

## 《刑法概要》

一、刑法所規定之共犯型態有幾種，試分別詳細說明之。

試題評析	考生在本題之作答重點，應先將「正犯」與「共犯」之區別稍加敘述，並說明所謂「共犯」應包括教唆他人實現不法構成要件之「教唆犯」，以及幫助他人實現不法構成要件「幫助犯」，再分別將「教唆犯」與「幫助犯」之區別從客觀要件、主觀要件加以詳述即可。
考點命中	《刑法總則》，凌志編撰，頁10-14「正犯」與「共犯」之區別；頁10-71「教唆犯」；頁10-97「幫助犯」。 《高點·高上刑法講義（第二回）》，凌志編撰，頁27「正犯」與「共犯」之區別理論；頁54「教唆犯」；頁66「幫助犯」。

答：

一、正犯與共犯之區別

- (一)按由於我國與德國、日本同採二元犯罪參與體系，而非單一正犯體系，且學說見解皆認正犯與共犯有本質之不同，即正犯被評價為直接之實行行為者（如直接正犯、間接正犯、共同正犯），共犯則被評價為間接參與實行行為者（如教唆犯、幫助犯），故刑法第四章章名乃明定為「正犯與共犯」。
- (二)刑法為了合理評價各個參與者之責任，將其在刑法制裁體系上之資格或地位予以類型化，乃在刑法理論中，創造「正犯」與「共犯」兩種類型。而「正犯」與「共犯」之區別，應與犯罪判斷一樣，兼顧行為人之客觀行為與主觀心態，綜合判斷之。其中，所謂「共犯」，包括教唆他人實現不法構成要件之「教唆犯」、僅幫助他人實現不法構成要件「幫助犯」，合先敘明。

二、刑法所規定之共犯型態

(一)教唆犯：

按教唆犯，乃教唆人出於教唆故意，唆使他人實行特定犯罪行為之人。換言之，因教唆犯之行為，而引發或招致受其教唆之人因之萌生特定犯意，是以，刑法第29條第1項乃明定，教唆他人犯罪者，依其所教唆之罪罰之。茲就教唆犯之要件詳述如下：

1.客觀要件：

- (1)須有特定之被教唆者存在。
- (2)被教唆人須為本無犯罪意思之人。
- (3)被教唆之人須具備自主意識能力。
- (4)須有教唆行為存在。
- (5)須有被教唆者故意違犯之主行為存在。

2.主觀要件：

教唆人須有「教唆故意」與「教唆既遂故意」同時兼具之「雙重教唆故意」。

(二)幫助犯：

承上所述，所謂共犯不具犯罪支配地位，行為人在整個犯罪過程中，只是擔任誘發、促使犯罪發生或幫助犯罪之角色而已，是否實行與如何實行構成要件該當行為，是取決於他人之意思決定。因此，「幫助犯」乃是指對於「故意實行犯罪行為之他人」提供助力者，必先有已經決意實行故意犯罪之行為人，始有成立幫助犯之可能，具有強烈之從屬性。茲就幫助犯之要件詳述如下：

1.客觀要件：

- (1)須有故意違犯之主行為存在。
- (2)須有幫助行為存在，縱使被幫助者不知幫助之情，亦可。
- (3)幫助行為須與犯罪之實行有密切關係。
- (4)必須是犯罪行為既遂或完成前之幫助行為。

2.主觀要件：

幫助犯須具有「幫助故意」與「幫助既遂故意」同時兼具之「雙重幫助故意」。

二、試述竊盜罪與侵占罪構成要件之主要差異。(25分)

試題評析	考生在本題之作答重點，可先將「竊盜罪」與「侵占罪」之定義、要件加以說明，再據此將「竊盜罪」與「侵占罪」之構成要件，尤其是「客觀構成要件」之區別加以詳述即可。
考點命中	《刑法精讀》，凌志編撰，來勝出版，頁31-1、頁36-1。

答：

一、竊盜罪

(一)意義：

按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，刑法第320條第1項定有明文。亦即，凡行無人主觀上基於不法所有之意圖，而於違反他人意願之客觀情形下，就他人對動產所既存之持有狀態加以瓦解並重新建立支配管領力之行為，即該當本罪。

(二)要件：

1.客觀構成要件要素：

只要具行為能力之任何自然人，均為刑法竊盜罪之適格行為主體。至於行為客體，只要是屬於他人之動產，行為人於違反他人意願之客觀情形下，就他人對動產所既存之持有狀態加以瓦解並重新建立支配管領力之行為，即足該當本罪。惟關於電能、熱能及其他能量，刑法第323條亦將之列入竊盜罪所保護之「動產」內，附予說明。

2.主觀構成要件要素：

成立竊盜罪所需之主觀要件，須兼有故意與不法所有意圖二者。

二、侵占罪

(一)意義：

按意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，為普通侵占罪，刑法第335條第1項定有明文。亦即，凡行為人主觀上出於故意，復有不法所有之意圖，而於客觀上對於自己持有之他人所有物，將其主觀上「變易持有為所有」之心態予以客觀化於外部取得之行為，即足當之。

