持啞鈴毆打乙使乙骨折已破壞乙之身體機能；主觀上，甲明知此行為將造成乙受傷仍決意為之，具傷害故意。
2. 客觀上，甲撲倒乙欠缺違法性而非不法侵害已如前述，又反面推論第 329 條準強盜罪之處罰意旨，乙對於甲之拘禁行為應有容忍義務，其反手抵抗甲之準強盜行為並非正當防衛，而係現在不法侵害。又，甲持啞鈴毆打乙係有效排除乙準強盜不法之最小侵害手段；主觀上，甲有防衛意思無疑。
3. 綜上，甲得依第 23 條本文正當防衛阻卻違法。

二、甲男、乙女兩人曾經為鄰居，某日夜間甲侵入乙家偷竊，於翻箱倒櫃之際，驚動了乙，甲遂持螺絲起子攻擊乙，乙被打到頭部而陷入昏迷，甲繼續找尋財物，後來在抽屜中發現 10 萬元現金，甲在離去前，見乙仍昏迷，竟起意性侵（性交）乙得逞，然後拿走現金離去。乙清醒後，向警察報案。試問，甲之行為如何論罪？（25 分）

命題意旨	本題主要爭點在犯意變更（轉念強盜）與強盜罪結合犯之認定。
答題關鍵	<ol style="list-style-type: none"> 1. 為了答題方便，本題以實務見解作答。 2. 甲侵入乙住宅竊盜後之強盜行為，依實務見解應成立犯意升高後之強盜既遂罪，而侵入住宅與攜帶兇器部分同時符合第 321 條兩款之加重事由，亦須一併論述。 3. 甲趁乙昏迷對乙性交部分應討論成立強制或乘機性交罪，若成立前者則應侵入住宅部分依第 222 條加重處罰。 4. 甲另行起意對乙強制性交部分能否成立強盜罪結合犯，則屬兩罪犯意聯絡要求之爭議，應列出就學說與實務見解再擇一涵攝。
考點命中	<ol style="list-style-type: none"> 1. 《透明的刑法分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 5-60~5-61。 2. 《透明的刑法分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 5-16~5-18。 3. 《透明的刑法分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 2-54~2-55。 4. 《透明的刑法總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 21-16~21-19。

【擬答】

- (一)甲侵入乙家竊盜時攻擊乙致其昏迷取得 10 萬元之行為，成立刑法（下同）第 328 條第 1 項普通強盜既遂罪：
1. 客觀上，甲在翻箱倒櫃時即已對乙財物有直接危險而進入竊盜未遂階段，其後以螺絲起子攻擊乙係對乙施不法腕力之對人直接強暴行為，並致使乙陷入昏迷不能抗拒，進而破壞乙對 10 萬元之持有支配，應為強盜既遂。
 2. 主觀上，甲本係出於竊盜乙財物故意，惟於乙發現後竊盜犯意升高為強盜犯意，因其竊盜與強盜行為具時空緊密性，且兩者罪質有益同質性，強盜故意可包含竊盜故意，故以變更後之強盜故意評價即可（104 台上 1627 判決）。
 3. 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- (二)甲侵入住宅並持螺絲起子強盜乙，成立刑法（下同）第 330 條第 1 項與第 321 條加重強盜既遂罪：
1. 甲成立普通強盜既遂罪已如前述。
 2. 甲於破壞財產法益之認知下未經乙同意進入乙宅強盜，除侵害乙自由與財產法益外，更侵害其居住安寧法益，應依第 321 條第 1 項第 1 款加重處罰。
 3. 甲持客觀上對乙生命身體有危險性之螺絲起子（79 台上 5253 判例）對乙施加強暴，已對乙之生命形成更高危險性，應依第 321 條第 3 款加重處罰。
 4. 甲之強盜行為成立第 1、3 款加重事由，因其基礎行為僅一，論以單一罪即可充分評價（69 台上 3945 判例）。
- (三)甲見乙昏迷對其性交之行為，成立刑法（下同）第 221 條第 1 項強制性交罪：
1. 客觀上，雖依實務見解，乙不知抗拒之昏迷狀態係因甲強暴行為而生，故甲對乙性侵屬第 221 條強制性交而非第 225 條乘機性交（71 台上 1562 判例）；主觀上，甲有強制性交故意無疑。
 2. 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- (四)甲於對乙強制性交時符合侵入住宅之加重條件，故成立刑法第 222 條第 1 項第 7 款侵入住宅加重強制性交罪。
- (五)甲強盜乙後對乙強制性交之行為，成立刑法（下同）第 332 條第 2 項第 2 款強盜強制性交罪之結合犯：
1. 客觀上，甲成立基礎犯罪之強盜罪與強制性交罪之結合事由。
 2. 主觀上，甲於強盜時並無對乙強制性交之犯意，是否仍成立本罪，容有爭議：
 - (1) 否定說認為，形式結合犯係雙行為犯，甲必須於強盜時即有強制性交之犯意，或於實行強盜時或至少強盜後立即萌生強制性交犯意，始符合本罪故意之要求，否則僅能數罪併罰之。
 - (2) 肯定說則主張，本罪不要求兩罪之犯意聯絡，只要係利用強盜基本犯罪之機會為相結合之強制性交行為，即可成罪（85 第 2 次刑庭決議）。
 - (3) 本文以為肯定說可採，蓋本題乙在陷入昏迷時，對自己性自主之管轄與防禦能力較低，甲即使係另行起意，仍因利用此一時機對其強制性交，而對乙之身體與性自主法益具較高危險性，故應成立本罪。
- (六)結論：甲成立之強盜罪結合犯、加重強盜罪、加重強制性交罪以及普通強制性交罪，應依法條競合論以最重之強盜罪結合犯。

