

《刑法》

- 一、甲為醫美診所醫師，專門執行皮膚雷射與醫美手術。某日甲幫A女進行雷射去斑除皺時，A女感覺非常疼痛而無法忍受，甲遂問A女要不要打止痛藥，A女答應之，甲暗中交代助理乙去拿麻醉藥而非止痛藥，乙取來藥物後，由甲為A女注射麻醉藥，A女因而立刻昏睡。甲於是趁機以性器插入A女下體為性交行為得逞。乙於甲性侵A女時，則在診間外面幫忙看守不讓閒雜人士接近診間。試問：甲、乙之行為如何論斷刑責？（25分）

試題評析	本題是近年非常重要的爭議（講了很久終於考了），甲的部分應討論是詐術性交是否違反被害人意願，若成立本罪則須進一步論述施用藥劑的加重要件；乙的行為則須先成立幫助犯後再成立共同正犯，最後競合論以後者。大家如果在考試時還有多餘的時間，可以簡單說明一下乙提供藥劑後在外面看守，是否會另外成立一個不作為共同正犯的爭議，不過這在保證人地位的地方或許會被排除，真的有很多時間再寫即可。
考點命中	1.《透明的刑法—總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，第五篇第四章第二節二、類型。 2.《透明的刑法—分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，第一篇第二章第二節二、普通強制性交罪（§221）與三、加重強制性交罪（§222）。

答：

（一）甲之刑責

- 甲為A女注射麻藥以性侵A之行為，可能成立刑法(下同)第221條第1項普通強制性交既遂罪：
 - 客觀上，甲施用詐術使A誤以為甲為替其打止痛藥，而陷於錯誤同意甲對其施打藥劑，甲使用不具恐嚇性質的詐術，是否屬「違反意願之方法」，容有爭議：
 - 學說上持「高度強制手段說」者認為，須與強暴脅迫方法相當之手段始屬之，不包括詐欺手段。
 - 另有「低度強制手段說」與「法益關聯性理論」主張，行為人於使用低度強制手段與程度即可成罪，而施用詐術性交時，被害人陷於錯誤同意必須以「法益關聯性」為準。
 - 此外，亦有採「利用被害人無助狀態」說，主張本罪必須行為人完全無性選擇自由時始能成立，被害人無效的同意不等於違反意願。
 - 實務上則以為強制行為為例示要件，任何違反被害人意願之方法，即使是未施加強制力之詐欺性交仍得成立本罪(97年第5次刑庭決議、105台上1549判決參照)。
 - 本文以為法益關聯性理論可採，故必須討論就被害人同意之法益種類、範圍、內容、危險性等審查其同意是否有效，以確定有無違反其意願。
 - 本題中，A同意之內容與範圍限於「施打止痛藥」，並不及於「施打麻醉藥」此一部份，故甲施用詐術獲得A同意施打藥劑之部分，並非出自A的有效同意，假此一行為違反A之其意願而侵害其性自主。
 - 主觀上，甲明知施打麻醉藥後與A性交將侵害A之性決定權仍決意為之，且其違反A意願與性交行為間有目的關聯性，且甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
 - 值得注意者，若採「高度強制手段說」或「利用被害人無助狀態說」，甲將不成本罪，僅可能論以第225條乘機性交罪或第228條利用權勢性交罪，併此敘明。
- 甲對A施打麻醉藥以性侵A之行為，因麻醉藥係足以使A喪失反抗能力，且對其身體或性自主法益有較高危險性之藥劑，甲成立刑法第222條第1項第4款加重強制性交罪。
- 小結：甲成立之普通與加重強制性交罪應依法條競合特別關係論以後者。

（二）乙之刑責

- 乙交付麻醉藥給甲之行為，成立刑法(下同)第222條第1項第4款加重強制性交罪之幫助犯(第30條)：
 - 甲成立加重強制性交罪已如前述。
 - 客觀上，乙提供麻醉藥給甲係於物理上促使其易於實現構成要件之幫助行為，且主觀上乙有幫助與幫助既遂雙重故意。又乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- 乙於診間外看守之行為，因係在知悉甲強制性交犯意之情況下而為之，故與甲有犯意聯絡與行為分擔，其立於補充甲完成強制性交之功能支配地位，且無阻卻違法事由並具罪責，成立刑法第222條第1項第4款加重強制性交罪之共同正犯(第28條)。