(二)要件：

1.客觀構成要件要素：

刑法上侵占罪之成立，以持有他人之物為其前提，解釋上，其適格之行為主體，以持有他人所有物之人為限。至於侵占行為之實行方式，刑法並未設置任何手段上之限制，凡持有他人所有物，主觀上「變易持有為所有」之心態予以客觀化而表現於外部，即足構成本罪。

2.主觀構成要件要素：

成立侵占罪所需之主觀要件，須兼有故意與不法所有意圖二者。

三、竊盜罪與侵占罪構成要件之主要差異

無論是竊盜罪或侵占罪之主觀構成要件，均須具有「故意」與為自己或第三人不法所有之「意圖」，二者並無差異，至於客觀構成要件，則有下列差異，茲說

明如下：

(一)行爲：

竊盜罪之「竊取」，係指於違反他人意願之客觀情形下，就他人對動產所既存之持有狀態加以瓦解並重新建立支配管領力之行爲；至於侵占罪所稱「侵占」行爲，刑法則未設有任何手段上之限制，凡持有他人所有物，主觀上「變易持有爲所有」之心態予以客觀化而表現於外部，均足構成本罪。

(二)行爲主體：

只要具責任能力之任何自然人，均爲刑法竊盜罪之適格行爲主體；至於侵占罪之適格主體，則須具有責任能力外，並以持有他人所有物之人爲限。

(三)行爲客體：

竊盜罪之行爲客體，除他人之動產外，另外尚包括第323條所規定之電能、熱能及其他能量等「準動產」在內；至於侵占罪之行爲客體，實務上認爲無論是屬於他人之動產或不動產均可，且刑法第337條並將遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物列爲侵占罪之客體。

(四)行爲結果：

竊盜罪之行爲結果，須行爲人違反他人意願之客觀情形下，就他人對動產所既存之持有狀態加以瓦解，並達重新建立支配管領力之狀態，始足當之；至於侵占罪，只要行爲人主觀上「變易持有爲所有」之心態予以客觀化而表現於外部，即足構成本罪。

三、甲與乙因同時迷戀某理療院A女而結怨，某日，甲信步前往該理療院，見乙已在內消費，A女正為乙服務，狀甚親密。甲頓時妒火中燒，乃基於普通傷害之犯意，隨手取來櫃台上鈍器一只，以之丟擲乙，惟乙閃避得宜，毫髮未傷，而A女則因不知閃躲，鈍器反而擊中A女頭部致腦震盪之重傷。試問：甲之行爲應如何論罪？(25分)

試題評析	本題之作答重點在於「打擊錯誤」，考生可依題意分別先就「甲故意傷害乙」之部份應屬普通傷害未遂加以說明，其次再就「甲不慎誤中A女」應屬「打擊錯誤」，依「具體符合說」之理論說明甲之行爲應成立第284條第1項後段過失傷害致重傷罪，如此應可完全掌握得分關鍵。
考點命中	《刑法總則》，凌志編撰，頁8-10~8-12「打擊錯誤」；《高點·高上刑法講義（第一回）》，凌志編撰，頁120~121「打擊錯誤」。

答：

關於題示甲之行爲究應如何論處？茲檢附理由詳述如下：

一、甲基於傷害乙之故意，雖以鈍器一只丟擲乙，但因乙未受有傷害，甲之傷害未遂行爲並不成立犯罪

(一)按行爲人主觀上基於傷害他人身體健康之故意，而於客觀上著手實行普通傷害之構成要件行爲，致被害人受有刑法第10條第4項所稱重傷以外之傷害結果者，即該當於刑法第277條第1項普通傷害既遂罪。若行爲人之傷害行爲，並未致被害人受有普通傷害之結果發生，應屬傷害未遂行爲，惟依刑法第25條第2項規定，未遂犯之處罰，須以法律有特別規定者爲限，而刑法第277條關於普通傷害罪並未有處罰傷害未遂之明文，故傷害未遂之行爲應不成立犯罪，先予敘明。

(二)依題所示，甲主觀上基於傷害乙之故意，客觀上著手實行傷害乙之行爲，以鈍器一只丟擲乙，但因乙閃避得宜，未受有傷害，致甲傷害乙之行爲僅止於未遂，復因刑法關於普通傷害行爲並未有處罰未遂犯之明文。是以，甲傷害乙未遂之行爲，依罪刑法定原則，並不成立犯罪。

二、甲基於傷害乙之犯意著手實行傷害行爲，但因行爲手段之偏差，致誤擊中A女之行爲，應成立第284條第1項後段過失傷害致重傷罪

(一)依題所示，甲主觀上基於傷害乙之犯意，客觀上著手實行傷害乙之行爲，以鈍器一只丟擲乙，未擊中乙男，惟因行爲手段之偏差，A女未及時閃避，致誤中A女而使之受有腦震盪之重傷，核其所爲，乃係學說上所謂「打擊錯（失）誤」之行爲，先予說明。