三、甲男凌晨時分開車回家，遇到警察乙臨檢執行酒測。乙攔下甲車，要求甲吹氣進行酒精濃度檢驗。甲認為自己只吃了薑母鴨，沒有喝酒，竟被警察攔下而心生不爽，拒絕接受測試。乙見甲拒絕酒測，立即開啟攝影機要進行錄影蒐證，甲見狀，憤而動手毆打乙的臉部數拳，孰料乙的左眼亦遭揮擊受傷，經治療後，左眼視力僅存 0.1，且僅能視及眼前 50 公分內景物。試問甲之行為應如何論罪？（25 分）

命題意旨	本題測驗甲成立重傷罪或傷害致重傷罪，以及施暴行妨害公務罪。
答題關鍵	1. 甲可能涉及的罪名包括重傷罪、傷害致重傷罪、施暴行妨害公務罪、施暴行妨害公務致重傷罪，以及此等犯罪的正當防衛。 2. 甲毆打乙臉部致乙視力嚴重減損，應屬非重大的因果歷程偏離，不應阻卻重傷既遂歸責，因此甲成立重傷罪與施暴行妨害公務罪，至於妨害公務加重結果犯的部分則不成罪。 3. 甲成立之上開兩罪均有正當防衛之爭點，但因乙所為非不法侵害，故甲不得阻卻違法。
考點命中	1. 《透明的刑法總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 9-13。 2. 《透明的刑法總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 11-14。 3. 《透明的刑法分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 8-24~8-25。

【擬答】

- (一) 甲於員警乙執行酒測之公權力時拒絕酒測之行為，並無實施對人或對物之不法腕力等強暴手段，故不成立刑法第 135 條第 1 項施暴行妨害公務罪，僅能依道路交通管理處罰條例科處行政罰。
- (二) 甲毆打乙致乙視力嚴重受損之行為，成立刑法（下同）第 278 條第 1 項重傷罪：
- 客觀上，甲毆打乙臉部係製造乙視力受損之法不容許風險，且乙左眼視力剩 0.1，係第 10 條第 4 項第 1 款一目視能經相當診治仍無回復可能之嚴重減損，此一結果於重傷構成要件內實現。
 - 主觀上，甲毆打乙臉部時雖對乙左眼重傷之風險無直接故意，惟依照一般生活經驗，此等因果歷程偏離應有客觀可預見性而非重大偏離，故甲至少具容任乙重傷風險實現之間接故意（第 13 條第 2 項）。
 - 又，乙於甲拒絕酒測後錄影蒐證，係於不特定人均得路過之公開場所執行公務，甲對自己之行動應無合理隱私期待，故乙無竊錄罪之不法侵害，且此行為亦非對甲法益有危險之緊急危難，故甲不得依第 23 條正當防衛與第 24 條緊急避難阻卻違法。
 - 小結：甲毆打以臉部數拳係出於單一意思決定而時空緊密地侵害乙單一身體法益，應論以接續犯一罪。
- (三) 甲於乙錄影時毆打乙之行為，成立刑法（下同）第 135 條第 1 項施暴行妨害公務罪：
- 客觀上，乙於甲拒絕酒測時錄影係形式上合法執行公務之行為，甲於乙合法執行公務時毆打乙臉部，係對乙之身體施加不法腕力之對人強暴手段，致乙公務執行之圓滑受到侵害；主觀上，甲明知毆打乙將致乙難以執行公務仍決意為之，具妨害公務故意。
 - 甲不得主張正當防衛或緊急避難阻卻違法，已如前述，甲亦具罪責，成立本罪。
- (四) 甲於乙合法執行公務時毆打乙致其重傷，因甲對重傷結果具有間接故意，故不成立刑法第 135 條第 3 項施暴行妨害公務致重傷罪之加重結果犯。
- (五) 結論：甲一個自然的行為單數觸犯重傷罪與施暴行妨害公務罪，應依第 55 條想像競合處斷。