3.小結：乙先後成立之加重強制性交罪幫助犯與共同正犯，因後者不法內涵較前者高，依吸收關係論以後者即為已足。

二、甲為環保稽查大隊成員（具公務員身分），某日奉上級長官命令前往A工廠查核民眾檢舉之水污染陳情案，甲到達A工廠後，A工廠之廠長乙，因為擔心工廠埋設暗管違法排放污水之行為會被查緝，遂於甲到來後，將內含新臺幣5萬元的信封袋塞到甲的口袋，並請求甲做做樣子，不要真的查核。甲當場拒絕金錢誘惑，並嚴格執行稽查工作。試問：乙之行為如何論罪？（請依中華民國刑法規定作答）（25分）

試題評析	本題案例改編自台中地院108年訴字第1656號判決，是一個比較瑣碎的構成要件解釋問題，須討論乙交付賄賂給甲再行求後受到甲拒絕，屬於「交付」或「行求」賄賂的類型。又出題者已指示大家依刑法作答，那麼就不需要多花時間探討貪污治罪條例第11條的問題了。
考點命中	《透明的刑法—分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，第二篇第二章第一節四、賄賂罪（三）違背職務行賄罪（§122III）。

答：

- (一)乙塞信封到甲口袋並請求甲做做樣子遭拒絕之行為，成立刑法(下同)第122條第3項行賄罪：
- 客觀上，乙未免不法事實遭甲查緝而將賄款塞給甲請其做做樣子，係對公務員甲表示願以一定財物或利益以供交付之行求行為，甲雖拒絕乙之行賄行為，惟因本罪為「行為犯」，一旦乙行求甲，無論甲是否接受或因而違背其職務，均不影響乙行為之既遂。
 - 主觀上，乙明知交付金錢並請求甲做做樣子之行為係足以影響其執行職務公正之行賄行為，仍決意為之，具本罪故意無疑。
 - 乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- (二)乙塞信封到甲口袋並請求甲做做樣子遭拒絕，乙雖在行求前已交付賄賂給甲，惟因交付行為必須公務員甲具有收賄之意思始得為之(104台上2539判決)，甲既拒絕乙交付賄賂，乙即不成立刑法第122條第3項交付賄賂罪。

三、甲警察於某路段執行臨檢盤查，乙為通緝犯，開車經過該路段，遭甲攔停要求接受檢查。乙停車受檢時，擔心自己通緝犯身分被發現，用力踩下油門，欲衝撞甲，在快要衝撞到站在車子前方的甲之際，甲立即持手槍朝擋風玻璃射三槍，子彈貫穿玻璃射中乙的頭部。乙雖送醫急救進行手術，術後仍呈現認知障礙，語言能力嚴重減損與四肢肢體障礙之情形。請問：甲之行為如何論罪？（25分）

試題評析	本題主要爭點在於正當防衛的防衛行為，因甲為了保護自己的生命而侵害乙生命，並不符合生命絕對保護的價值，亦無法通過利益衡量，所以重點是討論防衛行為是否需經過利益衡量。
考點命中	《透明的刑法—總則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，第二篇第六章第二節四、正當防衛（§23本）。

答：

- (一)甲朝乙車擋風玻璃開三槍致乙受重傷之行為，可能成立刑法(下同)第271條第2項殺人未遂罪：
- 主觀上，朝擋風玻璃開槍可能造成乙頭部中彈死亡，甲明知此一事實存在卻容任該結果發生，應具有殺人間接故意(第13條第2項)；客觀上，甲朝乙擋風玻璃開三槍，因可能擊中乙的頭部，故係製造足以使乙生命法益受害風險之行為，惟造成乙語言能力嚴重減損之重傷結果，甲製造之生命風險並未實現，應屬未遂。
 - 客觀上，乙朝甲近距離高速駕駛衝撞甲，應係出於殺甲故意之殺人現在不法侵害，而存在防衛情狀，惟員警甲得否主張正當防衛，討論如下：
 - (1)在防衛主體適格上，有見解主張甲既係代表國家執行公權力，不得一面受比例原則限制又得主張正當防衛排除此一限制，惟本文以為本於正當防衛保護個人主觀權利之法理，甲於執行公權力時仍有個人法益受保護需求，故應承認其防衛主體適格。
 - (2)於防衛行為之程度上，有見解認為本於憲法生命權絕對保護思想，甲不得為保護自己生命而侵害乙之生命，故甲為防衛過當。惟本文以為，本於正當防衛保護個人法益與捍衛法秩序的法理，其保護利益恆大於犧牲利益，且為免攻擊者立於不敗地位，故防衛行為只要是有效之最小侵害手段，無須