(二)關於「打擊錯（失）誤」，通說認爲應依「具體符合說」，對於目標客體即傷害乙之部分論以傷害未遂、對於意外客體即遭誤中之A女部分，應論以第284條第1項後段過失傷害致重傷，二罪再依刑法第55條想像競合規定，從較重之過失傷害致重傷論處。

三、綜上所述，甲之行爲應依刑法第284條第1項後段過失傷害致重傷罪論處。

四、派出所警員甲於清點轄區通緝人犯資料時，認爲績效不彰，亟思改善。因發覺其中某乙實係因「竊盜案」輕判「有期徒刑六月，如易科罰金以一千元計算」而遭通緝，乃突發巧思，在自己執行職務所製作到案通知書上之到案原因，故不記載「竊盜判刑確定須到案執行」，竟誇大其詞載為：「涉嫌擄人勒索須到案詢問」，並將此一式二份之通知書分別寄達某乙及其父。某乙之父收受通知書後，果然驚訝不已，經查明確無所謂「擄人勒索」其事之後，急於洗清擄人勒索之冤情，旋主動帶同某乙到案，警員甲而輕鬆獲得查獲通緝犯之獎勵。試問：警員甲之上開行爲，是否構成犯罪？如否，理由何在？如是，應何論罪？

試題評析	本題題意分別牽涉刑法第213條公務員登載不實罪、第216條行使偽造變造文書，以及第339條詐欺取財罪的問題，考生作答時可分別檢驗各該可能成立的犯罪構成要件，並檢附理由詳述，應可獲致不錯的分數。
考點命中	《刑法總則》，凌志編撰，頁20-12~20-14；頁20-17；頁37-3~37-5。

答：

一、警員甲故意在自己執行職務所製作到案通知書上之到案原因，故意記載不實事項應成立刑法第213條公務員登載不實罪

(一)按公務員明知爲不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者，是爲「公務員故意登載不實罪」，刑法第213條定有明文。亦即，行爲人就其所登載之事項爲不實且足生損害於公眾或他人一事，主觀上基於「明知」之心態，而於客觀上於自身具有製作權或修改權之公文書，爲不實內容之製作或更改行爲，足生損害於公眾或他人，即該當本罪。

(二)在本題中，警員甲主觀上明知不實，竟故意在自己職務上有權製作的到案通知書上，將通緝犯之到案原因爲不實記載，足生損害於公眾或他人，核其所爲，應成立刑法第213條公務員登載不實罪。

二、警員甲以自己故意登載不實之到案通知書，分別寄達某乙及其父，應成立刑法第216條行使登載不實文書罪

(一)按刑法第216條規定，行使第二百十條至第二百五條之文書者，依偽造、變造文書或登載不實事項或使登載不實事項之規定處斷。而所謂「行使」，通說認爲凡以偽作真而置該物於其通常存在或流通狀態下使用之行爲，即足當之。亦即，凡行爲人將偽造或變造之文書置於通常存在或流通狀態下，而足以使人信以爲真者，即該當於所謂「行使」。

(二)在本題中，警員甲明知爲不實事項而登載於職務上所掌管之到案通知書，復以偽充真，分別寄達某乙及其父，使該不實之到案通知書於流通狀態下使用，自應依第216條行使登載不實文書罪論處。

三、警員甲施用詐術，登載並行使不實之到案通知書，藉以獲得查獲通緝犯之獎勵，應成立刑法第339條詐欺罪

(一)按刑法第339條第1項規定，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，應成立「詐欺取財罪」；而若以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，依同條第2項則應成立「詐欺得利罪」。亦即，凡行爲人主觀上出於犯罪之故意，且具有不法所有之意圖，而施用於客觀上足令人因而陷入錯誤之欺罔手段，致使財產上不法之利益或使第三人得之者，且得利之行爲，與行爲人施用詐術手段之實行，二者之間具有因果關係者，即與本罪所定要件相符。

(二)依題所示，警員甲施用詐術，明知爲不實事項而登載於職務上所掌管之到案通知書，藉以獲得查獲通緝犯之獎勵，核其所爲，顯該當於第339條第1項詐欺取財罪或第2項詐欺得利既遂罪之構成要件，無任何阻卻違法事由，且有罪責。

四、綜上所述，甲之行爲分別成立第213條公務員登載不實罪、第216條行使登載不實文書罪、第339條詐欺罪。其中，第213條公務員登載不實罪爲低度行爲，應爲高度行爲之第216條行使登載不實文書罪所吸收，僅論以行使登載不實文書罪，而第216條行使登載不實文書罪與第339條詐欺罪，應依第55條想像競合規定，從較重之罪論處。