四、甲男為某市政府負責新建焚化爐工程招標案之公務員，A 廠商負責人乙為了得標，遂找機會認識甲，並帶甲前往酒店接受性招待。性招待完畢後，乙提出將給付甲新臺幣 30 萬元，以事先得知工程底價、評選委員名單與其他廠商的競價企劃內容。甲男心動，告知女友丙此情，並請求丙代為聯繫乙，且透過丙收受現金 30 萬元，再由丙將裝有底價、評選委員名單與其他競價廠商企劃內容之信封交給乙。試問甲、丙之行為應如何論罪？（25 分）

命題意旨	本題測驗瀆職罪章的重要犯罪及相連結的擬制共同正犯爭議。
答題關鍵	1. 公務員甲接受乙性招待的部分，應討論違背職務收賄罪；而收乙賄賂並洩漏標案內容，則是討論違背職務收賄罪、收賄違背職務罪、圖利罪以及洩漏國防以外秘密罪。 2. 丙替甲收賄並洩漏國防以外秘密的部分，應依第 31 條第 1 項成立上開犯罪之擬制共同正犯。
考點命中	1. 《透明的刑法分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 8-13~8-15。 2. 《透明的刑法分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 4-15~4-16。 3. 《透明的刑法總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，頁 12-64~12-65。

【擬答】

(一)甲接受乙性招待之行為，不成立刑法（下同）第 122 條第 1 項違背職務收賄罪：

1. 客觀上，市政府負責工程招標案之公務員甲係第 10 條第 2 項第 1 款之身分或授權公務員無疑。
2. 又甲雖有不得違背法令收受不正利益之法定義務，惟因甲於乙提供性招待等滿足甲慾望之不正利益時，並未以其職務作為對待給付，故欠缺對價關係而不成立本罪。

(二)公務員甲接受乙新台幣 30 萬元之行為，成立刑法（下同）第 122 條第 1 項違背職務收賄罪：

1. 客觀上，公務員甲之法定職務及其相關聯之職務並不包括收受廠商賄賂，故其收受乙 30 萬元賄賂洩漏競標內容，屬其職務上不應為而為之違背職務行為，且甲於期約並透過丙收受賄賂時，已將其職務內容之可賄賂性顯露於外，而具對價關係。
2. 主觀上，甲明知違背職務收賄仍決意為之，具本罪故意。
3. 甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
4. 小結：甲收受賄賂之高度行為吸收低度之期約行為，論以收受賄賂即為已足。

(三)甲收受乙 30 萬元賄賂後交付競標內容給乙之行為，成立刑法（下同）第 122 條第 2 項收賄違背職務罪：

1. 甲成立違背職務收賄罪已如前述。
2. 甲洩漏競標底價、評委名單及其他廠商標案企劃內容係違背其法定職務之行為，且甲收賄前行為與違背職務行為具因果關係，故成立本罪。

(四)甲明知洩漏標案內容給乙將直接圖利乙使其得標，而應成立刑法第 131 條圖利罪，惟實務見解以為本罪為收賄罪之概括規定，甲既已成立違背職務收賄罪與收賄違背職務罪，自不再論以本罪。

(五)甲洩漏招標底價、評委名單與其他廠商企劃內容給乙之行為，因此等內容係國防以外與國家政務相關之國家秘密，甲應成立刑法第 132 條第 1 項洩漏國防以外秘密罪。

(六)丙收受乙賄賂 30 萬元並交付標案內容給乙之行為，成立刑法（下同）第 122 條第 2 項違背職務收賄罪、收賄違背職務罪與洩漏國防以外秘密罪之擬制共同正犯（第 31 條第 1 項）：

1. 丙雖無公務員身分，惟其與甲基於收賄與洩密之犯意聯絡，並替甲收賄且洩漏秘密等行為分擔，進而支配國家秘密與公務執行公正法益侵害之因果流程，應具正犯適格，僅其公務員身分應依第 31 條第 1 項加以擬制，而與甲不法連帶。
2. 丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(七)結論：甲丙成立之收賄違背職務罪吸收違背職務收賄罪，再與洩漏國防以外秘密罪依第 55 條想像競合處斷。

【版權所有，重製必究！】