透過利益衡量之。

(3)本題中，乙於短時間與短距離內高速衝撞甲，甲朝乙擋風玻璃開槍應係有效防衛乙不法行為之手段，且並無其他同等有效之較小侵害手段存在，又甲對乙並無基於社會倫理限制之退避義務，故甲得依正當防衛阻卻違法。

(二)甲不成立犯罪。

四、甲搭捷運時，突然看見扒手乙偷偷將手伸入A的後背包，且拿走A的皮夾，甲立刻大叫「小偷，不要動」，此時捷運剛好到站，乙見捷運車門打開，立刻拿了皮夾下車，甲也跟著下車追躡乙而去，甲快追到乙時，用力跳躍從後撲向乙，接著乙與甲雙雙跌倒在地，甲因而腳踝扭傷無法起身，乙不想與甲糾纏，立刻爬起來逃跑。乙偷了皮夾之後，將皮夾內的提款卡取出，前往ATM提領新臺幣6萬元（密碼寫在卡片背面）。試問：乙之行為如何論罪？（25分）

試題評析	本題是個超級經典的考題，主要爭點在刑法第339條之2付款設備詐欺罪「不正方法」的解釋，其他較小的爭議則是竊盜罪與搶奪罪的區分、過失犯的成立要件與自我負責原則。
考點命中	1.《透明的刑法—分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，第一篇第六章第二節二、收費或自動付款設備詐欺罪（§339-1、§339-2）。 2.《透明的刑法—分則編》，高點文化出版，張鏡榮編著，第一篇第五章第三節一、普通搶奪罪（§325）。

答：

(一)乙扒走A皮夾之行為，成立刑法(下同)第321條第1項第6款加重竊盜罪：

1.客觀上，乙於捷運上等不特定多數人得以共見共聞的公然狀態取走A的皮夾，是否為本罪「竊取」行為，有所爭議：

(1)有實務見解認為，公然取財物與本罪「秘密趁人不知」的特質不符，應論以搶奪罪。

(2)本文以為，本罪無加重結果犯規定且法定刑低於搶奪罪，故無論係公然或秘密狀態，只要以和平手段破壞他人持有支配即屬之。

(3)本題中，捷運上係運輸不特定多數人之公共運輸無疑。又，乙未施用不法腕力在未經A同意下取走其對皮夾的持有支配，並於置入自己私密領域時即建立持有支配，且在甲受傷後穩固支配而完成犯罪，客觀構成要件該當。

2.主觀上，乙有竊盜故意與不法所有意圖無疑。

3.乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(二)乙持竊得提款卡盜領6萬元之行為，不成立刑法(下同)第339條之2第1項收費設備詐欺罪：

1.客觀上，乙輸入竊取之提款卡正確密碼提領6萬元，是否為「不正方法」容有爭議：

(1)實務上認為，依照文義解釋，不正方法係一切不正當之方法，包括持竊取提款卡領款之類型。

(2)學說上有主張，因本罪係為填補處罰漏洞而來，故歷史解釋與目的解釋，應限於「類似詐欺」手段始為不正方法。

(3)另有採「主觀化理論」認為一切違反處分權人主觀意思的方法均屬之。

(4)亦有持「設備使用規則理論」者主張，應依機器設置者所設置之自動設備操作規則判斷，唯有違反使用規則使機器誤以為有權限而交付財物之情形，始能評價為不正方法。

(5)本文以為，實務見解模糊本罪與其他財產犯罪界限、類似詐欺理論標準不明確、主觀化理論使詐欺背信化，故「設備使用規則理論」提出之客觀標準可採。

(6)本題中，依照機器之設備規則，提款機係「認卡不認人」，故甲輸入正確密碼符合交易流程，應非對機器施用詐術之不正方法。

2.綜上，乙不成立本罪。

(三)乙持竊得提款卡盜領6萬元之行為，因係經設置系統同意而取得財物，並非破壞他人持有支配之竊盜行為，故乙不成立刑法第320條第1項普通竊盜罪。

(四)乙竊盜使甲追躡而受傷之行為，雖兩者間具條件因果關係，惟乙對甲撲倒自己而扭傷之結果不具備客觀預見可能性，且甲係在自主決定下追躡乙，故其對受傷結果應自我負責，乙不成立刑法第284條過失致傷罪。